50560

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Ano 18 • n. 84 • maio-jun. / 2010

Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais
Ano 18 • n. 84 • maio-jun. / 2010

Presidência **SÉRGIO MAZINA MARTINS**
Coordenação **ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA**

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Alessandra Teixeira, Bruno Shimizu, Filipe Henrique Vergniano Magliarelli, Maíra Rocha Machado e Mariângela Lopes.

CONSELHO EDITORIAL – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valetim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Flávia Rahal, Karyna Sposato, Luciano Anderson de Souza, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior 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, Ivete 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, 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 18 • n. 84 • maio-jun. / 2010

Coordenação
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Publicação oficial do IBCCRIM

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Revista
Brasileira de
Ciências Criminais

Ano 18 • n. 84 • maio-jun. / 2010

Presidência
Sérgio Mazina Martins
Coordenação
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

© 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

Diagramação eletrônica: Oficina das Letras® CNPJ 03.391.911/0001-85
Impressão e acabamento: Gráfica e Editora Ripress Ltda. CNPJ 00.480.416/0001-54

Impresso no Brasil: [08-2010]
Profissional
Fechamento desta edição: [06.08.2010]

EDITORA AFILIADA

Sumário

I. Direito Penal

1. ¿Qué significa la "intención de destruir" en el delito de genocidio?
   Kai Ambos 7

2. A harmonização internacional do Direito Penal: ideias e processos
   Luis Arroyo Zapatero 49

3. Notas sobre as súmulas vinculantes em matéria penal
   Mariângela Gama de Magalhães Gomes 77

4. Contexto supranacional de la punición del intrusismo informático
   Nuria Matellanes Rodríguez 111

II. Processo Penal

1. Deseficacização *per saltum* da pretensão acusatória penal
   Cássio Benvenutti de Castro 139

2. Problemas actuais do *habeas corpus* em Portugal
   Pedro Correia Gonçalves 171

3. Recrudescimento a caminho
   Roberto Delmanto Junior 209

III. Crime e Sociedade

1. Há um retorno do pensamento retribucionista? Sobre a (des)conformidade entre teoria da pena, política punitiva e legitimação
   Alcides Marques Porto Pacheco 227

2. O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matéria de penas
José Roberto F. Xavier 271

3. Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas
Mariana Salomão Carrara 312

IV. Sistema Prisional

1. Etnografía, espacio y tiempo de prisión
Pablo Andrés Vacani 369

V. Seção Especial: Direitos Humanos

1. Laicidade e ensino religioso nas escolas públicas: o caso do Rio de Janeiro
Debora Diniz 399

VI. O Direito em Ação

1. Comentários ao Acórdão 142.513-ES, rel. Min. Nilson Naves
Sérgio Salomão Shecaira 417

Índice Alfabético-Remissivo

Autores 429

Temas 430

IBCCRIM – Diretoria da Gestão 2009-2010 433

Normas de Publicação para Autores 435

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da gestão 2009/2010

Diretoria executiva

Presidente
Sérgio Mazina Martins

1.º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2.º Vice-Presidente
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1.º Secretária
Juliana Garcia Belloque

2.º Secretário
Cristiano Avila Maronna

1.º Tesoureiro
Édson Luís Baldan

2.º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Conselho Consultivo

Carina Quito
Carlos Alberto Pires Mendes
Marco Antonio Rodrigues Nahum
Sérgio Salomão Shecaira
Theodomiro Dias Neto

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Rafael S. Lira

Direito Penal Econômico
Ludmila Vasconcelos Leite Groch

História
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Infância e Juventude
Luis Fernando C. de Barros Vidal

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

16.º Seminário Internacional
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

14º Concurso IBCCRIM de Monografias de Ciências Criminais
Presidente: Maíra Rocha Machado

Amicus Curiae
Heloisa Estellita

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

Coordenadores-chefes

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
André Pires de Andrade Kehdi

Cursos
André Adriano Nascimento Silva

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Luciano Anderson de Souza

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias
Fernando Salla

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Núcleo de Pesquisas
Maria Amélia de Almeida Teles

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tibyriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Coordenadorias Regionais

Coordenadora-chefe: Juliana Garcia Belloque

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

2.ª *Região (Amapá e Pará)* – João Guilherme Lages Mendes

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

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

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

6.ª *Região (Espírito Santo e Rio de Janeiro)* – Marcio Barandier

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

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

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

Coordenadorias Estaduais

Coordenadora-chefe: Juliana Garcia Belloque

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

2.ª *Estadual (Pernambuco)* – André Carneiro Leão

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

4.ª *Estadual (Minas Gerais)* – Felipe Martins Pinto

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

6.ª *Estadual (São Paulo)* – João Daniel Rassi

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

50561

I DIREITO PENAL

1

¿Qué significa la "intención de destruir" en el delito de genocidio?

KAI AMBOS

Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho comparado y Penal Internacional en la Universidad Georg-August de Göttingen (Alemania). Juez del Tribunal Provincial (*Landgericht*) de Göttingen.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal, Internacional

RESUMEN: El genocidio es un delito con un elemento subjetivo doble: una intención general referida a las conductas típicas y una intención ulterior que se refiere al fin último de destrucción del grupo (infra 1.). La jurisprudencia dominante interpreta el requisito de la "intención de destruir al grupo" como una intención especial o específica (dolus specialis) poniendo el énfasis en su tendencia volitiva o basada en el propósito ("purpose-based approach") (2.1). Aunque, durante mucho tiempo, esta interpretación ha sido aceptada sin grandes disensiones, recientemente ha sido cuestionada a partir de enfoques basados en el conocimiento y en la estructura ("knowledge and structure-based approaches") (2.2), que no han sido objeto de suficiente estudio. Una interpretación histórica, literal, sistemática y teleológica del requisito de la "intención de destruir", teniendo en cuenta la particu-

ABSTRACT: Genocide is a crime with a double subjective element, i.e., a general intent in regards to standard conducts and an ulterior motive in regards to the ultimate aim of the destruction of the group (infra 1.). The prevailing view in case law interprets the respective "intent to destroy the group" requirement as a special or specific intent (dolus specialis), stressing its volitional or purpose-based approached (2.1). While this view has been accepted for many years, it has recently been challenged by knowledge and structure-based approaches (2.2), which have yet to receive sufficient attention and study. A historical, literal, systematic and teleological interpretation of the "intent to destroy" requirement, taking into account the particular structure of the genocide offense and the meaning of "intent" in comparative law, reveals that the traditional view can no longer

lar estructura del delito de genocidio y el significado de la "intención" en Derecho comparado, revela que la interpretación tradicional no se sostiene. En su lugar, debería ser reemplazada por un enfoque combinado basado en la estructura y en el conocimiento que permita diferenciar los casos según el estatus y la conducta de los sujetos activos (distinguiendo así, entre aquellos de rango inferior, intermedio y superior) (2.3). Como consecuencia, el enfoque basado en el propósito sólo debería emplearse para los responsables de nivel superior o intermedio, mientras para los de nivel inferior bastaría con el conocimiento del contexto genocida. Aunque este enfoque no modifica de forma sustancial los tradicionales problemas de prueba, sí los mitiga en el caso de los responsables del nivel inferior (2.4). Finalmente, este nuevo planteamiento exige una nueva perspectiva en la interpretación del requisito de la "intención de destruir" en casos de participación en genocidio (3.).

Palabras claves: Genocidio – Dolo – Intención de destruir – Participación en genocidio.

be maintained. It should be replaced by a combined structure– and knowledge-based approach that differentiates cases according to the status and actions of the (low-, mid- and top-level) perpetrators (2.3). As a result, the purpose-based intent should only be upheld with regard to the top- and mid-level perpetrators, while for the low-level perpetrators, knowledge of the genocidal context should suffice. Although this methodology does not completely solve the traditional problem of evidence, it does alleviate it in the case of lower level perpetrators. This new approach finally takes a fresh look at the "intent to destroy" requirement in cases of participation in genocide (3.).

Keywords: Genocide – Willful misconduct – Intent to destroy – Participation in genocide.

Sumario: 1. Cuestiones preliminares: el requisito de la "intención de destruir" en la singular estructura del delito de genocidio – 2. El significado de la "intención de destruir": 2.1 La jurisprudencia; 2.2 Opiniones discrepantes en la doctrina; 2.3 La combinación del enfoque basado en la estructura y en el conocimiento – 3. Consecuencias del enfoque combinado basado en la estructura y el conocimiento para otras formas de participación en el delito de genocidio: 3.1 La jurisprudência; 3.2 La posición defendida: una distinción dual, por una parte, entre responsables de rango superior e intermedio y rango inferior y, por otra, entre formas de participación principal y secundaria – 4. Conclusión.

1. Cuestiones preliminares: el requisito de la "intención de destruir" en la singular estructura del delito de genocidio[1]

El delito de genocidio tiene dos elementos subjetivos independientes: uno general que podría denominarse "intención general" o dolo y uno adicional concretado en la "intención de destruir".[2] La intención

1. Publicado originalmente en inglés en "International Review of the Red Cross", vol. 91 (2010). Agradezco al Profesor Robert Cryer, de la Universidad de Birmingham, una revision crítica del texto y sus valiosos comentarios. También agradezco sus observaciones a los participantes en los distintos encuentros en los que presenté este artículo (el Seminario "Issues on Criminal Law" del Prof. Stephen Shute, en la Universidad de Birmingham, que tuvo lugar el 23 de enero de 2009; "International Law Forum", de la Facultad de Derecho de la Hebrew University, Jerusalem, el 16 de marzo de 2009; Seminario "Problemas fundamentales de Derecho Penal Internacional", Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 26 March 2009; Encuentro de Expertos "Collective violence and international criminal justice", VU University Amsterdam, del 18 al 21 de junio de 2009). Finalmente agradezco a María Laura Böhm, doctoranda de la Universidad de Hamburgo e investigadora en la Universidad Georg-August de Göttingen por su ayuda. Traducción de la Dra. Cristina Fernández-Pacheco Estrada, Profesora Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Alicante (España). Revisión final del autor.
2. Véase también, *International Commission of Inquiry on Darfur*, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary General. Pursuant to SC Res. 1564, 18 September 2004, Annex to letter dated 31 January 2005 from the Secretary General addressed to the President of the SC, S/2005/60, 1 February 2005, párrafo 491; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009 (ICC-02/05-01/09), párrafo 139; Triffterer, Otto, Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such, *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, p. 400 y ss.; id., Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender "Elements of Crimes" für alle Tatbestände des Völkermords, en Schünemann et al., (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, p. 1438 y ss.; Schabas, William, The *Jelisić* case and the *mens rea* of the crime of genocide, *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, p. 129; van Sliedregt, Elies, Joint Criminal enterprise as a pathway to convicting individuals for genocide, *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, p. 195. Cryer, Robert, The definitions of international crimes in the Al Bashir arrest warrant decision, *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, p. 293. La estructura de doble intención ha sido aparentemente ignorada por la Comisión de

general normalmente hace referencia a todos los elementos objetivos en la definición del delito (*actus reus*) y ha sido definida en Derecho Penal Internacional (en adelante, DPI) por el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) de modo que básicamente abarca un elemento volitivo (intención) y/o uno cognitivo o intelectual (conocimiento).[3] En el caso del genocidio, la intención general se refiere al encabezamiento del delito, así como a la lista de actos típicos[4] dirigidos contra uno de los grupos protegidos.[5] En este sentido, el sujeto activo debe saber que sus acciones se dirigen contra uno de los grupos protegidos, ya que el elemento del grupo es una circunstancia fáctica, tal y como ha sido definida por el artículo 30.3 del Estatuto de la CPI.[6] Por el contrario, la "intención de destruir" constituye un requisito subjetivo adicional, que complementa a la intención general y va más allá de los elementos objetivos de la definición del delito.[7] En consecuencia, debería

Derecho Internacional, Report on the work of its forty-eighth-session, UN GAOR, 51st. session, Supp. n. 10, UN Doc. A/51/10 (1996), en 87, donde se refiere únicamente a (una) *mens rea* y *actus reus*. ARNOLD, Roberta, The mens rea of genocide under the Statute of the International Criminal Court, *Criminal Law Forum*, 14, 2003, p. 135-36 también se posiciona a favor de una intención, considerando que la *intención especial* es un elemento de la *mens rea* y abarca la intención general. No obstante, la autora ignora el hecho de que el objeto de referencia de la intención *general* y *especial* son distintos. También confunde la intención con el motivo (interpretando de forma equivocada la doctrina alemana, en nota al pie 43).

3. El art. 30 (1) reza: "Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen."
4. Véase el art. 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948, 78 U.N.T.S. 277 [Convención contra el Genocidio] y su equivalente en el Estatuto de la CPI (art. 6. a).
5. Véase también TRIFFTERER, Otto, *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 400, 403.
6. Art. 30 (3) establece que: "A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido."
7. Véase también TRIFFTERER, supra nota 4, p. 402-403.

hablarse más precisamente de intención ulterior[8] ("*exceso* de intención"),[9] caracterizada por un elemento subjetivo ampliado –con relación al actus reus– o a una tendencia interna trascendente ("überschießende Innentendenz").[10] De hecho, entendido de este modo, el genocidio es un delito de intención (Absichts– oder Zieldelikt).[11] En la práctica, esto significa que el genocida puede intentar más de lo que, de forma realista, podría conseguir. Por ejemplo, tomemos el caso de un sujeto blanco racista, que trata de destruir a un grupo de negros en una gran ciudad. Actuando en solitario, este sujeto sólo podrá conseguir la destrucción de unos pocos miembros del grupo. Si se toma en serio la estructura del delito basada en la intención específica, su intención genocida bastaría para entender que concurren los elementos del delito, ante la comisión de una sola de las conductas subyacentes previstas, como, por ejemplo, la "matanza de miembros del grupo" (art. 6 (a) del Estatuto de la CPI).

8. Véase, por ejemplo, KUGLER, *Direct and oblique intention in the criminal law*, 2002, p. 3.
9. *Prosecutor v. Stakić*, Trial Judgment, Case n. IT-97-24-T, 31 July 2003, párrafo 520. Véase también *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, supra nota 2, párrafo 119 y ss. que, en lo esencial, caracteriza al genocidio como un delito de peligro (concreto) (párrafo 124: "completed when the relevant conduct presents concrete threat to the existence of the targeted group ...").
10. Véase también *Prosecutor v. Brđjanin*, Trial Judgment, Case n. IT-99-36-T, 1 September 2004, párrafo 695: specific intent "characterises the crime of genocide".
11. Al respecto, con más detalle, véase el notable trabajo de GIL GIL, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, 1999, p. 178 y ss., 231 y ss., 258 y ss.; id., Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 111, 2000, p. 394-95. Véase también NTANDA NSEREKO, Genocide: A Crime against Mankind, en MCDONALD/SWAAK-GOLDMAN, (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, t. I, 2000, p. 124 y ss., 137; SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2. ed., 2009, p. 259, 262, 264 y ss.; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, supra nota 2, párrafo 120 with fn. 140 ("crime of mens rea"). On the structure of the genocide crime, véase también AMBOS/WIRTH, Sentencing, cumulative charging, genocide and crimes against humanity, en KLIP/SLUITER, (eds.), *Annotated Leading Cases – The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994 – 1999*, t. II, 2001, p. 703 y ss.

En lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, por una parte, el genocidio constituye esencialmente un tipo de delito similar a la persecución por motivos discriminatorios (art. 7.1.h Estatuto de la CPI).[12] El requisito de la "intención de destruir" convierte al genocidio en "la forma más extrema e inhumana de persecución".[13] Por otra parte, la intención ulterior distingue al genocidio de la persecución[14] y de todos los demás crímenes contra la humanidad y contribuye a su particular injusto y seriedad.[15] Con todo, aunque el genocidio puede ser calificado

12. Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Jelisic*, Trial Judgment, Case n. IT-95-10-T, 14 December 1999, párrafo 68; también *Prosecutor v. Ruggiu*, Trial Judgment, Case n. ICTR-97-32-I, 1 June 2000, párrafo 21 (with reference to Kupreškic et al.). El Tribunal Supremo alemán (BGH, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 19, 1999, p. 401) también concibe el genocidio como "parte de un crimen de lesa humanidad." – Sobre la jurisprudencia alemana, véase AMBOS/WIRTH, Genocide and war crimes in the former Yugoslavia before German Criminal Courts (1994-2000)", en FISCHER/KRESS/LÜDER, (eds.), *International and national prosecution of crimes under international law: Current developments*, 2001, p. 769 y ss.

13. *Prosecutor v. Kupreškic* et al., Trial Judgment, Case n. IT-95-16-T, 14 January 2000, párrafo 636: "(...) genocide is an extreme and most inhumane form of persecution". Véase también SWAAK-GOLDMANN, Persecution, en MCDONALD/SWAAK-GOLDMAN, (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, t. I, 2000, p. 247 y ss. sobre los elementos del crimen de persecución.

14. A propósito de la distinción entre la intención genocida y persecutoria, véase la reciente decisión *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, subra nota 2, párrafo 141 y ss., donde se analiza, en particular, el caso de la limpieza étnica. Véase también DEMKO, Daniela, Die von der Genozidkonvention geschützen "Gruppen" als Regelungsgegenstand des "Specific Intent", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 127, 2009, p. 245-46.

15. Véase, *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 12, párrafo 66, 79 y ss. (79, 82); SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2. ed., 2009, p. 11, 13, 15; de forma similar, NTANDA NSEREKO, en MCDONALD/SWAAK-GOLDMAN, (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, t. I, 2000, p. 119. Para una distinción basada en el bien jurídico protegido, véase GIL GIL, supra nota 10, p. 123 y ss. (125-26), 159 y ss. (177 y ss.); id., *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, p. 393-94, según la cual el genocidio protege un bien jurídico colectivo, es decir, el grupo como tal, mientras los crímenes de lesa humandiad protegen derechos individuales; en un sentido similar, GREENAWALT, Alexander, Rethinking Genocidal Intent: The case for a knowledge-based Interpretation, *Columbia Law Review*, 99, 1999, p. 2293-

como un delito de especial intención, esto no resuelve la cuestión del significado concreto y el grado de su intención.

2. El significado de la "intención de destruir"

2.1 La jurisprudencia

Dejando de lado la variedad terminológica registrada en la jurisprudencia,[16] conviene dirigir nuestra atención directamente al signifi-

94; de forma aún más amplia, Shaw, *What is Genocide?*, reimpresión, 2008, p. 28 ("... the idea of genocide as the *intentional destruction of social groups* remains foundational" [(emphasis in the original]), 33 y ss., 154 y ss. (154: "violent social conflict" with the "aim to destroy civilian social groups...") – En cuanto a los concursos de delitos, cuando múltiples acciones se cometen con intención genocida, ello conlleva un único genocidio (esto es, un sólo delito) (*Handlungseinheit*) en concurso ideal (*Idealkonkurrenz*) con los crímenes de lesa humanidad (véase Gil Gil, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, p. 396-97; BGH, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 19, 1999, p. 401, 401 y ss., con comentario de Ambos); acerca de las relaciones entre genocidio y otros crímenes internacionales, véase Shaw,ibid. p. 2 ("whether genocide constitutes a crime against humanity (which in non-legal terms is self-evident) remains contentious"), 34 ("Genocide involves mass killing but it is much more than mass killing.").

16. Los siguientes términos han sido empleados: *special intent* (*Prosecutor v. Akayesu*, Trial Judgment, Case n. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 498; *Prosecutor v. Seromba*, Trial Judgment, Case n. ICTR-2001-66-I, 13 December 2006, párrafos 175, 319); *dolus specialis* (*Prosecutor v. Akayesu*, ibid.; *Prosecutor v. Kajelijeli*, Trial Judgment, Case n. ICTR-98-44A-T, 1 December 2003, párrafo 803; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Trial Judgment, Case n. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, párrafo 91; *Prosecutor v. Rutaganda*, Trial Judgment, Case n. ICTR-96-3-T, 6 December 1999, párrafo 59; *Prosecutor v. Bagilishema*, Trial Judgment, Case n. ICTR-95-1A-T, 7 June 2001, párrafo 55; *Prosecutor v. Musema*, Trial Judgment, Case n. ICTR-96-13-A, 27 January 2000, párrafo 164); "genocidal intent" (*Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, ibid.); *specific intent* (*Prosecutor v. Kajelijeli*, ibid.; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, ibid.; *Prosecutor v. Bagilishema*, ibid.); *specific genocidal intent* (*Prosecutor v. Bagilishema*, ibid.); *exterminatory intent* (*Prosecutor v. Jelisic*, op.cit. 12,párrafo 83); *specific intention* (*Prosecutor v. Akayesu*, ibid.; *Prosecutor v. Rutaganda*, ibid.). – Esta variedad terminological no terminó con la preferencia de la sentencia Jelisic de Apelación por el término "intención específica" (*Prosecutor v. Jelisic*, Appeal Judgment, Case n. IT-95-10-A, 5 July 2001, párrafo 45). La Sala subrayó que no atribuía a este término el significado que posee en las jurisdicciones nacionales (ibid., párrafo 45 with fn. 81). Véase también *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota

cado del requisito de la "intención de destruir". La fecunda sentencia Akayesu interpretó la "intención de destruir" como "especial intención" o "dolo especial" entendido como "intención específica, requerida como elemento constitutivo del delito, que exige que el sujeto activo claramente trate de producir la conducta que se le imputa"[17] o, en otras palabras, que tiene la "clara intención de causar el delito".[18] La Sala describía la intención genocida como "elemento clave" de un delito doloso, que "se caracteriza por una relación psicológica entre el resultado físico y el estado mental del sujeto activo".[19] La jurisprudencia posterior del TPIR siguió básicamente lo establecido en Akayesu,[20] exigiendo además el objetivo de destruir a uno de los grupos protegidos.

La jurisprudencia del TPIY siguió el mismo camino. Rechazando el intento de la Fiscalía de admitir el mero conocimiento,[21] la Sala de Primera Instancia en Jelisic aplicó la definición ofrecida en Akayesu. Sin embargo, en este caso, la Sala no se mostró convencida de que Jelisic actuara "motivado" (sic!) por el dolus specialis propio del delito,[22] ya que llevó a cabo las ejecuciones aleatoriamente[23] y actuó como resultado de su personalidad perturbada.[24] Como consecuencia, "mató arbitrariamente más que con una clara intención de destruir al grupo".[25] La Sala

10, párrafo 695. Para un uso "intercambiable" del use of *dolus specialis* e intención específica, *Prosecutor v. Stakić*, supra nota 9.

17. *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 16, párrafo 498.
18. *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 16, párrafo 518.
19. *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 16, párrafo 518.
20. *Prosecutor v. Rutaganda*, supra nota 16, párrafo 61; *Prosecutor v. Bagilishema*, supra nota 16, párrafo 62; *Prosecutor v. Musema*, supra nota 16, párrafo 164: "clearly intended the result charged".
21. *Prosecutor v. Jelisic*, Prosecutors Pre-Trial Brief, Case n. IT-95-10-PT, 19 November 1998, párrafo 3.1 (perpetrator "knew the likely consequence" that the committed acts would destroy a group in whole or in part). Véase también *Prosecutor v. Jelisic*, Trial Judgment, Case n. IT-95-10-T, 14 December 1999, párrafo 42; *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, Case n. IT-98-33-T, 2 August 2001, párrafo 569 ("consciously desired" the destruction of the group or "knew his acts were destroying").
22. *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 21, párrafo 108.
23. *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 21, párrafo 106.
24. *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 21, párrafo 105.
25. *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 21, párrafo 108.

de Apelaciones descartó de nuevo la interpretación basada en el conocimiento propuesta por la Fiscalía,[26] ratificando que "la intención específica requiere que el sujeto activo (...) trate de conseguir"[27] la destrucción de un grupo. Además, aclaró que la existencia de un motivo personal, por ejemplo, la búsqueda de beneficios económicos o ventajas políticas, no excluye la intención específica del sujeto activo.[28] Asimismo, la Sala aceptó, en esta ocasión en contra del criterio de la Sala de Primera Instancia y de acuerdo con la Fiscalía, que una personalidad perturbada o borderline, como la identificada en Jelisic, no excluye per se "la capacidad de formar una intención de destruir a un grupo protegido particular".[29] De forma similar, la Sala consideró que cierta aleatoriedad en los asesinatos cometidos no excluye una intención específica.[30] También confirmó la irrelevancia de los motivos,[31] criticando implícitamente el uso, por parte de la Sala de Primera Instancia, del término "motivado" en relación con la intención.

Siguiendo la misma línea, la Sala de Primera Instancia en Krstic sostuvo que el genocidio sólo incluye actos "cometidos con la intención de destruir todo o parte del grupo".[32] Así, Krstic fue condenado por genocidio, fundamentando la existencia de su intención de matar "hombres en edad militar bosnios musulmanes de Srebrenica" en el hecho de que estaba "de forma innegable (...) al corriente del terrible impacto" que las matanzas tendrían en la comunidad.[33] No obstante, aun constatando el "riguroso requisito de la específica intención" a la luz de la seriedad del delito de genocidio y rechazando explícitamente el mero conocimiento,[34] la Sala de Apelaciones modificó la condena de Krstic por el delito de genocidio. Como no fue posible entender probada

26. *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 21, párrafo 52.
27. *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 16, párrafo 46.
28. *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 16, párrafo 49, citing *Prosecutor v. Tadic*, Appeal Judgment, Case n. IT-94-1-A, 15 July 1999, párrafo 269.
29. *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 16, párrafo 70.
30. *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 16, párrafo 71.
31. *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 16, párrafo 71.
32. *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 21, párrafo 571.
33. *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 21, párrafo 634.
34. *Prosecutor v. Krstić*, Appeal Judgment, Case n. IT-98-33-A, 19 April 2004, párrafo 134.

la especial intención de Krstic, sino sólo su conocimiento de la intención genocida de los demás sujetos activos, le condenó en calidad de partícipe (aiding and abetting).[35] La Sala de Primera Instancia en Sikirica rechazó abiertamente llevar a cabo "un examen de las teorías del dolo", por entender que la especial intención constituía una "cuestión de interpretación relativamente sencilla" y sostuvo que el delito "identifica expresamente y explica la intención requerida".[36] En lo fundamental, la Sala siguió la doctrina de la sentencia en Apelación en el caso Jelisic, que estableció como estándar "tratar de conseguir" ("seeks to achieve").[37] Las sentencias en los casos Blagojevic y Brdjanin también asumieron un enfoque orientado a un fin[38] y rechazaron que el mero conocimiento fuera suficiente.[39]

En conclusión, el enfoque de la jurisprudencia se basa en la idea, sugerida originariamente en la sentencia Akayesu, de que la "intención de destruir" implica una especial o específica intención que, en lo fundamental, expresa un elemento volitivo en su forma más intensa y está basada en el propósito. Esta postura ha sido compartida por otras instancias. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia ("CIJ") también se refiere a la "especial o específica intención" como una "forma extrema de actos intencionales y deliberados, planeados para destruir al grupo o a parte del grupo".[40] El Tribunal de Bosnia-Herzegovina sostuvo en el caso Kravica, que incluye cargos por genocidio referidos a lo acontecido en Srebrenica, que en el genocidio "la intención sólo puede ser

35. *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 34, párrafos 135 y ss.

36. *Prosecutor v. Sikirica*, Judgment on defence motions to acquit, Case n. IT-95-8-T, 3 September 2001, párrafos 58 and 59.

37. *Prosecutor v. Sikirica*, supra nota 36, párrafo 59, fn 165; for this standard, véase *supra* nota 26.

38. *Prosecutor v. Blagojevic & Jokic*, Trial Judgment, Case n. IT-02-60-T, 17 January 2005, párrafo 656 ("destruction (...) must be the aim of the underlying crime."); *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 10, párrafo 695.

39. *Prosecutor v. Blagojevic & Jokic*, supra nota 38 ("not sufficient that the perpetrator simply knew that the underlying crime would inevitably or likely result in the destruction of the group.").

40. ICJ, *Case concerning the application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, párrafo 188 (citing *Prosecutor v. Kupreškic*, supra nota 13, párrafo 636). Véase también *ILC*, supra nota 1, p. 88 ("intention ... to destroy").

el resultado de una intención deliberada y consciente."[41] La Comisión Investigadora para Darfur, por una parte, se refiere de forma similar a "una intención criminal agravada o dolus specialis" que "implica que el sujeto activo buscó conscientemente que los actos prohibidos resultaran en la destrucción" del grupo protegido. Sin embargo, por otra parte, también requiere de forma adicional el conocimiento del sujeto activo de "que sus actos destruirían, en todo o en parte, al grupo como tal."[42] Por último, en la Decisión de la CPI sobre la Orden de Arresto de Al Bashir, la Sala de Cuestiones Preliminares I siguió el enfoque tradicional para los principales responsables y negó la existencia de intención genocida, aunque sí tomó nota del enfoque basado en el conocimiento".[43]

41. Prosecutor v. Milos Stupar et al., First Instance Verdict, Case n. X-KR-05/24, 29 July 2008, p. p. 56; available [www.sudbih.gov.ba/?opcija=predmeti&id=22&jezik=e] (visitado 16 de febrero de 2010).
42. Darfur Report, *supra* nota 1, párrafo 491. La Comisión rechaza en última instancia la existencia de una intención genocida, por encontrar "elementos más indicativos" en contra de su existencia (ibid., párrafo 513 y ss.), por ejemplo, la matanza selectiva (párrafo 513) y la reclusión de los supervivientes en campos donde recibían ayuda humanitaria (párrafo 515). En consecuencia, la Comisión considera más bien que existía la intención de trasladar a las víctimas en el marco de la lucha contra la insurgencia ("intent to drive the victims from their homes, primarily for purposes of counter-insurgency warfare", párrafo 518). Alcanzando la misma conclusión, CAYLEY, Andrew T. The Prosecutor's strategy in seeking the arrest of Sudanese President Al Bashir on charges of genocide, *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, p. 837 y ss. En contra de las conclusiones alcanzadas en el Informe, véase SHAW, supra nota 14, p. 168 y ss. (essentially following REEVES, Eric, The Report of the International Commission of Inquiry on Darfur: a critical analysis (Part I), *H-Genocide*, 2 Febr. 2005).
43. *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, supra nota 2, parrarafo 139-40, en la nota al pie 154, siguiendo la posición de la CIJ (ICJ, supra nota 39,) y estableciendo que "el enfoque basado en el conocimiento" sólo traería consecuencias para los responsables de rango inferior o medio y ello no es, por tanto, relevante para la CPI. La mayoría de la Sala (con el voto particular de la juez Ušacka) rechaza el cargo por genocidio, argumentando de las pruebas presentadas se extrae que la intención genocida "no es la única conclusión razonable" que puede ser extraída (ibid., párrafo 202 y ss. [205]). En contra, KRESS, Claus, The crime of genocide and contextual elements, *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, p. 305. Recientemente, la Sala de Apelación revocó la decisión con respeto a genocidio por el (equivocado) estándar probatorio usado por la Sala Preliminar y instruyó a

2.2 Opiniones discrepantes en la doctrina

Mientras gran parte de la doctrina sigue en lo fundamental la jurisprudencia dominante e interpreta la intención de destruir en el sentido de una intención especial ulterior,[44] algunos autores han cambiado recientemente su opinión al respecto.[45] En su obra fundamental sobre los elementos del delito, Gil Gil entiende que la intención debe ser interpretada en un sentido más amplio, que abarque el concepto de dolus eventualis[46] o intención condicional.[47] La autora justifica tal plantea-

éste de determinar de nuevo si un orden de arresto debe ser decretado con respecto a este crimen (ICC-02/05-01/09-OA, 3 Febr. 2010).

44. CASSESE, *International Criminal Law*, 2. ed., 2008, p. 137; NTANDA NSEREKO, supra nota 14, p. 117, 124; AKHAVAN, Payam, The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence, *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, p. 992; VAN SLIEDREGT, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 191 y ss.; NERSESSIAN, David, The Contours of Genocidal Intent, *Texas International Law Journal*, 37, 2002, p. 265; HÜBNER, *Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht*, 2004, p. 152 y ss.; VAN DE VYVER, Johan, Prosecution and punishment of the crime of genocide, *Fordham International Law Journal*, 23, 1999, p. 308; id., The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law, *University of Miami International and Comparative Law Review*, 12, 2004, p. 84 y ss.; ARNOLD, *Criminal Law Forum*, 2003, p. 142, 150; SCHABAS, *Genocide in International Law*, 1. ed., 2000, p. 214 y ss., 219, 221; PAUL, Kritische Analyse und Reformvorschlag zu Art. II Genozidkonvention, 2008, p. 254, 257 ("aimed p. the physical destruction"); SHAW, *supra nota 14*, p. 82; KIRSCH, Stefan, Two notions of genocide, *Creighton Law Review*, 42, 2009, p. 352.

45. Además de los autores citados en el texto, también SCHABAS en su última edición, (*Genocide in International Law*, 2. ed., 2009), sigue el enfoque basado en el conocimiento, en p. 252 y ss., 254 ("An approach to the knowledge requirement that considers recklessness about the consequences of an act to be equivalent to full knowledge provides an answer to such an argument."), 264 ("The knowledge-based approach, ..., whereby the mens rea of both perpetrator and accomplice is assessed not by their goal or purpose but by their knowledge of the plan or policy, avoids these difficulties.").

46. Acerca del concepto continental de dolo eventual que puede ser situado en algún lugar entre *purpose/knowledge* y *recklessness/negligence*, véase FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, p. 123 y AMBOS, Kai, General principles of criminal law in the Rome Statute, *Criminal Law Forum*, 10, 1999, p. 21 with further references.

47. GIL GIL, supra nota 10, p. 231 y ss. (236 y ss.), 258 y ss. (259) refiriéndose a su mentor Cerezo Mir en las notas al pie 124 y 127 y, con más referencias,

miento en el caso del delito de genocidio invocando los paralelismos existentes entre su estructura y la de la tentativa. La tentativa, de acuerdo con Gil Gil requiere, por un lado, intención general, incluyendo dolus eventualis, en relación con el actus reus del delito intentado y, por otro lado, voluntad incondicionada o intención entendida como elemento subjetivo trascendente en relación con los actos constitutivos del delito y el resultado criminal.[48] En cuanto a los actos típicos, por ejemplo la mataza de miembros del grupo en supuestos de genocidio, sería suficiente que existiera dolo eventual, aunque combinado con la intención en el sentido de voluntad incondicional respecto a los restantes actos (la matanza de otros miembros del grupo) necesarios para conseguir el resultado final del delito, o por lo menos conocimiento de la intención de los coautores al respecto, considerando posible la comisión de esos actos. Otto Triffterer[49] llega a la misma conclusión, admitiendo, en principio, el dolo eventual, aunque sus argumentos se basan más en consideraciones político-criminales que doctrinales. En lo fundamental, este autor argumenta que la interpretación literal e histórica del requisito de la intención no es concluyente, pero que, desde un punto de vista teleológico, no es relevante a efectos de la destrucción del grupo si el sujeto actúa con especial intención o sólo dolo eventual respecto a dicha destrucción.[50] Su interpretación se basa en la dificultad de probar una especial intención, que acarree una condena por genocidio.[51]

Otros autores han argüido que la "intención de destruir" incluye todo el ámbito de la intención directa, es decir que también incluye conocimiento positivo (dolo directo de segundo grado). Alexander Greenawalt explica tal enfoque basado en el conocimiento empleando una

en la nota al pie 136. Véase también para una síntesis de su postura GIL GIL, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, p. 395.

48. GIL GIL, supra nota 10, p. 241.

49. TRIFFTERER, supra nota 4, p. 403 y ss.

50. TRIFFTERER, supra nota 4, p. 404-405. Véase también id., "Can the 'Elements of Crimes' narrow or broaden responsibility for criminal behavior defined in the Rome Statute?", en STAHN/SLUITER, (eds.), *The emerging practice of the ICC*, 2009, p. 390 donde argumenta que, a efectos del elemento contextual (tal y como ha sido definido en los Elementos de los Crímenes, infra nota 89) que una "intención general" sería suficiente.

51. TRIFFTERER, supra nota 4, p. 405-06 ("much more difficult to be proven...").

interpretación histórica y literal del concepto de intención en la Convención contra el Genocidio y en Derecho (Penal) nacional, que este autor no encuentra concluyente por cuanto conduce a "múltiples interpretaciones".[52] Sostiene en este sentido que "la culpabilidad principal debería extenderse a quienes carecen de un propósito genocida específico, pero cometen actos genocidas entendiendo las consecuencias destructivas de sus actos".[53] En los casos en que un "sujeto es responsable de otro modo" por el delito de genocidio, el requisito de la intención genocida se entiende presente si "actuó en el marco de una campaña de ataque a los miembros de un grupo protegido y sabía que el fin o los efectos manifiestos de tal campaña traerían la destrucción del grupo...".[54] La interpretación de Greenawalt del requisito de la intención de la Convención combina dos elementos: la selección de los miembros del grupo basada en su condición de miembro del grupo y el conocimiento de las consecuencias destructivas de la conducta delictiva en la supervivencia del grupo.[55] Hans Vest sigue la interpretación basada en el conocimiento y la desarrolla, centrándose en la estructura en dos partes de la intención genocida.[56] Para Vest esta estructura constituye un "punto de referencia mixto individual-colectivo" de la intención: mientras la intención general se refiere a los actos individuales de la definición del delito de genocidio (Einzeltat), la "intención de destruir" se refiere a la acción colectiva o más amplia inherente a cualquier conducta genocida,[57] es decir, a "la conducta global de la campaña genocida y sus consecuencias" (Gesamttat).[58] En lo que respecta a esta intención "colectiva" o "contextual", a fin de entender que concurre, basta la "certitud práctica" del autor del delito a propósito de las consecuencias genocidas de la operación colectiva en la que toma parte: "el estándar de la intención genocida

52. GREENAWALT, *Columbia Law Review*, 1999, p. 2265 y ss. (2279).

53. GREENAWALT, ibid., p. 2259, 2265.

54. GREENAWALT, ibid., p. 2288 (cursiva añadida).

55. GREENAWALT, ibid., p. 2289.

56. VEST, Hans, A structure-based concept of genocidal intent, *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, p. 790 y ss. Originalmente en id., *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, 2002, p. 101 y ss.; id., Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 113, 2001, p. 480 y ss.

57. VEST, supra nota 55, p. 785-86, 789-90.

58. VEST, supra nota 55, p. 790.

basado en el conocimiento concurre cuando el conocimiento por parte del autor de los delitos de las consecuencias de la conducta global llega al nivel de certitud práctica."[59] De hecho, JOHN JONES ya había efectuado una distinción similar con anterioridad, diferenciando entre la intención como atributo del plan genocida y de los individuos que toman parte en él.[60] Él argüía que la intención de destruir es (sólo) un atributo del plan genocida, mientras el individuo participando en este plan sólo necesita –como en el caso de los crímenes de lesa humanidad– poseer la intención referida a las conductas típicas (por ejemplo, Art. 6 (a)-(e) ICC Statute) y conocimiento con respecto al contexto genocida. CLAUS KRESS sigue, en lo esencial, este enfoque basado en la estructura, distinguiendo entre "el nivel colectivo de actividad genocida" y "la conducta genocida individual."[61] Del mismo modo, en el "típico caso" de genocidio, el autor de rango inferior, por una parte, y de forma similar a los crímenes de lesa humanidad, debe actuar con conocimiento del ataque colectivo genocida,[62] y, por otra, (como sostiene Gil Gil), con dolo eventual sobre la destrucción –al menos parcial– del grupo protegido.[63]

59. VEST, supra nota 55, p. 793 (cursiva en el original).

60. JONES, Whose intent is it anyway? Genocide and the intent to destroy a group, en VORAH et al., (eds.), *Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, 2003, p. 467-480, p. 468, 471, 473, 477, 479-80.

61. KRESS, Claus, The Darfur Report and Genocidal Intent, *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, p. 572 y ss.; véase también recientemente id., § 6 Völkermord, en JOECKS/MIEBACH, (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/2 Nebenstrafrecht III/Völkerstrafgesetzbuch* [VStGB] (2009) § 6 VStGB, mn. 82 y ss. (p. 563-64); id., *Journal of International Criminal Justice*, 2009, p. 304 y ss. Con prácticamente los mismos argumentos para el enfoque basado en el conocimiento, véase PAUL, supra nota 43, y ss., refiriéndose a Vest (p. 258) y sugiriendo una propuesta concreta de reforma (at 273, 323-4). También, VAN SLIEDREGT, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 192-93 encuentra el enfoque de KRESS "atrayente" pero en última instancia se adhiere a la pobremente desarrollada perspectiva de TPIY/TPIR, con el argumento formar de que dicha teoría "no puede ser ignorada". También siguiendo la distinción operada por KRESS entre colectivo e individual, KIRSCH, *Creighton Law Review*, 2009, p. 352 y ss.

62. KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 573 y ss.

63. KRESS, ibid., p. 576-77.

2.3 *La combinación del enfoque basado en la estructura y en el conocimiento*

a. El significado ambiguo del concepto de la intención

El enfoque basado en el conocimiento se asienta en la premisa de que el concepto de "intención" no se limita a una interpretación puramente volitiva o basada en la intención. Esto es correcto. Greenawalt muestra de forma convincente que la interpretación histórica y literal de la interpretación de la Convención contra el Genocidio no es concluyente a este respecto.[64] En cuanto a la interpretación literal, la formulación del artículo 6 del Estatuto de la CPI (redactado conforme al artículo 2 de la Convención contra el Genocidio) no es en absoluto clara: mientras las versiones francesa y española parecen sugerir una interpretación volitiva, al emplear una terminología prima facie que expresa una conducta basada en el propósito ("l'intention de détruire"; "intención de destruir"), la versión inglesa ("intent to destroy") resulta poco clara incluso en su formulación, ya que el significado de la "intención" es ambiguo. Aunque el common law tradicional prevé delitos de intención específica, que implican propósito (en el sentido de "aim and purpose"), por ejemplo, el robo (burglary),[65] en general, los términos "intent" o "intention" han sido siempre entendidos en sentido volitivo y cognitivo.[66] El moderno Derecho inglés todavía incluye en la definición de la intención, además del propósito, "foresight of virtual certainty";

64. Véase GREENAWALT, *Columbia Law Review*, 1999, p. 2265 y ss. (2279). También encuentro correcto en este sentido, TRIFFTERER, supra nota 4, p. 404; véase *supra* nota 49 y el texto que acompaña a la cita.

65. WILLIAMS, *Criminal Law: The General Part*, 1961, p. 34, pero véase también en la página 49, cuando, a propósito del término "intención específica", establece que "el adjutivo específico parece en cierto modo inútil, ya que la intención no es más específica que cualquier otra intención requerida en Derecho Penal."

66. Véase WILLIAMS, The mental part of crime, 1965, p. 20 ("Intention is a state of mind consisting of knowledge of any requisite circumstances plus desire that any requisite result shall follow from one's conduct, or else of foresight that the result will certainly follow."). Véase también FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 2000, p. 440 remontándose a la teoría doctrinal del siglo diecinueve del utilitarista John Austin. Recientemente, en este sentido, ELEWA BADAR, Mohamed, The mental element in the Rome Statute of the ICC: a commentary from a comparative criminal law perspective, *Criminal Law Forum*, 19, 2008, p. 479.

a lo sumo, el significado fundamental de la intención está reservado a deseo, propósito, etc.[67] En el caso de asesinato R. v Woollin, la Cámara de los Lores definió la intención refiriéndose a "certeza virtual" respecto a las consecuencias de las acciones del acusado.[68] La International Criminal Court Act 2001 define la intención en el delito de genocidio en la ley inglesa incluyendo la conciencia de una persona de que una consecuencia se producirá en el curso ordinario de las cosas.[69] También el Model Penal Code estadounidense, que sirvió como referencia para el Estatuto de la CPI en muchos aspectos, aunque distingue entre "propósito" ("purpose") y "conocimiento" ("knowledge") (secc. 2.02 (a)), define aquel en un sentido cognitivo, refiriéndose al "objeto consciente" del autor con respecto a la conducta y al resultado.[70]

Pero tampoco en las jurisdicciones del sistema continental o civil law está siempre meridianamente clara la distinción entre propósito y conocimiento –y, en consecuencia, el significado de "intención"–. En Derecho francés, la expresión "intention criminelle" fue introducida en el Código Penal anterior (art. 435) por una ley de 2 de abril de 1892 pero nunca fue definida explícitamente. El Código empleaba expre-

67. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 2009, p. 170 y ss.; SIMESTER/SULLIVAN, *Criminal law: theory and doctrine*, 2007, p. 120 y ss. (121). En este sentido, también KUGLER, *Direct and oblique intention in the criminal law*, 2002, p. 4 y ss., que distingue entre intención directa y "oblicúa" ("oblique").

68. *R. v Woollin* [1999] 1 Cr App R 8, HL, p. 20-21 ("... the jury should be directed that they are not entitled to find the necessary intention, unless they feel sure that death or serious bodily harm was a virtual certainty (barring some unforeseen intervention) as a result of the defendant's actions...). Según la Corte de Apelaciones en *R v Matthews and Alleyne* [2003] 2 Cr App R 30; no obstante, el jurado no está obligado a comprobar la existencia de la intención basada en certeza virtual (estoy en deuda con el prof. Ian Dennis, que llamó mi atención sobre esta cuestión). Véase también sect. 12 of the Judicial Studies Board, Specimen Directions, disponible en [www.jsboard.co.uk/criminal_law/cbb/index.htm]

69. International Criminal Court Act 2001 (UK) s 66(3) (estoy en deuda con el prof. Ian Dennis, que llamó mi atención sobre esta cuestión).

70. La parte correspondiente a la sección 2.02 (a) dice así: "A person acts purposely with respect to a material element of an offense when ... if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his *conscious object* to engage in conduct of that nature or to cause such a result..." (cursiva añadida). Véase también FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 2000, p. 440 y ss.

siones como "à dessein, volontairement, sciemment, frauduleusement, de mauvaise foi". El Nuevo Código Penal se refiere a la intención criminal en su artículo 121.3 pero tampoco la define. Además, los jueces franceses parecen considerarse –en el sentido del famoso proverbio de Montesquieu– simple "bouche de la loi" y, en este sentido, también se abstienen de ofrecer una definición general de la intención criminal.[71] En la doctrina, "intention" se define tanto en un sentido volitivo,[72] como cognitivo.[73] Bajo este presupuesto, se establece una distinción entre el dolo directo volitivo y el dolo indirecto volitivo.[74]

En Derecho alemán y español, el dolo directo de primer grado ("dolus specialis", "intención", "Absicht") se interpreta en general como expresión de un elemento volitivo fuerte (determinación, deseo) y un elemento cognitivo débil (conocimiento, conciencia).[75] El dolo, en este sentido, implica el deseo de producir el resultado y puede ser definido como un "propósito vinculado a la voluntad" ("purpose-bound-will").[76] Con todo, esta interpretación aparentemente clara no está en absoluto exenta de controversia. En España, la "intención" se interpreta por una parte importante de la doctrina bien como intención en un sentido general ("dolus", "dolo")[77] o bien abarcando ambas formas de dolo

71. PRADEL, *Droit pénal général*, 2008, p. 468.

72. BOULOC, *Droit pénal général et procédure pénale*, 2006, p. 238: "volonté tendue à dessein vers un but interdit par la loi pénale" ("voluntad dirigida a conseguir un objetivo ilegal").

73. Véase Crim. 7 janvier 2003, Bull. N.°1: "la connaissance ou la conscience chez l'agent qu'il accomplit un acte illicite" ("el conocimiento o conciencia del agente de que comete un acto ilegal"). Véase también GARÇON, *Code pénal annoté*, art.1, n. 77; MERLE/VITU, *Traité de droit criminal*, vol. 1,1997, n. 579.

74. PRADEL, *Droit pénal général*, 2008, p. 463; HENNAU/VERHAEGEN, *Droit pénal general*, 2003, n° 350 y ss.

75. ROXIN, *Strafrecht-Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. I, 4. ed., 2006, § 12 mn. 7 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 7th ed. 2006, p. 244, mn. 82-83.

76. ELEWA BADAR, Mohamed, *Mens rea* – Mistake of Law & Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals, *International Criminal Law Review*, 5, 2005, p. 222.

77. Véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General II. Teoría juridical del delito*, 1998, p. 153; GIL GIL, citado en *supra* nota 46 con más referencias.

directo (deseo y conocimiento).[78] Incluso el término alemán "Absicht", que en su sentido ordinario posee una clara tendencia volitiva, en términos legales, no siempre se interpreta en el sentido de propósito.[79] Además, por otro lado, la "Absicht" no necesariamente se refiere a todas las precondiciones, fases transicionales, objetivos intermedios o efectos colaterales que están inevitablemente conectados con el objetivo en última instancia deseado (por ejemplo, la destrucción de un grupo) y son pasos necesarios para alcanzarlo. Estos pasos intermedios o efectos colaterales inevitablemente interconectados están incluidos en la "Absicht" si el autor sabe de su concurrencia con certeza virtual.[80] Por otra parte, el autor puede pretender la destrucción del grupo únicamente como objetivo intermedio, es decir, como medio para otro fin.[81] Por ejemplo, puede perseguir la ocupación militar de una región habitada por el grupo afectado y, para conseguir este fin, matar o deportar a miembros del grupo con la intención de destruirlo. Mientras, en este caso, el objetivo intermedio todavía sería parte de las consecuencias principales producidas por los actos del autor, y como tales serían producidas dolosamente como medio para un fin, la situación sería distinta si la destrucción del grupo solo fuera un efecto colateral no deseado, resultante, por ejemplo, de los actos del autor para obtener el control de una región, es decir, no serían parte de las consecuencias pretendidas por el autor, sino sólo un efecto colateral desafortunado y subsidiario.[82]

Desde este punto de vista, está claro que una interpretación literal del término "intención" no indica una preferencia clara por un enfoque

78. Luzon Peña, *Curso de Derecho penal: parte general*, 2004, p. 416.

79. Véase de modo general, sobre Derecho alemán, Gehrig, *Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB*, 1986; y sobre Derecho suizo, Gukelberger, *Die Absichtsdelikte des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, 1968, p. 20 y ss.

80. Véase Vest, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 788 con referencias en la nota 20.

81. Gropengiesser, The Criminal Law of Genocide. The German Perspective, *International Criminal Law Review*, 5, 2005, p. 329, 339. En general, sobre tal posibilidad, Kugler, *Direct and oblique intention in the criminal law*, 2002, p. 4.

82. Véase en general sobre la relación entre un objetivo inmediato y la intención específica, Joecks/Miebach, Münchner Kommentar Strafgesetzbuch, 2003, § 16 mn. 12; Roxin, supra nota 74, § 12 mn. 10 y ss.; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2008, § 5 mn. 35.

basado en el propósito o en el conocimiento.[83] El genocidio requiere una "intención de destruir" general, y no una "especial" o "específica" intención en el sentido de un "dolo especial". Mientras la intención de destruir puede ser entendida como una intención ulterior en el sentido de la estructura doble de la intención genocida tal y como fue explicada al inicio de este trabajo,[84] esto es muy distinto a darle a este requisito un significado basado en el propósito, lo cual otorgaría al delito el calificativo de "especial" o "específico". Aun cuando este calificativo fuera parte de la definición del delito, no necesariamente se refiere al grado o intensidad de la intención;[85] en su lugar, también podría ser interpretado como lo opuesto a una intención "general", en el sentido de la estructura doble de la intención; es decir, simplemente clarificaría que la intención "especial" debe ser distinguida de la "general", que se refiere a los actos típicos.[86]

b. Una solución dual distinguiendo entre autores de rango inferior y de rango intermedio y superior

Si se acepta la conclusión señalada más arriba –esto es, que una interpretación literal del concepto de intención no determina inequívocamente el significado de la "intención de destruir"–, la solución habría de venir por una interpretación sistemática y teleológica de este requisito. Desde luego, una interpretación de esta naturaleza no debe ir más allá de los límites fijados por el texto de la ley, a riesgo de infringir el principio nullum crimen (principio que obliga a una interpretación estricta y a la prohibición de la analogía, según el artículo 22(2) del Estatuto de la CPI):[87] pero si estos límites no son determinados precisamente, como se demostró en la sección anterior, el recurso a otros métodos de interpretación no solo es legítimo sino también necesario.

83. De la misma opinión, KRESS, supra nota 61, p. 567 y ss. (570, 572); id., *supra* nota 60, mn. 83.

84. *Supra* nota 6 y el texto al que se refiere.

85. Esta es, sin embargo, la opinión preponderante en Derecho Penal general sobre el significado de la "intención general", véase, por ejemplo, FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, 5. ed., 2008, p. 328 y ss.

86. En éste sentido, véase TRIFFTERER, supra nota 1, p. 1423, 1438 y ss.

87. Véase, con más detalle, sobre la intepretación de este principio en DPI AMBOS, Nulla poena sine lege in international criminal law, en HAVEMAN/OLUSANYA, (eds.), *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, 2006, p. 17 y ss.

Dicha interpretación debe comenzar, sistemáticamente, asumiendo el enfoque basado en la estructura tal y como ha sido desarrollado por Vest y Kreß. Un enfoque de estas características se basa en la distinción entre intención general referida a los actos individuales (Einzeltaten) y la "intención de destruir" referida a la acción genocida colectiva (Gesamttat).[88] Ambas formas de intención incluyen la mens rea del delito de genocidio pero, como fue explicado al inicio de este trabajo, deben ser distinguidas. La –aquí relevante– "intención de destruir" adicional se refiere a la acción colectiva genocida y abarca el elemento contextual del delito de genocidio. En otras palabras, mientras la definición objetiva del delito carece de un elemento contextual,[89] –al contrario de la definición de los Elementos de los Crímenes de la CPI[90] – este elemento se convierte en parte de la definición (subjetiva) del delito, siendo su "portador" la "intención de destruir".[91] Desde un punto de vista teleológico, la cuestión fundamental reside en la justificación última del requisito de la "intención de destruir". Como ya fue establecido al inicio de este trabajo, el principal objetivo de este requisito es distinguir entre genocidio y otros

88. La Sala de Primera Instancia en Krstic también distinguió, aunque sin la debida precisión, también distinguió entre, "intención individual" y "la intención implicada en la concepción y comisión del delito" y, por otra parte, la "intención de destruir" y "la intención de concretos responsables" (véase *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 21, párrafo 549; véase también, VEST, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 794 y la nota 47 y KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 573 junto con la nota 45).

89. Véase AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 2008, § 7 mn. 145. En contra de un elemento contextual, por este mismo motivo, véase TRIFFTERER, *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 407.

90. Véase el último elemento (número 4 o 5) de cada acto, que requiere que "[T]he conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct ..." (Preparatory Commission for the ICC. Addendum. Part II. Finalized draft text of the Elements of Crimes. PCNICC/2000/1/Add. 2., 2 November 2000).

91. Véase, DEMKO, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2009, p. 228-29. De modo similar, para KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2009, p. 304-05, el elemento contextual de los Elementos (supra nota 89) constituye un punto de referencia de la intención genocida (también, KIRSCH, *Creighton Law Review*, 2009, p. 354-55). En todo caso, el elemento contextual no debe ser interpretado como equivalente a un plan o política genocida, sino que la conducta relevante debe producirse en un contexto de una "pauta manifiesta de conducta similar" (véase CRYER, *Journal of International Criminal Justice*, 7, 2009, p. 291).

crímenes, en particular de los crímenes de lesa humanidad "generales". Este objetivo, sin embargo, no predetermina el significado concreto o el contenido de este requisito. De hecho, mientras este requisito específico convierte al genocidio en un crimen de lesa humanidad especial –es decir, un delito no sólo dirigido contra individuos sino contra un grupo como tal–, en realidad, cumple esta función independientemente de que se adopte el enfoque basado en el propósito o en el conocimiento. En otras palabras, el estatus del genocidio como "crimen de crímenes", caracterizado por una especial antijuridicidad, no es el resultado de una interpretación del delito basada en el propósito o en el conocimiento[92], sino de su especificidad al proteger a ciertos grupos de ataques y la destrucción total.[93]

Así las cosas, es posible establecer una solución dual distinguiendo entre autores de rango inferior y de rango intermedio y superior.[94] En cuanto a los primeros, esto es, los fácilmente intercambiables "soldados de a pie" de una campaña genocida, que, por lo general, carecen de los medios para destruir al grupo solos,[95] no es necesario ni realista esperar que actúen con el propósito y el deseo de destruir. En realidad, es posible imaginar una campaña genocida colectiva en la que sólo algún autor de rango inferior, o incluso ninguno, actúe con un propósito destructivo.[96]

92. Sobre la doctrina dominante en Alemania, véase, por ejemplo, ROXIN, supra nota 74, donde analiza la disposición alemana (antes, el § 220a del Código Penal alemán [Strafgesetzbuch], actual § 6 VStGB). De otra opinión, TRIFFTERER, supra nota 4, p. 404-405 quien, sin embargo, no discute el argumento teleológico.

93. De forma similar, KRESS, supra nota 61, p. 576.

94. También sosteniendo un "enfoque diferencial" aunque sin desarrollarlo completamente, VAN DER WILT, Harmen, Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction, *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, 239, 243 y ss. Una distinción similar ya fue defendida por JORGENSEN, Nina, The definition of genocide: Joining the dots in the light of recent practice, *International Criminal Law Review*, 1, 2001, p. 309. Presentando una tipología más sofisticada de responsables de delitos internacionales, que también puede aplicarse al genocidio, SMEULERS, Perpetrators of international crimes: towards a typology, en SMEULERS/HAVEMAN, *Supranational criminology – towards a criminology of international crimes*, 2008, p. 240 y ss.

95. KRESS, supra nota 61, p. 577 y la nota 61, que se refiere al "caso típico".

96. Véase VEST, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2001, p. 486; KRESS, supra nota 61, p. 573.

De hecho, como estos individuos no pueden contribuir en solitario de forma relevante al fin último de la destrucción del grupo, tampoco pueden expresar ningún propósito significativo en relación con el resultado general. Por tanto, es suficiente para determinar responsabilidad por el delito de genocidio que los autores actúen con conocimiento, es decir, sabiendo que forman parte de la campaña genocida y que, por tanto, contribuyen a la materialización de la intención colectiva de destruir.[97] En otras palabras, un acusado de rango inferior debe saber al menos que los "cerebros" de la campaña genocida actúan con intención genocida entendida en sentido estricto.

Hay al menos cuatro argumentos que corroboran esta interpretación. En primer lugar, la incorporación del elemento de contexto a la definición del delito con base en el especial requisito subjetivo corresponde a la realidad criminológica de la conducta genocida; es decir, que el genocidio no puede ser cometido por unos pocos individuos aislados, sino que precisa de autores intelectuales y un aparato organizacional para implementar los perversos planes.[98] En segundo lugar, aunque estos

97. La distinción subyacente fue reconocida en un primer borrados de los Elementos de los Crímenes de la CPI; así, véase el último elemento (número 3 o 4) de cada acto subyacente, en este caso, "genocidio por matanza": "The accused knew ... that the conduct would destroy ... such group ..." (Preparatory Commission for the International Criminal Court. Addendum. Annex III. Elements of Crimes. PCNICC/1999/L.5/Rev. 1/ Add. 2., 22 December 1999). La versión final sólo retuvo el requisito de la intención (especial) (véase Elements of Crime, *supra* nota 89, art. 6, tercer elemento en cada caso). SHAW, supra nota 14, p. 86 y ss. reconoce la naturaleza organizada del genocidio pero se muestra crítico con la idea de una intención colectiva. En lo fundamental, sigue el enfoque de Max Weber de una sociología centrada en la acción, con su respectivo marco teórico ("Genocidists invariably have multiple goals and deviate from their rationalistic pursuit. The ideal-typical concept of 'rational', 'intentional' genocide can be no more than a heuristic tool enabling us to grasp the complexity of real cases.", ibid., p. 88).

98. Véase, *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 21, párrafo 549 ("The gravity and scale of the crime of genocide ordinarily presume that several protagonists were involved in its perpetration"). Véase también SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2. ed., 2009, p. 243 y ss., p. 243 (a 'knowledge-based' approach highlights "the collective dimension of the crime of genocide"), p. 244 ("genocide presents itself as the archetypical crime of State, requiring organization and planning"); SHAW, supra nota 14, p. 82 ("Genocide has been seen legally as an organized, not a spontaneous, crime; it could not

autores de rango inferior llevan a cabo los actos típicos con sus propias manos, en términos de su contribución general a la campaña genocida, son sólo partícipes secundarios o, más concretamente, cómplices o cooperadores necesarios.[99] Dicho de otro modo, aunque son ejecutores directos del plan genocida y por tanto deben ser considerados como tales (es decir, como autores), sus actos ejecutivos sólo adquieren su "significado genocida" porque existía un plan. Como los ejecutores no estaban involucrados en diseñar el plan sino que son, en sentido normativo, sólo un mero instrumento para implementarlo, no deben poseer la especial intención de destrucción sino simplemente saber de su existencia; tal interpretación es coherente con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en DPI (infra 3.1). Esto podría ser distinto en supuestos de genocidio "espontáneo", si se admite que tales supuestos puedan existir en contra de lo establecido en este primer argumento. De cualquier modo, en este tipo de casos los autores directos poseen una especial intención por sí mismos y por tanto presentan los requisitos subjetivos del autor de genocidio. En tercer lugar, aunque, como fue explicado, hay una diferencia estructural entre genocidio y crímenes de lesa humanidad en cuanto al ámbito de protección, el genocidio se ha desarrollado a partir de los crímenes de lesa humanidad[100] y es, en esencia, una forma (especial) de crimen de lesa humanidad.[101] Esta "congruencia

be committed by an individual acting alone."). He profundizado más en el estudio de la realidad criminológica del genocidio en mi trabajo 'Criminologically explained reality of genocide, structure of the offence and the intent to destroy requirement', que aparecerá publicado en SMEULERS/VAN SLIEDREGT, (eds.), *Collective violence and international criminal justice – an interdisciplinary approach*, 2010.

99. Para un enfoque similar sobre la complicidad, véase también KRESS, supra nota 61, p. 574-75.

100. Acerca de los orígenes de la prohibición legal del genocidio, véase SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2. ed., 2009, p. 17 y ss.; véase también ibid., p. 59 y ss., a propósito de la Convención contra el Genocidio y la normativa desarrollada posteriormente.

101. JONES, en VORAH et al., (eds.), *Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, 2003, p. 479; KRESS, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 575-76. Insistiendo en la distinción entre genocidio y crímenes de lesa humanidad, pero, aún así, reconociendo su afinidad, SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2. ed., 2009, p. 11, 13 y ss., p. 15 ("genocide stands to crimes against humanity as premeditated

estructural"[102] justifica una construcción del genocidio desde el punto de vista de la estructura como un crimen de lesa humanidad con respecto al requisito del "conocimiento del ataque" (Art. 7 Estatuto de la CPI). Cuarto, en cuanto a la (hostil) actitud del autor directo respecto al grupo, no existe diferencia alguna si actúa con intención genocida o con conocimiento del propósito genocida general.[103] Incluso puede que actúe con alguna forma de propósito indirecto no distanciándose completamente del propósito genocida general. En todos estos casos, el autor de rango inferior expresa su desprecio por el grupo y toma una decisión clara contra el interés protegido por el delito de genocidio.

Esto implica que un simple genocida de rango inferior, así como un criminal contra la humanidad (simplemente) debe actuar con conocimiento del elemento contextual requerido en ambos crímenes, además de con intención general respecto a las conductas típicas subyacente. También puede poseer una intención basada en el propósito, por ejemplo en el caso de un genocidio "espontáneo", pero esto no constituye un prerequisito para determinar su responsabilidad (subjetiva). El contexto sirve en ambos casos como objeto de referencia del conocimiento del autor; esto es, el conocimiento no debe dirigirse a la destrucción última del grupo en el futuro –de hecho, ello constituye simplemente una expectativa futura que como tal no puede ser conocida sino sólo esperada o deseada[104]–, sino únicamente al contexto general genocida. En cuanto al genocidio, esto implica que el autor de rango inferior participa en el plan o empresa genocida general, es decir, que sus actos individuales consti-

murder stands to intentional homicide. Genocide deserves its title as the *crime of crimes.*").

102. KRESS, supra nota 61, p. 575-76; id., *supra* nota 60, mn. 87; id., KRESS, Journal of Criminal *Justice*, 7, 2009, p. 301.

103. Véase también PAUL, supra nota 43, p. 259 y ss. con más referencias al respecto.

104. Para un análisis del conocimiento de los riesgos causados por un acto y los meros deseos o expectativas respecto a resultados futuros, véase, FRISCH, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes etc.*, 1983, p. 222 y ss. Véase también TRIFFTERER, *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 406, quien admite que "la intención particular está dirigida a la realización en el futuro de las expectativas del autor" pero no reconoce que estas expectativas futuras sólo pueden ser deseadas o buscadas, es decir, ser objeto de expectativas, pero no de certitud o conocimiento.

tuyen, junto con los actos de los restantes autores de rango inferior, la realización de la intención o el propósito genocida representada por los líderes o cerebros del plan. La existencia de tal plan conecta los actos de los responsables de rango inferior y, a la vez, los une a la intención del líder, de modo que los actos de los subordinados y las ideas de los superiores se complementan.

De ello se extrae que el enfoque basado en el propósito debe ser sostenido en el caso de los autores de rango superior, es decir, los líderes intelectuales y fácticos de la empresa genocida. Ellos son el cerebro de la operación genocida y tienen el poder de ponerlo en marcha en un primer momento. Ellos son los que pueden y deben actuar con la intención ulterior que, como fue explicado al inicio de este trabajo, es característica del delito de genocidio y lo convierte en un delito orientado a un fin. ¿Quién si no los autores de rango inferior puede poseer de forma realista la intención ulterior de destruir al grupo protegido? Lo más complejo es determinar lo que debe requerirse en el caso de los autores de rango intermedio, o sea, para las personas que, como Adolf Eichmann, tienen una función organizacional o administrativa sin la que la campaña genocida no podría ser implementada. Estas personas deben actuar dolosamente, ya que no ejecutan actos subyacentes –como los autores de rango inferior– pero son más bien autores intelectuales y por tanto pueden ser comparados con los responsables de rango superior. Por tanto, sólo pueden ser considerados genocidas si comparten la intención basada en el propósito de los responsables de rango superior.

La distinción según el estatus entre autores de rango superior e intermedio y rango inferior y el papel desarrollado en la empresa genocida también es convincente desde un punto de vista político-criminal. Al entender aplicable a los responsables de rango superior e intermedio el requisito de la intención basada en el propósito, se impide una expansión arbitraria y una politización del delito de genocidio, y a su vez se evita entrar en una peligrosa dinámica que traería consigo la calificación de "simples" crímenes de lesa humanidad como genocidio,[105] lo cual terminaría por devaluar el detestable carácter de este último. En este sentido, el enfoque basado en el propósito tiene una importante función

105. La distinción también aparece enfatizada en *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 16, párrafo 469.

de "baluarte preventivo".[106] Así, contrariamente a lo que un enfoque absoluto basado en el conocimiento parece sugerir,[107] la selección discriminatoria y las persecuciones selectivas de personas o miembros de un grupo no constituyen de por sí genocidio, sino "sólo" persecución como crimen de lesa humanidad.

La combinación aquí sugerida de enfoque basado en la estructura y basado en el conocimiento implica una interpretación basada en el conocimiento del requisito de la "intención de destruir" en el caso de autores de rango inferior respecto al contexto genocida como objeto de referencia de la intención de destruir. En este sentido, un estándar mental menor, por ejemplo, dolo eventual o incluso imprudencia,[108] no puede ser admitido porque cambiaría radicalmente el carácter del delito de genocidio en términos de su antijuridicidad y de su especialidad respecto a los crímenes de lesa humanidad. Además, el argumento de la estructura paralela del delito de genocidio a la de la tentativa, como sostiene Gil Gil al defender la admisibilidad el dolo especial,[109] no es convincente: aunque se puede argumentar que el tipo objetivo del genocidio es estructuralmente idéntico al de un delito en grado de tentativa, esto no implica que deba tener los mismos requisitos subjetivos. Al contrario, un delito en tentativa no necesariamente contiene un elemento subjetivo especial en alguna forma comparable a la intención de destruir. Por lo demás, reconocer dolo eventual respecto al contexto genocida estaría en contradicción con la coherencia estructural sugerida entre genocidio y crímenes de lesa humanidad. Aunque esta congruencia permite, por una parte, un enfoque basado en el conocimiento para los autores de rango inferior del delito de genocidio –extrayéndolo del requisito del conocimiento del ataque en los crímenes de lesa humanidad–, por otra parte, este estándar constituye un mínimo imprescindible que sería infringido por un estándar menor, como el dolo eventual, en lo que respecta al elemento contextual.

106. Véase en el mismo sentido, RAJKOVIC, Nikolas, The politics of the ICJ Genocide case and its interpretation, *Leiden Journal of International Law*, 21, 2008, p. 904.

107. GREENAWALT, *Columbia Law Review*, 1999, p. 2287-88 and 2293-94 (subrayando el peligro para la supervivencia del grupo).

108. También contra el dolo eventual, PAUL, op. cit. en supra nota 43, p. 262-63.

109. Véase *supra* nota 46 y el texto principal.

No obstante, esta interpretación de la "intención de destruir" referida a la destrucción final del grupo en el futuro es un asunto distinto. Como ha sido argumentado, tal expectativa futura no puede ser conocida sino sólo esperada o deseada.[110] Tomemos el caso del soldado que participa conscientemente en la destrucción de un grupo étnico, es decir, que satisface la interpretación basada en el conocimiento para el contexto genocida, pero actúa con indiferencia respecto a su destrucción final, es decir, con dolo eventual;[111] en este supuesto, no tendría sentido requerir de este soldado conocimiento de la destrucción final, ya que él no puede poseer tal conocimiento. Como acontecimiento futuro que es, sólo puede actuar con propósito o deseo, es decir, con dolo directo en primer grado. Por supuesto, puede que el sujeto tenga además en cuenta esta posibilidad e incluso la apruebe en un sentido de dolo eventual,[112] pero admitir el dolo eventual no sólo sería inconsistente con la interpretación de los términos "intent", "intention", "intención" o "Absicht" que fue defendida más arriba,[113] sino que constituiría además una analogía prohibida contra reo y que por tanto infringiría el principio nullum-crimen.[114] Así, si se requiere algún estado mental respecto al fin último, este habrá de estar basado en el propósito.

110. Supra nota 103 y el texto principal.

111. Véase Gil Gil, supra nota 14, p. 262-63 y 261 y ss. para otros ejemplos.

112. Véase también Kress, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 577 quien considera "más realista" requerir dolo eventual en lugar de conocimiento positivo con respecto a la efectiva destrucción del grupo".

113. Supra notes 63 y ss. y el texto principal.

114. Aparte de esto, se discute si el DPI, tal y como ha sido codificado en el Estatuto de la CPI reconoce el dolo eventual como un tipo separado de intención. En mi opinión (Ambos, *supra* nota 88, § 7 mn. 67 with further references), no es así, ya que el sujeto que actúa con este tipo de intención, no sabe que un determinado resultado o consecuencia se producirá en el curso ordinario de los acontecimientos, como lo requiere el art. 30 (2) (b) del Estatuto de la CPI. Este estándar de conocimiento sólo correspondería al dolo eventual si uno interpreta este concepto de forma similar a las teorías cognitivas que aumentan el umbral del dolo eventual a probabilidad respecto a la concurrencia de la respectiva consecuencia (Véase Roxin, op. cit. en supra nota 74; against the inclusion now also ICC, Pre-Trial Chamber II, *Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision pursuant to Art. 61 (7)(a) and (b) of the Rome Statute etc., 15 June 2009, ICC-01/05-01/08, párrafo 360 y ss.; al respecto, Ambos, Kai, Critical issues in the Bemba confirmation decision,

3. Consecuencias del enfoque combinado basado en la estructura y el conocimiento para otras formas de participación en el delito de genocidio

3.1 La jurisprudencia

Si bien la jurisprudencia, como fue mostrado más arriba, requiere una intención basada en el propósito para cualquier forma de comisión del delito de genocidio, no está del todo claro si los partícipes que no ejecuten directamente los actos también deberán actuar con este tipo de intención. En el caso de la complicidad, la Sala de Primera Instancia del caso Akayesu sostuvo que un cómplice en el delito de genocidio en el sentido del artículo art. 2 (3) (e) del Estatuto del TPIR no necesariamente debe poseer por sí mismo dolus specialis,[115] sino que sólo debe saber o haber debido saber que el autor principal actuó con la específica intención,[116] en la medida en que la responsabilidad del partícipe es accesoria a la del autor principal:

"[L]a complicidad es una criminalidad prestada (*criminalité d'emprunt*). En otras palabras, el cómplice toma prestada la criminalidad del autor principal. Por criminalidad prestada debe entenderse que el acto físico que constituye el acto de complicidad no tiene su propia criminalidad inherente, sino más bien toma prestada la criminalidad del acto cometido por el autor principal de la empresa criminal. Por tanto, la conducta del cómplice es delictiva cuando el delito ha sido consumado por el autor principal. El cómplice no ha cometido un delito autónomo, sino que simplemente ha facilitado la empresa criminal cometida por otro."[117]

Leiden Journal of International Law, 22, 2009, p. 718. De todos modos, esto no resulta relevante si uno considera que la fórmula "salvo disposición en contrario" del art. 30 admite un estándar mental (mayor o menor) en las definiciones de los delitos.

115. *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 16, párrafos 540, 545, 548.

116. *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 16, párrafo 541.

117. *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 16, párrafo 528: "[C]omplicity is borrowed criminality (criminalité d'emprunt). In other words, the accomplice borrows the criminality of the principal perpetrator. By borrowed criminality, it should be understood that the physical act which constitutes the act of complicity does not have its own inherent criminality, but rather it borrows the criminality of the act committed by the principal perpetrator of the criminal enterprise. Thus, the conduct of the accomplice emerges as a

No obstante, de forma un tanto sorprendente, la Sala Akayesu exigió prueba de la intención especial cuando una persona es acusada de planear, preparar, ejecutar o ayudar en la comisión del delito de genocidio, en el sentido del artículo 6(1) del Estatuto del TPIR.[118] Es decir, rechazó el requisito de la intención específica para la complicidad pero la exigió para formas generales de participación secundaria. Esta inconsistencia fue correctamente rechazada por la Sala de Primera Instancia en Musema, que sostuvo que la complicidad en el delito de genocidio –independientemente de su base legal o forma– requiere sólo conocimiento de la intención genocida.[119] En cuanto a la asistencia en la comisión del delito (aiding and abetting) la Sala, siguiendo en este aspecto a la Sala del caso Akayesu,[120] consideró suficiente incluso el conocimiento posible, esto es, la ignorancia culpable ("had reason to know").[121] Ahora bien, aunque puede ser discutible el contenido adecuado de la intención en el caso de la complicidad, no tiene sentido distinguir entre complicidad en el sentido del artículo 2(3)(e) y el art. 6 (1) del Estatuto del TPIR . Así, la Sala de Apelaciones en Krstic estableció correctamente que la disposición sobre la participación general del art. 7 (1) del Estatuto del TPIY debe ser interpretada en concordancia con la disposición especial del art. 4 (3) del Estatuto de la TPI, conduciendo a una forma común de asistencia en la comisión del genocidio ("aiding and abetting genocide").[122] Como resultado, la jurisprudencia ha adoptado unánimemente

crime when the crime has been consummated by the principal perpetrator. The accomplice has not committed an autonomous crime, but has merely facilitated the criminal enterprise committed by another".

118. *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 16, párrafo 546. El artículo 6(1) del Estatuto del TPIR reza: "La persona que haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen".

119. *Prosecutor v. Musema*, supra nota 16, párrafo 181 y ss.

120. *Prosecutor v. Akayesu*,supra nota 16, párrafo 541.

121. *Prosecutor v. Musema*, supra nota 16, párrafo 182.

122. *Prosecutor v. Krstić*, supra nota 34, párrafo 138-39. Véase también *Prosecutor v. Stakić*, supra nota 9, párrafo 531; *Prosecutor v. Semanza*, Trial Judgment and Sentence, Case n. ICTR-97-20-T, 15 May 2003, párrafo 394; *Prosecutor v. Blagojevic & Jokic*, supra nota 38, párrafo 679.

la postura de que el cómplice no debe poseer la intención específica sino, simplemente, estar al tanto de tal intención subyacente.[123]

En cuanto a la instigación para cometer genocidio, la Sala de Primera Instancia en Akayesu requirió una intención específica en el sentido del art. 2 (3) (c) del Estatuto del TPIR:

"La mens rea requerida para el delito de instigación directa y pública a cometer genocidio reside en la intención de impulsar o provocar directamente a otro a cometer genocidio. Supone un deseo por parte del autor de crear con sus acciones un particular estado mental necesario para cometer tal crime en la mente de la persona/s a quien/es involucra. Es decir que la persona que está instigando a cometer genocidio debe tener por sí misma la específica intención de cometer genocidio, esto es, de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal."[124]

123. ICTY: *Prosecutor v. Krstić*, op. cit. en supra nota 34, párrafo 140; *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 28, párrafo 229; *Prosecutor v. Blagojevic & Jokic*, supra nota 38, párrafo 782; Appeal Judgement, Case n. IT-02-60-A, 9 May 2007, para 127; *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 10, párrafo 730; *Prosecutor v. Brdjanin*, Decision on Motion for Acquittal pursuant to Rule 98bis, Case n. IT-99-36-T, 8 November 2003, párrafo 66; *Prosecutor v. Brdjanin*, Decision on Interlocutory Appeal, Case n. IT-99-36-A, 19 March 2004, párrafo 7. *Prosecutor v. Krnojelac*, Appeal Judgment, Case n. IT-97-25-A, 17 September 2003, párrafo 52 sobre el crimen de persecución: "(...) the aider and abettor in persecution, an offence with a specific intent, must be aware not only of the crime whose perpetration he is facilitating but also of the discriminatory intent of the perpetrators of that crime. He need not share the intent but he must be aware of the discriminatory context in which the crime is to be committed (...)." Véase también *Prosecutor v. Vasiljević*, Appeal Judgment, Case n. IT-98-32-A, 25 February 2004, párrafo 142. – ICTR: *Prosecutor v. Bagilishema*, supra nota 16, párrafo 71; *Prosecutor v. Ntakirutimana* et al., Appeal Judgment, Case n. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, 13 December 2004, párrafo 500; *Prosecutor v. Semanza*, supra nota 122, párrafos 394-395; *Prosecutor v. Seromba*, Appeal Judgment, Case n. ICTR-2001-66-A, 12 March 2008, párrafo 56.

124. *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 16, párrafo 560: "The mens rea required for the crime of direct and public incitement to commit genocide lies in the intent to directly prompt or provoke another to commit genocide. It implies a desire on the part of the perpetrator to create by his actions a particular state of mind necessary to commit such a crime in the minds of the person(s) he is so engaging. That is to say that the person who is inciting to commit genocide must have himself the specific intent to commit

Esto fue confirmado por otras sentencias del TPIR.[125] No hay motivo para sostener una postura diferente con respeto a la "instigation" como forma de participación (secundaria) en el sentido del art. 6 (1) del Estatuto del TPIR, si se considera, como lo hace la Sala de Apelaciones basándose en la versión francesa del Estatuto ("incitation"), que ésta debe ser entendida como sinónimo de "incitement".[126]

Igualmente, en Musema, la Sala de Primera Instancia se refirió a la intención específica en el caso de la conspiración para cometer genocidio:

"Respecto a la mens rea del delito de conspiración para cometer genocidio, la Sala toma nota de que esta reside en la decidida intención de cometer genocidio, esto es, de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Por tanto, es la opinión de esta Sala que la intención requerida en el delito de conspiración para cometer genocidio es, *ipso facto*, la intención requerida para el delito de genocidio, es decir, el *dolus specialis* del genocidio."[127]

En cuanto a la Empresa Criminal Común (ECC), no existe controversia respecto al hecho de que todos los miembros de una ECC I deben "compartir" la intención (específica) del correspondiente delito;[128] por el contrario, sí es muy polémico el estándar requerido en

genocide, namely, to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such."

125. Véase, *Prosecutor v. Ruggiu*, supra nota 12, párrafo 14; *Prosecutor v. Nahimana*, Trial Judgment, Case n. ICTR-99-52-T, 3 December 2003, párrafo 1012.

126. *Prosecutor v. Akayesu*, Appeal Judgement, Case n. ICTR-96-4-A, 1 June 2001, párrafos 474 y ss.

127. *Prosecutor v. Musema*, supra nota 16, párrafo 192: "With respect to the *mens rea* of the crime of conspiracy to commit genocide, the Chamber notes that it rests on the concerted intent to commit genocide that is to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group, as such. Thus, it is the view of the Chamber that the requisite intent for the crime of conspiracy to commit genocide is, *ipso facto*, the intent required for the crime of genocide, that is the *dolus specialis* of genocide."

128. Véase la reciente decisión *Prosecutor v. Milan Milutinovic* et al., Judgement TC III, IT-05-87-T, 26 February 2009, párrafo 109.

el caso de una ECC III.[129] La Sala de Primera Instancia en Stakić adoptó una interpretación doctrinal estricta:

"(...) la aplicación de un título de imputación no puede reemplazar a un elemento fundamental del delito. (...) La combinación de la tercera variante de la empresa criminal conjunta y el delito de genocidio traería consigo tal descenso del *dolus specialis* que se extinguiría. Por tanto, la Sala de Primera Instancia encuentra que a fin de *cometer* genocidio, deben concurrir los elementos de este delito, incluyendo el dolus specialis. Las nociones de *escalada* al genocidio o genocidio como una "consecuencia natural y previsible" de una empresa que no se dirige específicamente al genocidio no son compatibles con la definición del genocidio del art. 4(3)(a)."[130]

No obstante, esta postura no fue acogida por la Sala de Apelaciones. En Brdjanin sostuvo que la ECC III es "como un título de imputación" ("as a mode of liability"), no pudiendo distinguirse de otras formas de imputación criminal que no requieren prueba de la intención.[131] En consecuencia, un miembro de una ECC III puede ser condenado por genocidio si razonablemente podía prever que se cometería uno de los

129. Sobre las formas de ECC, basado en la decisión de la Sala de Apelación de la ICTY en Tadic véase por ejemplo Ambos, Kai, "Joint criminal enterprise" y la responsabilidad del superior, *Revista de Derecho Penal y Criminologia* (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho). 2nda Epoca, t. 19 (enero 2007), 39-78.

130. *Prosecutor v. Stakić*, supra nota 9, párrafos 530 and 558: "(...) the application of a mode of liability can not replace a core element of a crime. (...) Conflating the third variant of joint criminal enterprise and the crime of genocide would result in the dolus specialis being so watered down that it is extinguished. Thus, the Trial Chamber finds that in order to 'commit' genocide, the elements of that crime, including the dolus specialis must be met. The notions of 'escalation'to genocide, or genocide as a 'natural and foreseeable consequence' of an enterprise not aimed specifically at genocide are not compatible with the definition of genocide under Art. 4(3)(a)." Véase también *Prosecutor v. Stakić*, Decision on Rule 98bis Motion for Judgment of Aquittal, Case n. IT-97-24-T, 31 October 2002, para 93; *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 123, párrafo 57.

131. *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 123, párrafo 7. Véase también *Prosecutor v. Stakić*, Appeal Judgment, Case n. IT-97-24-A, 22 March 2006, párrafo 38.

actos objetivos del delito de genocidio y que sería cometido con intención genocida.[132]

Es aún más confuso el caso de la responsabilidad del superior. Mientras para la Sala de Primera Instancia en Stakić el superior debe presentar una intención específica,[133] la Sala de Apelaciones en Brdjanin encontró que no había:

"Razón inherente por la que, habiendo verificado que esto [la responsabilidad del superior, K.A.] se aplica al genocidio, el artículo 7(3) debiera aplicarse de forma distinta al delito de genocidio que a cualquier otro delito en el Estatuto. (...) En el caso del genocidio, esto implica que el superior debió haber sabido o tenía motivos para conocer la intención específica de sus subordinados. (...) [L]a responsabilidad penal del superior es un título de imputación que no requiere prueba de la intención de cometer un crimen por parte del superior (...)"[134]

Por tanto, mientras (sólo) los subordinados deben contar con una intención específica, el superior no;[135] de este modo, la jurisprudencia convierte un delito que debe ser cometido intención específica en un delito negligente.

132. *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 10, párrafo 709; *Prosecutor v. Milošević*, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, Case n. IT-02-54, 16 June 2004, párrafos 291, 292, 300; CAYLEY, *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 839.

133. *Prosecutor v. Stakić*, Decision on Rule 98bis Motion for Judgment of Aquittal, Case n. IT-97-24-T, 31 October 2002, párrafo 92.

134. *Prosecutor v. Brdjanin*, Decision on Interlocutory Appeal, Case n. IT-99-36-A, 19 March 2004, párrafo 7: "inherent reason why, having verified that it [superior responsibility, K.A.] applies to genocide, Article 7(3) should apply differently to the crime of genocide than to any other crime in the Statute. (...) In the case of genocide, this implies that the superior must have known or had reason to know of his or her subordinate's specific intent. (...) [S]uperior criminal responsibility is a form of criminal liability that does not require proof of intent to commit a crime on the part of a superior (...)". Véase también *Prosecutor v. Brdjanin*, supra nota 10, párrafo 720.

135. *Prosecutor v. Blagojevic & Jokic*, supra nota 38, párrafo 686; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, supra nota 16, párrafo 92; *Prosecutor v. Ntagerwa* et al., Trial Judgment, Case n. ICTR-99-46-T, 25 February 2004, párrafo 653-654.

3.2 *La posición defendida: una distinción dual, por una parte, entre responsables de rango superior e intermedio y rango inferior y, por otra, entre formas de participación principal y secundaria*

El punto de partida de la interpretación aquí propuesta es dual.[136] En primer lugar, está en consonancia con el enfoque combinado basado en la estructura y en el conocimiento, teniendo en cuenta el estatus y el papel de los responsables. Si la interpretación basada en el propósito del requisito de la "intención de destruir" sólo se aplicara a responsables de rango superior e intermedio, surgiría únicamente en estos casos la duda de si la mera participación en un genocidio de modo diferente a la comisión directa debe ser tratada de forma distinta. Por el contrario, en lo que respecta a los responsables de rango inferior, el enfoque basado en el conocimiento defendido más arriba también debe ser aplicado a otras formas de participación.

En segundo lugar, es preciso distinguir entre las diferentes formas de "comisión" y "participación". En concreto, habría de diferenciarse entre formas de participación principales y otras formas de participación secundaria. En consecuencia, todas las formas de comisión que no impliquen comisión directa o inmediata, en concreto, la coautoría (incluyendo la ECC) y autoría mediata, así como formas similares de control mental o intelectual de la conducta genocida (proposición, inducción, instigación, conspiración) deben ser tratadas como comisión directa.[137] Esto significa que en el caso de responsables de rango superior e intermedio se requiere una intención basada en el propósito, mientras en el caso de responsables de nivel inferior el conocimiento del contexto genocida sería suficiente. Por el contrario, la participación secundaria en su forma más débil, es decir, colaborando con el autor principal, sólo requiere conocimiento de la existencia de la intención

136. Sobre las formas de participación en DPI, véase AMBOS, Kai, "Article 25 Individual criminal responsibility", en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 2. ed., 2008, p. 743 y ss.

137. También para ECC III, MUGWANYA, *The Crime of Genocide in International Law*, 2007, p. 131-2; para conspiración, CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, *An introduction to international criminal law and procedure*, 2007; con otro punto de vista sobre la instigación, WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2. ed., 2007, mn 438 (conocimiento es suficiente).

especial del autor principal.[138] Este estándar inferior también se extrae de la propia lógica de cualquier forma de participación secundaria, en particular colaboración para la comisión del delito. Si tal participación secundaria es, como fue correctamente establecido por la Sala de Primera Instancia en Akayesu,[139] una forma de responsabilidad derivada o acce-

138. En el mismo sentido, *Prosecutor v. Krstić*, Appeal Judgment, Case n. IT-98-33-A, 19 April 2004, párrafo 140 y ss., con referencias de la jurisprudencia (fn. 235) y del Derecho nacional (fn. 236 y ss.); sobre el conocimiento, véase *Prosecutor v. Ndindabahizi*, Trial Judgment, Case n. ICTR-2001-71-I, 15 July 2004, párrafo 457 con otras referencias; *Prosecutor v. Blagojević & Jokić*, Appeal Judgement, Case n. IT-02-60-A, 9 May 2007, párrafo 127 y nota 122 con otras referencias; *Prosecutor v. Seromba*, AJ, *supra* nota 123, párrafo 146; *Prosecutor v. Frans van Anraat*, Judgment, AX6406, Rechtbank's–Gravenhage, 09/751 003-04, 23 December 2005, párrafo 6.5.1. and 8, (en la que el acusado solo fue condenado por crímenes de lesa humanidad y no por genocidio, por falta de conocimiento). Véase también VAN DER BORGHT, Erwin, Prosecution of international crimes in the Netherlands: an analysis of recent case law, *Criminal Law Forum*, 18, 2007, 87, 125-6; VAN DER WILT, Harmen, Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction: Reflections on the van Anraat case, *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2006, p. 239, 246-7; GROPENGIESSER/ KREICKER, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen: Deutschland*, t. 1. 2003, p. 107-8; EBOE-OSUJI, Chile, "Complicity in Genocide" versus "Aiding and Abetting Genocide": Construing the Difference in the ICTR and ICTY Statutes, *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, p. 63 y ss.; VAN SLIEDREGT, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 194; AKHAVAN, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 994; FOLGUEIRO, El crimen de genocidio, en PARENTI et al., (eds.), Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional, 2007, p. 176; MUGWANYA, *The Crime of Genocide in International Law*, 2007, p. 132-3 (¡diferente en la página 201!). IA favor de una intención absada en el propósito METTRAUX, *International crimes and the ad hoc tribunals*, 2005, p. 259-60, 287; OBOTE-ODORA, Alex, Complicity in genocide as understood through the ICTR experience, *International Criminal Law Review*, 2, 2002, p. 377, 382 y ss., 387, 397 y ss.; y, al parecer, también, CLARK, Roger S., Drafting a general part to a penal code: some thoughts inspired by the negotiations on the Rome Statute of the ICC and by the Court's first substantive law discussion in the Lubanga Dyilo confirmation proceedings, *Criminal Law Forum*, 19, 2008, p. 547 y ss. referring to Art. 25 (3)(c) and (d) ICC Statute.

139. *Supra* nota 116 y el texto principal.

soria ("borrowed criminality") respecto al acto o conducta principal,[140] es suficiente que el cómplice actúe con conocimiento del propósito genocida de los responsables principales.

Si se aplican estos principios a las formas de participación tratadas por la jurisprudencia, el resultado es el siguiente. En lo que respecta a la complicidad, la distinción operada en Akayesu no puede sostenerse.[141] No tiene sentido tratar la complicidad basada en la Convención contra el Genocidio de forma distinta a la complicidad general. Con la adopción del Estatuto de Roma, podemos operar desde el presupuesto de que existe una complicidad general que es aplicable a todos los crímenes internacionales por igual. En este sentido, hubiera sido correcto y perfectamente coherente con las consideraciones expuestas, que la Sala en Akayesu y la jurisprudencia subsiguiente hubieran interpretado que el cómplice sólo debe saber de la especial intención de los responsables principales, sin poseerla por sí mismo. Por ejemplo, si A organiza una campaña genocida contra los judíos con la intención de destruir este grupo religioso y B le asiste en la matanza de algunos judíos siendo consciente del propósito genocida de A, B actúa con el conocimiento suficiente del contexto genocida. Esta interpretación también encuentra su apoyo en el Derecho nacional[142] y en

140. Obviamente, hay varias teorías sobre la lógica de la participación secundaria (véase, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003, § 26 mn. 11 y ss.) pero todas están de acuerdo en el hecho de que existe una relación de dependencia entre la participación secundaria y la actividad principal o conducta.

141. En este sentido, me distancio de la opinión expresada previamente en AMBOS, "Art. 25. Individual criminal responsibility", en TRIFFTERER, (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, mn 30; Véase *ibid.*, 2. ed. 2008), special print, mn 32. También se muestra crítico al respecto, GREENAWALT, *Columbia Law Review*, 1999, p. 2282 y ss.; VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 244 y ss.; DAWSON, Grant/ BOYNTON, Rachel, Reconciling complicity in genocide and aiding and abetting genocide in the jurisprudence of the United Nations ad hoc tribunals, *Harvard Human Rights Journal*, 21, 2008, p. 256 y ss.; GREENFIELD, D., The crime of complicity in genocide: How the International Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia got it wrong and why it matters, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 98, 2008, p. 945 y ss.

142. BayObLG (Bayerisches Oberstes Landesgericht), (1998) 51 *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 392 y ss., con comentario de AMBOS, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 18, 1998, p. 139.

la doctrina.[143] Y esto se aplicaría a todos los cómplices, independientemente de su estatus en la organización genocida. El aspecto decisivo en estos casos no es el nivel jerárquico del cómplice, sino el hecho de que sólo actúa como un cómplice y por ello no necesita poseer por sí mismo la intención basada en el propósito.

Esta aplicación del estándar basado en el conocimiento en casos de mera complicidad también es aconsejable desde un punto de vista político-criminal. Requerir una intención basada en el propósito por parte del cómplice implicaría la impunidad en los numerosos casos donde la destrucción de un grupo no es el objetivo principal del cómplice, sino que simplemente constituye un efecto colateral que acepta.[144] Piénsese, por ejemplo, en el caso de una compañía que utilice a miembros de un grupo para trabajos forzados y les impone condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física total o parcial del grupo en cuestión (art.6 (c) Estatuto de la CPI), pero cuyo objetivo principal no es la destrucción del grupo, sino maximizar los beneficios a través de este abuso de una mano de obra barata. Efectivamente, la frecuente complicidad de las grandes compañías en prolongados conflictos armados y, por tanto, en genocidios cometidos en estos contextos, constituye un argumento de peso para aceptar el estándar basado en el conocimiento.[145] Incluso es posible aceptar un nivel inferior, como por ejemplo, el dolo eventual, –como hizo la Corte de Apelaciones de Países Bajos en el caso

143. ARNOLD, *Criminal Law Forum*, 2003, p. 145, 151; VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 246; id., Genocide v. war crimes in the Van Anraat appeal, *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, p. 560. En contra, SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2. ed., 2009, p. 221, 259, 300 y ss., que critica la distinción de Akayesu, pero en última instancia defiente un requisito de especial intención para destruir para toda forma de participación.

144. De acuerdo con HEINE/VEST, Murder/Willful Killing, en MCDONALD/SWAAK-GOLDMAN, (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, t. I, 2000, p. 186, el resultado, efectos colaterales y precondiciones no pueden ser distinguidas debido a la naturaleza colectiva del genocidio; el requisito del conocimiento debe, por tanto, ser mantenido.

145. Véanse las excelentes observaciones al respecto de VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 256-57.

Van Anraat[146]– o la ignorancia culpable –como hicieron las Salas en Akayesu y Musema[147]–, siempre que este nivel inferior se incluya en el concepto de intención aplicable. No obstante, resulta confuso equiparar el estándar de "hubiera debido saber" ("had reason to know") con el dolo eventual,[148] ya que esto sólo sería correcto si se reduce esta forma de intención a un estándar puramente cognitivo sin ningún elemento volitivo subyacente.

En lo que respecta a la instigación y la conspiración, el carácter particular de estas formas de participación como formas de criminalización "anticipada" de la conducta (*Vorverlagerung*) debido al peligro (abstracto) o el riesgo que presentan para los intereses legalmente protegidos –en este caso, el ataque contra la existencia del grupo– habría de implicar una restricción, que sólo puede ser alcanzada en el nivel subjetivo requiriendo una intención de destruir basada en el propósito.[149] Tal restricción no crearía una laguna de punibilidad, porque tanto quien instiga como quien conspira actúan, en general, con la intención de destruir requerida; en el caso de la instigación, con frecuencia, esta intención está generada por la propia conducta inductora. En cuanto a nuestra distinción entre niveles de responsables, parece obvio que quienes instigan y quienes conspiran normalmente pertenecen a los rangos superiores o intermedios de la organización criminal.

En cuanto a la ECC III y la responsabilidad del superior, la interpretación jurisprudencial en función de la cual se rebaja la intención específica a mera posibilidad de prever (ECC III) o negligencia (responsabilidad del superior) muestra el papel común atribuido a la ECC III

146. Sin embargo, esto no trajo consigo diferencias para el caso en concreto, ya que el tribunal consideró que el empresario Van Anraat ni siquiera dispuso de información suficiente de la que hubiera podido inferir intención genocida de sus socios (el gobierno iraquí de Saddam Hussein); véase, VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 557 y ss. a favor de la postura adoptada por la Corte (p. 561; Id., *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 247-48); véase también ZAHAR/SLUITER, *International Criminal Law: A critical Introduction*, 2007, p. 494-96.

147. Supra notes 119, 120 y el texto principal.

148. Véase VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 247 junto con la nota al pie 34.

149. Cf. también SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2. ed., 2009, p. 275 sobre la instigación.

y la responsabilidad del superior para superar problemas de prueba.[150] Con todo, tal interpretación, implica en última instancia que el superior (que por definición es un responsable de rango superior o, al menos, intermedio), en base a la ECC o a la responsabilidad del superior, ya no es castigado como (co)autor (por omisión en el último caso), sino sólo como mero cómplice, ya que sólo en este caso se puede considerar suficiente el conocimiento del contexto genocida –en lugar de la intención basada en el propósito de destruir por parte del autor mismo (de rango superior o, al menos, intermedio)–;[151] no ocurre así en el caso del cómplice, ya que para ser caracterizado como tal el sujeto habrá de poseer por sí mismo el elemento subjetivo (específico) del acto antijurídico.[152] De otro modo, si se mantiene que el superior es responsable por

150. De forma similar, DANNER, Alison/MARTINEZ, Jenny, Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law, *California Law Review*, 93, 2005, p. 152.

151. De la misma opinión, CASSESE, *International Criminal Law*, 2. ed., 2008, p. 216; véase también SCHABAS, *Genocide in International Law*, 1. ed., 2000, p. 312, donde, en este caso, considera que concurre "complicidad, no responsabilidad del superior" como "forma adecuada de su responsabilidad"; en la nueva edición, *Genocide in International Law*, 2. ed., 2009, p. 365-66. SCHABAS también critica la condena a Nahimana por el TPIR (Case n. ICTR-99-52-A) en base a la responsabilidad del superior y establece que "pudo haber sido acusado por formar parte de una empresa criminal común para instigar el genocidio, por lo que hubiera podido ser hallado culpable como líder de una famosa estación de radio cuyas emisionas contribuyeron de forma dramática a la masacre. Una interpretación de esta naturaleza describiría de forma más precisa su culpabilidad"). Sobre la jurisprudencia relevante, siguiendo en apariencia la misma línea, véase VAN SLIEDREGT, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 193 y ss.

152. Alcanzando la misma conclusión, van Sliedregt, *supra* nota 1, p. 203-04, quien considera que una ECC es una forma de participación y la trata, de hecho, como a la complicidad; también, SCHABAS, *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 132 que establece que "el superior que simplemente debió saber no puede posible [!] tener una intención específica..." (aunque sin distinguir específicamente entre autoría y complicidad). En apariencia, SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2. ed., 2009, p. 270 cambió de opinión al respecto, ya que asume que "la simple formulación de los estatutos de los tribunales *ad hoc* y de la CPI, donde se reconoce la aplicación de la responsabilidad del superior en el delito de genocidio, posibilita, al menos teoricamente, que un superior sea condenado por genocidio, cuando el elemento mental sólo fuera de negligencia."

no haber supervisado de forma adecuada a sus subordinados (responsables de rango inferior), mostrando, por tanto, negligencia, éste no podrá ser castigado por la comisión del delito de genocidio por omisión, sino sólo por dicho fallo negligente de control, es decir, por una conducta que constituye una forma de participación secundaria.[153] Por tal motivo, el Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*)[154] distingue entre una comisión principal por omisión por no haber alcanzado a impedir los crímenes de los subordinados (sección 4) y la responsabilidad del partícipe por no haber supervisado de forma adecuada (intencional o negligentemente) a sus subordinados (sección 13) y no haber comunicado la comisión de estos crímenes (sección 14).[155]

4. Conclusión

La interpretación tradicional del requisito de la intención de destruir basada en el propósito parte de una interpretación demasiado restringida del concepto de la intención que la equipara con el elemento volitivo del dolo. Además, no toma suficientemente en cuenta la particular estructura del delito. Esta estructura dual –en lo que respecta a los dos elementos mentales y al doble objeto de referencia (los actos individuales y el contexto genocida)– requiere una diferenciación de acuerdo con el estatus y el papel del partícipe en la empresa genocida (supra 3.3). Mientras la interpretación tradicional de la intención de destruir basada en el propósito puede sostenerse en el caso de responsables de rango superior e intermedio, en lo que concierne a los responsables de rango inferior una interpretación basada en el conocimiento es más convincente desde un punto de vista doctrinal y político-criminal. Como consecuencia, un responsable de rango inferior no debe actuar con una intención "especial" (propósito o deseo) de destruir a un grupo protegido, sino sólo con el conocimiento de que sus actos forman parte de un contexto o una campaña genocida general. En la práctica, un

153. In this sense Arnold, *Criminal Law Forum*, 2003, p. 151.

154. *Bundesgesetzblatt* 2002 I 2254; for an English translation Véase [http://jura.uni-goettingen.de/k.ambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html]

155. Concurring Cassese, *International Criminal Law*, 2. ed., 2008, p. 244-47; Chantal, Meloni, Command responsibility: mode of liability for the crimes of subordinates or separate offence of the superior?, *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, p. 637 y la nota 108.

enfoque como el propuesto lograría superar, o cuando menos mitigar, los problemas de prueba vinculados al concepto de intención basada en el propósito. En cuanto a la destrucción final del grupo, el responsable de rango inferior puede, por definición, no conocer, sino sólo desear este resultado en el futuro. En todo caso, su actitud hacia esta consecuencia final no es decisiva para el requisito de la intención de destruir.

En cuanto a los títulos de imputación en el delito de genocidio, distintos de la autoría, se sugiere una distinción dual, por una parte, entre rango superior e intermedio y rango inferior y, por otra, entre formas de participación principal y secundaria (3.2). En el caso de autores de rango superior e intermedio la intención de destruir requerida depende de la forma de intervención (si es una forma de autoría o una forma de participación semejante se requerirá una intención basada en el propósito); en el caso de responsables de rango inferior, el conocimiento del contexto genocida general será siempre suficiente.

50563

2

A harmonização internacional do Direito Penal: ideias e processos

LUIS ARROYO ZAPATERO

Prof. Dr. h. c. mult. Presidente da Societé Internationale de Défénse Sociale. Diretor do Instituto de Direito Penal Europeu e Internacional. Catedrático da Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real (Espanha).

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Internacional

RESUMO: O Direito Penal moderno é fruto da combinação da força da ideia dos direitos humanos, proclamada pela revolução francesa, com o positivismo jurídico. Após a Segunda Guerra Mundial as Constituições passaram a dotar-se de valor jurídico supremo dando lugar ao Direito Penal Constitucional, tanto em sua parte substantiva, de produção euro-latino-americana, quanto processual, obra fundamental da ideia anglo-saxã dos direitos no processo. A globalização dos anos 90 tem produzido uma impressionante internacionalização da criminalidade e uma notável harmonização das normas jurídicas de Direito Penal, destacando-se o próprio Direito Penal Internacional, a jurisdição universal, a Corte Penal Internacional e os tribunais *ad hoc*. Acrescenta-se a tudo isto, a harmonização da tipologia punitiva do terrorismo, a corrupção, o tráfico de seres humanos e o cibercrime. Estes fatores demandam, então, um novo sentido e impulso à Ciência do Direito comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos – Direito penal constitucional – Harmonização internacional – Crime transnacional – Justiça universal – Corte Penal Internacional – Direito comparado.

ABSTRACT: Modern criminal Law is the fruit of the combination of the strength from human rights ideas, which were announced by the French Revolution, and legal positivism. After the Second World War, Constitutions started to avail themselves of the supreme legal value, giving way to Constitutional Criminal Law, both in terms of its substantive part of European, Latin and American production and in terms of procedures, a fundamental piece of work of the Anglo-Saxon idea of rights in proceeding. The event of globalization in the 90s has produced a striking internationalization of crime and a noticeable harmonization of legal norms for criminal Law, in particular, International Criminal Law itself, universal jurisdiction, International Criminal Court and ad hoc courts. One can also add the harmonization of crime typology for punishing terrorism, corruption, the traffic of human beings and cyber crime. These factors demand a new meaning and momentum from the Science of Comparative Law.

KEYWORDS: Human rights – Constitutional criminal law – International harmonization – Transnational crime – Universal justice – International Criminal Court – Comparative law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os direitos humanos: do mundo das ideias à ordem jurídica mundial – 3. Dos direitos humanos ao Direito Penal Constitucional – 4. Um processo com direitos – 5. O moderno incremento da criminalidade – 6. A aparição de uma criminalidade bem moderna – 7. Direito Penal clássico *vs.* Direito Penal "moderno" – 8. Uma nova representação social da criminalidade – 9. Vitimologia. Entre o esquecimento pelos liberais e a *ultima ratio* contra o liberalismo – 10. Uma opinião pública mundial e a política criminal – 11. Harmonização internacional do Direito Penal e novas formas de Direito Comparado.

1. INTRODUÇÃO[1]

O Direito Penal do Estado moderno foi, a exemplo da moeda nacional, um direito essencialmente territorial. Entretanto, a vida contemporânea desde os princípios do século XX tem sido sacudida pelos poderosos fatores da internacionalização, expressados, na maioria das vezes, em forma de guerras, as quais vieram acompanhadas de tentativas de submeter os agentes estatais, além dos cidadãos em particular, ao Direito em geral e também ao Direito Penal. Atualmente, com a inexistência da anterior barreira das fronteiras e das leis, os fatores contemporâneos da globalização econômica passam a estar acompanhados de propostas para que a globalização respeite e seja regida pelos princípios de Direitos Humanos, tanto políticos como sociais. No período anterior à Primeira Guerra Mundial, só é possível encontrar três amostras do Direito Penal internacional: a proscrição da pirataria e sua configuração como delito internacional perseguível por todos e em qualquer lugar, a partir do Tratado de Utrecht em 1712; a luta contra o tráfico de seres humanos desde 1904; e as primeiras convenções relacionadas ao Direito da Guerra, com os Tratados da Haya de 1899 e, especialmente, o de 1907. No campo das propostas, destaca-se o projeto de estatuto para uma Corte penal internacional apresentado pelo fundador da cruz vermelha, Gustavo Moyner, já em 1864.

Na sequência da primeira guerra civil europeia, a franco-prussiana, no calor do auge do pensamento científico e do positivismo em geral, surgiu um movimento transnacional de sociedades científicas. Primeiramente, relacionado com o mundo penitenciário, com as sociedades

1. Traduzido do espanhol por Daniel Scheunemann de Souza.

e congressos internacionais, destacando-se o de Florência, de 1841, e, em especial, o de Londres de 1872, combinando-se, seguramente, com os movimentos antiescravistas, que configuraram as primeiras ONGs de direitos humanos e contra a pena de morte. Ao final do século XIX, o positivismo criminológico e seus fundadores se difundem, transcendendo as fronteiras europeias e as águas intercontinentais, impulsionados pela própria força das novas ideias, mas sem nenhuma organização acadêmica como suporte. Foi necessário esperar até o ano de 1889 para que surgisse uma poderosa sociedade científica, como a União Internacional de Direito Penal, a qual tinha entre seus representantes três importantes penalistas do centro e do norte da Europa: Franz von Liszt de Marburgo, Gerhard van Hamel de Amsterdam e Adolphe Prins de Bruxelas, aos quais, mais tarde, se somaram Ferri e Garófalo. Com o incremento da criminalidade experimentado após o primeiro ciclo da industrialização, urgiu a necessidade de se entender o delito como fenômeno social, dando lugar ao positivismo criminológico, e a necessidade de harmonizar as respostas administrativas e legislativas na luta contra o crime. É von Liszt quem melhor e mais rotundamente estabelece o paradigma político dos limites de inovação nos modos de reação penal: o Direito Penal é a Carta Magna do delinquente. O restante da obra do mestre, que terminou bem assentado em Berlim, são matizes.[2]

2. Todo o processo, até a primeira metade dos anos 30 está estudado por Ignacio Berdugo em sua tese de doutorado *El movimiento de política criminal tendente a la unificación legislativa*, Universidade de Salamanca, 1978, disponível em: www.cienciaspenales.net/biblioteca, sendo a primeira parte publicada com o título *La evolución del derecho penal contemporáneo y la unión internacional de derecho penal*, Salamanca: Univ. Pontificia, 1982; Ch. Basiouni, AIDP: *Asociación Internacional de Derecho Penal: más de un siglo de dedicación a la justicia penal y a los Derecho Humanos*, en *Nouvelles Etudes Pénales*, 18 (1999), *érès*, Paris; L. Radzinowicz, *The roots of the international association of criminal law*, Friburgo de Brisgovia: Max-Planck Institut, 1991, S. Kesper-Biermann; P. Overath (ed.), *Die Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik (1870-1930)*, Berlin: BWV, 2007. *Con muy reciente perspectiva* v. Tiago Pires Marques, *La reforma penale fascista italiana: un modelo internazionale, en Studi sulla questione criminale*. Nuova serie di "Dei delitti e delle pene", n. 3. vol. 1, 2008, p.73 y ss. Luis Jiménez de Asúa, por certo, recorda-nos, em seu livro *Viagem ao Brasil em 1929*, que a tradução para a língua portuguesa do *Tratado de von Liszt* ocorreu no Brasil, realizada Higinio Duarte Pereira, Catedrático de Recife, em 1899, 15 anos antes que para o espanhol, v. em www.cienciaspenales.net. Para uma extraordinária síntese da evolução metodológica, a partir de von Liszt, Dias,

Depois da Primeira Guerra Mundial, destacou-se a proclamação, no Tratado de Versalhes, de 1919, em seus arts. 227 a 230, do princípio de responsabilidade penal dos dirigentes governamentais que levam a cabo guerras de agressão ou cometem crimes de guerra. A Sociedade de Nações representa a primeira tentativa de uma ordem jurídica mundial e de um governo do mundo. Seu Comitê Consultivo de Juristas, presidido pelo Barão Descamps, propôs um Tribunal permanente de justiça internacional, que comportava também a criação de uma corte penal. O assassinato terrorista do Rei da Iugoslávia em 1934, em Marselha, deu lugar à proposta de um tratado contra o terrorismo e também à proposta de estabelecimento de um tribunal internacional para julgar estes delitos. Por outro lado, ao acervo de realidades da Sociedade de Nações em matéria penal também se adicionam as convenções contra a escravidão (1926), contra o trabalho forçado (1930), contra o tráfico de entorpecentes (1936), contra o tráfico de mulheres (1933), bem como contra a falsificação de moeda (1929).

Em contrapartida aos horrores renovados e incrementados da Segunda Guerra Mundial, ocorreu a proclamação do caráter universal e imprescritível dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, e, o que não é menos importante, se exerceu esse poder de perseguição internacional de ditos delitos através de um Tribunal penal internacional, como ocorreu no caso do Tribunal Penal Militar Internacional de Nuremberg, que julgou e condenou os principais dirigentes da Alemanha Nazista e proclamou para sempre o catálogo de princípios do Direito e da Justiça penal universal, conhecidos como princípios de Nuremberg, que foram aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 11.12.1946. Entre os anos de 1945 e 1951, as Nações Unidas recuperaram, por um lado, algumas convenções internacionais da era da Sociedade de Nações, como as relativas às relações diplomáticas, o tráfico de entorpecentes, o tráfico de mulheres, o tráfico de publicações obscenas e, por outro lado, criaram outras novas, como a relativa ao genocídio (1948) e ao estatuto do refugiado (1951). Também são criadas relevantes organizações internacionais, como a OMS, mantendo-se outras de grande importância, como a OIT. As sociedades científicas se recompõem, como a AIDP ao longo das jornadas de Nuremberg, impulsionada por Donnedieu de

Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004. vol. 1, p.16 e ss.

Vabres, e em 1949 é criada a *Societé Internationale de Défénse Sociale*, por Filippo Gramática e Marc Ancel.

Uma nova fase se abriu com o começo da "guerra fria", que começa quase concomitantemente com a guerra da Coreia, e que se conclui somente após a caída do muro de Berlim, com a dissolução dos blocos político-militares em 1989. Essa é uma fase característica porque logo após o começo da obra desenhada em São Francisco se renuncia a construção de uma verdadeira ordem jurídica internacional baseada na Carta e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em Paris em 1948. Sua expressão mais destacada é a não criação de um Tribunal penal internacional permanente nem de um sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos. Tudo isto se substitui por um férreo sistema de divisão do mundo e de controle do mesmo pelas potências hegemônicas respectivas. Neste período somente se abordam as matérias de interesse comum a todos os blocos que não comportam conflito ideológico. De outro lado, a mobilidade internacional terrestre, marítima ou aérea estão controladas por uma "cortina de ferro" e não há barcos nem, muito menos, aviões fora de controle. Durante as quatro décadas subsequentes a 1950, a construção da ordem jurídica internacional se projeta sobre o comércio internacional, sobre os transportes marítimos e aéreos, navegação, circulação viária e sobre o próprio Direito dos Tratados, com o Convênio de Viena de 1969 e com a Convenção de 1986. O mais relevante deste período são, sem dúvida, os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, ainda que separados uns direitos de outros e sem a existência de um instrumento eficaz de proteção dos mesmos, no estilo das Comissões e Cortes Europeia e Interamericana, certamente posteriores. Por outro lado, são adotadas, nesse período, convenções relevantes para uma ordem jurídica internacional de direitos humanos, boa parte destas de relevância para o Direito Penal Internacional: contra a discriminação racial (1966), imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade (1968), *apartheid* (1973), direitos da mulher (1979), meio ambiente (1979), sequestro de reféns (1979), controle de armamento (1980) e contra a tortura (1984).

A fase atual começa no próprio e significativo ano de 1989, com a Convenção sobre Direitos da Criança, contra o recrutamento e utilização de mercenários e com o Protocolo para a abolição da pena de morte. Em 1990, é adotada a Convenção para a proteção dos direitos dos trabalhadores imigrantes e suas famílias – em cumprimento dos convênios da

OIT – seguida de uma década rica em produção normativa internacional que alcança a mais alta expressão em 1998, com a Convenção sobre o Estatuto da Corte Penal Internacional e, no ano 2000, com a Convenção contra a delinquência organizada transnacional e com os protocolos sobre o tráfico de pessoas e de migrantes, bem como sobre armas, concluindo com a Convenção contra a corrupção de 2003. Cabe destacar que é neste período quando se supera o sistema do Gatt e é criada a Organização Mundial do Comércio, em 1995, na qual se destaca a adoção de um sistema de "solução de diferenças" que representa um vigoroso sistema de garantia da vigência do Direito adotado pelos membros da OMC.

Enquanto isso, produziram-se dois fenômenos muito relevantes, primeiro na Europa e depois na América Latina. De um lado, o Tribunal de Direitos Humanos de Estrasburgo submeteu os Estados que foram se incorporando ao Direito Europeu dos Direitos Humanos ao cumprimento dos Direitos Fundamentais, incluindo os de caráter ou dimensão jurídico-penal. Na Europa, ainda, a globalização econômica regional que comportou o Mercado Comum se transformou em um espaço político institucional no qual se exige a proteção penal de determinados interesses do mercado único, bem como dos interesses específicos da União Europeia, que arrecada e aplica recursos públicos. Por sua vez, esse espaço político, no meio do caminho entre federação e confederação, necessita dispor de elementos comuns de tutela frente aos fatores criminais mais lesivos, cuja mobilidade sem fronteiras não seguiu uma persecução eficaz por parte de uma polícia e uma justiça ancoradas nos princípio da "moeda nacional". Por um lado, se trata de harmonizar incriminações, ou seja, as condutas penalmente proibidas, e por outro, de desenvolver todos os mecanismos de cooperação policial e judicial, superando, especialmente, as tradicionais fronteiras internas da extradição, singularmente através da "euro-ordem" de detenção e entrega.

Na América Latina, desde 1979, os Estados começam a ser submetidos ao controle da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que se reflete em efeitos jurídico-políticos muito importantes, especialmente a partir da sentença de 14.03.2001 do caso "Barrios Altos", que consagrou a nulidade das autoanistias e, definitivamente, o fim da impunidade dos crimes cometidos pelo Estado e desde o Estado, ficando assentado para sempre no eixo de opiniões jurídicas e decisões judiciais de Madrid-Londres-Santiago do Chile sobre o "caso Pinochet". Por sua vez, é com esse caso que se dá um vigor definitivo ao princípio de justiça universal, partindo de um delito tão nacional como o de tortura.

O cenário posterior à caída do muro se caracteriza pela radical redução dos controles formais eficazes sobre mares, espaços aéreos e fronteiras terrestres, bem como sobre os barcos, aviões e demais meios de transportes. O tráfico de armas e de drogas encontrou na disponibilidade desses meios um campo fértil para seu desenvolvimento. As novas tecnologias da comunicação e informação, especialmente a telefonia móvel e a Internet proporcionam ao crime organizado oportunidades completamente inéditas. O terrorismo internacional, de cunho regional ou global, irrompe até os extremos de 11.09.2001 e dos sucessivos atentados nos "lugares seguros", como Nova Iorque, Paris, Madrid e Londres, ou nos de risco secular como o Oriente Médio, onde a guerra ilegítima converteu o Iraque em um espaço com mais vítimas do terrorismo, e na plataforma de boa parte da logística do mesmo; e mais, emergiu como regra o que sempre havia sido uma exceção, já que o terrorista está disposto a morrer na tentativa, fazendo com que nada esteja bem preparado dentro da teoria da segurança e da prevenção do crime.

Foram múltiplos os distúrbios derivados do levantamento de controle social nacional e internacional que comportavam os velhos blocos político-militares. Assim, em um dos países mais estáveis do bloco socialista, como era a antiga Iugoslávia, se quebraram os princípios mais fundamentais da civilização moderna e, no seio da Europa, emergiu de novo o genocídio, que acabou clamando sobre a consciência internacional e, onde antes não havia consenso de ação, se ergueu de comum acordo o primeiro Tribunal Penal Internacional depois de Nuremberg, ao que seguiram outros tribunais *ad hoc* nos diferentes apagões da civilização, como sucedeu em Ruanda, Serra Leoa ou Congo. Dessa forma, se reabriu o caminho, de uma maneira "imparável", para a criação de uma Corte Penal Internacional permanente, configurada pelo Estatuto de Roma de 1998, quase 10 anos depois da caída do muro.

Por sua vez, dois fenômenos se incorporaram ao catálogo de problemas materiais e jurídicos da atualidade. De um lado, as missões militares internacionais de paz e de guerra que exigiram uma maior uniformidade de jurisdições e princípios penais originalmente diversos, ao mesmo tempo em que o surgimento de ingentes forças militares privadas ao serviço desses exércitos internacionais põe em questão a aplicação das leis nacionais e internacionais da guerra; e, de outro, o efeito combinado da redução do controle internacional sobre mares e territórios, e do surgimento dos chamados "Estados falidos", que ensejaram o ressurgimento do mais antigo dos delitos internacionais,

a pirataria, ensejando desafios inéditos às legislações nacionais e à internacional, tanto relativos à jurisdição e ao processo penal aplicável, quanto à questão do sistema penitenciário aplicável aos que resultem condenados.

Além disso, ainda sem saber se estamos ante o fim de uma era ou o começo de outra, os dois grandes temas da atualidade são: por uma parte, a reforma do Governo e do sistema das Nações Unidas, demandado pela real necessidade de um verdadeiro multilateralismo, possibilitado pela mudança política na Presidência dos Estados Unidos; e, por outra, a reforma do sistema de governo e supervisão do sistema financeiro após a falência deste mesmo, provocada pelo próprio sistema dos Estados Unidos, sem prejuízo da ajuda desconsiderada de outros.

Com atenção a todas as considerações anteriores, o que se pretende com essa contribuição é identificar a essência da atual situação do Direito Penal e dos direitos humanos, além das atuais ocupações da Política Criminal e do Direito Comparado, como também, dos campos, das forças e dos caminhos para a harmonização e cooperação penal internacional.

2. Os direitos humanos: do mundo das ideias à ordem jurídica mundial

O fundamental, que em minha opinião é o que deixa sedimentado o período de tempo identificado entre o final da Segunda Guerra Mundial e o momento atual, é que, desde 1945, o que foi considerado um reclamo político, inclusive um reclamo cultural, como foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Constituinte francesa em 1789, se converteu em um elemento material da realidade jurídica dos povos e da consciência jurídica do conjunto dos povos do mundo.

Esta mudança substancial, que, há 70 anos começou a experimentar a ideia dos direitos humanos, revela o formidável valor das ideias, o que Mireille Delmas-Marty definiria como "o valor e o poder imaginativo ou criador que tem o direito".[3]

3. Para uma ideia mais aproximada v. Mireille Delmas-Marty, Estudios comparados e internacionalización del derecho. *Revista Penal* 15, *enero* 2005, p. 46 y ss., também em Portal Iberoamericano de Ciencias Penales, disponível em: www.cienciaspenales.net. A fundo Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit* 1, *Le Relatif et l'Universel* 2; *Le pluralismo ordonné* 3. Paris: Seuil, 2003, 2004 e 2005 respectivamente.

Qual foi o resultado final desse processo que começa com o ajuste de contas dos maiores crimes contra a humanidade produzidos ao longo da história e que representam o mundo do fascismo e do nazismo? Em primeiro lugar, acredito que esse resultado se reflete, particularmente, no espaço cultural europeu e das Américas do Norte e do Sul, e que se condensa na transformação da velha declaração de direitos humanos parisiense ao ser renovada pelas Nações Unidas na Carta de São Francisco de 1945, e reduplicada na Carta Europeia de Direitos Humanos de 1950 e na Convenção Interamericana de 1969, com a singularidade de que nos dois últimos instrumentos citados, ambos têm a pretensão de vigência direta.

3. Dos direitos humanos ao Direito Penal Constitucional

Essa ideia dos direitos humanos, que naturalmente tem distintas plasmações nas formulações jurídicas do mundo anglo-saxão e do mundo latino no qual nos encontramos, dá lugar ao que podemos denominar de Direito Penal do Estado de Direito, inclusive do Estado social, porque essa ideia de Direito Penal que se estabelece a partir de 1945 tem elementos do Estado de Direito, no fundamento e limites da responsabilidade, tanto nos "primeiros Estados de Direito", quanto no moderno, no social, de luta pela igualdade material, que se plasma de maneira fundamental, especialmente, nos fins da pena e na ressocialização, bem como, na incorporação de novos bens jurídicos. Naturalmente, a vida cotidiana está cheia de exceções ao que menciono, mas todas são claramente exceções que confirmam a regra e, cada vez que um povo melhora, cada vez que um país avança, se reconstitui o que agora estou enunciando: um Direito Penal garantista, um Direito Penal dos bens jurídicos.

Nos países dotados de Constituição, seja pelas novas constituições da transição democrática da Europa mediterrânea do final dos anos 70, seja por efeito das transformações política da Europa do Leste nos anos 90, seja, como no caso da América Latina, pela renovação das constituições, desde o Rio Grande até a Patagônia, também nesta mesma década, é possível falar propriamente de um Direito Penal Constitucional.[4] São

4. V. meu texto Cultura, Constitución y derecho penal. In: Ramírez, Sergio García (coord.). *Memoria del congreso internacional de cultura y sistemas jurídicos comparados: derecho penal*. México: Unam, 2005, t. I, p. 3 y ss., também Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución. *RJCM*, 1987, p. 97 y ss.; Klaus Tiedemann, Constitución y

anos nos quais se integram às constituições – às vezes a golpe de martelo – o valor universal, como um valor jurídico direto, das declarações de direitos humanos. Digo a golpe de martelo porque em certas ocasiões isto ocorreu por meio dos próprios constituintes ou legisladores dos países, como no caso da Colômbia ou do México. Entretanto, algumas vezes, são os próprios magistrados das cortes supremas – quando estas existem – os que utilizam o martelo e declaram que os direitos fundamentais estão, em termos jurídicos, acima de qualquer lei, mesmo que esta se denomine de "ponto final".[5]

Esta é a bonita e presente realidade do que um dia foi uma precipitada reclamação dos revolucionários franceses na atrativa Paris da revolução francesa.[6]

4. Um processo com direitos

Também pertence ao que foi consolidado neste tempo a ideia de que a justiça penal tem de se realizar através do denominado "devido processo" (*due process*).[7] Penso que esta é a grande contribuição dos Estados Unidos da América ao progresso dos direitos humanos em sua elaboração teórica: o devido processo e uma mutação na ideia de política criminal, o que, em termos germânicos, poderia se resumir na

derecho penal. *Revista Española de Derecho Constitucional* 33, 1991 (Trad. de Luis Arroyo Zapatero, de *Verfassungsrecht und Strafrecht*, *NJW* 1993, p. 23 y ss); Ivo Appel, *Verfassung und Strafe*. Berlin: Dunker & Humblot, 1998; Massimo Donini, Un derecho penal fundado en la Carta Constitucional razones y límites: la experiencia italiana. *Revista Penal* 8/24, 2001; Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2000; Alberto Silva Franco, *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 47 e ss.; Claudio Prado do Amaral, *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCrim, 2003; Andrei Zenkner Schmidt, *O principio da legalidad penal no Estado Democratico de Directo*. Porto Alegre: Livraria do Avocado, 2001.

5. Nesse sentido, a sentença da Suprema Corte da Argentina, de 14.06.2005, pela qual se declara a inconstitucionalidade das leis de "ponto final" e de "obediência devida".

6. Es de celebrar la versión en español de la monumental obra de Robert Margerit, *La révolution*. Paris: Phebus, 1989. 4 vol. Edição española : *La Revolución*. Barcelona: Edhasa, 2005. t. IV.

7. V. W. Gollwitzer, *Menschenrechte und Strafverfahren*, *MRK und IPBPR Kommentar*. Berlin: De Gruyter, 2005, com referências na p. 277 e ss.

afirmação de que se a política criminal moderna se originou nos textos de von Liszt, amadureceu na concepção de Direito Penal e de política criminal de Roxin, mas que também poderia ser formulada, ao que a mim concerne, nos postulados da moderna Defesa Social, especialmente após a *Addenda* de 1983.

Às vezes se pensa que alguns países alcançaram certa orgia garantista, especialmente quando se vê como e em que condições os tribunais, aplicando a doutrina constitucional das provas proibidas, optam pela liberdade mesmo em casos de culpabilidade manifesta. Tem razão Zaffaroni ao dizer que, em realidade, o Estado, por melhor que pareça, sempre é Estado e tende ao excesso, e que todo o esforço para "encapsular" esse poder do Estado é justo e necessário. Para mim, em seu momento,[8] esta ideia me pareceu excessiva, mas deixou de sê-la quando o instrumento de política criminal mais respeitado do mundo, denominado *Scotland Yard*, disparou para matar um jovem brasileiro que somente queria pegar seu metrô a tempo. O fato é que desde o ponto de vista dos direitos humanos não podemos fiar-nos nem mesmo da *Scotland Yard*.

Depois do 11 de setembro se produziu um retrocesso impressionante relacionado aos direitos dos cidadãos, especialmente no que concerne à perseguição penal e policial: sequestros em traslados ilegais para Guantánamo e outros lugares por conhecer, execuções extrajudiciais, entregas ou extradições ilegais, vulneração do direito internacional humanitário, consagração da tortura como método de verificação da verdade e como prova penal etc. Mesmo sem esperar que ocorressem mudanças nos Estados Unidos, os Tribunais de distintos países reagiram e se viram obrigados a declarar novamente que as declarações obtidas sob tortura em outro país não podem ser admitidas como prova em um processo penal. A Câmara dos Lordes declarou proibido o uso em juízo de provas obtidas em outro país mediante tortura,[9] com ou sem rapto

8. Era o do seu doutorado *honoris causa* em Toledo, realizado no antigo convento de San Pedro Mártir, em seu tempo quartel general dos Dominicanos e sede do *hard drive* da Inquisição, e hoje Auditório da Universidade de Castilla-La Mancha em Toledo. Publicado pelo Serviço de Publicações da Universidade de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004.

9. Resolução da Câmara dos Lordes da Grã-Betranha de 08.12.2005, *El País* del 9, en UKHL 71, 2005. Nesse mesmo sentido, Tribunal Supremo da Espanha, palestrante Joaquín Giménez: S. 20.07.2006, F. de D. 6.º: toda diligência ou atuação praticada nesse cenário – Guantánamo – , deve ser declarada totalmente nula e como tal inexistente. Sobre a execução preventiva de

prévio e traslado do sequestrado de um país a outro. O assunto é bastante conhecido. Em consequência, não nos encontramos ante um excesso de garantismo. Na verdade, perto de tudo que está ocorrendo, todo o garantismo é pouco. Sem prejuízo dos excessos mencionados da "guerra contra o terror", o certo é que o mais forte movimento harmonizador está se formando na esfera mais sensível para os direitos do acusado no processo, dando um enorme passo na substituição dos restos do processo inquisitivo pelo acusatório. Na verdade, tanto na Europa quanto na América Latina, o juiz de instrução, tão querido por Napoleão, está a ponto da plena aposentadoria.[10]

O que se pode afirmar com certeza é que nos encontramos ante um incremento da criminalidade e ante uma representação social desta bem distinta.

5. O MODERNO INCREMENTO DA CRIMINALIDADE

De igual modo, pertence à essência do tempo contemporâneo o incremento da criminalidade, ao menos o Conselho Científico Criminológico do Conselho da Europa assim o entende.[11] Existe um incremento

terroristas do Irã em Gibraltar por forças de segurança britânicas v. *Comisión de Derecho Humanos, Naciones Unidas, E/CN.4/1998/68/Add.1, Informe del Relator Especial* Bacre Wali Ndiaye; Sobre as de Israel v. sentença do Tribunal Supremo de Israel de 14.12.2006.

10. Para um melhor panorama sobre a maioria dos países da América Latina v. em *Jornadas iberoamericanas de oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*. 2. ed. México: Inacipe, 2008. Na França, à espera de um informe final, o informe do Comitê de Reflexão *Léger* para a reforma dos Códigos Penal e de Processo Penal apresentado dia 09.03.2009, busca, em concordância com os desejos do Presidente da República, a supressão do juiz de instrução, cf. Sabrina Lavric, *Rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal*, Dalloz, 2009, p. 718; Félix Rome, *Disparition programmée du petit pois le plus puissant de France*, Dalloz, 2009, p. 73; Mireille Delmas-Marty. Le parquet, enjeu de la réforme pénale, *Le Monde*, 25.05.2009.

11. V. Pierre Henri Bolle, Dimensions, formes et évolution de la criminalité en Europe et principaux problèmes de sa prévention. *Melanges en l'honneur de François Knoepfler*. Basileia: Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 469 y ss.; SHAW, Mark; VAN DIJK, Fan; RHOMBERG, Wolfgang. Tendencias de la delincuencia y la justicia en el mundo: resultados de los estudios de las Naciones Unidas sobre tendencias delictivas y funcionamiento de los sistemas de justicia penal. *Foro sobre el delito y la sociedad* 1 y 2. Naciones Unidas, diciembre 2003. vol. 3, p. 37 y ss.

da criminalidade equivalente ao incremento do produto interno bruto em todos os países. A experiência espanhola demonstra que, na passagem da ditadura para a democracia, a criminalidade se multiplicou por três. Os inimigos da democracia afirmavam que isto era fruto da mesma. É natural que a democracia dê liberdade aos seus inimigos, e, por conseguinte, também a dá ao crime, porém, este mesmo incremento também havia se produzido no resto da Europa, que havia tido o privilégio de não passar por esse problema, durante esses mesmos anos.[12] A debilidade ou miséria da estatística criminal de todos os países nos impede de realizar um juízo sereno, mas, no caso de países que compartem o mesmo espaço geográfico, nos deparamos com essa circunstância como uma constante.[13]

6. A APARIÇÃO DE UMA CRIMINALIDADE BEM MODERNA

Na verdade, não somente se incrementou a criminalidade, mas também existe uma criminalidade nova, a qual podemos denominar criminalidade "moderna", por diferenciar-se da tradicional: do roubo, do furto, das lesões, dos estupros e dos homicídios. Como moderno surge o terrorismo atual, que em nada se relaciona com o terrorismo clássico do anarquista quase isolado, com o da organização terrorista ETA, com a banda Baader Meinhof ou com as Brigadas Vermelhas, mas sim com uma criminalidade pós-moderna, inclusive em suas formas organizativas, como a organização terrorista Al Qaeda, com sua forma de rede conectada à rede de comunicações e descentralizada ao longo do mundo, e com o novíssimo elemento do terrorista suicida, para o qual não existe sistema preventivo suficientemente eficaz, já que todo o sistema policial e penal está programado contra um delinquente que não quer ser detido e muito menos ser levado ao outro mundo.

Dentro do novo também está o tráfico de drogas, hoje patrocinado por uma demanda crescente de consumidores e por uma, cada vez maior, facilidade no transporte, como também pela aparição de drogas sintéticas ou de "desenho", que podem ser facilmente produzidas no próprio

12. Ver, por exemplo, o caso de Alemão em *Zweiter periodischer Sicherheitsbericht, Kurfassung*. Berlin, 2006, p. 9.

13. Luis Arroyo Zapatero. Criminality and urban context in Spain. Jay Albanese. *Current issues in international crime preventionand criminal justice*, Ispac, Bangkok U.N. 11th. Congress on Crime Prevention, CNPDS Milan, 2004, p. 193 y ss.

país de destino. Não são de menor relevância os conflitos e ameaças aos Estados submetidos ao crime organizado da droga. O caso da Colômbia é bastante conhecido e de complexa tradição, estando o moderno no México, onde se exige uma política geral de intervenção direta da força militar. Por outro lado, também há o fenômeno dos "narcoestados", uma alternativa fácil para os "Estados falidos", especialmente da África.

Neste campo, os efeitos secundários da luta contra as drogas são tão descomunais, particularmente no que se refere ao surgimento do crime organizado, que algumas personalidades relevantes e valiosas chegaram a acreditar na necessidade de uma mudança de política que substitua a repressão pela educação. Sem prejuízo dos necessários ajustes das políticas atuais, essas propostas costumam esquecer que nenhuma sociedade renuncia proteger toda uma geração dos estragos causados pelas drogas e que nenhum governo sobreviverá a este ensaio. Contra a permissão do tráfico de drogas, imposta vergonhosamente pelo Reino Unido na época em que servia de exemplo direto de civilização e progresso, a China realizou a primeira guerra de liberação. Fato que somente tomamos conhecimento no Ocidente pelo filme Cinquenta e Cinco Dias em Pequim. Sobre as mudanças necessárias, seguramente merecem apoio a despenalização do consumidor e a proibição dos paraísos fiscais, sem o que não existiria luta eficaz contra a lavagem de dinheiro.[14]

Outro fenômeno novo em suas dimensões quantitativas é o de tráfico de seres humanos. Naturalmente, não se pode esquecer que existiu a escravidão e o tráfico de escravos, mas, naquele momento, estes não eram considerados seres humanos pela comunidade internacional. Curiosamente, o primeiro rechaço penal foi dirigido exclusivamente ao tráfico de mulheres.[15] À margem das causas e condições das migrações internacionais, tanto em Rio Grande como no estreito de Gibraltar, a presença da matéria criminal no tráfico de pessoas é bem conhecida,

14. V. Moisés Naim. *Ilicito, como los contrabandistas, traficantes y piratasestán cambiando el mundo*. Barcelona: Ramdom, 2006.

15. V. Nadja Capus. La répression de la traite des êtres humains au tournant du XIXème siècle:une illustration de la polyphonie des efforts d'harmonisation pénale, y Luis Arroyo Zapatero, De la lutte contre l'esclavage et la traite des blanches à la proscription du trafic d'êtres humains, ambos em M. Delmas-Marty; Mark Pieth; U. Sieber. *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law, Société de Législation Comparée*. Paris, 2008, p. 81 y ss y 105 y ss, respectivamente.

tanto no caso de trabalhadores migrantes, quanto de mulheres para a exploração sexual.[16]

Todas essas formas de criminalidade pertencem ao novo gênero do crime organizado.[17] Naturalmente, isso não significa que os delinquentes tenham descoberto agora que é melhor se organizar para cometer crimes. Na legislação espanhola existe a circunstancia agravante tradicional de atuar em quadrilha, e a de banda armada. Entretanto, o crime organizado de hoje é produto da soma e combinação de diversos elementos, marcados todos pela aplicação de um excesso de inteligência e de uma extraordinária capacidade de organização conferida por todos os meios contemporâneos, tanto de mobilidade quanto de comunicações, assim como pela capacidade de dano que o crime organizado tem, tanto em se tratando de operações econômicas, quanto de tráfico de substâncias ilegais ou de armas. Por sua vez, essa capacidade de dano, atualmente disponível, confere ao crime organizado possibilidades inéditas até hoje. Exemplos disso são tanto a operação de sequestro de aviões para lançá-los sobre os edifícios de Nova Iorque, quanto a operação levada a cabo com dois míseros componentes encontrados em qualquer laboratório universitário, que, somados com uns poucos telefones celulares, possibilitaram a destruição da estação de trens de Madrid. Entretanto, sem sombra de dúvidas, a novidade mais radical neste ponto é a aparição dos já mencionados terroristas suicidas.

16. V. meu trabalho Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos, *Homenaje a M. Barbero Santos*, 2. ed., Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca: Cuenca, 2001, p. 25 y ss. V. em portal iberoamericano de ciencias penales, disponível em: www.cienciaspenales.net. Rota: áreas temáticas, problemas actuales, inmigración y derecho penal.

17. V. Emma Mendoza. *Delincuencia global*, com prefácios de R. Zaffaroni y E. Carranza, Mel V, Córdoba (Argentina), 2007; Calegari, A. L. y Dezordi Vermuth, M. A. Crime organizado conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. *RBCCrim* 79/7, jul.-ago. 2009; Almeida Toledo, O. A. et al, *Repressao penal e crimen organizado*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. Uma informação contrastada e impressionante pode ser encontrada em Moises Naím, *Ilícito: cómo traficantes, contrabandistas y pitatas están cambiando el mundo*. Barcelona: Debate, 2006; Misha Glenny, *McMafia: el crimen sin fronteras*. Barcelona: Destino, 2008; Loretta Napoleoni, *Economía canalla: la nueva realidad del capitalismo*. Barcelona: Paidós, 2008.

Outro elemento da moderna criminalidade, distinta da tradicional e já prevista pelo velho criminólogo Nicéforo com o argumento de que a criminalidade do futuro seria a criminalidade da astucia, é o denominado Direito Penal Econômico em sentido amplo, partindo desde o núcleo da fraude, até chegar à corrupção e os delitos contra o meio ambiente. Crescimento econômico, globalização, taxas de benefício, engenharia financeira, transparência no mercado etc., produziram uma nova criminalidade – a qual estou seguro que assombraria a Edwin Sutherland – e para lutar contra ela, todo um Direito Penal Econômico.[18] Porém, quando esse Direito Penal Econômico estava apenas começando a se assentar, se impôs a globalização neoconservadora, sem controle dos mercados e sem direitos humanos, o que acarretou uma crise econômica e social também global, cujo estudo teremos que deixar para uma outra ocasião.

7. Direito Penal clássico *vs.* Direito Penal "moderno"

Este último ponto nos permite advertir sobre a consolidação de um Direito Penal moderno, muito debatido entre os penalistas,[19] frente a um Direito Penal clássico, vinculado aos elementos nucleares, ou ao que era o núcleo tradicional do Direito Penal: os delitos contra a vida e os delitos contra os bens pessoais. Diante disto, surgiu algo que assombra a alguns, a outros assusta e a outros, entre os quais me incluo, parece

18. Consagrado por Klaus Tiedemann, *Wirtschaftsstrarechts. Allgemeiner y Besonderer Teil*. Colonia: Carl Heymanns, 2004 y 2005, respectivamente; Tiedemann; Arroyo; Nieto (coords.). *Eurodelitos*. México: Inacipe, 2006. V. também Geneviève Giudicielli-Delage (dir.), *Droit pénal des affaires en Europe*, Paris: Puf, 2006. J. R. Serrano-Piedecasas y Eduardo Demetrio (dir.), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Madrid: Colex, 2008; Renato de Mello Jorge Silveira, *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

19. V. com numerosas contribuções L. Arroyo Zapatero; U. Neumann; Adán Nieto, *Critica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: UCLM, 2003; AAVV, *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, há uma versão em alemão: Ulfrid Neumann; Cornelius Prittwitz (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a.M., 2005. V. também, *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Institut für Kriminalwissenschaften* Frankfurt a.M. (Hrsg.), Peter Lang, Frankfurt a.M., 1995, con versión en español: *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Comares, 1999.

que os bens jurídicos pessoais e coletivos requerem hoje esse moderno Direito, o qual devemos ser capazes de estudar e modular.

Outro âmbito que experimentou um incremento mais que quantitativo é o dos delitos imprudentes. Começando pelos delitos contra a segurança viária. Desde que existem automóveis, existem acidentes, mas os carros nunca tiveram o peso e nem nunca alcançaram a velocidade ou tiveram a força de choque e consequentemente de dano que possuem hoje em dia. O problema deu lugar a uma experiência político-criminal que merece ser considerada: diante da incriminação da mera "direção perigosa" e exasperando as penas por infração das regras em caso de morte ou lesão, se introduziu a denominada carteira (de motorista) "por pontos", de tal maneira que as reiteradas infrações administrativas em decorrência de condutas arriscadas, indevidas ou graves, podem culminar na perda da carteira de habilitação, somando-se à incriminação do condutor que dirige com sua carteira de habilitação apreendida, como também à incriminação daquelas condutas arriscadas mais temerárias, como o excesso descomunal de velocidade e a condução de veículo sob o efeito de um determinado nível de álcool ou de drogas. Tudo isto constitui um exemplo de Direito Penal de *ultima ratio*, motivador do cumprimento das normas básicas e de efeito dissuasórios e preventivos, e que implicou na redução de milhares de vítimas mortais na Espanha.[20] Pois bem, mesmo já havendo passado algumas décadas da criação da categoria de delitos denominada "contra a segurança *coletiva* do tráfego", ainda não está razoavelmente compreendido que esta segurança é um bem jurídico material e formalmente distinto de outros, como a vida e a integridade corporal. O mesmo acontece em relação a alguns delitos "modernos" relacionados com o manejo de riscos, indo desde os delitos contra a segurança no trabalho até os relacionados com o meio ambiente. Esta criminalidade realmente moderna requer um Direito Penal também moderno, assim como a aceitação de bens jurídicos novos, salvo que se renuncie a tutela de bens jurídicos fundamentais.

Na realidade, tudo o que se denomina Direito Penal moderno, não significa mais que a aceitação do Direito Penal às modernas condições da vida social do tempo contemporâneo, que requerem novas formas e novos instrumentos de proteção dessas novas necessidades sociais. O Direito Penal moderno, o Direito Penal econômico, o Direito Penal de

20. Rosario Vicente Martínez, *Derecho penal de la circulación*. Barceona: Bosch, 2008.

risco, não é um capricho dos governos que perseguem medidas meramente simbólicas. Acredito que seja produto de uma sólida necessidade material e jurídica que nós penalistas devemos assumir e construir criticamente.

Dentro do moderno surgem fatos e condutas delitivas que sempre existiram, mas que o manto da "adequação social" impedia que fossem vistos e que se reagisse institucionalmente de uma maneira adequada. Neste ponto o mais representativo é a violência de gênero, ou seja, a violência de homens sobre suas mulheres, o que é bastante distinto, desde o ponto de vista criminológico, da violência doméstica. Os dois países que mais avançaram neste ponto, através de medidas processais e penais, são, precisamente, os que, por diversos motivos, enfrentavam as maiores dificuldades normativas para reagir contra esse problema: Espanha, com a Lei integral contra a violência de gênero de 2005, e Brasil com a conhecida Lei Maria da Penha de 2006.[21] Na Espanha o sistema das infrações penais de menor potencial, denominadas faltas, que antes do Código de 1995 eram punidas com prisão inferior a 30 dias sem possibilidade de medidas cautelares para as ameaças leves (faltas) de agressão, e que após este passaram a ser punidas somente com multa, deixou sem aparo esta trágica desproteção, chamando atenção para a dimensão epidêmica e ofensivamente discriminatória deste problema. No Brasil, de um modo geral, foi o Instituto descriminalizador do sistema dos Juizados Especiais Criminais para os delitos de menor potencial ofensivo que acabou fazendo com que esse problema chegasse até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, passando do escândalo à Lei.

O moderno é, em diversas ocasiões, antigo. Acredito que durante os 15 anos em que se discutiu a reforma penal espanhola, que originou o Código de 1995, todos pensamos que manter o delito de pirataria no mar era uma arcaicidade, e como consequência todos fomos surpreendidos pelos piratas do Golfo de Aden e de muitos outros lugares, sem delito e sem punição autônoma, e ainda, como sucedeu também com outros países europeus, sem um processo penal plenamente aplicável.[22]

21. V. Luis Arroyo Zapatero, Legitimidad constitucional y conveniencia político criminal de la ley contra la violencia de género, em Problemas actuales del derecho penal y la Criminología, *Homenagem a María del Mar Díaz Pita*, Valencia: Tirant, 2008, p. 707 y ss. Também em: www.cienciaspenales.net.

22. V. Carlos Jiménez Piernas, Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalía: análisis desde el derecho internacional, *Informe ARI*

8. Uma nova representação social da criminalidade

É natural que sempre tenha existido um setor da sociedade bastante contrario ao que foi proclamado pela primeira grande penalista espanhola Concepción Arenal:[23] *odeia ao delito e compadece ao delinquente*, um setor que também sempre odiou o delinquente. Entretanto, ao mesmo tempo em que se produz um rechaço ao crime, existem setores sociais inclinados a compreender que boa parte da criminalidade se origina na pobreza. Assim o expressa, maravilhosamente, Cervantes em *El casamiento engañoso: la pobreza atropella a la honra, lo que a unos lleva a la horca y a otros al hospital.* E isto é certo, no pensamento do mundo latino – ao menos – sempre tivemos essa compreensão sobre a origem social de boa parte da criminalidade.

Na transição espanhola não foi por acaso que a primeira lei aprovada por unanimidade, depois da Constituição, foi a Lei Geral Penitenciária, de 1979, que segue sendo a lei mais progressista da Europa, e mesmo fatos terríveis, como os relacionados com a ação terrorista sistemática durante anos e outros crimes graves, não ocasionaram retrocessos no sistema de benefícios penitenciários, ao menos no sistema geral, excepcionado o terrorismo, como ocorreu com países que tiveram esse mesmo regime, a exemplo da Itália.

Hoje, nos países avançados, quase ninguém pensa como Cervantes, e nessas sociedades da abundancia se produz um rechaço radical da criminalidade e do delinquente. A ressocialização aparece como um imerecido esforço social para a maioria dos delinquentes, e para um setor não muito numeroso, mas muito ativo destes, um esforço absolutamente inútil. A ideia de inoquização revive nas mesmas sociedades que foram partidárias de reconhecer as origens sociais da delinquência, se não de uma maneira geral, pelo menos ante os delitos sexuais e ante os delitos violentos em geral.[24] O grande desafio dos países, desde o ponto de vista de uma política criminal humanista, como a predicada pela *Societé Inter-*

del Real Instituto Elcano, 23.12.2008. Disponível em: www.elcano.org. Sobre a situação na França, ver Ghislain Poissonnier, *Les pirates de la Corne de l'Afrique et le droit français*, Dalloz, 2008, p. 2097.

23. Victoriano Suárez, *Concepción arenal: estudios penitenciarios*. Madrid, 1895. 2 vol. Suas obras completas estão disponíveis em: www.cervantesvirtual.net.

24. V. J. M. Silva Sánchez, El retorno de la inocuización, *Homenaje a Marino Babero Santos*. Cuenca: UCLM-USAL, 2001. vol. 1, p. 699 y ss.

nationale de Défense Sociale, está, precisamente, mais no regime penitenciário que no Código Penal. No desenvolvimento ou persistência dos benefícios penitenciários e no estabelecimento de condições da privação de liberdade que, ao menos, não tornem a ressocialização impossível. Mirelle Delmas Marty acaba de lançar um contundente alarme sobre os processos de securitarismo, com a descoberta das medidas de segurança pré-delitivas e pós-penitenciárias.[25]

No âmbito das penas, neste mais de meio século, se produziram avanços notáveis, mesmo com alguns retrocessos isolados, que às vezes nos nublaram a vista. O avanço civilizador mais relevante é o retrocesso da pena capital.[26] Na Europa o instrumento mais determinante foi o Protocolo n. 6 da Convenção Europeia de Direitos do Homem do ano de 1983, que entrou em vigor em 1985, como também o Protocolo n. 13 de 2002, relativo à abolição da pena de morte para tempos de guerra, e a *non nata* Constituição europeia, que produziu efeitos mesmo antes de ser substituída pelo Tratado de Lisboa em debates europeus recentes, como os ocorridos na Polônia, que se pretenderam reinstalar na legislatura anterior, e também em relação à Turquia, que demandava seu ingresso na União sem derrogá-la, o que sucedeu em 2004. Na esfera propriamente internacional deve ser mencionada a resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de novembro de 2007, que insta uma moratória à aplicação da pena capital. A abolição é um fator de civilização. E nesse sentido, o Tribunal Supremo dos Estados Unidos suprimiu a aplicação da pena de morte a menores, esta também foi completamente abolida no México e a terra firme do continente latino-americano se converteu

25. Mireille Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Seuil, 2010.

26. Por efeito dos protocolos das Nações Unidas e da União Europeia v. Stefano Manacorda, L'abolition de la peine capitale en Europe: le cercle vertueux de la politique criminelle et les risques de rupture, *Revue de Sciences Criminelles et droit pénal comparé*, 2008, p. 563 et ss.; v. Declaração da Sids para a moratória internacional de sua aplicação em *Cahiers de défense sociale*, 2007-2008, p. 51. Foi abolida no México em 2006; sobre um dos procesos que envolvem aos partidarios da morte: P. Trinidad Nuñez, La prohibición de la pena capital a los menores de 18 años en el derecho internacional: un paso hacia la abolición universal? *Anuario de la facultad de derecho* 19-20, Sevilla, 2001-2002, p. 219 y ss. G. Cohen-Jonathan; W. Schabas, *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, Paris: Panthéon-Assas, 2003.

em um território livre da pena capital, e o mesmo sucedeu no coração da África em Togo. Efetivamente, a pena capital está de retirada, o que constitui um grande avanço moral das sociedades contemporâneas.[27]

Essa nova representação da criminalidade, com consequências para as penas, leva em conta a entrada em cena da vítima, que começou a abrir caminho fustigando aos liberais por haver esquecido, desde 1789, das vítimas. A partir daí, se desenvolveu um argumento que coloca em risco princípios fundamentais conquistados com muito custo em oposição à Lei de Talião, exercida diretamente pela *sippe* ou através do Estado.[28] É o renascimento do punitivismo, que vem conquistando êxito nos Estados Unidos da América desde os anos 70, que avança em setores determinados em todos os países, provocando um reverdecimento da prisão perpétua, inclusive sem *parole*.[29]

9. Vitimologia. Entre o esquecimento pelos liberais e a *ultima ratio* contra o liberalismo

Não é justa a censura feita aos penalistas liberais por haverem abandonado as vítimas. O Direito Penal liberal é, precisamente, a superação da vingança privada, que anteriormente era administrada pelo rei em nome das vítimas, desconsiderando por completo o delinquente. Isto não é casualidade e sim uma grande conquista intelectual e política da humanidade. Somente há que atentar para as condições sociais e culturais dos países nos quais a vítima tem um papel hegemônico. Entretanto o problema radica no fato de que efetivamente houveram aspectos relacionados à vítima que foram esquecidos pelas legislações. Somente há pouco tempo é que se instrumentalizou, em alguns países, a possibi-

27. V. sobre últimos trabahos Arroyo, Luis; Biglino, Paloma; Schabas, William (ed.). Presentación de Jose Luis Rodríguez Zapatero. *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2010.

28. V. Sobre o tema, Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología*. 8. ed. México: Porrua, 2003; J. M. Tamarit Sumalla, *Estudios de victimología*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2005. Um recente e completo estudo de Direito comparado com conclusões pode ver-se em Geneviève Giudicielli-Delage e Christine Lazerges, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris: Puf, 2008.

29. V. Angel Sanz Moran, *El tratamiento del delincuente habitual, en Política Criminal*, n. 4, A3, 2007. Disponível em: www.politicacriminal.cl, com amplas referências. Também, Antoinette Chauvenet, Les longes peines: le "principe" de la peur. Champ Pénal, VI, 2009. Disponível em: www.champpenal.revues.org.

lidade de indenização das vítimas de delitos violentos ou de vítimas de delitos determinados, como as do terrorismo. Cabe destacar, neste ponto, a Decisão Marco da União Europeia que trata do estatuto da vítima no Direito Penal, de 2001, e a Diretiva de 2004 que trata da indenização das vítimas de delitos violentos.[30] As Nações Unidas adotaram em 1985 uma relevante declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e de abuso de poder, a qual, apesar de começar a abrir caminho, todavia necessita de uma maior hierarquia normativa.[31]

É necessário o ajuste de todo o Direito Penal à proteção das vítimas, entretanto as vítimas não podem se apoderar do Direito Penal. Vivemos em um "tempo das vítimas"[32] e isso não significa que essa compulsão social e política a favor da vítima seja um capricho antiliberal momentâneo, e sim algo que qualquer especialista na teoria da comunicação audiovisual saberia explicar:[33] A televisão – especialmente depois de que se perderam os pudores – coloca, por exemplo, na mesa de almoço ou de jantar das famílias cenas de vítimas esfaceladas por uma bomba. Essa apresentação ao vivo e em direto do horror terminou gerando uma tensão social de repulsa à criminalidade, de solidariedade cega às vítimas, de exigência ao Estado de uma tutela total, e, por sua vez, uma ausência total de receio ante o Estado. Esses efeitos dos meios e modos de comunicação modernos são elementos da realidade que nós penalistas devemos ter em conta para poder enfrentar os clamores pela inocuização, para enfrentar as políticas criminais de telejornal, de Direito Penal puramente simbólico, e também para evitar o recurso desponderado à meios miraculosos modernos. Como exemplo está o "descobrimento" das

30. O sistema se introduziu na Espanha com a Lei 35, de 11.12.1995, com adaptações posteriores e dedicação de especial atenção para a as vítimas de terrorismo, pela Lei 32/1999.

31. Focada neste tema está a Sociedade Internacional de Vitimologia, que conta com o apoio de outras quatro grandes Associações científicas.

32. V. Caroline Eliacheff y Daniel Soulez Lariviére, *Le temps des victims*, Paris: Ed. Albin Michel, 2007.

33. Mercedes García Arán y Juan Botella, *Malas noticias. Médios de comunicación, políticacriminal y garantias penales en España*, Valencia: Tirant, 2008, 237 p.; Marino Barbero y Rosario Diego (coord.) *Medios de comunicación y proceso penal*, Societé Internationale de Defense Sociale y Univ. de Salamanca, 2000; Jacques Francillon, Medias et Droit pénal. Bilan et prespectives, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 1, 2000, p. 59 y ss.

novas tecnologias e a pretensão de colocar braceletes eletrônicos[34] em milhares de pessoas condenadas, mesmo quando os poucos especialistas existentes sobre o assunto afirmam que estes meios de controle somente funcionam com êxito se aplicados sobre sujeitos que estão dispostos a submeter-se voluntariamente ao controle.[35]

Todo o exposto faz parte do nosso mundo moderno. O Estado tem o dever de garantir à sociedade, sacudida pelo impacto dos meios, que efetivamente atua. O que devemos almejar, é que o Estado cometa as menores barbaridades possíveis, e devemos comunicar à sociedade que esta é a conduta do Estado, realizada com os menores custos possíveis. Em todo caso, o que nem os penalistas e nem a sociedade podem permitir é que existam espaços nas normas penais em que a vítima esteja desprotegida.

10. Uma opinião pública mundial e a política criminal

Na realidade tudo o que é anunciado como novidade do Direito Penal nada mais é que uma parte da mudança de panorama global do nosso mundo cultural, que tem aspectos jurídicos, como os mencionados anteriormente, e também políticos e econômicos. Os econômicos são os mais determinantes, mas os criminais também o são. De todo este panorama cabe destacar a existência atual de uma opinião pública mundial, a existência de uma sensação de cidadania do mundo, e que essa ideia das coisas do mundo estava limitada, até muito pouco tempo, aos dirigentes e intelectuais dos países.

Isso se vez notar em diversos casos penais por excelência: o caso do genocídio na Iugoslávia, o caso Pinochet,[36] e, especialmente, o caso da

34. Sobre a história e os limites múltiplos da paixão do legislador francês por esta medida ver Christine Lazerges, L'électronique au service de la politique criminelle: du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (Psem), *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2006, p. 183.

35. V. um relatório com referências René Levi, Le placement sur sourveillance: Bilan de la phase de expérimentation, *Question pénales*, jun. 2003. Disponível em: www.cesdip.org; Japiassú, C. E. A. A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 2007.

36. N. Roht-Arriaza, *The Pinochet effect*, Philadelphia: Univ. Pennsylvania Press, 2004.

guerra do Iraque, ou melhor, o caso das três consequências básicas que interessam da guerra do Iraque: o conceito de guerra de agressão,[37] Guantánamo[38] e as prisões secretas e tortura. Há uma opinião pública mundial fundada nos meios de comunicações tradicionais, os quais preenchem páginas completas nos dois lados do oceano no mesmo dia e no mesmo momento, televisões que emitem em direto desde qualquer ponto do mundo e para qualquer lugar, sendo tudo isto unido e multiplicado pela comunicação da Internet. Graças a isto é que se fez possível o surgimento de uma opinião pública mundial. Desta opinião pública surge a ideia do fim da impunidade para os ditadores. Isto foi proclamado com claridade, superando a visão de seus juízes, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sentença do caso "Barrios Altos" v. Perú, de 14.03.2001.[39] Isto foi consagrado pela condenação do ex-presidente Fujimori pela Corte Suprema do Peru em 07.04.2009.

Desta forma, pertence à ideia de opinião pública contemporânea, além dessa concepção geral de exclusão da impunidade, a invalidez das leis de "ponto final", as autoanistias, inclusive assuntos complexos, como pode ser o caso alemão dos soldados que disparavam aos que tentavam fugir saltando o muro de Berlim e de seus governantes, pois nem mesmo esses podem estar seguros – e muito menos os que dão a ordem – de que sua impunidade estará garantida.[40] Neste sentido, não deixará de ter

37. Sobre o tema v. Antonio Remiro Brotóns, *Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo*, Documentos 10, Friede.org, Madrid, 2005, também on-line em inglês, e Elisabeth Lambert-Abdelgawad, La répression du crime international d'agression: la révision programmée du Statut de Rome va-t-elle permettre l'impensable?, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Compare* 1, 2008, p. 184-199.

38. Diane Marie Aman, *Abu Ghraib*, *U. Pa. Law Review*, Bd.153 (2004-2005), S. 2085 ff.

39. *La Corte interamericana de Derechos Humanos – Un Cuarto de Siglo*: 1979-2004, San José (Costa Rica): ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, especialmente: Pablo Saavedra, *La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias*, p. 385 y ss.; Laurence Burgorgue-Larsen y Amaya Úbeda de Torres, *Las decisiones básicas de la CIDH, Estudio y jurisprudencia*, Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2009.

40. Cherif Bassiouni ha dirigido en los últimos años un profundo trabajo teórico y político-jurídico sobre los principios derivados de la idea de impunidad (The Chicago Principles on post-conflict Justice, 2008) y un extraordinario

consequências o debate sobre o tratamento jurídico da "guerra contra o terrorismo" depois de Bush, como também algumas formas criminais de realização da guerra no Oriente Médio, a exemplo do que ocorreu em Gaza no final de 2008. Resulta bastante significativo o fato do primeiro decreto do presidente Obama ter sido destinado ao fechamento de Guantánamo e à supressão da tortura.[41]

A atual crise financeira internacional está, todavia, em uma fase crítica, mas quando comecem aparecer soluções, é bem provável que o que antes eram ideias e políticas criminais de vigência territorial limitadas quase somente ao mundo anglo-saxão, se converta em postulados universais, como, por exemplo, o de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.[42] O certo é que boa parte do que denominamos Direito Penal Econômico europeu é produto da americanização das instituições e normativas de governo da economia europeia,[43] normativas próprias da economia norte-americana anterior à subida – e caída – dos *neocons* e do sistema financeiro internacional.[44]

11. Harmonização internacional do Direito Penal e novas formas de Direito Comparado

Definitivamente estamos diante de uma grande oportunidade para a consolidação da consciência internacional da antijuridicidade rela-

estudio mundial por regiones de los procesos de responsabilidad por crímenes de guerra y contra la humanidad después de Nuremberg, que se publicarán en breve.

41. Ver, con referencias, Mark Danner, The red cross torture report: what it means, *The New York Review of Books* 56, 07.04.2009.

42. Sobre esta instituição v. Sérgio Salomao Shecaria, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, 2. ed. São Paulo: Método, 2003. Adan Nieto Martín, *La responsabilidad de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel, 2008; Eduardo Demetrio Crespo, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid: Iustel, 2009.

43. Sobre o fenômeno da americanização do direito penal v. Adán Nieto Martín, ¿Americanización o europeización del derecho penal económico?, *Revista penal* 19/120-136, 2007 (também no portal www.cienciaspenales.net) e o monográfico de *Archives de philosophie du droit*, 2001, p. 45.

44. V. Adan Nieto, Americanisation or europeisation of corporate crime? In: Delmas-Marty, M.; Pieth, Mark; Sieber, U. *Les chemins de l'harmonisation pénale: harmonising criminal law*, Paris: Société de Législation Comparée, 2008.

cionada com os crimes mais graves. Além disso, cabe destacar que nos encontramos ante um impressionante processo de harmonização internacional das condutas puníveis, dos protocolos de investigação judicial e penal, como também do desenvolvimento da cooperação judiciária e, muito especialmente, da extradição.[45]

Está, assim, justificada a atenção, cada vez maior, conferida aos problemas da jurisdição penal universal e à Corte Penal Internacional, como também aos Tribunais *ad hoc*. Apesar das dificuldades técnicas e políticas, estas são as grandes instituições políticas deste princípio de século, configurando a mais relevante manifestação de uma globalização econômica[46] com direitos humanos.

Entretanto, além da harmonização de regras e instituições penais que comportam o princípio da justiça universal e da Corte Penal Internacional, a globalização econômica comporta fatores de harmonização de grande potência. É bastante significativo o que sucede na União Europeia, onde logo se acabará formando um verdadeiro espaço penal comum, com normas penais materiais e processais comuns e com um controle judicial europeu comum.[47] Resulta bastante conveniente atentar para a evolução recente da jurisprudência dos Tribunais de Estrasburgo e de Luxemburgo e para seus efeitos de refinamento e europeização do Direito Penal de uma Europa que, estando além da própria União Européia, abrange, hoje, de Lisboa a Vladivostok. O princípio de confiança mútua é sem dúvida o mais relevante para a construção desse espaço de Liberdade e Segurança na União Europeia, com seu fruto mais importante: a euro-ordem. Somente graças a esta é que se logrou, por exemplo,

45. Ver Luis Arroyo Zapatero y Adan Nieto, *La orden de detención y entrega europea*. Cuenca: ed. UCLM, 2006.

46. Marc Henzelin; Robert Roth. *Le droit pénal a l'epreuve de l'internationalisation*, Bruselas: Bruylant, 2002; Perdo David, *Globalizzazione, prevenciones del delitto e giustitia penales*, Milan: Giuffré, 2001; Otfried Höffee, *Demokratie im zeitalter der Globalisierung*. 2 ed. Munich: Beck, 2002 [1999].

47. L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, coleção Marino Barbero Santos. L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín. *La orden de detención y entrega europea*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, coleção Marino Barbero Santos. L. Arroyo Zapatero, V. Moreno Catena, *La prueba en el espacio europeo de libertad seguridad y justicia penal*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006. *Geneviève Giudicelli-Delage, Droit pénal des affaires en Europe*, Paris: Themis, 2006.

terminar com a impunidade de centenas de mafiosos condenados na Itália e refugiados na Costa do Sol da Espanha.

No espaço latino-americano já se fez alusão a alguns dos efeitos harmonizadores e de progresso, os quais deverão ser atendidos diligentemente. Em algum momento, o processo do Mercosul também produzirá consequências, sendo recomendável que estivéssemos preparando. Neste caso, a experiência da construção do Direito Penal e processual europeu poderia servir de laboratório.

Por outro lado, existem outros organismos internacionais que ensejam reclamos de harmonização que são cumpridos de maneira inexorável e com inovadora agilidade. Trata-se, em primeiro lugar, dos Tratados produzidos pelas Nações Unidas, especialmente os mais recentes, como é o caso dos convênios contra o crime organizado transnacional, contra a corrupção, o tráfico de pessoas, a lavagem de dinheiro etc., como também por outras organizações internacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Organização Mundial do Comércio (OMC), com seus convênios contra a corrupção e contra o cibercrime.[48] Estes movimentos de harmonização originam diversos casos surpreendentes nos países que se projetam e são recebidos com críticas e defesas da legislação de estilo nacional. Ao estudo e sistematização deste tema, um grupo numeroso de professores, coordenados por Mireille Delmas-Marty, Ulrich Sieber e Mark Pieth, realizaram trabalhos de grande qualidade sob o título de *Les Chemins de l'Harmonisation*.[49]

A universalização da justiça penal, a globalização da criminalidade e a harmonização das normas penais demandam uma nova forma de se fazer direito comparado.[50] A harmonização das normas penais deve estar

48. V. Ulrich Sieber, Mastering complexity in the global Cyberspace: the harmonization of computer-related criminal law. In: Delmas-Marty, M.; Pieth, Mark; Sieber, U. *Les chemins de l'harmonisation pénale: harmonising criminal law*. Paris: Société de Législation Comparée, 2008.

49. M. Delmas-Marty, Mark Pieth, U. Sieber. *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*. Paris: Société de Législation Comparée, 2008. Versiao en espanhol Delmas-Marti, Mireille; Pieth, Marc; Sieber, Ulrich. *Los caminos de la armonización penal*, presentación de Luis Arroyo Zapatero y coord. Marta Muñoz de Morales, Valencia: Tirant lo Blanc, 2009.

50. Com este fim está orientado o plano de trabalho para os próximos anos do Instituto Max Planck, por Ulrich Sieber: Grenzen des Strafrechts.

preparada para isto, o que deve ser feito mais pela hibridação das normas penais e das instituições, que através de instancias verticais que impões normas e instituições.

Os três fenômenos mencionados não põem em questão somente o paradigma da territorialidade da lei penal, mas também o fazem em relação à "verdadeira" Ciência do Direito Penal. Alguns veem o espaço germânico e mediterrâneo – que também alcança esse território fantástico entre o Rio Grande e a Patagônia – como uma fortaleza da dogmática penal, rodeada de povos primitivos que nem entendem e nem querem entender a estrutura lógico-objetiva das coisas.

Entretanto, para além da discussão sobre a universalidade da Ciência do Direito Penal,[51] a experiência internacional mostra, especialmente a partir do Estatuto de Roma, não somente o estabelecimento da língua inglesa entre os penalistas como um instrumento de comunicação, mas também, a entrada sorrateira pela porta dos fundos da dogmática anglo-saxã, a qual, além de apresentar um nível de elaboração intelectual próprio do século XVIII, também apresenta elementos de Direito Penal material pré-becarianos.

Deste panorama emana a necessidade de elaborar-mos o que Fletcher formulou há alguns anos: uma gramática universal da Ciência penal.[52] Nós, penalistas, que nos espelhamos em Beccaria e von Liszt, necessitamos adotar uma postura de inovação. Inovação não é algo exclusivo das ciências experimentais e das engenharias. Também seria inovação aproximar os juristas anglo-saxões às nossas regras sobre erro de tipo e erro de proibição, para o tratamento das consequências da determinação da pena a partir de um princípio comum a ambos os mundos, o princípio de proporcionalidade, argumento com o qual o mundo anglo-saxão, sim, está familiarizado.[53]

Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen *Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, ZStW* 119 (2007) 1 ff.

51. Hans Joachim Hirsch, *Internationalisierung des Strafrechts und der Strafrechtswissenschaft, ZStW* 116 (2004) n. 4, S. 835-854.

52. V. Georg Fletcher, *Conceptos básicos de derecho penal*, Valencia: Tirant, 1997, p. 19. e *The grammar of Criminal Law*. vol. 1. Foundations: Oxford University Press, 2007.

53. Miguel Carbonell (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, 2008.

50564

3
Notas sobre as súmulas vinculantes em matéria penal

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES

Professora Doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Constitucional

RESUMO: O artigo versa sobre as características das súmulas vinculantes no direito penal, partindo da análise da importância da uniformização da jurisprudência e de como as súmulas vinculantes podem desempenhar as garantias do princípio da legalidade no que diz respeito à equidade na aplicação do direito. Após analisar o modo como os precedentes judiciais são utilizados no sistema da *common law*, é feita uma análise crítica acerca de como o Poder Judiciário brasileiro vem aplicando as súmulas vinculantes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal – Princípio da legalidade – Interpretação – Jurisprudência – Súmula vinculante.

ABSTRACT: This paper focuses on the characteristics of precedents in criminal law, examining the importance of standardization of case law and how the binding judicial precedent can carry out binding guarantees of the principle of legality with regard to fairness in law enforcement. After analyzing how judicial precedents are used in the Common Law system, we present a critical analysis of how the Judiciary branch is applying the binding judicial precedent in Brazil.

KEYWORDS: Criminal law – Principle of legality – Interpretation – Precedents – Stare decisis doctrine.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A importância da interpretação no direito penal e a insuficiência da lei para atribuir certeza ao direito – 3. A atuação dos precedentes no ordenamento da *common law*: bases para a construção de um modelo de súmula vinculante – 4. Características das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro – 5. Algumas observações críticas acerca das súmulas vinculantes já editadas – 6. Conclusões – 7. Bibliografia.

1. Introdução[1]

Por meio da EC 45/2004, foi introduzido na Constituição Federal o art. 103-A, que prevê a possibilidade do STF aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma que viesse a ser estabelecida em lei.

Deu-se, assim, a introdução das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, passou-se a admitir que determinados enunciados elaborados pelo STF, durante o processo de interpretação da Constituição, devessem ser obedecidos por todos os juízes e órgãos da administração pública, em todo o território nacional.

É natural que esse novo instituto trouxesse aos operadores do direito brasileiro um certo receio acerca da possibilidade de ser usurpada a função legislativa pelo Poder Judiciário, assim como uma certa insegurança acerca de seus limites e de seu alcance. Isso porque é tida como irrenunciável a primazia da lei nos ordenamentos fundados na *civil law* – e de maneira ainda mais forte no que diz respeito à esfera penal –, e a introdução de um instrumento característico de um sistema em que a jurisprudência é a principal fonte do direito pode colocar em xeque as bases do próprio ordenamento jurídico.

No entanto, muito mais do que vincular todas as possíveis interpretações jurídicas àquela determinada pelo Tribunal Constitucional como a mais acertada, o instituto das súmulas vinculantes trouxe ao ordenamento jurídico nacional uma nova forma de pensar o direito, que se dá por meio dos precedentes judiciais.

A fim de demonstrar como, no campo do direito penal, trata-se de um importante instrumento que, a depender da forma como vier a ser utilizado, em muito pode contribuir para o fortalecimento de garantias individuais, este trabalho será dividido em quatro partes: na primeira será demonstrado que a certeza do direito não é, necessariamente, uma característica dos ordenamentos da *civil law*, de modo que instrumentos que venham a tornar mais estável e previsível a aplicação do direito devem sempre ser valorizados; na segunda, buscar-se-á ilustrar como

1. Artigo correspondente à palestra proferida no 15.º Seminário Internacional do IBCCrim, em 25.08.2009.

os precedentes judiciais atuam nos ordenamentos da *common law* de modo a desempenharem o papel de principal fonte do direito, a fim de conferir parâmetros para a melhor utilização das súmulas vinculantes; na terceira, será exposta a forma como as súmulas vinculantes encontram-se disciplinadas em nosso ordenamento jurídico e, por fim, será feita uma análise crítica da forma como vem sendo aplicado tal instituto, a partir de alguns exemplos pontuais em matéria penal.

Espera-se, com isso, contribuir para o entendimento acerca da importância das súmulas vinculantes no direito pátrio, assim como para o estabelecimento de limites e diretrizes para sua aplicação.

2. A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO NO DIREITO PENAL E A INSUFICIÊNCIA DA LEI PARA ATRIBUIR CERTEZA AO DIREITO

De forma diferente como almejavam os iluministas, a experiência tem mostrado ser inatingível a certeza absoluta do direito por meio da lei; do mesmo modo, a figura do juiz como a "boca da lei" que, a partir da operação mecânica do silogismo na sua aplicação, alcançaria a justiça, livre de arbitrariedades, é tida atualmente como absolutamente inadequada. Ao contrário, prevalece hoje o entendimento de que a interpretação judicial da lei, ao invés de ser um empecilho à realização da justiça, caracteriza o instrumento pelo qual se torna possível alcançá-la.[2]

Entende-se, atualmente, que o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa.[3] E, na definição do significado de conceitos, intenções, fatos e indícios, a interpretação está implícita, pois, como observa Maximiliano, tudo se interpreta, inclusive o silêncio.[4]

O Poder Judiciário, portanto, assume a centralidade na indispensável mediação da relação entre os cidadãos e as leis,[5] uma vez que se

2. GOMES. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30.
3. CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993, p. 22.
4. MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 23.
5. D'AMICO. Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale. *Giurisprudenza Costituzionale*, ano 43, gen.-feb. 1998, p. 315 e ss.

torna claro que a submissão ao processo interpretativo não é exclusividade das leis obscuras ou dúbias, mas constitui etapa intransponível para a aplicação do direito, mesmo nos casos em que as leis são claríssimas. Em outras palavras, toda norma precisa ser aplicada; e toda aplicação, por mais clara que seja a norma, requer uma interpretação.[6]

Assim, mesmo nos sistemas marcados pela mais rigorosa legalidade, a interpretação da norma não só constitui um momento que não pode ser eliminado do direito, assim como não se reduz a uma simples operação de "reconhecimento"; visualiza-se nela uma insuprimível margem de criatividade, ajudando a construir, na realidade do momento histórico, a "norma" a partir das proposições de lei.[7]

Por isso, interpretar o direito não é diferente de criá-lo. Como aponta Cappelletti, o verdadeiro problema diz respeito ao *grau* de criatividade e aos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra do Poder Judiciário. Veja-se, por exemplo, que uma decisão baseada na equidade proporciona um grau de criatividade mais elevado do que a baseada e vinculada a precisos precedentes judiciários ou detalhadas prescrições legislativas.[8]

Ainda que possa sofrer a objeção no sentido de que se encontra influenciada pela percepção que se tem do específico caso concreto em julgamento, a verdade é que a interpretação da norma busca formular

6. Dorado, Montero, apud Polaino, Navarrete. *Derecho penal: parte general: fundamentos científicos del derecho penal*.4. ed. Barcelona: Bosch, 2001, t. I, p. 416. Castanheira Neves justifica a necessidade de interpretação jurídica uma vez que sempre será preciso superar a indeterminação essencial aos enunciados e às prescrições jurídicas, dada a sua índole pragmática e a sua intenção prático-normativa. O princípio da legalidade criminal (o seu problema jurídico e o seu critério dogmático). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1984, p. 344. Aponta Larenz que somente em situações excepcionais é possível identificar a norma legal com aquela a ser efetivamente aplicada; só em raros casos, como, por exemplo, quando se trata de um prazo estabelecido numericamente ou de um limite de idade, é que se torna possível subsumir um fato concreto ao texto legal. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 198.

7. Mantovani, Ferrando. *Diritto penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2001, p. 68 e 69, e Reale Junior, Miguel. Razão e subjetividade no direito penal. *RCP* 0/229. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2004.

8. Cappelletti. Op. cit., p. 25.

uma interpretação aplicável a todos os casos similares; assim, o direito se contém no juízo decisório do caso concreto e é o que a interpretação for.[9]

Dessa forma, o ato do magistrado que consiste na aplicação da norma ao caso concreto constitui, não apenas no âmbito penal, o momento em que, de fato, o direito é revelado. É somente por meio da atividade judicial, que se caracteriza pela inserção da lei escrita no contexto social em que será aplicada (e da consequente apreensão do valor que socialmente ela contém), que é possível compreender o sentido e o alcance da norma que, verdadeiramente, vai governar a ação.[10] É, portanto, da mediação entre as leis e a concretização dos fatos que nasce o direito – o que impõe, segundo Andreucci, a necessidade de superação da concepção estática das normas.[11]

Embora seja incontestável que a atividade judicial de certa forma relativiza a supremacia absoluta da lei na função de dizer o direito,[12] isso não autoriza desconsiderá-la. O enunciado legislativo continua desempenhando a importante função de ponto de partida para a construção da norma, e o significado de seu conteúdo deve estar circunscrito ao que diz o texto legal – que é a baliza da sua concretização possível.[13] Há que ser ressaltado que, embora a norma jurídica como base decisória não possa ser dada exclusivamente pelo texto legal, a importância da lei reside justamente na função de delimitar o âmbito dentro do qual ao juiz é permitido criar, de maneira que a decisão do juiz deve ser "subsumível" ao texto da norma criado pelo legislador.[14]

9. Reale Jr. Op. cit., p. 234, e Castanheira Neves. Op. cit., p. 39 e 64.
10. Orrù. Le definizioni del legislatore e le redefinizioni della giurisprudenza. In: Cadoppi, Alberto (coord.). *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*. Padova: Cedam, 1996, p. 149.
11. Andreucci. *Direito penal e criação judicial*. Tese de titulariedade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1988, p. 63. No mesmo sentido, Ollero. Il ruolo della personalità del giudice nella determinazione del diritto. *Ars Interpretandi* 8/383-389, 2003. No mesmo sentido, Maximiliano equipara o intérprete ao sociólogo do direito, uma vez que "seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita". Maximiliano. Op. cit., p. 26.
12. Larenz. Op. cit., p. 166.
13. Müller apud Larenz. Op. cit., p. 183 e 184.
14. Christensen apud Larenz. Op. cit., p. 185 e 186.

Assim, ainda que a objetividade no ato interpretativo não seja comparável à objetividade existente, por exemplo, nos domínios das ciências naturais ou explicativas, o intérprete não tem diante de si algo que pode ser objetivado de forma indefinida, mas algo que pode ser representado apenas dentro dos limites daquilo que já se tornou objetivo pelo ato de outrem. Dessa forma, por mais que o intérprete possa desempenhar uma função criadora no ato de interpretar, como efetivamente se dá, a sua "criação" jamais pode ir além do "desenho intencional" ou do horizonte daquilo que lhe cabe compreender e expressar. A liberdade do intérprete, portanto, fica sempre contida nos limites de uma "estrutura objetivada".[15]

De maneira específica, no direito penal, esse campo de atuação do intérprete encontra-se amplamente delimitado, uma vez que a própria Constituição Federal, em seu art. 5.°, XXXIX, garante que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", ou seja, em nosso ordenamento jurídico, ninguém terá sua liberdade restringida senão quando, anteriormente à prática da conduta ilícita, houver uma lei (em sentido formal) que estabeleça, de forma clara e precisa, aquilo que se proíbe.

Significa que a clareza e a precisão da norma penal, que caracterizam o princípio da taxatividade, estabelecem a exigência de que a norma forneça uma descrição do fato punível apta a tornar facilmente reconhecida a correspondência, ao tipo incriminador, de uma conduta capaz de ser realizada concretamente,[16] o que limita sobremaneira o âmbito de atuação judicial.

Esse, aliás, é o fundamento da existência do princípio da taxatividade. Sob o ponto de vista político, tal princípio presta-se a proteger o cidadão frente ao arbítrio judiciário, pois se o conteúdo das normas for inequívoco, pouca discricionariedade terá o juiz quando da aplicação do direito.[17] Além disso, ao poder ser extraído da reserva absoluta de lei no direito penal, uma vez que a descrição típica deve ser inteiramente atribuída ao legislador, a utilização de termos demasiadamente vagos ou imprecisos, que exigem uma atividade de criação por parte do juiz, abre

15. Reale Jr. Op. cit., p. 242 e 243.

16. Padovani. *Le fonti del diritto italiano – Codice Penale*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 19.

17. Luisi. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003, p. 24 e 25.

espaço para a atuação do intérprete legal na definição do conteúdo da norma, o que contrastaria com o princípio da reserva de lei.[18] Assim, sob a ótica da separação de poderes, o legislador deve articular as disposições penais de tal forma que a possibilidade de arbitrariedade judicial reste excluída – o que, segundo Madrid Conesa, ocorre quando, na tarefa de aplicação da lei, for necessário fazer uso, exclusivamente, da lícita ajuda dos procedimentos interpretativos.[19]

Desse modo, em que pese a inafastabilidade da interpretação também no âmbito do direito penal, a existência de rígidos parâmetros constitucionais limita sobremaneira o grau de liberdade do intérprete, que se encontra atrelado à taxatividade legal.

Ocorre, no entanto, que mesmo reconhecendo no princípio da taxatividade uma singular garantia, isso não impede que, na tarefa de interpretar o direito, a jurisprudência acabe o fazendo de maneira não uniforme. Alguns exemplos podem bem ilustrar, nesse sentido, a fragilidade do princípio da legalidade no que diz respeito a transmitir ao cidadão uma certeza no modo como a norma irá atuar no caso concreto.

Entre nós, um instituto que frequentemente propicia entendimentos jurisprudenciais conflitantes é o crime continuado. Disposto no *caput* do art. 71 do CP, ele se caracteriza quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. Nesse caso, aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um 1/6 a 2/3.

Ainda que esse instituto esteja disposto de forma relativamente clara, sob diferentes aspectos a jurisprudência diverge no que diz respeito à sua caracterização. Um primeiro ponto não consensual é aquele referente ao que deve ser entendido como *crimes da mesma espécie*. Ao mesmo tempo em que há quem entenda que crimes da mesma espécie não precisam estar, necessariamente, previstos no mesmo tipo incriminador, desde que ofendam o mesmo bem jurídico, também há os que sustentam

18. Palazzo. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*. Padova: Cedam, 1979, p. 39.

19. Madrid Conesa. *La legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983, p. 158 e 159.

o oposto, isto é, que crimes da mesma espécie podem ser entendidos como somente aqueles dispostos no mesmo tipo legal. São exemplos de casos em que isso ocorre o concurso entre furto e roubo, entre roubo e extorsão e entre estupro e atentado violento ao pudor (antes da modificação legislativa ocasionada pela Lei 12.015/2009). A questão do lapso temporal entre as infrações, por sua vez, constitui outro aspecto objeto de dissenso. Enquanto é possível haver decisão admitindo intervalo de quase um ano entre as infrações, há outras que o limitam a seis meses, a três, a dois e a um mês. Ainda, outra circunstância controvertida diz respeito à possibilidade de sua caracterização quando, não obstante todas as infrações terem sido praticadas com concurso de agentes, as pessoas na companhia das quais o crime foi praticado não eram sempre as mesmas.

Outros institutos ainda podem ser elencados apenas a título de exemplo, para que fique claro que sempre haverá espaço para a interpretação e participação do juiz na definição do alcance da norma penal, por mais respeitoso ao princípio da taxatividade que tenha sido o legislador no momento da elaboração das leis penais. Assim, vejam-se os casos da hediondez dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em suas formas simples (antes da modificação legislativa ocasionada pela Lei 12.015/2009), do momento da consumação da corrupção de menores e da caracterização da tentativa de latrocínio.

A partir desses exemplos, é possível observar que frequentemente as interpretações da lei pelos magistrados criam situações que, sob o prisma da segurança jurídica, são indesejáveis. A existência de um grande número de decisões contraditórias entre si torna explícita a insuficiência das garantias oferecidas ao cidadão por meio do princípio da legalidade entendido em seu modo formal clássico, e conduz à conclusão de que não é apenas o legislador que, através da utilização de técnica legislativa defeituosa aumenta a insegurança dos cidadãos, mas são também os tribunais os responsáveis por esse efeito quando interpretam as normas penais.[20]

20. Garcia, Rivas. *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Madrid: Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1992, p. 51. No mesmo sentido, Moccia. *La 'promessa non mantenuta' – Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 17.

Entre nós, a fim de evitar que a liberdade interpretativa do juiz seja absoluta a ponto dos julgamentos serem norteados pelos seus sentimentos pessoais e não pelos valores da sociedade e o caso em que atua, assim como para evitar que as inovações produzidas pela magistratura gerem incertezas e insegurança, Dinamarco sustenta a legitimidade dos meios pelos quais se busca a uniformização dos modos de decidir. Afirma ele, nesse diapasão, ser necessário que os próprios juízes, apreciando o que vem sendo decidido, parem para refletir e, nesse momento de reflexão, afastem interpretações que podem ser pessoais, passando a manifestar-se de modo institucionalizado.[21]

No mesmo sentido, sustenta Garcia Rivas que o princípio da taxatividade, reconhecido como direito fundamental, deve comportar não apenas um parâmetro de legitimidade constitucional da função legislativa, mas também um elemento de imprescindível controle da atividade judicial na sua função de aplicar a lei ao caso concreto. Com o fim de efetivamente garantir a segurança jurídica, torna-se necessária uma efetiva tutela desse direito fundamental do cidadão projetando o princípio da taxatividade sobre a tarefa de aplicar o direito penal, estabelecendo mecanismos de controle que depurem aqueles casos em que o cidadão não pode programar seu comportamento sem temor de ingerências imprevisíveis do ordenamento sancionador do Estado. Isso porque, se não é possível falar da norma penal senão no momento de sua aplicação, o mandado de determinação da norma penal não pode deixar de abarcar o controle sobre a decisão no caso concreto.[22]

Além de desenvolver uma atividade pedagógica ao mostrar o sentido das regras jurídicas,[23] uma jurisprudência uniforme proporciona a confiança de quem, observando os precedentes, escolhe as condutas a serem praticadas, promove o princípio da igualdade na medida em que impõe a igualdade de tratamento (judicial) às pessoas que se comportaram de formas semelhantes, assim como atende à exigência de unidade na aplicação do direito.[24] É de se observar, inclusive, que a utilidade

21. Dinamarco. Súmulas vinculantes. *RF* 347/63. Rio de Janeiro: Forense, jul.-set.1999.

22. Garcia, Rivas. Op. cit., p. 68 e 69.

23. Bermudes. Súmulas vinculantes. *Arquivos dos Tribunais de Alçada*, vol. 29, 1997, p. 41.

24. Gorla. *voce* Precedente Giudiziale. *Enciclopedia Giuridica Treccani* 23/5-6, 1990. No mesmo sentido, Guastini observa que o uso do precedente

da uniformização da jurisprudência é expressamente reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, que prevê alguns recursos processuais com vistas, exclusivamente, à essa finalidade.[25]

E a busca pela uniformização dos entendimentos jurisprudenciais, a partir da valorização do precedente judicial, apresenta-se como uma importante via para assegurar ao cidadão os valores contidos na expressão *nullum crimen nulla poena sine lege*. Este, aliás, é o caminho apontado por grande parte da doutrina estrangeira.[26] É que não faria sentido que, num Estado cuja Carta Política acolhe os princípios da segurança jurídica, da igualdade e da unidade da Constituição, o ordenamento jurídico-penal não pudesse lançar mão de meios aptos a dirimir eventuais divergências hermenêuticas – principalmente se considerado que é finalidade própria do Estado moderno tornar previsível ou presumível, com antecipação, a atuação do Poder Público.[27] Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o próprio STF: "Ora, se ao STF compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do STF com a manutenção de decisões divergentes. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração

favorece valores como a uniformidade da aplicação judicial do direito, ou seja, a justiça formal: casos essencialmente parecidos devem ser tratados de maneira essencialmente semelhante. GUASTINI. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 31.

25. FRANÇA, R. Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Ed. RT, 1974, p. 193.

26. Como aponta Chiarloni, uma interpretação sincrônica uniforme do direito representa um objetivo respeitável, não porque se trata de calcular e prever a dialética do movimento e do progresso, mas se trata de evitar a dialética da incerteza e da desordem. Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza. In: VISINTINI, Giovanna (a cura di). *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*. Padova: Cedam, 1988, p. 78 e 79. No mesmo sentido, CAPPELLETTI. Op. cit., p. 84-85, CADOPPI. *Il valore del precedente nel diritto penale – Uno studio sulla dimensione in action della legalità*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 168, e PAGLIARO. Testo e interpretazione delle leggi penali. *Ars Interpretandi* 2/163, 1997.

27. LEAL. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 114-115.

do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição".[28]

A observação de Vigliar, no sentido de que ao jurisdicionado deve ser reservado mais que a simples sorte à moda lotérica,[29] aplica-se de forma especial ao processo penal. Se a razão de ser da garantia da legalidade está na igualdade com que devem ser tratados todos os cidadãos e na possibilidade de conhecer o direito antes de optar pela prática de determinada conduta, a existência de uma jurisprudência aleatória, na qual o cidadão vê-se diante de um sorteio da parte que irá recorrer,[30] ainda que presente num ordenamento marcado pelo mais estrito respeito à taxatividade das leis, não pode cumprir aquela finalidade. Nesse caso, resta a indagação acerca da relevância da lei ser igual para todos se é aplicada de modo diferente a casos análogos.[31]

A necessidade de um tratamento que não seja arbitrário ou caprichoso, aliás, é um postulado essencial do liberalismo. Se a única autoridade à qual o indivíduo pode se submeter sem que isso signifique afronta à dignidade da pessoa humana é a lei impessoal,[32] então, diante da verificação de que qualquer norma legal carece da intervenção inter-

28. RE 203.498, rel. Min. Gilmar Mendes. In: JANSEN. A súmula vinculante como norma jurídica. *RT* 838/47. São Paulo: Ed. RT, ago. 2005.

29. Segundo Vigliar, uma jurisprudência aleatória propicia o êxito ou a derrota a partir de simples regras de distribuição do processo. Quando se deixa o destinatário da tutela jurisdicional aguardar ardentemente pela boa distribuição do recurso, tal expectativa agrava o distanciamento entre Justiça e os homens, porque parte de um mesmo tribunal vê, numa mesma tese, faces que levam por vezes a resultados de mérito completamente antagônicos. VIGLIAR. *Uniformização de jurisprudência como garantia do jurisdicionado*. Tese de doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, sem data, p. 252. No mesmo sentido, ver CAMBI. Jurisprudência lotérica. *RT* 786. São Paulo: Ed. RT, abr. 2001, especialmente às p. 111-112.

30. RIBEIRO. *Anais do XV Congresso Brasileiro de Magistrados de Pernambuco*. Recife, 1998, p. 94.

31. José Alberto dos Reis apud SIFUENTES. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 294, nota 723. Nesse sentido, CALAMANDREI compara o processo a um jogo dizendo que, para obter a justiça, não basta a parte ter razão, pois, além disso, conforme um antigo provérbio vêneto, é preciso encontrar um juiz que a entenda e que tenha vontade de lhe dar razão. Apud CAMBI. Op. cit., p. 111.

32. FIERRO. *Legalidad y retroactividad de las normas penales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 102.

pretativa no momento de atuar no caso concreto, a exigência de que o direito seja aplicado de forma igual a todas as pessoas não deixa de ser, também, uma forma de garantir o valor da pessoa humana na ordem constitucional, realizando o princípio da legalidade também no plano da concretização do direito.[33]

Não foi por outro motivo que, em 1964, foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro as súmulas de jurisprudência. Com o objetivo de conferir maior uniformização à jurisprudência predominante no STF sobre matérias que não suscitassem controvérsia factual ou jurídica, elas foram idealizadas pelo Min. Victor Nunes Leal, e também serviriam como um roteiro de precedentes a ser utilizado pelos profissionais do foro. No julgamento do HC 42.958/SP, o Min. Prado Kelly, na qualidade de relator, definiu a natureza e a missão da súmula, nos seguintes termos: "Conveniência de evitar, quando possível, a versatilidade nos julgamentos e restituir à jurisprudência o valioso papel que desempenha na ordem jurídica, sem se incorrer, todavia, nos perigos da estratificação abusiva, nem da coerção reprovável".[34] As primeiras 370 súmulas, aprovadas na sessão plenária de 13.12.1963 e adotadas a partir de março de 1964, tinham caráter apenas persuasivo, servindo como orientação ao julgador quanto ao entendimento da mais alta Corte de Justiça do país.[35]

Como se vê, sua origem encontra-se totalmente vinculada à busca da eliminação das antinomias do sistema, já que, com a súmula, objetivava-se alcançar a coerência e a unidade que sempre deve haver no direito. Ao invés de implicar o fechamento do sistema às mudanças que antes vinham sendo operadas comumente pela jurisprudência, pres-

33. Segundo FIANDACA, na realização do princípio da legalidade no âmbito do "direito em ação" deve ser revisitada temática dos precedentes judiciais. FIANDACA. Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2001, p. 376.

34. *RTJ* 37/159. In: DOTTI. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 256-257.

35. SIFUENTES. Op. cit., p. 238-239. Como pondera Tavares, uma vez que todo ato interpretativo não é totalmente neutro porque demanda prévia tomada de posição por parte do aplicador do direito, a súmula serve como mais um indicador (sinalizador) do caminho a ser trilhado pelo magistrado, ao aplicar o direito, em nome de sua unidade e da segurança jurídica. TAVARES. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 118.

supõe-se que as discussões tenham sido travadas e tenha-se chegado a um consenso, além de continuar sendo admitida mudança por mecanismo específico.[36]

Nesse sentido, inclusive, manifestou-se o Min. Oscar Dias Corrêa, consignando, a respeito da súmula de jurisprudência, que o tribunal não a edita "para exclusivo e egoístico interesse seu, mas no cumprimento da própria missão constitucional de interpretação definitiva da lei federal e de uniformização da jurisprudência, essenciais à normalidade e estabilidade de ordem jurídica".[37]

3. A ATUAÇÃO DOS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO DA *COMMON LAW*: BASES PARA A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE SÚMULA VINCULANTE

Para que possamos melhor compreender o sentido e o alcance da jurisprudência vinculante nos ordenamentos da *common law*, é de grande utilidade analisarmos algumas características desse instituto que, uma vez pontuadas, bem poderiam guiar o jurista brasileiro quando da introdução das súmulas vinculantes em nosso ordenamento jurídico.

De início, vislumbramos que nos sistemas de *common law* vigora a "*doctrine of precedents*", ou seja, a regra do precedente (ou *stare decisis*). Assim como se deu nos sistemas romano-germânicos, tal regra também surgiu a partir da necessidade de se atribuir alguma estabilidade na regulação das relações sociais, quando a produção legislativa ainda era escassa ou nula.[38]

Observa-se, de um lado, que a estruturação do sistema romano-germânico partiu da preocupação com uma ordem racional de conceitos, em que o direito aparece como um sistema, ou seja, um conjunto de preceitos que devem estar agrupados. Objetivava-se evitar, acima de tudo, o casuísmo na lei e, na busca pela certeza do direito e pelas generalidades

36. TAVARES. Op. cit., p. 112.

37. RE 104.898/RS, rel. Min. Oscar Corrêa, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* 113/457. In: SIFUENTES. Op. cit., p. 293.

38. LEAL. Op. cit., p. 127. Embora sejam aqui e também pela maior parte da doutrina tratados como se fosse sinônimos, é de ser observar que a vinculação aos entendimentos jurisprudenciais precedentes recebe denominação diferente nos Estados Unidos e na Inglaterra: no primeiro, chama-se *stare decisis*, e no segundo é chamado de regra do precedente. DAVID. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 343.

racionais que os conjuntos normativos apresentavam, a jurisprudência casuística foi afastada em favor das leis escritas (sempre que possível, reunidas em conjuntos harmônicos e racionais: os Códigos).[39]

De outra banda, na *common law*, a doutrina dos precedentes também buscava a estabilidade do direito e o afastamento do arbítrio. Segundo ela, as causas devem ser julgadas por princípios apreendidos indutivamente da experiência judicial do passado, e não pela dedução de regras estabelecidas arbitrariamente pela vontade do soberano – é a razão, e não a vontade arbitrária o que deve nortear a decisão.[40]

No âmbito penal, o que se percebe nos ordenamentos pertencentes à *common law* é que a consciência acerca do risco de desigualdade na aplicação de um direito predominantemente produto da atividade judicial fez com que fosse criada uma série de "mecanismos compensatórios" desta maior liberdade oficialmente reconhecida aos juízes em relação à criação dos tipos penais; mecanismos substanciais e processuais que fazem, de certo modo, entrar pela janela a legalidade que saiu pela porta.[41]

Alguns institutos podem bem apontar para essa constatação.

Veja-se o caso do conteúdo das decisões judiciais. No sistema da *common law* existe a perfeita separação entre o que constitui *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*, de modo a tornar possível determinar a força vinculante do precedente. A relevância da distinção entre estas duas partes da decisão repousa na necessidade de identificar as razões que levaram à formação da jurisprudência constante para que, nos casos futuros, possa ser verificada a identidade ou a similitude do caso em exame com os anteriormente decididos, a fim de aferir a aplicabilidade daquilo que já está assentado.[42]

39. SOARES. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 27-28.

40. A doutrina da *common law* é uma razão voltada à experiência, que é vista como apta a dar os fundamentos mais satisfatórios para guiar a ação e os princípios da decisão; a lei não é algo para ser feito a partir de um capricho da vontade soberana, mas deve ser descoberta pela experiência judicial das regras e dos princípios que guiaram as decisões no passado. POUND *The spirit of the common law*. Boston: Marshall Jones Company, 1921, p. 182-183.

41. CADOPPI. Op. cit., p. 88-89.

42. TOSTES. Uniformização de jurisprudência. *RePro* 104/203-204. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2001.

Essa diferença entre o nosso sistema e os sistemas da *common law* se evidencia quando se constata que, no Brasil, a divergência é verificada apenas pela discordância diante do resultado concreto da decisão, já que, havendo dissenso somente quanto aos seus fundamentos, a questão será julgada por unanimidade, o que evidencia de forma clara não só o maior grau de dificuldade presente na tarefa de interpretar o precedente judicial,[43] como a inexistência, entre nós, do hábito de valorizar o precedente como um todo. Mesmo no que diz respeitos às súmulas de jurisprudência sem efeito vinculante, é frequente, por parte dos operadores do direito, esquecer a importância da pesquisa das razões temporais, sociais e culturais que autorizaram a edição da súmula.[44]

Técnica bastante utilizada nos ordenamentos da *common law*, nesse contexto, é o *distinguishing*. Essa técnica da distinção possibilita que o juiz diferencie o caso concreto a ser julgado daquele coberto pelo precedente, de maneira que, sob esse fundamento, torna-se possível que a solução dada seja outra. Uma decisão que é idêntica à outra em alguns pontos também é diferente sob outros aspectos, já que todas as coisas são concomitantemente iguais e diferentes entre si, dependendo do ângulo de análise.[45] Se toda situação de fato é nova e única, impõe reconhecer que sempre existe a possibilidade de "distinguir" em relação aos precedentes, ou de "argumentar a contrário"[46] – até porque, segundo o princípio da igualdade, levar em consideração os precedentes não é, necessariamente, reiterar a jurisprudência.[47]

Significa que quanto mais a *ratio decidendi* é específica, maior é a possibilidade de que o caso sucessivo não seja nela enquadrado, distin-

43. LEAL. Op. cit., p. 170. Nesse sentido, propõe Leal que seria indispensável veicular no Diário Oficial a íntegra dos fundamentos das decisões, e não apenas publicar a parte dispositiva dos julgados, acompanhada ou não de suas ementas; somente assim as interpretações e os princípios que estão sendo acolhidos pelos tribunais podem se tornar conhecidos. Idem, p. 172.

44. TOSTES. Op. cit., p. 209.

45. MARSHALL. Trentatre cose che si possono fare con i precedenti. Un dizionario di *common law*. *Ragion Pratica* 6/30, 1996.

46. CAPPELLETTI. Op. cit., p. 25-27.

47. SORIANO. Los precedentes de Tribunal Supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoria de los precedentes. *Revista del Poder Judicial* 57/150, 2000.

guindo e chegando a resultados interpretativos diversos em relação ao caso precedente. Verifica-se, portanto, que quanto mais a motivação da decisão relaciona-se com o caso concreto, mais a "subnorma" elaborada pelo magistrado é restrita, e maior é para o juiz sucessivo a possibilidade de distinguir o caso a ser decidido daquele anterior, sem estar obrigado a dar a mesma solução jurídica.[48]

Além disso, a possibilidade que tem o juiz sucessivo de interpretar a *ratio decidendi* e de restringi-la[49] evidencia uma outra característica das decisões judiciais que facilita a não estagnação do direito. Uma vez que o direito que resulta de uma jurisprudência constante se apresenta também sob a forma de enunciados linguísticos, estes, assim como os enunciados legislativos, carecem de interpretação. Aliás, segundo Larenz, as decisões judiciais carecem de interpretação em maior medida do que as leis, pois devido à sua referência ao caso concreto examinado, frequentemente seu alcance é duvidoso e, por consequência, também a sua aplicabilidade a outros casos.[50]

Embora a inevitável interpretação da norma jurisprudencial possa levar à relativa perda de eficácia do precedente – que se prestaria a aumentar a certeza do direito –, há que se observar que nos países onde o precedente vincula, a *ratio decidendi* está muito mais relacionada ao caso concreto, de modo que a norma daí emanada é muito mais determinada do que a norma elaborada pelo legislador.[51]

Outro instituto bastante elucidativo acerca do modo como os ordenamentos da *common law* lidam com alterações jurisprudenciais diz respeito ao *prospective overruling*, que tem a finalidade de impedir que novos entendimentos jurisprudenciais que sejam desfavoráveis ao réu possam ser aplicados a fatos acontecidos anteriormente à mudança de entendimento (da mesma forma que temos, entre nós, a irretroatividade da lei penal desfavorável).

Para bem compreendê-lo basta voltarmos os olhos para alguns dos exemplos mencionados anteriormente no que diz respeito à oscilação da jurisprudência quanto à definição de algumas importantes questões de direito, tais como o conceito de crimes da mesma espécie no crime

48. Cadoppi. Op. cit., p. 293 e 303.
49. Idem, p. 293.
50. Larenz. Op. cit., p. 506.
51. Cadoppi. Op. cit., p. 296.

continuado ou a definição do momento da consumação da corrupção de menores. Essas fórmulas dissimuladas de alargar o alcance da norma penal não diferem daquilo que se dá em ordenamentos da *common law*, onde expressamente é reconhecida tal possibilidade e, a partir do reconhecimento dessa realidade, são buscadas soluções para garantir o indivíduo frente ao arbítrio estatal.[52]

Naqueles ordenamentos, a possibilidade de se separar do precedente *in bonam partem*, portanto, deve ser reconhecida. A solução de que o vínculo valeria apenas contra o réu é semelhante àquela que se dá no ordenamento inglês, exclusivamente no campo penal. A Corte de Apelação inglesa pode afastar-se do próprio precedente, mas só se for para promover a liberdade do acusado, ou se a nova interpretação pode gerar a liberação do acusado ou seu não encarceramento. Evidencia-se aqui um claro sinal da peculiaridade que representa a matéria penal em relação às outras, inclusive nos ordenamentos da *common law*.[53]

É nesse sentido, e a fim de conciliar as exigências de atualização da jurisprudência e de confiança do cidadão no ordenamento jurídico, que o *prospective overruling* constitui uma técnica utilizada nos ordenamentos da *common law* que permite ao juiz aplicar o precedente em um caso, mas já alertando que os casos futuros serão decididos de outra maneira. Esse expediente algumas vezes usado pelos tribunais é caracterizado por, ao mesmo tempo, assegurar a aplicação do direito do mesmo modo como o era no momento da prática delituosa, sem com isso deixar de permitir que a jurisprudência evolua de acordo com as novas valorações. Assim, no momento em que o caso está sendo julgado, na hipótese dos magistrados entenderem que o precedente precisa ser modificado, a modificação será feita; de acordo com as garantias do princípio da legalidade, no entanto, o novo entendimento, desfavorável ao réu se comparado àquele existente no momento da infração, não será aplicado a ele, mas somente aos acusados que praticarem a infração a partir da nova orientação jurisprudencial. Com isso, a corte avisa sobre a

52. CADOPPI. La genesi delle fattispecie penali – Una comparazione tra *civil law* e *common law*. In: FIANDACA, Giovanni (a curia di). *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*. Padova: Cedam, 1997, p. 158-159.

53. CADOPPI. Il valore del precedente nel diritto penale... cit., p. 293-294.

iminente mudança de critério jurídico, evitando o trauma da quebra da segurança jurídica no caso em julgamento.[54]

Trata-se, portanto, de um diferente estilo de decisão de que resultaria uma aplicação analógica do princípio da irretroatividade, pois através desses critérios o tribunal que concluísse por uma justificada alteração da jurisprudência até então seguida não deixaria de aplicar tal solução ao caso *sub judice*, mas anunciaria outra diferente, no sentido da alteração que entendesse justificada, para os casos análogos a serem decididos no futuro.

Deve ser apontada, ainda, uma especial característica do erro de proibição, quando reconhecido nos ordenamentos da *common law*, especificamente frente à mudança na orientação jurisprudencial. É que, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, é usado um critério objetivo para o reconhecimento do *mistake of law* e do *absolute discharge*, respectivamente. No direito norte-americano, a boa-fé do cidadão é presumida, de forma que não se exige a demonstração de que efetivamente incidiu em erro; no direito inglês, por outro lado, ocorre apenas uma condenação puramente formal, que não acarreta a aplicação da pena nem a incidência da quase totalidade das consequências penais. É de se observar que, nesses casos, a grande efetividade dos princípios não escritos que regulam os critérios para a decisão judicial garante um resultado não arbitrário.[55]

54. Importa observar que o *prospective overruling*, tal como descrito, é uma evolução de uma outra técnica que existiu na *common law*. Embora tivesse a mesma denominação, o primeiro conceito de *prospective overruling* dizia respeito à decisão judicial em que o juiz, a fim de não frustrar as expectativas que no caso concreto apresentavam-se merecedoras de tutela, estabelecia que a nova solução valeria apenas para o caso em julgamento e para os casos futuros, mas não para os demais casos ocorridos na vigência do precedente recém superado. As principais críticas a essa solução estavam relacionadas à diferença de tratamento entre o caso *sub judice* e os demais casos ocorridos sob a jurisprudência superada: não havia razões que justificasse tal disparidade de tratamento. BIN. Il precedente *giudiziario – Valore e interpretazione*. Padova: Cedam, 1995, p. 134-135.

55. GRANDE. Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia? In: FIANDACA, Giovanni (a curia di). *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*. Padova: Cedam, 1997, p. 142-145.

4. Características das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a busca por uma solução que viesse a propiciar a uniformização da jurisprudência se deu, principalmente, com o objetivo de diminuir o número de processos judiciais em andamento, que aumenta a cada ano e faz com que a prestação jurisdicional seja lenta em razão do maior tempo que o processo leva para ser julgado, já que o Judiciário fica sobrecarregado, e também devido ao estímulo que é dado às partes com a constante possibilidade de que sua decisão seja modificada.

O que pôde ser verificado, desde o início, é que o motivo sempre invocado para o fortalecimento da ideia da necessidade de se obrigar o magistrado a julgar de determinada forma não estava relacionado à importância de garantir a uniformidade do direito, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Nesse contexto, tendo em vista as já existentes súmulas de jurisprudência, a atribuição de valor vinculante a elas apresentou-se como a melhor solução. Assim, desde a aprovação da EC 45/2004, nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade de que o STF edite súmulas vinculantes a todos os demais órgãos do Poder Judiciário. E, em 19.12.2006, foi sancionada a Lei 11.417/2006, disciplinando a edição, revisão e cancelamento de súmulas com efeito vinculante pelo STF.

A primeira observação a ser feita em relação à Súmula vinculante diz respeito à necessidade de que ela esteja relacionada à questão jurídica, ou seja, deve ser sempre sobre teses de direito, não se admitindo uniformização de jurisprudência sobre matéria de fato.[56]

Ainda com relação ao objeto da Súmula vinculante, uma vez que está relacionada à necessidade de certeza do direito, no sentido de confiança dos cidadãos em relação ao direito no momento de fazer as livres escolhas de ação, o seu objeto deve ser restrito àqueles aspectos em relação aos quais faz sentido falar em confiança. A esse respeito, Cadoppi observa que enquanto a diferenciação entre lícito e ilícito em termos de tipicidade, ou o alcance de regras da parte geral como o dolo e a culpa podem gerar no cidadão certa segurança no momento de agir, o mesmo não pode ser dito em relação à medida da pena, por exemplo.[57]

56. Sifuentes. Op. cit., p. 240.

57. Cadoppi. Il valore del precedente nel diritto penale... cit., p. 326.

Importante característica da Súmula vinculante, segundo a Lei 11.417/2006, diz respeito à possibilidade de que venha a ser editada de ofício pelo STF. Mais do que isso, aliás, no art. 3.° do referido diploma estão elencados os legitimados para provocar a edição, revisão ou cancelamento de Súmulas vinculantes, que podem peticionar diretamente ao STF, independentemente da existência de processo em curso (art. 6.°).[58]

Diante disso, poderia ser questionada a natureza jurisdicional dessa específica atuação do Judiciário. Para Tavares, em que pese a possibilidade de o STF atuar de ofício – o que, a princípio, contrasta com a exigência de que os tribunais sejam sempre provocados –, isso não descaracteriza sua função, porque tal atuação encontra-se circunscrita na base, uma vez que sucede a provocação e o julgamento de diversos casos anteriores; não se trata, portanto, de uma atuação oficiosa amplamente livre.[59] Aliás, é requisito também para os pedidos feitos pelas pessoas constantes no rol do art. 3.° que a Súmula vinculante suceda *reiteradas decisões* sobre matéria constitucional (art. 2.°).

É de se observar, ainda, o fato de que ao STF seria atribuída uma competência mais legislativa do que judiciária, ao operar com o poder de emanar diretivas gerais vinculantes. Como salienta Cappelletti, isso de fato ocorre, mas não se difere daquilo que se dá em sede de controle abstrato de constitucionalidade, por exemplo, quando o Judiciário atua sem qualquer conexão com determinado caso concreto.[60]

58. Segundo o art. 3.° da Lei 11.417/2006, são legitimados para provocar a edição, revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Defensor Público-Geral da União, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.
E, segundo o art. 6.° da Lei 11.417/2006, tais legitimados podem propor, mediante petição, a edição de súmula vinculante, independentemente da existência de processo em curso.

59. TAVARES. Op cit., p. 120.

60. Idem, p. 110.

Quanto ao conteúdo das súmulas vinculantes, devem os operadores do direito atentar para a importância que passam a ter o inteiro teor das decisões judiciais a partir das quais a súmula é editada. No momento em que o magistrado for decidir sobre a aplicação da súmula vinculante, a fim de verificar o cabimento da aplicação do entendimento sumulado, faz-se necessária a compreensão de toda a decisão, separando o que é *ratio decidendi* daquilo que é *obiter dictum*.

Enquanto no sistema da *common law* a perfeita identificação entre o que constitui *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum* é fundamental para determinar a força vinculante do precedente, no sistema da *civil law* a importância dessa separação encontra-se mais relacionada com a delimitação dos casos análogos àqueles que deram origem à jurisprudência consolidada. Assim, a relevância da distinção entre estas duas partes da decisão repousa na necessidade de identificar as razões que levaram à formação da jurisprudência constante, ou mesmo da súmula, para que, nos casos futuros, possa ser verificada a identidade ou a similitude do caso em exame com os anteriormente decididos, a fim de aferir a aplicabilidade daquilo que já está assentado.[61]

Ao contrário do que se dá hoje com as súmulas de jurisprudência com efeitos apenas persuasivos, a comparação entre os casos não pode se restringir à enunciação dos princípios, mas deve envolver sua inteireza.[62] Esta, aliás, é a diferença existente entre a eficácia *erga omnes*, que se verifica na coisa julgada e está limitada à parte dispositiva da decisão, e o efeito vinculante, que abrange também os seus motivos determinantes. Uma vez considerados também vinculantes os motivos da decisão, isso acarretará não só a proibição de que se contrarie a decisão proferida no caso concreto em toda a sua dimensão, mas também a obrigação de todos os órgãos constitucionais de adequarem a sua conduta, nas situações futuras, à orientação contida na decisão.[63]

E, para que se compreenda e adequadamente seja aplicado o preceito sumulado, imprescindível o conhecimento, pelo menos, dos acórdãos que deram origem à edição da súmula; e, em relação a eles, não é suficiente a simples leitura da ementa.[64]

61. Tostes. Op. cit., p. 203-204.
62. Idem, p. 204.
63. Jansen. Op. cit., p. 46.
64. Tostes. Op. cit., p. 209.

Como adverte Tostes, caso permaneça a prática de relegar a um plano inferior a importância do conhecimento do inteiro teor do acórdão, grande será o risco de que de outro modo o princípio da igualdade seja afrontado, uma vez que passarão a ser decididos de forma igual casos desiguais. Isso aponta para uma constatação talvez não esperada pelos defensores da súmula vinculante como resposta à lentidão da justiça, qual seja, a de que a utilização da súmula como fator de automatizar os julgamentos, transformando os conflitos subjetivos em números, ao mesmo tempo em que pode trazer celeridade para a tramitação do processo, abalará seus alicerces humanísticos, afrontando o princípio da dignidade humana.[65]

Quanto às limitações das súmulas vinculantes, algumas observações fazem-se necessárias.

Resta claro que a atuação dos tribunais superiores ao emitirem súmulas é semelhante à função legislativa, uma vez que criam uma norma de caráter geral e abstrata, só que de natureza interpretativa. O precedente vinculante, no entanto, não se sobrepõe à lei, assim como não restringe o poder de interpretar e de definir os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto. Ao firmar um determinado entendimento da norma, enquanto regra abstrata dirigida a todos, o precedente vinculante atua em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, da mesma forma como o fazem as normas de caráter geral e positivadas pela função legislativa.[66]

Ao se limitarem a questões de direito, as súmulas vinculantes não liberam o juiz de fazer a mais completa e profunda análise do caso concreto, quando do julgamento. É que a remissão ao entendimento sumulado só tem cabimento quando efetivamente for verificado que se tratam de casos juridicamente iguais, sendo, então, e só então, de se aplicar a jurisprudência cristalizada, para garantia da segurança jurídica.[67] E, nesse sentido, a súmula não impede que uma segunda instância

65. Idem, p. 211.

66. Calmon de Passos. Súmula vinculante. *Ciência Jurídica* 85/288-289, jan.-fev. 1999.

67. Tostes. Op. cit., p. 211.

reaprecie questões de fato, garantindo ao jurisdicionado o direito a um duplo grau de jurisdição.[68]

Isso afasta uma série de críticas à adoção da súmula vinculante sob o argumento de que do juiz seria retirado o poder de decidir segundo sua consciência, ficando ele obrigado a julgar segundo o convencimento dos outros.[69] Ao contrário, cada magistrado, ao personificar o Estado-Juiz, continua tendo o dever de estudar cuidadosamente o caso submetido a seu exame e, consultando a lei, a doutrina, a jurisprudência e os seus próprios conhecimentos sobre a matéria, permanece com a função de proferir a decisão que reputa a mais acertada e a mais adequada para o caso concreto, de forma independente.

Como aponta Bermudes, a súmula vinculante não fará o juiz menos livre do que é no sistema da legalidade estrita. Uma vez que a súmula atua como norma de natureza interpretativa, caberá ao juiz, diante da realidade processual, decidir se ela incide, e então aplicá-la obrigatoriamente, tal como faz com a lei, ainda quando ela não reflita a sua convicção científica, ou seja, mesmo quando a opção axiológica da norma não corresponda ao valor que o juiz daria ao fato por ela regrado.[70] Isso, aliás, não é diferente do que já fazem hoje os magistrados quando entendem não ser aplicável determinada súmula ao caso concreto em julgamento.[71]

68. Tavares. Op. cit., p. 113.

69. Nesse sentido, Xavier Filho. Súmula vinculante: uma passagem para o arbítrio e a prepotência. *Revista de Doutrina e Jurisprudência* 58/76. TJDFT, set.-dez. 1998, p. 76, e Rocha. Sobre a súmula vinculante. *Revista Trimestral de Direito Público* 14/30. São Paulo, 1996.

70. Bermudes. *Anais do XV Congresso Brasileiro de Magistrados de Pernambuco*. Recife, 1998, p. 107.

71. Como exemplos, podem ser citadas as seguintes decisões do STF em que se decidiu pela não aplicação do entendimento sumulado: "Crime impossível: inexistência: flagrante preparado de crime de mera conduta já anteriormente consumado: inaplicabilidade da Súmula 145 do STF. Cuidando-se de concussão – crime de mera conduta – que já se consumara com a exigência de vantagem indevida, a nulidade de prisão do servidor quando, dias depois, recebia a quantia exigida, obviamente não torna impossível o delito antes consumado" (HC 80.033/BA, 1.ª T., j. 18.04.2000, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.05.2000); "Não há invocar, na espécie, a aplicação da Súmula 145 do STF. Crime de tráfico já consumado quando da ação policial. 6. Incabível, em *habeas corpus*, discutir provas e fatos. Inequívoco o fato de o paciente possuir grande quantidade de drogas destinadas à comercialização. Constituição do fato típico. Condenação que não pode, desde logo,

Além da possibilidade real de que a partir de uma interpretação divergente o entendimento sumulado venha a ser modificado, importa observar que ao magistrado não deve ser proibido se manifestar quando discordar do precedente vinculante. Nesse sentido, inclusive, já se posicionou o STJ, deixando expresso que: "O juiz que, ressalvando entendimento pessoal, segue a jurisprudência do Tribunal, não incorre em contradição, nem prejudica a unanimidade do julgamento; apenas subordina seu ponto de vista, vencido, à orientação prevalente, nisso contribuindo para a estabilidade da jurisprudência, que é do Tribunal, e não do juiz".[72]

Mais do que isso, ainda, não pode ser ignorada a liberdade reconhecida ao juiz para interpretar a norma de caráter geral que lhe cabe aplicar ao caso concreto, quando se trata de interpretação de súmula vinculante. Nada impede que o magistrado se convença da inaplicabilidade ao caso concreto, desde que justificada a sua posição, tal como ocorre quando se cuida da hermenêutica de um dispositivo legal; essa paridade entre a lei (norma geral) e a súmula vinculante (norma interpretativa de caráter geral) apresenta-se como indispensável e decorrência do próprio

ser afastada em *habeas corpus*" (HC 74.010/SP, 2.ª T., j. 06.08.1996, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 02.02.2001); "Estelionato. Inocorrência da prescrição e da hipótese da Súmula 497 (crime continuado). Impossibilidade de se computar o tempo de prisão no Brasil por crime de espécie distinta (trafico de entorpecentes). Faculdade reservada ao Presidente da República de efetivar a extradição independentemente do cumprimento integral da pena aplicada no Brasil (arts. 89, parte final, e 67 da Lei 6.815/1980)" (Extradição 495/RFA (República Federal da Alemanha), Pleno, j. 19.12.1990, rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* 03.03.1991); "Prescrição. Pena *in concreto*. A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que, para os fins de contagem do lapso de tempo para prescrição, o aumento resultante da causa especial integra a pena *in concreto*, não se aplicando, portanto, a essa hipótese o enunciado da súmula 497. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE 103.292/PR, j. 15.02.1985, rel. Min. Moreira Alves); "Crime impossível (Súmula 145 do STF): não ocorrência, no caso. O fato como descrito na denúncia amolda-se ao que a doutrina e a jurisprudência têm denominado flagrante esperado, dado que dele não se extrai que o paciente tenha sido provocado ou induzido à prática do crime. Ademais, a denúncia imputa ao paciente outros delitos que, antes do flagrante, já se teriam consumado" (HC 86.066/PE, 1.ª T., j. 06.09.2005, v.u., rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 21.10.2005).

72. STJ, EDcl em REsp 20.979-PE, rel. Min. Ari Pargendler. In: TOSTES. Op. cit., p. 213.

sistema.[73] Dessa forma, também não faz sentido a oposição à vinculação do precedente sob o argumento de que ela transformará o juiz em "boca das súmulas", como se fosse uma automatizada máquina de repetição de orientação dos tribunais superiores.[74]

As Súmulas vinculantes também não podem interferir na atividade legislativa.[75] De acordo com o princípio da divisão de poderes, no que diz respeito à elaboração das normas jurídicas, principalmente no que tange às normas penais, a supremacia continua a pertencer ao Legislativo. A atuação da jurisprudência encontra-se balizada pela legislação, o que, inclusive, evidencia o art. 5.º da Lei 11.417/2006, ao ressalvar que "revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado da súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso".

Portanto, os agentes políticos e o processo político permanecem como únicos autorizados a formalizar decisões de natureza política fundamental, enquanto os agentes jurisdicionais e o processo jurisdicional carecem de legitimidade e adequação para formalizar decisões políticas básicas, só lhes cabendo a tarefa técnica de particularizar o que foi definido abstratamente em termos gerais, quando de sua aplicação no caso concreto. De acordo com J. J. Calmon de Passos, "democracia e arbítrio são incompatíveis e a própria discricionariedade se faz cada vez mais prisioneira de pressupostos legais que a civilizam".[76]

No mesmo sentido também são as observações de Tavares ao se referir às súmulas de jurisprudência (não vinculantes) no ordenamento brasileiro, salientando que os limites à atividade interpretativa restam ainda mais claros quando se verifica que as súmulas, ainda que possam ser entendidas como enunciados normativos elaborados pelos tribunais, têm a função muito específica de fixar uma das possíveis interpretações da lei, *sempre a partir de um texto normativo prévio*. Essa importante

73. Calmon de Passos. Op. cit., p. 293.

74. Oliveira. *Função judicial na integração dos tipos penais*. Tese de doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 1998, p. 344.

75. Vigliar. A reforma do Judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes. In: Tavares, André Ramos; Lenza, Pedro; Alarcón, Pietro de Jesús Lora (coords.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 292.

76. Calmon de Passos. Op. cit., p. 286.

restrição à atividade judicial é evidenciada, ainda, diante da proibição da admissão de jurisprudência (inclusive de súmulas) *contra legem* ou *extra legem*.[77]

5. Algumas observações críticas acerca das súmulas vinculantes já editadas

Desde a EC 45/2004 e, posteriormente, a Lei 11.417/2006, já foram editadas pelo STF 30 Súmulas vinculantes, das quais algumas referem-se a matérias penais, processuais penais ou a elas relacionadas. No processo de edição de tais súmulas, alguns aspectos podem ser salientados no sentido de indicar a medida em que tal instituto vem sendo bem utilizado para proporcionar a estabilidade dos entendimentos judiciais assim como, por outro lado, a medida em que abusos e concepções errôneas vêm acontecendo.

Veja-se o caso da Súmula vinculante 9. Está escrito que "O disposto no art. 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58". Ou seja, em outras palavras, está dito que a proibição de que a punição exceda a 30 dias (prevista para os casos de isolamento, suspensão e restrição de direitos) não se aplica à perda dos dias remidos causada pela prática de falta grave durante a execução penal, ou, ainda, que a perda dos dias remidos *pode* ser superior a 30 dias.

No processo de interpretação da referida súmula, surge a pergunta: a Súmula vinculante 9 estabelece que a falta grave obriga o magistrado a reconhecer a perda de *todo* o tempo anteriormente remido? Veja-se, nesse caso, que embora o conteúdo da súmula seja claro no sentido de não levar necessariamente a essa conclusão, é diverso o entendimento que vem prevalecendo em nossos tribunais.

Conforme visto anteriormente, se quisermos atribuir às súmulas de jurisprudência o mesmo sentido de garantia que é atribuído aos precedentes judiciais nos sistemas da *common law*, a análise apenas dos enunciados sumulados não deve ser suficiente para a compreensão do seu alcance. Significa, portanto, que teremos que levar em consideração não só o texto da súmula aprovado pelo STF, mas também o precedente como um todo (*ratio decidendi*), as razões temporais, sociais e culturais

77. Tavares. Op. cit., p. 111.

que levaram à edição da súmula, assim como os debates que precederam sua aprovação e, ainda, eventuais manifestações por parte de Ministros que restaram vencidos.

No caso específico da Súmula vinculante 9, há que se observar, em primeiro lugar, que a sua edição não se deu de forma unânime. O Min. Marco Aurélio manifestou-se contrário à sua edição seja por motivos formais (não se esclareceu quem levou a proposta ao Min. Lewandowski, a discussão não se deu a partir do julgamento de um caso concreto e a edição da súmula não foi submetida à Comissão de Jurisprudência do Tribunal), seja por questões de fundo (segundo o Ministro, "não há como, diante de uma falta grave verificada, fazer-se retroagir, em si, as consequências a ponto de se afastar do cenário jurídico um pronunciamento judicial já reconhecendo o direito que, portanto, passou a integrar o campo de interesses do presidiário").

Além disso, durante as discussões que antecederam a aprovação da súmula, ficou absolutamente claro que a súmula afirma, apenas e tão somente, que não cabe mais falar em inconstitucionalidade da perda dos dias já remidos. Quanto ao alcance dessa perda nada é estabelecido, cabendo à prudência do magistrado estabelecê-la. Nesse sentido, o Min. Carlos Britto foi explícito. Disse ele, textualmente: "Senhor Presidente, vou aderir, insistindo nas duas observações. O conceito de falta grave está em aberto. Nós não estamos aqui fechando nenhum compromisso com o conceito de falta grave. Depois, a perda dos dias remidos pode se dar por forma proporcional à gravidade da falta"; posteriormente, afirmou: "não estamos dizendo que se perde tudo, que os dias remidos serão totalmente perdidos a partir da constatação da falta grave"; e, mais adiante: "apenas isso, que a previsão da perda dos dias remidos é constitucional. É o que estamos afirmando". Também explicitamente manifestaram-se de acordo com essas observações do Min. Carlos Britto os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Este último, ainda, esclareceu que a decisão sobre a proporcionalidade entre a perda do tempo remido e a gravidade da falta deverá ser submetida ao controle judicial devido, assim como o único efeito concreto da súmula é deixar claro que não há direito adquirido quanto ao tempo remido; disse claramente: "não haveria falar em direito adquirido, porque estaria submetido a regras específicas", e conclui afirmando: "É só isso". Nenhum dos outros ministros se opôs ou fez

ressalvas às observações feitas por Carlos Britto e Gilmar Mendes, nem mesmo o Vice-Procurador-Geral da República.[78]

Difícil ser mais claro do que isso. Interpretar a súmula no sentido de que passou a ser obrigatória a perda de *todo* o tempo remido quando se pratica uma falta grave é interpretar contrariamente ao que se decidiu no Plenário do STF e, mais grave do que isso, é interpretar a súmula de maneira mais gravosa para o condenado – em flagrante afronta à garantia da legalidade.

Em que pese essa constatação, não é isso o que vem prevalecendo em nossos tribunais. Não são poucas as decisões em que se adota o enunciado da Súmula vinculante 9 num sentido de obrigatória perda de todos os dias remidos e, mais ainda, por remir.[79]

Ainda quanto à interpretação do enunciado da súmula, veja-se o que acontece com a Súmula vinculante 5.

O enunciado da referida súmula é o seguinte: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição". Ao analisarmos as decisões que serviram de suporte a esse entendimento, verificamos que uma delas diz respeito à inexistência de obrigação por parte do Tribunal de Contas no sentido de dar defensor ao investigado em operações fraudulentas realizadas por meio de lançamentos indevidos nas fichas financeiras de pensionistas,[80] outra diz respeito a procedimento administrativo disciplinar para expulsar do cargo funcionário público que praticou falta no exercício da função,[81] e outra que trata de procedimento administrativo para aplicar punição

78. Os debates que levaram à edição da Súmula vinculante 9 encontram-se publicados no *DJ* 172/2008, p. 31 e 32, também disponível no *site* do STF.

79. Assim, por exemplo: "A falta grave, nos termos da Súmula vinculante 9, determina a perda de todos os dias remidos a contar retroativamente da data de seu cometimento, ou seja, abrange os dias remidos reconhecidos por sentença e os dias que, em razão de trabalho anterior a data da prática da falta grave, poderão ser remidos.

"Dá-se, em razão do disposto na Súmula vinculante 9, provimento ao recurso ministerial para declarar a perda de todos os dias remidos anterior à data da prática da falta grave, inclusive os que viriam a ser remidos" (TJSP, Agravo em Execução Penal 990.09.08752-1, j. 20.07.2009, rel. Des. Almeida Braga).

80. STF, MS 24.961-7/DF.

81. STF, RE 434.059-3/DF.

a policial militar.[82] Num primeiro momento, verifica-se que os casos concretos que levaram à edição da súmula são substancialmente diversos – o que já põe em xeque a própria súmula. Ademais, muito comum tem sido o entendimento de que o enunciado sumular se aplica também para os casos de procedimento administrativo disciplinar para apurar a falta grave do preso durante a execução de sua pena.

Nesse sentido, parece correto o entendimento exarado no Agravo de Execução Penal 990.09.09334 8-8, julgado pelo TJSP (rel. Des. Almeida Braga). Nos termos da referida decisão, deve-se verificar a origem do fato que determinou a edição da súmula vinculante, para verificar se ela é aplicada em procedimento disciplinar apuratório de falta grave cometida por pessoa que está cumprindo pena privativa de liberdade.

Considerando que a discussão originou-se com a necessidade do servidor público ter que ser assistido, durante processo disciplinar, por defensor constituído ou dativo, com base no disposto no art. 156 da Lei 8.112/1990, concluiu-se que a falta grave cometida pelo condenado no interior de uma unidade prisional não está, quanto ao procedimento administrativo instaurado para sua apuração, subordinado ao disposto no art. 156 da Lei 8.112/1990, que dispõe sobre regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, assim como, analogicamente, não está subordinada à lei estadual que dispõe sobre regime jurídico dos servidores públicos estaduais, das autarquias e das fundações públicas estaduais

Por isso, a Súmula vinculante 5 não se aplica nos procedimentos administrativos instaurados para apurar falta grave cometida por preso, no cumprimento de sua pena privativa de liberdade. Nos termos da referida decisão, há, ainda, um outro fato que não pode deixar de ser salientado: a falta grave cometida pelo preso é de natureza penal e não administrativa, uma vez que reflete diretamente no montante da pena privativa de liberdade imposta.

Por outro lado, temos a questão da irretroatividade das Súmulas vinculantes como decorrência do princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais severa. Conforme dito anteriormente, faz sentido afirmar a regra da irretroatividade não apenas quando, por meio de lei, for introduzido um tratamento mais rigoroso do que aquele aplicado anteriormente, mas também quando, ainda que por meio de uma nova

82. STF, AgIn no RE 244.027-2/SP.

interpretação judicial, o tratamento jurídico-penal tornar-se mais severo – o que se dá, por exemplo, com a Súmula vinculante 9.

Embora de maneira claramente minoritária, é justamente por causa dessa constatação que alguns magistrados já vêm reconhecendo a impossibilidade de aplicação retroativa da referida súmula. A título de exemplo, o TJSP vem entendendo que, com relação a faltas graves ocorridas antes de 20.06.2008 – data da publicação da Súmula vinculante 9 –, não é obrigatória a obediência ao entendimento sumulado. Constam de acórdãos proferidos nesse sentido, as seguintes observações: "em prol, sobretudo, da segurança jurídica, cumpre afastar a possibilidade de casos contemporâneos e que versam sobre a mesma controvérsia jurisprudencial receberem soluções díspares, pelo simples fato de alguns serem apreciados antes e outros depois da vigência da Súmula vinculante",[83] "se a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais rigorosa impede sua aplicação a fato ocorrido anteriormente, da mesma forma, veda a incidência do enunciado da Súmula vinculante 9 a fato anterior, na medida em que prejudique a situação do recluso"[84] e, também, "a segurança jurídica, direito fundamental inviolável (*caput* do art. 5.° da CF/1988) que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social e que justificou a edição da mencionada súmula, é também o fundamento que determina a aplicação desta tão somente a fatos posteriores, já que se conferiu ao art. 127 da LEP interpretação mais gravosa ao sentenciado".[85]

6. Conclusões

Percebe-se, entre nós, que a existência concomitante de diferentes interpretações judiciais a respeito de um mesmo dispositivo de lei evidencia a insuficiência do princípio da legalidade para esclarecer ao cidadão, com antecedência à sua conduta, qual é o direito que vigora no Estado de Direito. A desigualdade com que os cidadãos são tratados quando frequentes os contrastes jurisprudenciais e a imprevisibilidade com que o direito se apresenta nesses casos fazem necessário que o ordenamento jurídico disponha de meios pelos quais essa situação seja evitada. Nesse sentido, a uniformização da jurisprudência apresenta-se

83. HC 993.08.041328-2, rel. Des. Breno Guimarães.

84. Ag 993.07.022129-1, rel. Des. Angélica de Almeida.

85. Ag 990.08.014874-5, rel. Des. Vico Mañas.

como um importante instrumento para possibilitar a aplicação igual e previsível das normas jurídicas, pois não basta a lei escrita ser predeterminada se a sua aplicação não o é.

Assim, a recente introdução de Súmulas vinculantes no ordenamento jurídico pode significar um importante passo na direção da minimização dos efeitos danosos que uma jurisprudência aleatória gera à credibilidade da Justiça e à segurança dos cidadãos. A exemplo de experiências no direito estrangeiro, esse novo instituto apresenta grande potencialidade para promover a igualdade de todos no momento da aplicação da lei.

Para isso, no entanto, faz-se necessária uma atenção ainda maior por parte dos operadores do direito, uma vez que, ao contrário do que se imagina, o correto e melhor uso de precedentes judiciais vinculantes demanda uma análise pormenorizada do caso concreto para aferir se este pode ser equiparado àqueles que deram origem à súmula, sob pena de serem efetuadas equiparações desarrazoadas. Ademais, deve o intérprete estar atento para, ao aplicar a Súmula vinculante, não ferir as garantias do princípio da legalidade expressa na proibição de aplicação retroativa de entendimento desfavorável ao acusado. É que se a melhor justificativa para a uniformização da jurisprudência é fazer com que desapareçam as consequências indesejáveis dos contrastes na aplicação do direito, é importante eliminar a possibilidade de alguém ser responsabilizado criminalmente de um modo que não podia prever no momento em que atuou, em razão de um entendimento sedimentado em sentido diverso do que lhe foi aplicado.

Como se vê, portanto, antes de significar uma diminuição no número de processos, a adoção da Súmula vinculante pode acarretar um exame mais minucioso do caso concreto por parte do magistrado, que deverá analisar sua aplicabilidade ao caso concreto ou não.

7. Bibliografia

Andreucci, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial.* Tese de titularidade apresentada à Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1988.

Bermudes, Sérgio. Súmulas vinculantes. *Arquivos dos Tribunais de Alçada* 29/39-44, 1997.

_____. *Anais do XV Congresso Brasileiro de Magistrados de Pernambuco.* Recife, 1998.

Bin, Marino. *Il precedente giudiziario – Valore e interpretazione.* Padova: Cedam, 1995.

CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale – Uno studio sulla dimensione in action della legalità*. Torino: Giappichelli, 1999.

_____. La genesi delle fattispecie penali – Una comparazione tra *civil law* e *common law*. In: FIANDACA, Giovanni (a curia di). *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*. Padova: Cedam, 1997, p. 158-159.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante. *Ciência Jurídica* 85/279-295, jan.-fev. 1999.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *RT* 786/108-128. São Paulo: Ed. RT, abr. 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, A. O princípio da legalidade criminal (o seu problema jurídico e o seu critério dogmático). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1984, p. 307-469.

CHIARLONI, Sergio. Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza. In: VISINTINI, Giovanna (a cura di) *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente* Padova: Cedam, 1988, p. 59-80.

D'AMICO, Marilisa. Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale. *Giurisprudenza Costituzionale*, ano 43, gen.-feb. 1998, p. 315-376.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. *RF* 347/51-65. Rio de Janeiro: Forense, jul.-set. 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FIANDACA, Giovanni. Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2001, p. 353-376.

FIERRO, Guillermo J. *Legalidad y retroactividad de las normas penales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

FRANÇA, R. Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Ed. RT, 1974.

GARCIA RIVAS, Nicolas. *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Madrid: Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1992.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008.

GORLA, Gino. *voce* Precedente giudiziale. *Enciclopedia Giuridica Treccani* 23, 1990.

GRANDE, Elisabetta. Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia? In: FIANDACA, Giovanni (a cura di). *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*. Padova: Cedam, 1997, p. 129-146.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. *RT* 838/42-74. São Paulo: Ed. RT, ago. 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003.

MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*. Valencia: Universidad de Valencia, 1983.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2001.

MARSHALL, Jeffrey. Trentatre cose che si possono fare con i precedenti. Un dizionario di *common law*. *Ragion Pratica* 6/29-34, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

MOCCIA, Sergio. *La 'promessa non mantenuta' – Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

OLIVEIRA, José Luiz de. *Função judicial na integração dos tipos penais*. Tese de doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 1998.

OLLERO, Andrés. Il ruolo della personalità del giudice nella determinazione del diritto. *Ars Interpretandi* 8/381-396, 2003.

ORRÙ, Giovanni. *Le definizioni del legislatore e le redefinizioni della giurisprudenza*. In: CAPODDI, Alberto (coord.). *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*. Padova: Cedam, 1996.

PADOVANI, Tulio. *Le fonti del diritto italiano – Codice Penale*. Milano: Giuffrè, 2005.

PAGLIARO, Antonio. Testo e interpretazione delle leggi penali. *Ars Interpretandi* 2/157-170, 1997.

PALAZZO, Francesco. *Il principio di determinatezza nel diritto penale*. Padova: Cedam, 1979.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal: parte general: fundamentos científicos del derecho penal*. 4. ed. Barcelona: Bosch, 2001, t. I.

POUND, Roscoe. *The spirit of the common law*. Boston: Marshall Jones Company, 1921.

REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e subjetividade no direito penal. *RCP* 0/226-249. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2004.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *Anais do XV Congresso Brasileiro de Magistrados de Pernambuco*. Recife, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista Trimestral de Direito Público* 14/19-34, 1996.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

SORIANO, Leonor M. Moral. Los precedentes de Tribunal Supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoria de los precedentes. *Revista del Poder Judicial* 57/119-154, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização de jurisprudência. *RePro* 104/194-218. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2001.

VIGILAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência como garantia do jurisdicionado*. Tese de doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, sem data.

_____. A reforma do Judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 285-318.

XAVIER FILHO, Valter Ferreira. Súmula vinculante: uma passagem para o arbítrio e a prepotência. *Revista de Doutrina e Jurisprudência* 58/75-78, set.-dez. 1998.

50565

4

Contexto supranacional de la punición del intrusismo informático

NURIA MATELLANES RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Completó su formación en la University of North Carolina at Chapel Hill (USA). Ha sido Profesora en el Centro de Formación del Cuerpo Nacional de Policía (Ávila) y en el Título Propio de Criminología de la Universidad de Salamanca.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMEN: El trabajo se centra en la dimensión supranacional de una forma de delincuencia informática: el intrusismo o *hacking*. Se trata de un delito de reciente incorporación en algunos textos penales europeos, e incluso en el caso español su punición se hará en una futura reforma global del Código Penal. Esta nueva forma delictiva corresponde a las exigencias europeas de armonización normativa a fin de evitar lagunas de punición.

PALABRAS CLAVE: Delincuencia informática – Intrusismo – Armonización.

ABSTRACT: This paper focuses on the supranational dimension of a breed of computer crime: intrusions, or hacking. Only recently was this illegal act incorporated into the European criminal codes, and in Spain its punishment will be determined in the future overhaul of the Penal Code. This new criminal act is part of Europe's policy harmonization efforts to prevent gaps in the penal code.

KEYWORDS: Computer crime – Hacking – Harmonization.

SUMARIO: 1. La delincuencia informática como efecto derivado de la globalización: 1.1 Globalización e informática; 1.2 La informática y la nueva "sociedad de riesgos" – 2. La armonización penal en materia de *hacking* en el ámbito europeo: 2.1 Vías para la armonización del Derecho penal europeo en materia de intrusismo informático: 2.1.1 Convenio del Consejo de Europa "sobre criminalidad informática"; 2.1.2 Decisión-marco 2005/222/JAI del Consejo "relativa a los ataques contra los sistemas de información"; 2.2 Respuestas nacionales concretas sobre la punición del intrusismo informático en algunos países de nuestro entorno: 2.2.1 Italia; 2.2.2 Francia; 2.2.3. Alemania.

Hasta el momento, los estudios realizados acerca del intrusismo informático han venido sustentándose desde una caracterización teórica construida sobre lo que jurídicamente se debía entender por intrusismo informático *en estado puro*. El paradigma de la conducta de "*hacking* puro" ha venido definido por varias notas especiales. Objetivamente se define como: a) una conducta consistente en un mero acceso no autorizado a un sistema informático con vulneración de las medidas de seguridad[1] (o incluso sin atender a este dato); y b) una conducta que no ocasiona daños en el sistema, programa o datos informáticos objeto del acceso. Subjetivamente, se la ha restringido a los casos en que el autor no busca otra cosa que el mero acceso, actuando sin voluntad de acceder ni descubrir, datos o secretos, ocasionar algún perjuicio patrimonial, y menos aún de producir ningún deterioro o destrucción de los datos o del propio sistema.[2]

Con estos ingredientes, los trabajos se han centrado especialmente en el análisis de la capacidad de los tipos penales actuales para abarcar dicha conducta, y a la vista de las respuestas negativas,[3] en la conveniencia o no de una incriminación específica para esta conducta. En particular, los argumentos a favor o en contra de la necesidad de la incriminación específica, encuentran su razón de ser en las diferentes opciones de política-criminal en esta materia, vinculadas a la valoración que merezca el actual discurrir del Derecho penal caracterizado por una tendencia (ya casi inercia) a la contención de riesgos de gran magnitud y a la incriminación de las más diversas manifestaciones de inseguridad: inseguridad ciudadana, inseguridad terrorista, inseguridad en el ámbito de la salud, inseguridad ante los avances médicos... e inseguridad ante los avances de la tecnología informática, como sucedería en este caso.

Siendo este el presupuesto de partida, los argumentos vertidos acerca de la aptitud de un tipo penal para incorporar en la órbita de

1. González Rus, J. J. Los ilícitos en la red (I): *hackers*, *crackers*, *cyberpunks*, *sniffers*, denegación de servicio y otros comportamientos semejantes. In: Romeo Casabona (coord.) *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Granada: Comares, 2006, p. 244.
2. También esta conceptualización, en sentencia del juzgado de lo penal n. 2 de Barcelona, de 28.05.1999, Fundamento Jurídico 1.º, caso Hispahack.
3. V. en especial, el minucioso análisis que realiza Morón Lerma, E. *Internet y derecho penal. Hawking y otras conductas ilícitas en la red*. Aranzadi, 2002, p. 54 y ss.

su prohibición esta clase de comportamiento y la conveniencia o no de realizar una tipificación autónoma de ella no pueden calificarse sino como "especulación teórica" acerca del hipotético contenido, alcance y estructura típica que tendría un eventual tipo de *hacking* concebido bajo ese estereotipo de conducta. Pues bien, tanto la estimación de que los tipos penales vigentes en nuestro país no son idóneos apara albergar bajo su esquema típico las conductas de acceso no consentido a los sistema informáticos, como los argumentos a favor o en contra de la necesidad de su punición específica me parecen, con carácter general, irreprochables. Pero así contextualizado el debate y aceptada su corrección, hay que tener en cuenta que lo es desde la *hipótesis de partida desde la que se formulan los argumentos anteriores: que el comportamiento de* hacking *puro no es nada más que el acceso al sistema sin entrar en contacto con nada más, porque desde el momento que ya se pasa a un contacto directo con los datos, a una interceptación de los mismos, ya hay algo más que* hacking. Así lo subrayan con empeño los autores que han analizado el tema con profundidad: Móron Lerma, que afirma que cuando hay "interceptación, ya no es por definición un *mero* acceso inconsentido",[4] similares son las palabras de Mata y Martín, según quien "el mero intrusismo (...) no se trata de acceso a los datos, sino al sistema informático mismo",[5] o de López Ortega, sostiene que "si hay acceso a datos ya no hay un simple acceso inconsentido, sin algo más que el mero intrusismo informático".[6]

Sin embargo, en este momento, recién superado el pasado 29 de abril el trámite de aprobación del Proyecto de Ley por el Congreso y remitido al Senado, la futura reforma del Código Penal en este punto nos ofrece una posición legislativa concreta, expresada en el artículo 197.3: "El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la

4. Morón Lerma, E. *Internet y Derecho Penal...*, op. cit., p. 60.

5. Mata y Martín, R. La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías. *Revista Penal n. 18*, jul. 2006, p. 235.

6. López Ortega, J. J. Intimidad informática y derecho penal. Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías. In: *Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 2004, p. 119.

voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años".

Su incorporación al Código Penal obedece, como indica la exposición de motivos, al cumplimiento la Decisión-marco 2005/222/JAI del Consejo de la Unión Europea "relativa a los ataques contra los sistemas de información", que prevé la punición del acceso sin autorización vulnerando las medidas de seguridad a datos o programas informáticos contenidos en un sistema o en parte del mismo. Esta previsión nos ponía sobre antecedentes de que el acceso a los sistemas informáticos sería una conducta delictiva autónoma, como así será próximamente, en el Derecho penal español. Este trabajo pretende acercarse a esos precedentes supranacionales que han marcado la introducción de un nuevo tipo penal en nuestro Código.

1. La delincuencia informática como efecto derivado de la globalización

1.1 Globalización e informática

El fenómeno de la globalización, tantas veces analizado desde plurales puntos de vista,[7] tiene un detonante claramente económico: aparece vinculado a la necesidad de los medios de producción tanto de abrir nuevos mercados como de abaratar costes. Ello determina que en una valoración abstracta el proceso de globalización no se pueda, o deba, catalogar *a priori* y de manera categórica como negativo o positivo. Depende de quien o controle. Y aunque no faltan voces que abogan a favor del aprovechamiento o la transformación de este fenómeno en un proyecto humanista: "la realización de ese proyecto implica construir un sistema político global que no esté al servicio del mercado global",[8] a fecha de hoy el hecho es que la globalización es una forma específica de mundialización de la actividad económica desarrollada según unas políticas neoliberales que están dañando el bienestar de las clases populares del norte y del sur.[9] La globalización parece imposible sin establecer

7. En especial, Beck, U. *Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998, p. 14 y ss.
8. Amín, S. *El capitalismo en la era de la globalización*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 19.
9. Navarro, V. *Bienestar insuficiente, democracia incompleta: sobre lo que no se habla en nuestro país*, Anagrama, Barcelona, 2003, p. 149.

relaciones de dominación o sin dictar unas pautas homogeneizadoras impuestas por los más poderosos económicamente (estados, empresas, *lobbys*...), que disponen de mayor poder coactivo. En otras palabras, que existen globalizadores que imponen su criterios, y globalizados que no tienen otra opción más que aceptarlos.[10] Así, lo que aparece como una conquista mundial, para una buena parte del mundo supone una reducción o casi desaparición de su presencia en el panorama de la toma de decisiones.[11] De ahí que, efectivamente, el término globalización emerge como un eufemismo bajo el que se esconde la realidad del poder que grandes grupos económicos extienden sobre todo el planeta.[12] Con ello, lo que se pierde no es sólo la identidad nacional, sino también la capacidad de movimientos y de opciones en materias tan decisivas como los alimentos, los recursos naturales, la cultura, etc.[13]

La transferencia de información mediante redes internacionales informáticas, es decir, el espacio supranacional en el que hoy se desenvuelve el proceso de intercambio de información es un fenómeno más de la globalización. Probablemente sea también cierto su contrario: que las comunicaciones telemáticas por medio de sistemas informáticos han contribuido a su vez a desplegar este fenómeno.[14] Sea cual sea el origen, el hecho es que en el contexto de ese mundo globalizado, la utilización de

10. Recasens i Brunet, A. Globalización, riesgo y seguridad. In: Pérez Álvarez (ed.). *Serta* in memoriam *A. Baratta*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1449.

11. Pérez Cepeda, A. I. La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional. In: Pérez Álvarez (ed.). *Serta* in memoriam *A. Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1363.

12. Vid. sobre ello, García Rivas, N. Globalización y justicia universal: paralelismo. In: García Rivas (coord.). *El Derecho penal frente a la inseguridad global*. Bomarzo, Madrid, 2006, p. 2 y ss.

13. Quintero Olivares, G. *El derecho penal ante la globalización*. In: Zúñiga; Méndez; Díaz-Santos, Diego (coords). Colex, Madrid, 2002, p. 11; Bergalli, R. Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía. In: *El derecho ante la globalización y el terrorismo, actas del Coloquio Internacional Humboldt-Montevideo, abril 2003,* Alexander von Humboldt-Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 68 y ss.

14. Romeo Casabona, C. M. De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal. In: Romeo Casabona (coord.). AA.VV. *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Comares, Granada, 2006, p. 1.

las tecnologías informáticas es una pieza configuradora del actual orden social[15] y económico. Las consecuencias de este paradigma tecnológico afectan y modifican la estructura social y económica, dándose lugar a nuevas variables económicas y concepciones del sistema económico. Es el caso de la denominada "economía informacional": la capacidad de obtención y direccionamiento de la información es un factor clave en la expansión y solidez económica.[16] Los sistemas y las redes informáticas son instrumentos poderosos para el uso comercial y público, y la sociedad de la información es altamente dependiente de al eficiencia y seguridad de la tecnología moderna de la información: actualmente lo sistemas informáticos controlan numerosas esferas indispensables de actividad, como los procesos comerciales, la producción industrial, la administración pública, los mercados financieros, y otras estructuras importantes, como las estaciones de energía convencional, las plantas de energía nuclear, el tráfico aéreo, los sistemas de defensa o los de órdenes militares.[17]

En el año 1962, Mcluhan acuñó el término "aldea global" para referirse a una comunidad cuyos integrantes se relacionaban entre sí a través de los medios de comunicación de masas. En la actualidad, el empleo de los medios de comunicación de masas no es una característica de un sector de la sociedad, sino que es la manera habitual de comunicación, de sociabilidad, de organización, de conocimiento.[18] Nos hallamos

15. Como afirma Escobar de la Serna, L. *Derecho de la información*. Dykinson, Madrid, 2004, p. 25, el estudio de la influencia de los medios de comunicación ya no sólo se centra en el conocimiento de los efectos que éstos provocan cuanto en los deseos y actitudes de la gente ante los mismo, que ya no sólo los usa como vía de información, sino para conseguir efectos gratificantes de muy diversa índole. A ello, hay que añadir la conformación de un rasgo definidor de la actual sociedad: el anonimato.

16. Mata y Martín, R. M. Perspectivas sobre la protección penal del *software*. In: Romeo Casabona (coord.). *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Comares, Granada, 2006, p. 97.

17. Sieber, U. El control de la complejidad en el ciberespacio global: la armonización de los delitos informáticos. In: Delmas-Marty; Pieth; Sieber (dirs.). Muñoz de Morales (coord.). *Los caminos de la armonización penal*. Tirant lo Blanch, Universidad de Castilla la Mancha, Valencia, 2009, p. 163.

18. Morales García, O. Seguridad en las redes telemáticas de comunicaciones. La tensión libertad vs. control en la política criminal internacional. In: Cándido da Agra, et al. (eds.). AA.VV. *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*. Atelier, Barcelona, 2003, p. 138.

inmersos en plena era de la información y la evolución natural de la misma ha derivado en una generalización total del empleo del ordenador y su interconexión en redes y la de éstas en autopistas de la información. Gracias a los ordenadores y a las redes la gente más diversa puede entrar en contacto a lo largo y ancho del planeta. Esta universalidad se experimenta por inmersión: todos estamos sumergidos en el mismo baño, en el mismo diluvio de comunicación y así, la informática está intrínsecamente unida a la idea de globalización.[19]

1.2 La informática y la nueva "sociedad de riesgos"

Ello ha dado lugar también a un nuevo medio en el que se desarrollan las relaciones de esos sujetos, el "ciberespacio"[20] que, por tratarse de un medio no físico, no se encuentra demarcado por el eje espacio-temporal clásico, característica que produce una inadaptabilidad de la generalidad de las normas jurídicas referidas a la actividad humana en el mundo físico o corporal. Esto ha fomentado la aparición de nuevas pautas de conducta para este mundo incorporal; normas que, en principio han sido instaladas por sus propios actores. Sin embargo, no todas las disputas y dificultades que se suscitan en este medio pueden hallar tratamiento apropiado por medio de la regulación nacida de los propios actores en su entorno, ocasión que determinó al legislador a elaborar una normativa encaminada a solucionar los problemas que se puedan constatar en este ámbito, especialmente de seguridad. En suma, es incuestionable que la realidad criminal contemporánea se desenvuelve en un "lugar" indeter-

19. Corcoy Bidasolo, M. Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio-temporal de comisión de los hechos. In: *Eguzkilore n. 21*, 2007, p. 8.

20. Sobre el origen de este término en la literatura de ciencia-ficción y su evolución hacia su definición como "espacio relacional"; su realidad se construye a través del intercambio de información; el "ciberespacio surge en y por la comunicación y si ésta no existe, el ciberespacio tampoco. De ahí su doble condición de espacio y de medio. Pese a esta consideración "virtual" del ciberespacio, en la medida de que carece de un espacio o lugar físico de referencia, ya que sólo nace y existe como punto de encuentro de comunicaciones, el ciberespacio es verdadero, no una ficción, ya que en él es posible realizar acciones y tomar decisiones; sobre este asunto, vid. Aguirre Moreno, J. M. Ciberespacio y comunicación: nuevas formas de vertebración social en el siglo XXI. en www.ucm.es/info/especulo/numero27/cibercom.html.

minado (casi podríamos hablar de una "nueva dimensión" empleando terminología de la ciencia ficción, al igual que la que ha dado lugar al término "ciberespacio"), en un espacio relacional, que no tiene siquiera un antecedente o presupuesto físico, y cuya realidad se construye a través del intercambio de información. Es decir, es espacio y es un medio.

Y es debido a la peculiaridad de este entorno por lo que el impacto derivado de la utilización pervertida de la informática no se detiene en el espacio doméstico de un ordenador, ubicado geográficamente en un lugar y perteneciente a un sujeto concreto, sino que su potencialidad multiplicadora de encuentros y efectos, determina que las fronteras físicas y territoriales no sean conceptos relevantes en esta materia; antes al contrario, el ciberespacio es un macrocosmos de conexión digital no ubicable en ningún punto geográfico. Geografía e informática son términos que se repelen.[21] Uno no conoce a otro. Hablan lenguajes diferentes. *La transnacionalidad de los efectos es, posiblemente, el rasgo más sobresaliente de la delincuencia informática.*

Y todo ello ha dado lugar a un nuevo tipo de persona, el "sujeto digital".[22] Un sujeto que es al mismo tiempo emisor y receptor de información en ese espacio virtual, en el que todos comunican con todos. Un sujeto que actúa deslocalizada e innominadamente, generando unas relaciones caracterizadas por el anonimato.[23] Todo lo cual, anonimato e intercomunicación digital global, es factor determinante de uno de los rasgos identificadores de sociedad actual: la "Sociedad de riesgo".

A partir de la difusión de la obra de Beck,[24] se identifica la nueva sociedad postindustrial, la sociedad de los avances en medicina, la de las economías y la producción a gran escala, la de las telecomunicaciones, la de las utilidades informáticas para todo..., etc., como una "sociedad del

21. Aunque como se ha reflexionado recientemente, "es plausible discutir si el ciberespacio es realmente virtual toda vez que los servidores de Internet están en el mundo real". SIEBER, U. El control de la complejidad en el ciberespacio global..., op. cit., p. 165.

22. Sobre ello, TÉLLEZ AGUILERA, A. *Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos*, Edisofer, Madrid, 2001, p. 21 y ss.

23. Todas estas precisiones en MORÓN LERMA, E. *Internet y Derecho penal...*, op. cit., p. 88.

24. BECK, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, (NAVARRO; JIMÉNEZ; BORRÁS, trads.), Paidós Ibérica, Barcelona 1998; una versión resumida en BECK, U. De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo, *Revista de Occidente*, n. 150, 1993, p. 19 y ss.

riesgo".[25] El extraordinario avance de los medios tecnológicos y técnicos, en particular las tecnologías de la información vinculadas a la informática,[26] ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Pero a su vez, semejante comodidad social tiene un coste de signo negativo: el funcionamiento de esos medios técnicos es el factor desencadenante de la presencia de una elevación en número y entidad de lo factores de riesgo en nuestra sociedad; mayor nivel de riesgo que se mide no sólo por la aparición de nuevos focos desencadenantes del mismo, sino también por la mayor capacidad de proyección de los futuros daños, sobre un colectivo humano cada vez más grande (incluso sociedades enteras). La presencia de todos estos riesgos, como coste aparejado indisolublemente a la evolución científica, ha determinado que éstos se constituyan en pieza estructural de la sociedad actual, como elemento que la define y la identifica.[27]

Los sistemas de información son particularmente propensos a los ataques y abusos delictivos debido a la complejidad de los programas informáticos, la accesibilidad de las redes informáticas internacionales, la negligencia o desconocimiento de los usuarios, la mala administración de las redes privadas, los abusos cometidos por los empleados de las compañías, y un largo etcétera. Así, en el campo penal se crea un campo de cultivo especialmente fértil para actividades delictivas como el fraude económico, las organizaciones terroristas, la pornografía infantil, la vulneración de los derechos de autor... La informática genera un alto riesgo de delincuencia.[28]

25. Y se caracterizan, según Beck, porque: a) no son limitables espacial, temporal y socialmente (en cuanto al ámbito de afectados); b) no son imputables según las vigentes reglas de la causalidad, culpabilidad y responsabilidad; c) no pueden ser compensados ni asegurados; Beck, U. *La sociedad de riesgo*, op. cit., p. 19 y ss.
26. En general, sobre esta vinculación de la informática con los problemas propios de la nueva "sociedad de riesgos", Anarte Borrallo, E. Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal de la sociedad de la información, *Derecho y Conocimiento*, n. 1, 2001, pp. 196 y ss.; Pérez Del Valle, C. Sociedad de riesgos y reforma penal, *Poder Judicial*, n. 43-44, 1996, p. 61 y ss.
27. Silva Sánchez, J. M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 14.
28. Sieber, U. El control de la complejidad en el ciberespacio global..., op. cit., p. 164.

La respuesta político-criminal a estas formas de delincuencia por medio de la informática consiste en la utilización del riesgo como elemento configurador del desvalor inherente a los tipos penales y en la reducción de los márgenes de tolerancia del mismo.[29] El estrechamiento del nivel de tolerabilidad del riesgo se va haciendo cada vez más férreo a fin de dar satisfacción a las demandas sociales de freno a estos riesgos percibidos socialmente como especialmente peligrosos (percepciones que en muchos casos son más subjetivas que ciertas).[30] Esta restricción de la capacidad social de tolerancia del riesgo se manifiesta, a nivel dogmático, en la atribución de un valor decisivo de la acción sobre el resultado (tendencia a la subjetivización del injusto),[31] elevándose el delito de peligro, no el de lesión, como prototipo de injusto penal en el que el resultado efectivamente lesivo se presenta como una mera cualificación; junto a ello, gana terreno la ampliación de las figuras típicas imprudentes y las formas de comisión por omisión en virtud de la figura de la "injerencia" como fundamento de la imputación, al tiempo que se acrecienta la proliferación de los delitos de tentativa.[32]

29. Mendoza Buergo, B. El Derecho penal ante la globalización: el papel del principio de precaución, *Derecho penal y política transnacional*, AA.VV. (Cancio Meliá; Bacigalupo, coords.), Atelier, Barcelona, 2005, p. 326 y ss.

30. Sobre este sentimiento de incertidumbre e inseguridad ante el caso particular de las nuevas tecnologías, vid. Mata y Martín, R. M.: Criminalidad informática: una introducción al Cibercrimen, *Actualidad Penal*, n. 37, 2003, p. 937-938 = Criminalidad informática: una introducción al Cibercrimen, *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Coimbra Ed., 2004, p. 199-200; con carácter general, destacan este sentimiento social de incertidumbre sobre el sí, el cómo y el cuándo del riesgo, Silva Sánchez, J. M. *La expansión del derecho penal*..., op. cit., p. 20 y ss; Terradillos Basoco, J. Transformaciones del Derecho en la mundialización, *Revista General del Poder Judicial*, Madrid, 1999, p. 189.

31. Sánchez García de Paz, I. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, p. 84, citando a Eser.

32. Con carácter general sobre estos problemas, las obras de Paredes Castañón, J. M. *El riesgo permitido en Derecho penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995; Mendoza Buergo, B. *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.

    Críticamente, vid. Hassemer W. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, en *Pena y Estado*, P. P. U., Barcelona, 1991, p. 33 y ss.;

Además, el problema es que la fijación normativa de los criterios de cautela y previsibilidad que rigen el funcionamiento y el manejo de esos nuevos espacios de riesgo se realiza en base a hipótesis carentes de una base empírica, porque es que ni siquiera quienes manejan y conocen esa fuente de riesgo son capaces de perfilar con exactitud los parámetros de causación de riesgo de las mismas, ante el desconocimiento de muchas de sus potencialidades;[33] así por ejemplo, ¿cómo saber hoy todos y cada uno de los efectos y, por tanto calcular los riesgos, de las conductas relacionadas con la ingeniería genética, que es un campo en el que aún está casi todo por descubrir?. En la específica materia de la criminalidad informática este desconocimiento del riesgo es manifestado por los expertos informáticos cuando aseguran que "lo que se manifiesta en los sistemas no es la seguridad, sino la inseguridad o vulnerabilidad. No se puede hablar de que un sistema informático es seguro, sino de que no se conocen los ataques que puedan vulnerarlo".[34] El "vértigo"[35] de la carrera científica y tecnológica postindustrial corre el peligro de traducir ese sentimiento de inseguridad en respuestas normativas sobre fijación de niveles de riesgo a las cuales los actores difícilmente van a poder atender, pues como señala Corcoy Bidasolo, "si entendemos que la posibilidad de motivación es lo único que legitima la intervención penal no es lícito prohibir al autor controlar un riesgo, cuando ni tan siquiera la ciencia conocía la existencia de ese riesgo en ese momento".[36]

HERZOG, F. Límites al control general de los riesgos sociales, *Poder Judicial*, n. 32, 1993, p. 81 y ss.

En particular sobre la materia informática, GALÁN MUÑOZ, A. Expansión e intensificación del Derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática, *Revista Derecho y Proceso Penal*, n. 15, año 2006-1, p. 22-28.

33. MENDOZA BUERGO, B. Gestión del riesgo y política criminal en la sociedad de riesgo, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, DA AGRA, C.; DOMÍNGUEZ, J. L.; GARCÍA AMADO, J. A.; HEBBERECHT, P.; RECASENS, A. (eds.), Atelier, Barcelona, 2003, p. 77 y ss.

34. MORÁN RAMÓN, J. L.; RIBAGORDA GARNACHO, A.; SANCHO RODRÍGUEZ, J. *Seguridad y protección de la información*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

35. Término empleado por SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 22.

36. CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 53.

2. La armonización penal en materia de *hacking* en el ámbito europeo

2.1 *Vías para la armonización del Derecho penal europeo en materia de intrusismo informático*

El papel privilegiado de la informática en el actual contexto de la globalización nos lleva a recalar a lo que constituye la consecuencia normativa naturalmente derivada de esa internacionalidad e interconexión de los riesgos y de sus efectos: la regulación jurídica que se ocupa del control, limitación y sanción de tales riesgos globales generados por el manejo abusivo de los sistemas y redes informáticos tiene necesariamente que rebasar el espacio físico de un país, pues sólo así es real el control del riesgo en toda su dimensión. Es del todo insuficiente pretender paliar los efectos negativos de esos riesgos con una legislación recluida en las fronteras de cada Estado. Es más, una de las grandes dificultades con las que hasta el momento se han topado los derechos sancionadores nacionales para dar respuesta a las demandas de contención y reacción frente a esos nuevos riesgos ha sido la configuración y estructura tradicional de ese derecho interno, que en nada se adecua a una de las características especiales que plantea la ciberdelincuencia: la transnacionalidad.[37] La mayor parte de los hechos delictivos transnacionales encuentran en las nuevas tecnologías de la información el medio idóneo para, o bien financiar, o bien cometer la infracción penal, extender sus efectos, o bien para encubrir, transformar o mostrar como de origen lícito sus beneficios.

La peculiaridad transnacional de las tecnologías de la comunicación, con sus conexiones en todos los lugares del planeta y, por tanto, la internacionalidad de los delitos cometidos bajo su amparo ha generado la necesidad de una aproximación de las diferentes legislaciones nacionales, de modo que pueda llevarse a cabo una represión uniforme de los ataques a los bienes jurídicos afectados mediante el empleo de estas técnicas.[38] En este ámbito del empleo ilícito de los sistemas informáticos, como nuevo factor de vulnerabilidad de bienes jurídicos, la tendencia a

37. Sieber, U. El control de la complejidad en el ciberespacio global..., op. cit., p. 166.

38. Puente Aba, L. Propuestas internacionales de criminalizar el acceso ilegal a sistemas informáticos: ¿debe protegerse de forma autónoma la seguridad informática?, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, AA.VV., (Faraldo Cabana, Dir.), Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, p. 382.

fusionar las soluciones normativas, en concreto normativo-penales, ha sido una constante. Por eso, el propósito que asiste a estos instrumentos normativos supranacionales es eminentemente práctico, en el sentido de que lo que se busca es una uniformidad en las respuestas penales que evite los paraísos jurídico-penales, es decir, se trata de rellenar posibles huecos penales "locales" que provocan un direccionamiento de las acciones ilícitas hacia ese lugar en el que no hay respuesta sancionadora. La armonización del Derecho penal no es un fin en sí misma sino que sirve a objetivos específicos, como es el logro de una persecución policial– procesal-penal efectiva.

Para este fin, y entiendo que esta precisión es fundamental de cara a valorar las previsiones de los instrumentos europeos de armonización que veremos seguidamente, no es necesario que la armonización o aproximación entre las legislaciones sea total, sino que basta funcionar a través de lo que se ha denominado "procesos *soft*", es decir, con un predominio de un sistema de mínimos,[39] según el cual los países están obligados a sancionar tipos penales específicos, pero son libres de ampliar la criminalización o de crear poderes de coerción más intrusivos si lo consideran oportuno.[40]

De otra parte, esta orientación hacia la unificación del Derecho penal en los espacios propios de los nuevos riesgos, manifiesta una particular visión del papel que le corresponde al Derecho penal. Tiene una lectura en clave político-criminal: es una muestra más de la tendencia a la elevación de la punición y al endurecimiento del Derecho penal. El transnacionalismo de la delincuencia se ha convertido, en palabras de Silva Sánchez, en un nuevo factor de "multiplicación de la expansión"[41] del Derecho penal.

En los últimos tiempos ha sido en el entorno europeo en donde más se han concentrado las respuestas, protagonizados por dos normas de distinto alcance territorial: la primera en el tiempo, *Convenio del Consejo de Europa "sobre criminalidad informática"* (denominado habitualmente Convenio sobre Cibercriminalidad), hecho en Budapest, el

39. De La Cuesta Arzamendi, J. L., Blanco Cordero, J. L. El modelo penal de la Constitución europea, en *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 280.

40. Sieber, U. El control de la complejidad en el ciberespacio global..., op. cit., p. 242.

41. Silva Sánchez, J. M. *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 83.

23 de noviembre de 2001[42] y que entró en vigor el 1 de julio de 2004 (una vez cumplida la condición establecida en el artículo 36.3 en que se obtuvo la ratificación de cinco Estados, tres de los cuales había de ser miembros del Consejo de Europa);[43] más recientemente, en el ámbito de la Unión Europea, se aprobó la *Decisión-marco 2005/222/JAI del Consejo "relativa a los ataques contra los sistemas de información"*, de 24 de febrero de 2005, con entrada en vigor el 16 de marzo de 2005 (día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, artículo 13).[44]

Los objetivos de las normas europeas a las que nos referiremos seguidamente son claramente armonizadores:[45] garantizar que los ataques contra los sistemas y redes de información sean castigados en todos los Estados miembros mediante sanciones penales efectivas, proporcionadas, disuasorias y lo más similares posibles para evitar fugas

42. Sobre las vicisitudes de su elaboración, vid. MORALES GARCÍA, O. Apuntes de política criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la Convención del Consejo de Europa sobre el Cibercrimen, *Delincuencia Informática. Problemas de Responsabilidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 16 y ss.

43. Artículo 36.– "Firma y entrada en vigor:
1. El presente Convenio está abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa y de los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración.
2. El presente Convenio está sometido a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación deberán ser entregados al Secretario General del Consejo de Europa.
3. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes transcurridos tres meses desde que cinco Estados, de los cuales al menos tres deberán ser miembros del Consejo de Europa, presten su consentimiento a vincularse al Convenio, conforme a lo dispuesto en los párrafos 1 y 2.
4. Para todos los Estados que hayan prestado su consentimiento a vincularse al Convenio, éste entrará en vigor el primer día del mes transcurridos tres meses desde que hayan expresado su consentimiento, conforme a lo dispuesto en los párrafos 1 y 2".

44. Artículo 13.– "Entrada en vigor:
La presente Decisión marco entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea".

45. Claramente, sobre estos objetivos en el caso del Convenio de Europa, MORÓN LERMA, E.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. Traducción y breve comentario del Convenio sobre Cibercriminalidad, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 7, 2002, p. 167 y ss.

de criminalidad en busca de la impunidad. Y todo ello, como subrayaba más arriba, buscando al propio tiempo mejorar y fomentar la cooperación judicial y policial, superando las denunciadas complicaciones en la persecución y prueba de estos delitos.[46] Objetivos, en fin, que no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros de modo individual y unilateral, de ahí la necesidad de la homogeneización o convergencia de la actuación penal. A este respecto, los "Considerandos" de Decisión– marco hablan por sí solos de esta pretensión unificadora del sistema punitivo en su conjunto tanto en su vertiente normativo-material, como policial. La claridad y concisión de las explicaciones a este respecto, justifican la trascripción y huelgan de cualquier otro comentario:

"1) El objeto de la presente Decisión marco es reforzar la cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes, incluida la policía y los demás servicios represivos especializados de los Estados miembros, mediante la aproximación de su legislación penal en materia de ataques contra los sistemas de información.

(2) Se ha comprobado la existencia de ataques contra los sistemas de información, en particular como consecuencia de la amenaza de la delincuencia organizada, y crece la inquietud ante la posibilidad de ataques terroristas contra sistemas de información que forman parte de las infraestructuras vitales de los Estados miembros. Esto pone en peligro la realización de una sociedad de la información segura y de un espacio de libertad, seguridad y justicia, y por tanto exige una respuesta por parte de la Unión Europea.

(...)

(4) En la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de septiembre 2001 se destaca la necesidad de sensibilizar más al público sobre los

46. Expuestos de manera sistemática por SARZANA, C. Observaciones sobre la "victimización informática", *Agora*, Oficina Intergubernamental para la informática, IBI, n. 2, 1986, p. 77 y que recogen GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L. *Fraude informático y estafa*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 80-81 y GONZÁLEZ RUS, J. J. Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 12, Monográfico sobre Informática y Derecho, 1986, p. 110.

problemas relacionados con la seguridad de la información, así como de proporcionar asistencia práctica.

(5) La distancia y las divergencias significativas que existen entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito pueden dificultar la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo y pueden complicar la cooperación eficaz de los servicios de policía y las administraciones de justicia en materia de ataques contra los sistemas de información. La naturaleza transnacional y transfronteriza de los modernos sistemas de información significa que los ataques suelen revestir un carácter transfronterizo, lo que plantea la necesidad urgente de proseguir la aproximación de las legislaciones penales en este ámbito.

(...)

(8) Debe aproximarse la legislación penal en materia de ataques contra los sistemas de información para conseguir la mayor cooperación policial y judicial posible respecto de las infracciones penales vinculadas a ataques contra los sistemas de información y para contribuir a la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada.

(...)

(11) Es necesario llegar a un enfoque común respecto de los elementos constitutivos de las infracciones penales, estableciendo delitos comunes de acceso ilegal a un sistema de información intromisión ilegal en el sistema e intromisión ilegal en los datos.

(12) Para combatir los delitos cibernéticos, cada Estado miembro debe garantizar una cooperación judicial efectiva respecto de los delitos basados en los tipos de conducta contemplados en los artículos 2, 3, 4 y 5. Es necesario evitar una tipificación penal excesiva, especialmente de los casos de menor gravedad, así como la inculpación de titulares de derechos y personas autorizadas.

(14) Es necesario que los Estados miembros prevean sanciones para reprimir los ataques contra los sistemas de información. Las sanciones previstas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

(...)

(16) Deben también preverse medidas de cooperación entre los Estados miembros con el fin de combatir eficazmente los ataques contra los sistemas de información. Por consiguiente, los Estados miembros deben hacer uso de la red existente de puntos de contacto operativos para el intercambio de información a los que se hace referencia en la

Recomendación del Consejo de 25 de junio de 2001 sobre puntos de contacto accesibles de manera ininterrumpida para la lucha contra la delincuencia de alta tecnología".

2.1.1 Convenio del Consejo de Europa "sobre criminalidad informática"

En el tiempo, la primera de las respuestas europeas la protagoniza el Consejo de Europa, mediante la aprobación de: *Convenio del Consejo de Europa "sobre criminalidad informática"* (Convenio sobre Cibercriminalidad), hecho en Budapest, el 23 de noviembre de 2001. Su objetivo es doble. Por una parte trata de establecer una red de cooperación internacional para la prevención y persecución de los delitos cometidos mediante o a través de las redes y ordenadores. Por otro lado, y como corolario a esta pretensión de unidad en las respuestas jurídicas, establece un mandato a las partes signatarias para desarrollar una legislación nacional coherente entre todos ellos y represiva de los siguientes delitos: acceso ilegal (*hacking*), interceptación ilegal, interferencia en los datos, interferencia en el sistema informático, mal uso de los aparatos, modificación de datos (falsificación de datos), pérdida de propiedad por modificación o interferencia ilegítima de datos (fraude informático), pornografía infantil y delitos contra la propiedad intelectual.

Respecto a las conductas que son objeto de nuestra atención, las de *hacking*, el Convenio ocupa su artículo 2, situado en su Título I relativo a las infracciones contra la confidencialidad, la integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, Capítulo II relativo a las medidas que deben ser adoptadas a nivel nacional, Sección 1.ª, destinada al Derecho penal material. Dicho artículo 2 contempla la criminalización del intrusismo informático o mero acceso ilegal a un sistema informático, en los siguientes términos:

"Los Estados firmantes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme su derecho interno, el acceso doloso y sin autorización a todo o aparte de un sistema informático. Los Estados podrán exigir que la infracción sea cometida con vulneración de las medidas de seguridad, con la intención de obtener los datos informáticos o con otra intención delictiva, o también podrán requerir que la infracción se perpetre en un sistema informático conectado a otro sistema informático".

La descripción que se ofrece del delito de intrusismo no consentido es la más objetiva de cuantas cabe imaginar, ya que la conducta se configura como penalmente relevante "desnuda de ingredientes añadidos al acceso mismo",[47] sean de carácter objetivo (la vulneración de las medidas de seguridad), o de carácter subjetivo (la finalidad de descubrir la intimidad, causar un daño patrimonial, etc.), cuya utilización queda a la discrecionalidad de los Estados.

Al dejar a los Estados un amplio margen de actuación y apreciación, el resultado es que el Convenio sólo logrará uniformar *mínimamente* la legislación penal en esta materia. Cada Estado dispondrá, sí, de un tipo penal para perseguir el acceso no consentido a un sistema informático, ahora bien, y en línea con lo señalado, la armonización plena no se busca, puesto que el alcance y contenido de este delito en cada uno de los Estados *dependerá de la decisión de cada uno de optar o no por exigir algún otro elemento típico distinto al mero hecho causal de la entrada consciente a un sistema informático, ya sea aquel de carácter objetivo, como es el caso del requisito de la vulneración de medidas de seguridad, ya subjetivo, como es la concurrencia de un ánimo específico.*

Al implantarse un sistema de mínimos y dejar en manos de cada Estado la decisión sobre la vinculación de la tipicidad a la exigencia de que tal acceso no consentido se realice bien infringiendo medidas de seguridad, o bien con la intención de obtener datos informáticos o con cualquier otra finalidad ilícita, desde el Convenio se acepta la posibilidad de coexistencia de diferentes fórmulas de castigo entre los Estados. Éstas irían desde la opción más objetiva, consistente en el mero acceso, aun cuando no se vulnerasen siquiera medidas de seguridad, pasando por la de demandar objetivamente el quebranto de éstas, siguiendo por requerir sólo la presencia de elementos subjetivos precisos, de muy difícil prueba, como siempre que estamos ante un elemento intencional, hasta llegar a las fórmulas típicas más exigentes por demandar combinadamente tanto unos como otros.

Es interesante subrayar que desde la Convención se daría cabida a la posibilidad de dotar de relevancia penal a los casos de entrada en sistemas informáticos sin vulnerar medidas de seguridad por tratarse de sistemas desprovistos de estas medidas. Es decir, sería típico el aprovechamiento del *hacker* de esta situación de descuido. Este carácter causalista puro del

47. MORALES GARCÍA, O. Apuntes de política criminal en el contexto tecnológico...", op. cit., p. 26.

tipo anula toda utilidad valorativo-selectiva del análisis de la imputación objetiva del riesgo permitido, al presumirse la existencia de un riego con relevancia penal, en definitiva objetivizarse su presencia, incluso en los casos en los que éste ha sido creado de manera total por la conducta absolutamente descuidada de la víctima,[48] dándose paso, con ello, a la posibilidad de punir conductas carentes de todo dolo o imprudencia del autor, es decir, casos fortuitos de "llegada" a un sistema informático desprotegido. Y a mayor abundamiento, en casos de entrada a sistemas desprotegidos, ¿cómo demostrar el carácter no autorizado del mismo?

El Convenio sobre Cibercriminalidad también contempla la posesión y distribución de ciertos dispositivos peligrosos (incluyendo los programas informáticos), así como también la producción y distribución de programas informáticos, passwords informáticos y datos similares que pueden ser usados para obtener acceso ilegal a sistemas informáticos.[49] Sin embargo, la cuestión sobre si el uso abusivo de dichos dispositivos,

48. Sobre el papel de la víctima en la materialización de los "riegos" o resultados con relevancia penal, vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M. *El riesgo permitido en Derecho penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, p 382 y ss.

49. Artículo 6: "Abuso de equipos e instrumentos técnicos:
1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización:
a. la producción, venta, obtención para su utilización, importación, difusión u otras formas de puesta a disposición:
i. de un dispositivo, incluido un programa informático, principalmente concebido o adaptado para permitir la comisión de una de las infracciones establecidas en los artículos 2 a 5 arriba citados;
ii. de una palabra de paso (contraseña), de un código de acceso o de datos informáticos similares que permitan acceder a todo o parte de un sistema informático, con la intención de utilizarlos como medio para cometer alguna de las infracciones previstas en los artículos 2 a 5; y
b. la posesión de alguno de los elementos descritos en los parágrafos (a) (1) o (2) con la intención de utilizarlos como medio para cometer alguna de las infracciones previstas en los artículos 2-5. Los Estados podrán exigir en su derecho interno que concurra un determinado número de elementos para que nazca responsabilidad penal.
2. Lo dispuesto en el presente artículo no generará responsabilidad penal cuando la producción, venta, obtención para la utilización, importación, difusión u otras formas de puesta a disposición mencionadas en el párrafo 1 no persigan la comisión de una infracción prevista en los artículos 2 a

como herramientas del *hacking*, debiera ser criminalizado en una fase tan temprana es discutida a nivel nacional, por representar una incriminación de actos preparatorios alejados del específico riesgo que se pretende contener, que enlaza con la categoría de delitos de sospecha y de criminalización de las presunciones de peligrosidad, no obstante lo cual, existe en nuestro Derecho Penal positivo alguna muestra de esta tendencia, caso del artículo 248.3.[50] La Convención limita la criminalización den este contexto requiriendo que el dispositivo sea objetivamente diseñado o adaptado fundamentalmente con el propósito de cometer el delito. Esto supone un compromiso de contener una criminalización excesiva y paliar las dificultades de prueba. Por eso, en el último párrafo, se permite a los Estados optar por criminalizar sólo el abuso de los sistemas informáticos.

2.1.2 *Decisión-marco 2005/222/JAI del Consejo "relativa a los ataques contra los sistemas de información"*

Dentro del ámbito estricto de la Unión Europea y con fecha de 24 de febrero de 2005, se aprobó la *Decisión-marco 2005/222/JAI del Consejo "relativa a los ataques contra los sistemas de información"*. Su objetivo armonizador es plasmado de manera expresa en sus "Considerandos" iniciales, en donde justifica la necesidad de armonización de la legislación penal de los Estados en materia de protección de los sistemas informáticos para evitar los espacios de impunidad derivados de un desigual tratamiento punitivo de una materia que no se detiene en las fronteras de cada Estado. "Debe aproximarse –dice el Consejo– la legislación penal en materia de ataques contra los sistemas de información para conseguir la mayor cooperación policial y judicial posible respecto de las infracciones penales vinculadas a ataques contra los sistemas de información" (Considerando 8). Por ello, continúa en el Considerando 11, "es necesario llegar a un enfoque común respeto de los elementos

5 del presente Convenio, como en el caso de ensayos autorizados o de la protección de un sistema informático.

3. Las Partes podrán reservarse el derecho de no aplicar el párrafo 1, a condición de que dicha reserva no recaiga sobre la venta, distribución o cualesquiera otras formas de puesta a disposición de los elementos mencionados en el parágrafo 1 (a)(2)".

50. GALÁN MUÑOZ, P.El nuevo delito del art. 248.3 del CP: ¿Un adelantamiento desmedido de las barreras de protección penal del patrimonio?"; *La Ley*, n. 6037, 10 de junio de 2004, p. 4.

constitutivos de las infracciones penales, estableciendo delitos comunes de acceso ilegal a un sistema de información...".

a) Previo a su aprobación definitiva, se dictó una "Propuesta de Decisión-marco del Consejo sobre ataques a sistemas de información", realizada por la Comisión Europea el 19 de abril de 2002. Respecto al acceso no consentido, el artículo 3, regulador del "acceso ilegal a los sistemas reinformación" declara que:

"Los Estados miembros dispondrán que el acceso intencionado sin autorización al conjunto o a una parte de un sistema de información sea tipificado como delito cuando sea cometido: (i) contra una parte cualquiera de un sistema de información que es objeto de medidas de protección especiales, o (ii) con la intención de causar un daño a una persona física o jurídica, o (iii) con la intención de obtener un beneficio económico".

La redacción de la Propuesta de Decisión-marco indica una previsión de ceñir el contenido del delito de intrusismo informático a unos *contornos más estrictos que lo que prevé el Convenio* sobre el Cibercrimen, puesto que la vulneración de las medidas de seguridad o la actuación con un ánimo específico constituyen elementos típicos de obligatoria inserción en los tipos, como así se desprende del empleo de un tiempo verbal imperativo ("dispondrán") en la definición de la conducta, a diferencia del facultativo "podrán exigir" empleado en el Convenio. Es decir, desde el Consejo de Europa se acepta tipificar el sólo acceso ilegal en términos objetivo-causalistas estrictos (aunque permite a los Estados reservar la sanción a los casos en que exista una vulneración de las medidas de seguridad), mientras que la Unión Europea, por su parte, eleva el listón del tipo hasta los casos en que hay, al menos, una vulneración esas medidas de seguridad o con un ánimo especial,[51] excluyendo la posibilidad de punir el acceso que se produce sin ni siquiera vulnerar los mecanismo de seguridad.

Al mismo tiempo, esta mayor concreción típica planteada por la Propuesta generaría una mayor aproximación entre las legislaciones nacionales que la ofrecida por el Convenio, dada la libertad que éste otorga a cada Estado pueda decidir si para cometer la infracción deben darse o no estas circunstancias.[52]

51. Morales García, O. Apuntes de política criminal en el contexto tecnológico...", op. cit., p. 27.

52. Puente Aba, L. Propuestas internacionales de criminalizar el acceso ilegal a sistemas informáticos...", op. cit., p. 386.

b) Tras la aprobación de esta inicial Propuesta de Decisión-marco, se elaboró por el Parlamento Europeo un Informe sobre dicha Propuesta de Decisión-marco de la Comisión relativa a los ataques a sistemas de información, de fecha 4 de octubre de 2002, en la que se hace una análisis crítico de las incriminación de las conductas de *hacking* en las que sólo concurra el elemento objetivo de la vulneración transgresión de las medidas de seguridad del sistema informático pero sin intención de causar daño ni obtener un beneficio económico. El informe aboga por la fórmula de incriminación más exigente del intrusismo, en la que se conceda un peso específico en la tipificación a los elementos subjetivos, prescindiendo de la relevancia penal del acceso mediante la sola vulneración de los sistemas de protección, por considerar estos casos, según sus propios términos, "conductas de bagatela". La base de esta crítica se centraba en el hecho de que esta es una conducta que se hace como "deporte" por muchos jóvenes, comportamiento que, por tanto, según este informe no revela una auténtica conciencia de antijuricidad por parte de los infractores, que sólo puede proceder de la exigencia de elementos subjetivos relativos al ánimo de causar algún tipo de perjuicio.

c) Finalmente la Decisión-marco aprobada regula en su artículo 2 el acceso ilegal a los sistemas de información estableciendo que:

"1.– Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acceso intencionado sin autorización al conjunto o a una parte de un sistema de información sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad.

2.– Cada Estado miembro podrá decidir que las conductas mencionadas en el apartado 1 sean objeto de acciones judiciales únicamente cuando la infracción se cometa transgrediendo medidas de seguridad".

Desde este precepto se desprenden varias consecuencias para la tipificación del intrusismo informático en los Estados de la Unión Europea:

Primera: que el acceso no consentido habrá de ser delito en todos los Estados. La armonización penal requiere este mínimo: ha de haber una incriminación concreta para esta clase de conducta. Se deja a los Estados la adaptación de las medidas necesarias para que ello sea así y, por lo tanto, las posibilidades que aquí se plantean van desde que los Estados ya contengan esta conducta en alguno de los tipos penales de los diferentes Códigos, en cuyo caso, el mandato de armonización está

cumplido, hasta que se precise incorporar *ex novo* una fórmula típica particularmente dirigida a ella.

Segunda: que el alcance que se atribuya en cada Estado al tipo penal de intrusismo informático queda a la libertad de éstos. Cada Estado "*podrá decidir*" que, sobre la base de la conducta de acceso no autorizado a un sistema informático, el delito establezca como único requisito específico la trasgresión de las medidas de seguridad ("únicamente cuando la infracción se cometa transgrediendo medidas de seguridad"). *Pero ésta es una posibilidad que se ofrece a los Estados, no están obligados a que éste sea el único contenido asignable al delito de* hacking, *sino que pueden estructurarlo en base a otros requisitos.*

Tercera: subsisten, por lo tanto, las demás posibilidades de conformación de los tipos: cabe como opción básica, la respuesta más amplia de tipificación que pasa por configurar como típico el mero proceso del acceso no consentido a un sistema informático sin ni siquiera exigir penalmente la vulneración de las medidas de seguridad que protegen el sistema; se pueden mantener posiciones más estrictas al exigir, como acabamos de decir, que se violenten esas medidas, sin necesidad de apreciar ningún otro elemento ni en el autor ninguna orientación subjetiva; se puede requerir que el autor actúe movido por una finalidad específica, que puede ser cualquiera, ya que nada en este punto indica la Decisión; y es posible, como solución más restrictiva penalmente, que se exijan ambos ingredientes, un ánimo específico y el dato objetivo de la vulneración de las medidas de seguridad. De nuevo se percibe la opción de armonización *soft*, limitada al delineamiento de un marco mínimo de punición que facilite la persecución del delito evitando lagunas locales y que mantenga la capacidad de toma de decisiones penales para los Estados.

Cuarta: el marco dibujado por la Comisión no impide, incluso, que respetando ese mínimo de que se trate de un acceso no autorizado a un sistema informático, los legisladores nacionales opten por vincularlo a la protección de ciertos bienes jurídicos concretos, como la intimidad o el patrimonio, lo cual puede lograrse a través de la exigencia del elemento subjetivo mencionado o a través de elementos típicos objetivos, que manifiesten en sí mismos, externamente, un particular desvalor respecto a dichos bienes jurídico particulares. De esta manera, el delito de intrusismo informático dejaría de ser el simple acceso ilegal a un sistema informático ajeno, para pasar a convertirse en una modalidad (la de

intrusismo) referido a bienes particulares: intrusismo informático en la intimidad, intrusismo informático patrimonial.[53]

Es decir, que pese a la tendencia punitiva más estricta que se adivinaba en la Propuesta de esta Decisión-marco en comparación a lo pautado por el Consejo de Europa, *el resultado final ha sido el de la concesión de un generoso espacio de decisión a los Estados.*

Quinta: la Decisión-marco presenta una proscripción penal del intrusismo informático que se puede calificar como "regulación de mínimos", ya que se opta por un diseñar un marco típico extenso; se contiene una decisión penal que refleja el espacio de tipicidad más amplio de cuantos esquemas de punición eran posibles, dejando a los Estados la posibilidad de estrecharlo.

Sexta: la opción armonizadora que emerge de esta regulación europea es la más tenue de cuantas cabían. La Unión Europea abre la puerta a una variada gama de regulaciones penales nacionales en la misma materia, sólo unidas por el hecho de que en todas el acceder sin consentimiento es delito; ahora bien, en unos países las condiciones penales para su castigo pueden ser más estrechas que en otros y, con ello, el nivel de permisividad puede variar según el sistema elegido.

2.2 *Respuestas nacionales concretas sobre la punición del intrusismo informático en algunos países de nuestro entorno*

2.2.1 Italia

El artículo 615 *ter* del Código Penal dispone:

"El que abusivamente se introduce en un sistema informático o telemático protegido por medidas de seguridad o bien se mantiene en él contra la voluntad expresa o tácita de quien tiene derecho a excluirlo, es penado con (...)".

Se trata de un precepto que, ubicado en el contexto de los "los delitos contra la libertad individual" del Capítulo III del Título XII (Delitos contra la persona), dentro de la sección 4ª, sobre "los delitos

53. Que en el caso del Código Penal español requeriría de una labor de interpretación de la aptitud del delito de estafa informática del 248.2, y en concreto del elemento *manipulación informática* para acomodar en él los casos de acceso subrepticio a un sistema informático que ocasione dicha alteración patrimonial.

contra la inviolabilidad del domicilio". Expresamente se atiende en él al intrusismo informático, con la exigencia de que se trate de sistemas protegidos con medidas de seguridad, sin necesidad de ulteriores finalidades en el sujeto activo. La legislación penal italiana desde antes de la entrada en vigor de la Decisión-marco sobre ataques contra los sistemas de información, ya contaba entre sus líneas punitivas con un marco típico para el intrusismo informático, sujeto, únicamente al requisito de que el acceso se diera en sistemas informáticos protegidos por medidas de seguridad. Según esta regulación del intrusismo informático, la legislación italiana no requiere adaptación alguna al proceso de armonización que en esta materia realiza la Decisión-marco, pues sobradamente se respetan las exigencias de la misma al superarse sus requisitos mínimos.

Merece la pena destacar el dato de la ubicación de este delito entre los que tutelan la inviolabilidad del domicilio, lo cual directamente indica que el bien jurídico tutelado es la inviolabilidad ofrece el "domicilio", como espacio de intimidad personal, si bien en este caso, el domicilio no es un espacio físico, sino un espacio informático, cuya intromisión no consentida representa una vulneración semejante a la producido por un allanamiento de morada, aun cuando con esta incursión no se descubra ningún dato de la vida privada.[54]

2.2.2 Francia

El en Código Penal francés, el artículo 323-1, en el ámbito de la regulación de los delitos de atentado contra los bienes, contiene en el Capítulo III, del Título II del Libro III, un precepto que sanciona directamente el intrusismo informático de una manera realmente amplia. Dice así:

"El hecho de acceder de manera fraudulenta a la totalidad o a parte de un sistema de tratamiento automatizado de datos, o de mantenerse en él fraudulentamente, será castigado con dos años de prisión y 30.000 Euros de multa.

Si de ello resultare, bien la supresión o la modificación de datos contenidos en el sistema, o una alteración del funcionamiento del mismo, la pena será de tres años de prisión y de 45.000 euros de multa".

54. PICA, G. *Diritto penale delle tecnologie infomatique*, Utet, Turín, 1999, p. 61 y ss.

La legislación penal francesa cuenta también con un precepto expresamente destinado a tipificar el intrusismo informático y además, lo hace en el sentido más amplio en el que es posible la tipificación según las directrices de la Unión Europea: sin ni siquiera necesidad siquiera de que se trate de conductas que se practiquen vulnerando los mecanismos de seguridad que protegen el sistema. Este modelo de objetivización máxima del tipo queda reflejado de modo patente en la fórmula claramente causalista empleada para la descripción: se castiga *el hecho de acceder*. La opción francesa es extensamente punitiva, dada la inexigencia de otros requisitos típicos distintos al mero acceso, aunque en cualquier caso, encaja con el criterio amplio adoptado por la Decisión europea

Sin embargo, entiendo que hay una vía para reducir el contenido causalista de la punición y es el que ofrece una posible expresión del acceder *de manera fraudulenta*. Si por acceso fraudulento se entiende aquel que se realiza vulnerando las medidas de seguridad, la respuesta penal francesa estará en línea con lo proscrito en Italia. Ahora bien, si se entiende que es acceso fraudulento es simplemente el acceso no autorizado por el titular, seguirá siendo un precepto meramente perseguidor del "hecho en sí" del acceso sin consentimiento, que se extiende incluso al caso de que sin dicha autorización se haya entrado en un sistema desprotegido.

2.2.3 *Alemania*

En el caso del Derecho alemán la prohibición del intrusismo se incardina en el espacio de los delitos contra la intimidad de la Sección Decimoquinta "Violación al ámbito de la intimidad personal y al ámbito del secreto personal", cuyo artículo 202.a, rubricado "Piratería informática" estipula:

"1.– Quien sin autorización se procure para sí o para otro datos que no estén destinados para él y que estén especialmente asegurados contra su acceso no autorizado, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

2.– Datos en el sentido del inciso 1, son solo aquellos que se almacenan o trasmiten en forma electrónica, magnética, o de otra manera en forma no inmediatamente perceptible".

La incorporación al Código Penal alemán del intrusismo informático se ha hecho también de manera expresa, por lo que tampoco en

este caso, es preciso la introducción de un tipo penal *ex novo*, si bien la estructura de delito es considerablemente distinta a la de los otros dos países: en este caso se trata de acceso a un sistema informático: a) en el que se contienen datos "especialmente asegurados contra su acceso no autorizado", es decir, se contiene el requisito de que ha de ser un sistema informático dotado de medidas de protección para sí y para los propios datos vertidos y almacenados en ese sistema; b) es necesario que el resultado de la conducta de acceso no se detenga sólo en la vulneración de los sistemas de seguridad, sino que es preciso que haya un resultado material ulterior, cual es la obtención de datos que forman parte de la intimidad del titular de los mismo en tanto que "no están destinados para él".

El delito de intrusismo informático en el sistema penal alemán sigue, por tanto, una opción más restringida en la configuración del tipo que en los dos casos anteriores. A juicio de la doctrina, en el modelo alemán, el legislador penal ha tenido "ciertos reparos en castigar la mera penetración en un sistema informático ajeno",[55] pues lo que condiciona la tipicidad penal no es la mera llegada del *hacker* al disco duro de un ordenador, sino el contacto y acceso a los datos contenidos en él, lo cual acerca enormemente este tipo a un especial delito contra la intimidad.

Se trata, en todo caso, de una solución acomodada a los parámetros de la Decisión– marco, que establece que la posibilidad de que se establezca como único requisito del tipo la vulneración de los sistemas es una facultad que se deja en manos de los Estados, pudiendo éstos optar por utilizarla o no o añadir más elementos típicos o no. Y así ha hecho el legislador alemán: ha incorporado un elemento resultativo que demanda para la consumación del tipo la verificación de un ataque a la intimidad del titular de los datos alcanzados por el *hacker*, quedando en consecuencia en el terreno de la tentativa los supuestos en que el acceso no consentido no llega a producir esa obtención de datos privados.

55. Mir Puig, C.: Sobre algunas cuestiones relevantes del derecho penal en Internet", *Internet y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 300.

50566

II PROCESSO PENAL

1

Deseficacização *per saltum* da pretensão acusatória penal

CÁSSIO BENVENUTTI DE CASTRO

Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: A Lei 11.719/2008 conferiu nova redação a diversos dispositivos do Código de Processo Penal modificando, pontualmente, aspectos da citação ficta – criou a inédita modalidade "por hora certa" bem como derrogou a norma mista do chamamento por edital. Os novos dispositivos ensejam uma interpretação sistemática conglobada às superiores diretrizes sócio-normativas do ordenamento, não apenas em se levando o referencial do processo penal estrito, mas se atentando às políticas públicas efetivamente utilitárias do Estado Democrático. Observar a reforma em tiras, recortando-se o espectro de sua leitura, reflete (in)evitável retrocesso de seculares conquistas garantidoras dos direitos fundamentais constitucionalmente asseguradas. A "deseficacização *per saltum*" da pretensão acusatória penal representa singela interpretação do novo paradigma congratulado.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma – Citação ficta – Hora certa – Edital – Prescrição – "Deseficacização *per saltum*"

ABSTRACT: The Law 11.719/2008 conferred new writing for diverse articles of the CPP modifying, promptly, aspects of the fictitious calling – created the newone "for the certain moment" modality as well as repealing the mixing norm of the calling for proclamation. The new devices requires a global systematic interpretation observing the superior normative-rights lines of direction of the order, not only in if taking the referencial of the strict criminal proceedure, but attempting against it effectively utilitarian to the public politics of the democratic state. To observe the reform in straps, cutting itself the specter of its reading, reflects (in)evitable retrocession of secular warranting conquests of the basic rights constitutionally assured. The "caducity *per saltum*" of the accusatory pretension represents simple interpretation of the new aquired paradigm.

KEYWORDS: Reform – Fictitious calling – Certain moment – Proclamation – Lapsing – "Caducity *per saltum*".

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. (In)aplicabilidade metaprocedimental penal da citação por hora certa – 3. Citação editalícia no processo penal e revelia: notas acerca da natureza mista deste chamamento ficto – 4. Teleologia reformista implementada pela Lei 11.719/2008: fundamentos à vedação da suspensão da prescrição da pretensão acusatória na citação do revel por edital: 4.1 Impaciência dos consumidores do serviço judiciário: tempo social; 4.2 Tempestividade da tutela constitucional ao hipossuficiente: tempo individual; 4.3 Rarefação da prova: tempo objetivo; 4.4 Política de administração cartorária: tempo burocrático; 4.5 Antinomia dogmática; 4.6 Conclusão parcial: proposta redutora de danos – 5. Deseficacização *per saltum* da pretensão acusatória penal na citação por edital – 6. Considerações finais – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O princípio reitor da sistemática persecutória criminal – o devido processo constitucional-legal e seus consectários metodológicos do paradigma acusatório, dentre todos, a gestão dialética da prova – se autotutelam pela redução das incertezas coarctadas na relação processual. Corolário dessa interligação axio-deontológica garantista, emprestam-se mecanismos à efetivação da imparcialidade da jurisdição, da presunção da inocência, do contraditório e à toda sorte de prerrogativas mínimas congratuladoras dos direitos fundamentais do hipossuficiente sob o enfoque da oficialidade institucionalizada. Leia-se que, no âmbito superveniente ao fato-crime, cuidam-se dos mecanismos de salvaguarda do suspeito-indiciado-acusado-condenado-reeducando para se estabelecer controlabilidade ao poder estatal necessário, mas eventualmente sugestionado ao abuso sorrateiro.

A citação – ato pórtico oficial da angularização do processo – assume peculiar significação nesse desenrolar. De mero pressuposto de validade da instância, ora aplacado[1] pela instrumentalidade eficientista e patrimonial da liturgia civilista, no processo penal, assume cariz fleumático e peremptório da estrutura indisponível dos interesses em liça. Com efeito, a substancialização do julgamento justo – auspício não apenas do imputado como da coletividade – imprescinde do chamamento *efetivo* do ator passivo da celeuma, pedra de toque inicial da estruturação garan-

1. Em face de promíscua manipulação da teoria geral do processo à seara criminal.

tista do fenômeno processual criminal. Evidentes motivos de diversas fontes normativas sufragam essas preocupações.

Aparentemente, a recente modificação do Código de Processo Penal manteve a estruturação da citação nos termos até então vigentes. Tão somente teria acrescentado, dogmaticamente, a figura do chamamento por hora certa, modalidade já conhecida do ritual civilista. Não houve ruptura epistemológica significativa – pelo menos ausente, num primeiro momento, referida intenção reformadora. A doutrina majoritária ignorou as pontuais derrogações conferidas à citação editalícia e reflete uma glosa literal. Por todos, Nucci[2] assinala, em sua atualizada obra, pela suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional nos exatos indicativos anteriores ao recorte do Código de 2008. Consigne-se, em vista disso: ressalvado o acréscimo da citação por hora certa, tudo continua como dantes (para essa corrente).

Entretanto – e daí o risco da modificação/reforma atomizada do Código em detrimento da edição integral de coletânea normativa –, inevitável/inestimável o desatino sistemático, harmônico e teleológico de algumas disposições na contemporânea análise do Código de Processo Penal reformado. Vetustas regras isolaram-se no pendular[3] contexto derrogado, configurando-se autênticos órgãos amputados de um corpo ainda vivo, cujos membros se direcionam, egoisticamente, a diferentes locais escolhidos por cada qual. Esse fenômeno pode ser observado nas modificações implementadas à citação.

Na presente reflexão, inicialmente, comenta-se a incidência metaprocedimental do chamamento por hora certa ao rito sumaríssimo, em vista da localização topológica desta categoria inédita. A seguir, questiona-se a validade da citação editalícia em sua feição *material* – para os fins específicos da suspensão do prazo prescricional. Com a vênia de respeitáveis entendimentos, a simplória vigência formal destes institutos é insuficiente às suas indiscriminadas aplicabilidades, face o conteúdo validatório-garantidor por elas instrumentalizado.

2. Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 663.

3. As ciências humanas se desenvolvem aos sobressaltos. A despeito de o fenômeno não ter sido observado no Código de Processo Penal – praticamente imortalizado no seu autoritarismo secular – pelo menos socialmente, o movimento pendular (in)evolutivo pode ser registrado, seja atinente à doutrina, à jurisprudência, ou aos sistemas penais não institucionalizados.

Certamente, defensável a manutenção dos patamares anteriores à reforma para algumas disposições do Código. E não somente pelo anteparo técnico-dogmático subjacente dos estudiosos de escol contrapostos à discussão ora atravessada, mas inclusive pela dificuldade cultural do brasileiro em se adaptar a novas feições (eventualmente) democráticas de há muito (pretensamente) arraigadas. Mais que um novo Código de leis, com urgência, faz-se necessária a leitura do "novo" com a boaventura da reforma, pena dela mesma se virtualizar em retórica congressista e a "novidade" escoar-nos imiscuída pelas costumeiras práticas autoritárias da década de 40.

2. (In)aplicabilidade metaprocedimental penal da citação por hora certa

A citação constitui ato formal pelo qual se invoca o acusado para exercer seu direito de defesa endoprocessual. Cumpre dúplice função: a cientificação do inteiro teor da pretensão inicial ao suspeito e o chamamento dele para apresentar sua contrapartida documentada. Em regra, aparelha-se pessoalmente no mandado publicizado pelo oficial de justiça.

Pressuposto da validade da instância, a citação significa pedra angular instrumental de todos meandros garantidores dos direitos fundamentais do hipossuficiente no processo penal. Excepcionalmente, como medidas derradeiras e assecuratórias da administração da justiça, operacionalizam-se as modalidades fictas, pontualmente exasperadas na concepção reformista. Os arts. 362 e 363 do CPP contemplam duas espécies de chamamento processual impróprio: por hora certa, nos casos de suspeita de ocultação preordenada do acusado; e via edital, para as demais hipóteses de sua não localização. Interpretação sistemática poderia glosar tais espécies alternativamente; todavia, penso haver complementaridade não excludente, de modo que, mesmo nos casos da ocultação, seria *concretamente* viável a citação editalícia.

Num recorte protético de aparente liturgia civil, a Lei 11.719/2008 conferiu redação inédita ao art. 362 do CPP. No bojo do rito persecutório criminal, enxertou-se-lhe a citação denominada "com hora certa", remetendo-se (descaradamente) sua diretiva à articulação do Código de Processo Civil. Nada mais louvável sob o ponto de vista dos reclames sociais da escola eficientista, a despeito das antitéticas *garantias* de

antemão sobrepujadas pela literalidade do novo instituto (sem falar na antinomia preordenada).

Ictu oculi, o parágrafo único do art. 362 assevera que "se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo", em total desatenção ao rito também modificado pelo ideal reacionário latente. Questiona Pacelli no sentido de "comparecer onde e quando, se o mandado é para apresentação da defesa escrita?"[4] Demais disso, envolver terceiras pessoas (familiares, vizinhos etc.) no processo penal alheio, não seria violar sua dignidade íntima com o *strepitus judici* além da sorrateira vitimização terciária[5] dos indivíduos afetos ao suspeito?

Melhor crítica não assiste à possibilidade fraudatória por abusos na manutenção da diligência citatória, uma vez conferido autêntico "poder" autoexecutório ao oficial de justiça. As contradições retumbam de toda ordem processual. Endogenamente à administração da justiça, parece esdrúxula a desconfiança do legislador: não confere atribuições bastantes para um oficial de justiça operacionalizar um singelo sistema Bacen Jud[6] de penhoras eletrônicas; todavia, onera-lhe com a presunção

4. Oliveira, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 498.

5. A vitimização terciária ocorre no meio social em que vive a vítima. É vitimização causada pela família, grupo de amigos, no seio de seu trabalho etc. A comunidade na qual a vítima (com)vive a vitimiza. Após a divulgação do crime, sobretudo aqueles contra os costumes, muitos se afastam, os comentários são variados e os olhares atravessados. Isso não apenas faz a ofendida se sentir cada vez mais humilhada e, não raras vezes, até culpada do delito. Verificar: Carvalho, Sandro Carvalho Lobato de; Lobato, Joaquim Henrique de Carvalho. Vitimização e processo penal . *Jus Navigandi*, n. 1937, ano 12. Teresina, 20.10.2008. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11854]. Acesso em: 14.06.2009.

6. Também conhecido como Qpenhora on-lineQ, trata-se de sistema informático desenvolvido pelo Banco Central que permite aos juízes solicitar informações sobre movimentação dos clientes das instituições financeiras e determinar o bloqueio de contas-correntes ou qualquer conta de investimento. O sistema está disponível a todos os ramos do Poder Judiciário, mediante convênio assinado entre o Banco Central e os Tribunais Superiores, ao qual aderiram os Tribunais Regionais e Estaduais. Verificar: Reinaldo Filho, Demócrito. A penhora on-line: a utilização do sistema Bacen Jud para constrição judicial de contas bancárias e sua legalidade. *Jus Navigandi*, n. 1066, ano 10. Teresina, 02.06.2006. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8459]. Acesso em: 14.06.2009.

de legitimidade (na prática, *iure et de iure*) de certificar "se e quando" um suspeito na demanda criminal está se furtando ao processo. Por suposto (e como sempre), a visão capital-seletiva elegeu seus representantes e devidos consectários expiatórios.

Outrossim, o supralegal (para não dizer fundamental, art. 5.º, § 1.º, da CF/1988) Pacto de San José da Costa Rica reitera a necessidade impostergável da comunicação prévia e pormenorizada da acusação ao imputado (art. 8.º). Evidente o caráter substancial dessa normação, até por imperativo da paridade de armas, contraditório e de toda vertente deontológica ali sistematizada, ora mitigada pelo alvedrio do oficialato.

Por fim, duvidosa a conformação democrática do instituto, em se consignando o caractere negativo da autodefesa – *nemo tenetur se detegere*. Lembrando-se da faculdade do sujeito passivo permanecer inerte/revel durante o certame processual, a certidão lavrada vale, pragmaticamente, como obscura presunção elisiva do silêncio.

Referidos fatores de estatura fundamental, por si sós, sufragariam a restrição da interpretação/aplicabilidade da citação por hora certa. Apenas onde e quando expressamente prevista – como na literalidade dos procedimentos do Código de Processo Penal – ela poderia (quiçá) ser efetivada. Com efeito, se duvidosa a validade material da citação por hora certa sob o paradigma dos valores e princípios fundantes/sínteses guarnecidos axio-deontologicamente, evidente que sua aplicabilidade se restringe sistemicamente, no bojo do próprio Código de Processo Penal. A recente modificação legislativa glosada à instrumentalidade constitucional não permite uma amplificação de sua normatividade por carrear restrições (cuja validade chega a ser discutível, ressalvo) a direitos fundamentais do indivíduo. Nenhum procedimento especial, num primeiro momento inadequado a tal recorte epistemológico (civilista, diga-se), aplaca suas garantias historicamente congratuladas de uma penada desta magnitude.

Em decorrência, dessume-se a não aplicabilidade da citação por hora certa ao procedimento sumaríssimo. Mesmo literalmente, o art. 66 da Lei 9.099/1995 restringiria o chamamento ficto do suspeito ao processo: "A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado". Além disso, os vetores informativos da celeridade e da informalidade (art. 2.º) são incompatíveis aos trâmites fleumáticos legitimados pelo oficial de justiça, de acordo com a importação civilista. Logo, além das premissas fundamentais mencionadas,

internamente ao próprio regramento especial – que de antemão prevê a redistribuição do feito na eventual não localização do demandado (art. 66, parágrafo único) – afasta-se a incidência da inédita espécie citatória do juizado.

Da mesma (má) sorte, no procedimento apurador dos delitos de drogas, as razões supralegais acima comentadas afastariam a citação por hora certa. Além disso, o tecnicismo do art. 56 da Lei 11.343/2006 também positiva a "citação pessoal do acusado". Ou seja, internamente à especial sistemática, elidiu-se literalmente a modalidade ficta; externamente, a constelação de diretrizes (superiores hierarquicamente) mitiga a pretensão normativa da inédita regra citatória.

Nesse talvegue, sequer a notificação do acusado (art. 55) poderia ser integrada sumariamente por hora certa. De empréstimo, conclui-se que, tanto os fundamentos supremos como a naturalidade literal da legislação extravagante, incompatibilizam a notificação para apresentar defesa *vs.* a citação para comparecimento em modalidade que não a real.

O legado privatista da citação "com hora certa" restringe sua aplicação ao bojo dos procedimentos do próprio Código de Processo Penal. A despeito do *codex* situar, em regra, expedientes genéricos/subsidiários às demais leis especiais, tanto adstrições literais extravagantes como fundamentos supralegais remissivos à Constituição Federal de 1988 arrostam a incidência tópica desta nova modalidade citatória.

3. Citação editalícia no processo penal e revelia: notas acerca da natureza mista deste chamamento ficto

Determinadas situações excepcionais mitigam a regra da citação pessoal, seja nos casos do desaparecimento jurídico do legitimado passivo, sua localização em distrito inacessível, ocultação ou mesmo identidade incerta (porém determinável). Referidas hipóteses não fulminam, de plano, a persecução criminal, mas supõem a adoção de medidas extraordinárias via citação ficta. Anteriormente à Lei 11.719/2008, o Código de Processo Penal estabelecia tão somente a modalidade *imprópria* pela via do edital. O art. 366, na redação da Lei 9.271/1996, positiva: "Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312".

No mesmo dispositivo, matizam-se tanto a suspensão do processo quanto da prescrição da pretensão acusatória, configurando-se norma de caráter misto. Pela redação de 1996, evidente a não retroatividade do dispositivo formalizado no Código de Processo, em virtude de afetação da extinção da punibilidade nos meandros da regra. Capez ressalta: "na hipótese de normas híbridas, é a parte penal que determinará a retroaplicação ou não, conforme seja mais ou menos benéfica, prevalecendo, destarte, sobre a parte processual. Aos crimes cometidos antes da entrada em vigor do art. 366 do CPP não poderá o juiz determinar a suspensão do processo, nem a da prescrição, devendo o processo seguir à revelia do acusado".[7] Essa interpretação sufragou-se no STF.[8]

Permaneceu lacônica (ao menos até a derradeira reforma do Código de Processo Penal) o prazo pelo qual a prescrição deveria se manter suspensa. De um lado, inadmitindo a hipótese da positivação oblíqua da imprescritibilidade infraconstitucionalmente, a majoritária doutrina[9] argumentava, consoante Nucci, que "a prescrição não pode ser suspensa indefinidamente, pois isso equivaleria a tornar o delito imprescritível, o que somente ocorre, por força de preceito constitucional, com o racismo e o terrorismo".[10] Noutra exegese, em decisão de Turma, o STF consagrou a suspensão indefinida da prescrição: "No tocante à suspensão da prescrição, entendeu-se que a Constituição não veda que seu prazo seja

7. Capez, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 590.
8. "O disposto no art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei 9.271/1996, não deve ser aplicado às infrações penais cometidas antes da vigência da nova lei, visto que compreende norma processual mais benéfica – suspensão do processo contra o revel – e regra de direito penal mais gravosa – suspensão do prazo prescricional. Não opera, deste modo, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 5.°, XL, da CF/1988)." Precedentes citados: HC 75.200/RJ (*DJU* 13.06.1997); HC 75.284/SP (*DJU* 21.11.1997). (HC 77.844/RS, rel. Min. Moreira Alves, 27.10.1998).
9. Impende consignar que a quase totalidade dos Tribunais, inclusive o Cidadão, açambarcaram esta interpretação restritiva: "O entendimento pacificado nesta Corte é no sentido de que, diante do silêncio do art. 366 do CPP e da impossibilidade de tornar imprescritíveis crimes assim não definidos, quando o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, devem ser utilizados os parâmetros do art. 109 do CP para determinar o período de suspensão do prazo prescricional" (HC 24986/RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, 6.ª T, *DJ* 18.12.2006, p. 519).
10. Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 607.

indeterminado, uma vez que não se constitui em hipótese de imprescritibilidade e a retomada do curso da prescrição fica apenas condicionada a evento futuro e incerto. Além disso, aduziu-se que a Constituição se restringe a enumerar os crimes sujeitos à imprescritibilidade (art. 5.°, XLII e XLIV, da CF/1988), sem proibir, em tese, que lei ordinária crie outros casos. Por fim, considerou-se inadmissível sujeitar-se o período de suspensão de que trata o art. 366 do CPP ao tempo da prescrição em abstrato, visto que, do contrário, o que se teria seria uma causa de interrupção e não de suspensão. Recurso extraordinário provido para determinar a suspensão da prescrição por prazo indeterminado"(RE 460971/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 30.03.2007).

Ressalte-se que, até meados de 2008, o acusado era chamado ao processo para exercer sua defesa pessoal – dialogar no interrogatório, primeiro ato da instrução/defesa. A consagração do devido processo legal material positivou-se nas suspensões tanto do processo quanto da prescrição, fundamentando-se na plena necessidade de garantir a ampla defesa efetiva, com a presença física do suspeito nos lindes burocráticos. Também pudera, toda a interpretação sistematizada na Democracia Constitucional, ressalta Feldens,[11] precisa-se numa orientação conforme os direitos fundamentais, não podendo ser olvidado o caráter protetor das normas-garantias minimamente definidas pelos vetores fundamentais nas várias manifestações do poder estatal.

Esse o panorama pré-reforma implementada em 2008. A modificação do Código de Processo Penal organizou novas formas procedimentais. Em decorrência tanto da literalidade ritual-dogmática como da teleologia indicada, penso que o art. 366 feneceu parcialmente por consumação. Diga-se, no que toca à suspensão do prazo prescricional (caractere da então norma mista), em virtude do cotejo valorativo a seguir alinhavado, há razoáveis motivos para, na hipótese da citação por edital cumulada à revelia do acusado, advir por consequência: a suspensão do processo, porém, a não suspensão do lapso prescricional.

11. Feldens, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 52.

4. Teleologia reformista implementada pela Lei 11.719/2008: fundamentos à vedação da suspensão da prescrição da pretensão acusatória na citação do revel por edital

O art. 3.º da Lei 11.719/2008 revogou expressamente os parágrafos do art. 366 do CPP. Nenhuma novidade peremptória à aplicabilidade integral deste dispositivo seria confirmada pela ab-rogação articulada. Todavia, a amplitude valorativo-dogmática da reforma (salvo respeitável juízo em contrário) consequentemente, derrogou o próprio *caput* da citada regra no que pertine à suspensão do lapso prescricional acima comentado.

No (neo)constitucionalismo de valores, regras e princípios, no qual estes últimos estruturam deontologicamente os auspícios que subjazem o ideário axiológico do sistema e dinamizam as opções dos poderes instituídos, não se compadece à imposição estrita/literal de mecanismos alheios à liturgia contemporânea dos direitos fundamentais. Quaisquer restrições à prerrogativa da liberdade, por máxima exceção recalcitrante, devem gozar de clarividente transparência sob pena de, simbolicamente, prestarem-se ao inadmissível arrepio mediato das garantias democráticas.

Se, filosófica, dinâmica e historicamente o Direito já não assume os lindes bicolores das regras, por suposto que o caráter dogmático da juridicidade também é de ser revisto na totalidade do(s) sistema(s) em constante profusão científica, tanto quanto medida-limite como em função do conteúdo-fundante. Alhures comentei: "O poder que outrora criava o Direito-conceito, simbolicamente estatuído como limite de seu genitor, agora se adstringe funcionalmente aos indisponíveis marcos normativos insuscetíveis de regresso autofágico, mas tendentes à satisfação social de todos e de cada qual de seus integrantes. Definitivamente, essa concepção, em diuturna mutação construtiva, reproduz o diálogo permanente no qual se ponderam os interesses conflitantes e reserva à legalidade estática uma distante recordação histórica".[12]

A ciência jurídica – não raro, propulsora e consequência dos trâmites sociais – fornece discursos e subsídios conceituais à solução da proble-

12. Castro, Cássio Benvenutti de. Decadência da potestade invalidante do ato administrativo . *Jus Navigandi*, n. 2121, ano 13. Teresina, 22.04.2009. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12670]. Acesso em: 31.05.2009.

maticidade que se lhe apresenta como polo metodológico. Tanto na sua etiologia quanto no seu derradeiro momento concludente, dialoga com a realidade fática nos seus constantes movimentos pendulares, razão pela qual o fenômeno jurídico restrito ao monopólio da produção burocrática estatal não passa de vetusta acepção estática/ultrajada. Cada vez mais, soterradas as escolas paleopositivistas estritas, o dogmático se funde ao social em relações não de conteúdo e continente, mas de coordenações e convergências recíprocas, elaborando parâmetros simbióticos, pena de um e outro naufragarem isoladamente em seus próprios vazios ontológicos.

Logo, as categorias ora reformadas devem ser observados à luz do diálogo das fontes jurídicas (bem como transdisciplinares), não apenas em seus aspectos pontuais engendrados por uma acepção formalística, porém nada instrumental.[13] Corolário da própria natureza mista da regra que previu a citação editalícia, proponho um recorte interpretativo, sobremaneira restritivo se cotejada à análise majoritariamente divulgada, infirmando a suspensão do lapso prescricional, por virtude de alguns fundamentos a seguir elencados.

4.1 Impaciência dos consumidores do serviço judiciário: tempo social

A sociedade dos riscos autoflagela-se por uma aceleração desenfreada de seus compromissos. Inversamente proporcional à diminuição das distâncias espaço-temporais relativizadas por esta dinâmica e à pretensa estabilidade científica de outrora, as relações são emergenciais, urgentes, a ponto de se rarefazerem os conteúdos como meios utilitários para consecução das finalidades supostamente legítimas. O vínculo empregatício verticalizado/unilateralizado, a falta de tempo no convívio familiar, a fugacidade dos próprios lindes afetivos e mesmo a incons-

13. Poder-se-ia elencar a crítica de Galeno Lacerda às denominações "formal" e "adjetivo" em detrimento do caráter "instrumental" do processo, doutrina festejada na teoria geral do processo. Todavia, até por que reprovamos essa vassalagem simbiótica dos institutos nem tão análogos, apenas ressalvo que o caráter instrumental, além dos caracteres de antemão imaginados, remetem à necessária mas, por vezes dispensada, glosa constitucional do processo penal. A legitimação do processo, como fonte e delimitação do poder estatal, está na Constituição Federal e nos tratados de direitos fundamentais.

tância psíquica obsessivamente individualista[14] são reflexos exsurgentes da demanda impaciente do meio no qual temos subsistido.

Demais disso, a velocidade dos acontecimentos concomitantemente divulgados mitiga a própria matéria, torna líquidas nossas impressões sensíveis a ponto da virtualização da outrora aritmética relação espaço-tempo. Quem dispõe da possibilidade de aceleração, ou não, dos afazeres sociais, assevera Thums,[15] apodera-se da prerrogativa decisória e influencia a totalidade comunitária em ricochete.

A globalização do mercado e das comunicações imediatas, até o momento, apenas deve lastro a proporcionar o teletransporte porque, de resto, a sociedade não espera ou não se permite aguardar instante algum para realizar seus reclames. Em suma, ninguém dispõe de tempo a perder. Nos "deuses" mercado e comunicação, justamente, forjam-se os sustentáculos simbióticos desse paradigma dinâmico.

Indica Alexandre Bizzotto que o "mercado necessita debilitar as relações humanas e suas instituições para conquistar plena e descompromissada liberdade. A comunicação, para sua expansão, precisa de investimentos para sobreviver. A fabricação de verdades interessa ao capital. A comunicação preenche tais exigências. Não é por acaso que a grande mídia está sob o domínio do grande capital".[16]

O processo penal não permanece alheio a tais interesses aparentemente exógenos, por ser de cunho racionalista a inadmissão da morosidade, das suspensões ou das interrupções indetermináveis. A sociedade na qual vivemos é impaciente. Logo, os auspícios comunitários tendem a aceitar um julgamento falho, porém célere, ao invés de uma suposta consagração da segurança (incerta) em detrimento da velocidade (mais facilmente domesticada) e sensivelmente administrada pelas lentes

14. O egocentrismo vivenciado na pós-modernidade transcende quaisquer perspectivas individualistas do paradigma kantiano. A sociedade (ou pelo menos considerável parcela das gentes), num paradoxo irrefreável, contrapõe-se ao gregarismo imanente à nossa condição humana. Mais terrível que a solidão de outrora, hoje, seria deixar uma pessoa sem o seu computador, automóvel, dinheiro próprio ou condições capitalizáveis dessas estirpes.

15. THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 68.

16. BIZZOTTO, Alexandre. O mal-estar do juiz criminal e a ética da alteridade. *Ajuris* 108/13.

massificadas da televisão. Isso confirma a natureza da vida do consumidor, da vida do consumo, na lição de Bauman, já que "não se refere à aquisição e posse. Tampouco tem a ver com se livrar do que foi adquirido anteontem e exibido com orgulho no dia seguinte. Refere-se, em vez disso, principalmente e acima de tudo, a *estar em movimento*".[17] Uma nova concepção do art. 366 do CPP, nesse aspecto, olvidaria da suspensão ou, no mínimo, reduziria seu tempo de estanque, reduzindo os danos e as reações sociais dali decorrentes – afinal, se o Direito Penal tem por uma de suas funções a administração das reações sociais de vindita, o mesmo argumento se aproveita ao seu prosélito institucionalizado necessário: o processo em movimento.

A suspensão da prescrição, no caso da citação do revel pelo edital, vilipendia o sentimento de urgência socialmente internalizado ao processo como a todas as relações do mundo contemporâneo.

4.2 Tempestividade da tutela constitucional ao hipossuficiente: tempo individual

É finalidade precípua do processo legitimar, pelo procedimento em contraditório, um julgamento justo, instrumentalizando-se a aplicabilidade de toda sorte de direitos fundamentais (constitucionais/humanos) que valorizam o indivíduo na sua coexistência dinâmica frente ao Estado. Por vetusta, atualmente se ultraja a condição do processo em singelo aplicador da sanção delitiva. Também pudera, mormente à vista da temerária *desfragmentação* do Direito Penal em virtude da geométrica inflação legislativa, a formalização valorativa deve ser garantidora das diretrizes supremas da ordem democrática vigente.

Notório que o processo penal constitui cerimônia degradante. Sua temporalidade é diretamente proporcional à incerteza do enigma dali exsurgente. Não depende apenas da utópica verdade factual, mas do debate utilitariamente travado pelos litigantes. Consequentemente, reveste-se de caráter punitivo *in re ipsa*, já que o Estado se apropria do tempo, da paciência e da dignidade do acusado para lhe submeter à sua discricionária conclusão. O processo trata de uma liberdade vigiada, lembra Carnelutti,[18] gerador de angústia e sofrimento ao acusado,

17. Bauman, Zigmunt. *Vida para consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 126.

18. Carnelutti, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Edicamp, 2003, p. 66.

transcendente do caráter pessoal da pena (art. 5.°, XLV, da CF/1988) – ao passo que toda a família do irrogado empobrece, sofre e se humilha – ceifador da presunção da inocência e violador do próprio contraditório e do direito de defesa: a instituição Estado é impessoal, sempre estará bem representada, a despeito do esdrúxulo ínterim transcorrido; de outro lado, o tempo fenece as pessoas, apaga as memórias, mas reativa os prejulgamentos e estigmas que, no afã de legitimar o poder, não raro, subjugam o cidadão a custo desarrazoado.

Handel Dias salienta: "a longa relação jurídica processual representa prejuízos bastante indesejáveis, porquanto faz perdurarem os próprios e repudiáveis fatores antssociais que levaram o Estado a assumir o fado de resolver os conflitos interindividuais da sociedade e a impor um termo final no tempo processual. A dilação do processo implica prolongamento do conflito de interesses que lhe deu causa e de todas as suas consequências negativas, sobretudo a insegurança e a incerteza pelo quadro de indefinição acerca do direito litigioso e a insatisfação daquele que aguarda a tutela jurisdicional para ter assegurado um direito que entende seu".[19] Nenhuma pena assume condição atemporal, razão pela qual ao processo também não se admite uma continuidade permanente. Diversos documentos internacionais[20] de direitos humanos, programaticamente, positivaram diretrizes reprovadoras da de(mora) desarrazoada das demandas. Dentre eles, o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado pelo Brasil pelo Dec. 678/1992, regrou no seu art. 8.°: "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente y imparcial, etablecido con anterioridad por la ley, en la sustación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier outro carácter". Perspectiva consolidada pelo art. 5.°, LXXVIII, da CF/1988: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meio que garantam a celeridade de sua tramitação". Ressaltando o efeito oblíquo da pena pela singela angústia

19. Dias, Handel Martins. O tempo e o processo. *Ajuris* 108/230.

20. Alguns documentos internacionais que positivaram o julgamento em prazo razoável: Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6.°); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.°); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 47).

do processo, Aury Lopes[21] sustenta a necessidade de estabelecer limites normativos à demora jurisdicional (crítica à dogmática do não prazo). Além dos abstratos termos das convenções forasteiras, seria dever do legislador balizar a duração da pena, digo, do processo. O Código Paraguaio, por exemplo, nos seus arts. 135 a 137, estabeleceu importante paradigma instrumental de controle à dilação indevida: naquele país, o prazo máximo de duração do processo penal será de três anos, findos quais haverá extinção sem julgamento do mérito.

O equilíbrio das garantias segurança/efetividade cotejadas à aceleração processual (socioindividualmente) almejada deve ser objeto tutelável em todas as esferas do poder. Não apenas o Judiciário (em seus frequentes malabarismos humanos deficitários da otimizadora modelagem técnico-logística), mas também o Legislativo, com a previsão de expedientes verossímeis e não meras retóricas sedantes da opinião pública – como os folclóricos art. 9.º da Lei 9.034/1995 e o agora art. 400 do CPP – e o Executivo, hão de conjugar desforços ao *mister* constitucional.

Utilizado como instrumento democrático aplacador do poderio estatal, o processo deve se autolimitar, sob o risco de permanecer indefinidamente sobrecarregando a dignidade do acusado, transmutando-se na mais longa das penas – perpétua ou, no mínimo, indeterminável, sujeita a desvios de finalidades ilegítimos. A patologia judiciária, arremata Ferrajoli, "assinala a possibilidade de fazer uso do processo como escopo de punição antecipada, ou de intimidação policialesca, ou de estigmatização social, ou de persecuções políticas, ou por todos estes motivos conjuntamente. Em todos os casos, além de cada intenção persecutória em relação ao suspeito, é indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é pena – quase sempre leve ou não aplicada –, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje pode-se falar de um valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão".[22]

21. Lopes Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 122.

22. Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 675.

Citação editalícia, portanto, publicizável em seu extremo (*in re ipsa*), representa escandalização social. Robore-se ao fenômeno (circunstancialmente utilizável) a suspensão destemperada da prescrição: talvez a pena perpétua, que transmuta a pessoa em objeto e os fatos em meras conjeturas (esquecidas pelas testemunhas, não pelos atores do *strepitus judici* ou pelo sensacionalismo midiático) avassaladas ao segundo plano hipotético.

4.3 Rarefação da prova: tempo objetivo

O cerne do devido processo constitucional-legal acusatório se erige à perspectiva orientada pela colheita da prova e à ordenação dos atores processuais em sua gestão. Na valência teleológica do julgamento justo (ou, no mínimo, redutor de danos), imprescinde-se dos elementos ritualizados-valorativos para reconstituição histórica do fato em análise como matéria-prima a subsidiar uma efetiva ponderação dialética paritária.

Com efeito, se o tempo é implacável a todas espécies atomizáveis existentes da natureza, o que se dirá das impressões carreáveis ao caderno probatório?! Assente a necessidade de maturação da prova em etapas, identificadas por Gilberto Thums[23] nas fases de formação (contemporânea ou sucessiva ao fato); introdução das fontes e meios na celeuma; e valoração – cediço que estes mecanismos demandam tempo e, por evidente, rarefazem a veemência do contraditório pelo seu natural desgaste humanístico.

A demanda institucionalizada enseja um espaço de jogo delimitado pelas regras e princípios preconcebidos e efetivadores da paridade de armas dialéticas. Enfim, sufraga-se de referenciais mínimos controladores da voracidade acusatória (não raro denominada punitiva). Por esta decorrência jus-burocrática, o tempo é fator pressuposto (ontologicamente) do processo que alvitra a justiça (seja razoável ou, pelo menos, persequível).

Certamente, a derradeira conclusão arrefece o conflito de interesses pela qualidade-segurança agregada na coisa julgada. Todavia, como todos os institutos criados pela racionalidade humana, está fadada à

23. Thums, Gilberto. Op. cit., p. 52. Citando Mauro Leone, o autor dialoga acerca das fases do projeto reconstrutivo dos fatos no bojo processual e a inevitável confluência do tempo como fator circunstancial/peremptório ao desenrolar erístico.

sorte da falibilidade, até por que temperada argumentativamente pelos fatos documentados, eventualmente mitigados pelas concepções endógenas e circunstanciadas ao silogismo ideológico-cultural do julgador. O processo transparece um risco institucionalizado em movimento. E, se verdade[24] não existe (mas glosas parcializadas dos acontecimentos de um mundo pretérito), natural que o veredicto reflita uma vicissitude da possível (ou esperada) fenomenologia deontológica-concretista.

Ou seja, o conflito epistemológico segurança-efetividade é mais aparente que real, à medida de se não evitar o erro judicial com a delonga da burocracia do procedimento. Pior, um julgamento de feitos antiquíssimos que se arrastou nos anos (pelo menos por mais tempo que os prazos da prescrição em abstrato) experimenta diversas ordens assistemáticas de decisões estranhas às provas efetivamente reconstruídas (primado das hipóteses acusatórias sobre os fatos). Em instruções privilegiadoras da prova testemunhal[25] grassa tal conclusão, face à velocidade do esquecimento permeado pelo emocional traumático do fato-crime. O quadro é agravado à consideração das distorções mnemônicas endógenas, resultantes normais do processo de compreensibilidade, alertam Stein e Pergher.[26]

Se a reconstrução probatória é tarefa de eminência racional (em todas suas espécies tipificadas, ou não, do meio técnico ao testemunhal), suposta a variação das condições físico-intelectuais do interlocutor. Os registros documentados bem como as respectivas acepções subjetivadas no espírito do indivíduo se esmaecem numa indelével afetação ontológica. Como o matiz "real/absoluto" da verdade se tornou axioma de vetusta consideração história (sem falar no próprio símbolo "verdade"), mormente à vista da relativização racional, mutações e manipulações das lembranças humanas, o tempo é inversamente proporcional à possibilidade do julgamento minimizador do erro.

O manejo recognitivo dos fatos atine à própria lógica do tempo no processo. Não deve ser tão duradoura a ponto de rarefazer a memória ou mesmo a técnica de sua colheita; tampouco breve a limitar os desforços

24. Pelo menos na concepção de logicidade objetiva outrora manualisticamente sufragada a todas estações.

25. Como sói acontece na recognição da criminalidade de rua tupiniquim.

26. Apud Lopes Jr., Aury; Di Gesu, Cristina Carla. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *Ajuris* 107/81.

recíprocos dos atores que dialogam argumentativamente. De certeza objetiva, apenas remanesce a impossibilidade racional da suspensão indeterminável da celeuma por ocasião do lapso prescricional.

4.4 Política de administração cartorária: tempo burocrático

A pretensão de transmutar a prática processual civil às vicissitudes criminais não se adstringe à categorização dos institutos teórico-dogmáticos. Também se exaspera no pragmatismo da própria administração judiciária cartorial, imbricando-se na perenização de contendas e no decorrente agravamento da morosidade aos demais feitos (não raro, de mais graves repercussões) que nada teriam a ver com tais práticas de eventual cunho patrimonial/antieficientes.[27]

Não é novidade o abarrotamento da jurisdição cível, mormente no que toca aos feitos envolventes dos maiores litigantes *profissionais* do país – a Fazenda Pública. Prazos privilegiados, bonificações procedimentais de toda ordem e, sobretudo, o derradeiro pagamento via precatório, impreterivelmente assoberba os cartórios com celeumas insatisfeitas, quiçá de antemão *resolvidas* na fase de conhecimento. Permanece o paradoxo: venci, mas não levei da contenda o que esperava.

E um paradoxo não tem solução aparente. Caso esta seja apresentada, trata-se de construção artificial e/ou de imputação dogmática (para não dizer autoritária) com fins talvez pragmáticos, mas possivelmente retóricos. De efeito, no referido desatino estupefaciente da jurisdição civil, o feitor das leis – o próprio Estado – refletindo a intempérie de sua antitética atuação, viu-se obrigado a otimizar a relação custo-tempo de suas demandas judiciais, possivelmente para minimizar o paradoxo sistêmico por ele mesmo sustentado! Resultou que, de uma intransigente atuação capitalista do Fisco, acrescentaram-se modificações festejadas (por eficientistas) nos últimos tempos. Haja vista o art. 40, § 2.º, da LEF, bem como o art. 15 da Lei 10.522/2002, situações outrora inimagináveis, positivaram-se: entidade pública dispondo de dinheiro ao vislumbrar interesses maiores a serem tutelados; nítida aplicação do postulado aplicativo normativo da proporcionalidade em nível legislativo (preponderação autêntica).

27. Nesse quadrante, cogitei da eficiência no sentido da macro-administração burocrática, exógena ao processo. Bem diversa do movimento "eficientista" sistêmico de movimentação centrípeta do processo por ele mesmo.

Ou seja, mesmo quando exequente, no exercício de seu interesse patrimonial (secundário ou, quiçá e por vezes, primário,[28] quando roborado por outra demanda de matiz coletivo),[29] verifica-se o Estado abdicando de sua prerrogativa de outrance absolutamente indisponível. Sinal dos tempos? Talvez, mas também produto da dinâmica do custo-tempo e da compreensão que interesse público remonta valores e princípios superiores à simplória e ultrajada cognição de somatório dos auspícios privados (até então, redutíveis ao capital). Além disso, a demanda sobremaneira democrática, ontologicamente, atine à confusão de interesses por ora conflitantes em permanente dinamicidade, salientando a primazia subjacente orientada pelos princípios conformados a partir das metas e sínteses valorativas eleitas.

Consoante Satta: "A realidade não é feita de fórmulas jurídicas, mas de necessidades que se impuseram ao Estado na busca de satisfação. Essas necessidades são contraditórias – necessidade de liberdade e de disciplina, de incentivo e de freio; mas são contraditórias porque não lógico, mas real é o sujeito dessas necessidades; no homem há necessidades contraditórias, na coletividade também, com maior razão".[30] Logo, os interesses superiores idealizadores da justiça efetiva, a despeito de internamente difusos, hão de convergirem à depuração do ambiente administrativo cartorial, pena de inviabilização total do sistema a médio/curto prazo.

Ad captandam benevolentiam, tais vicissitudes sim – por não importarem num avanço acoimador da liberdade – podem ser importadas como exemplos dignos de nota lá da jurisdição cível. Também num cartório criminal, a crescente morosidade dos feitos e o insuperável (geométrico) aumento do número de demandas são sintomáticos. Medidas racionalizadoras (extra ou endoprocedimentais) tornam-se urgentes para elidir a bancarrota que, para muitos, soa inevitável. O Estado – principal litigante profissional (não raro, parecendo mero autogestor da jurisdição por si mesmo consumida) – deve contribuir, forte no postulado da proporcionalidade, de molde a sanear os escaninhos, zelando pelas

28. Relembrando a classificação de R. Alessi.

29. Leia-se, conglobante de vários, maiores ou melhores interesses em liça.

30. Apud MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 109.

causas primordiais,[31] potencializando tarefas, alcançando, senão o bem universal estimado, o interesse público possível. Até porque interesses públicos e privados trafegam numa conexão estrutural,[32] são conceitualmente inseparáveis e apenas concretamente ponderáveis em relações de prevalência momentânea como, no caso, faz-se por necessária a interpretação da suspensão casuísta da prescrição. Ressalte-se: na dúvida, senão do julgador como da própria entidade autolegislativa, observa-se a limitação do poder acusatório, ora transposto à delicada situação cartorária, cujos efeitos inestimáveis soterram com papéis inertes, a dignidade do acusado e de sua gente.

A desconsideração da suspensão do lapso deseficacizador do art. 366 do CPP, à vista da atual reforma, contribui em duas perspectivas. Primeiro, implementa celeridade totalizante cartorial, na perspectiva do princípio da universalidade,[33] propondo solução daquilo que humanamente *ainda* pode ser resolvido sem as indeterminações (quiçá um dia alcançáveis) do processo suspenso; noutro giro, fomenta reflexão programática para um otimizador planejamento procedimental do expediente brasileiro, à medida que lhe retira um esqueleto processual inerte em benefício da dinâmica inerente às demandas que reclamam medidas urgentes.

Trazer à tona um problema crônico administrativo pode não o resolver de imediato mas, pelo menos, socorre-se-lhe de reflexões, críticas, discussões que, noutra oportunidade escrupulosamente indicada, podem desencadear medidas senão ideais, otimizadoras do *status quo*. Um transtorno identificado é mais facilmente controlável, ao menos

31. Evidente que, no processo penal, todas as causas são importantes. Pelo menos sob o ponto de vista material-subjacente. Todavia, ao regrar de forma tão desalinhavada institutos importantes como ora examinado, denota-se uma parcialização de "importâncias" pelo próprio Estado. Em determinados aspectos, há vigoroso tecnicismo a espantar quaisquer criticismo rocconiano; noutras oportunidades, soam episódios de desleixo, ao sabor das intempéries quiçá desencontradas dos diversos paradigmas sob os quais poderá ser observada a questão. Na dúvida, melhor razão assiste à consolidação protetiva da restrição ao poder acusatório, como manobra democrática privilegiada na Constituição Federal de 1988.

32. Ávila, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *RDA* 24/167.

33. Não apenas "aquele" processo que se manteve suspenso pela citação editalícia é de ser aferido; mas o universo de interesses ao seu redor.

à profilaxia de outros males. Pela analogia do subconsciente, com Freud: "A destruição do caráter civilizado pelos impulsos instintivos libertados da repressão é um desfecho temido mas absolutamente impossível. É que este temor não leva em conta o que a nossa experiência nos ensinou com toda segurança: que o poder mental e somático de um desejo, desde que se baldou a respectiva repressão, se manifesta com muito mais força quando inconsciente do que quando consciente; indo para a consciência, só pode enfraquecer".[34]

Poder-se-ia argumentar que tal medida é abolicionista e/ou promiscuída à impunidade. Leda precipitação, uma vez observado que se dispõe de todo o lapso prescricional (em abstrato) para a localização do suspeito e a continuidade do feito. Outrossim, em tempos de frenético avanço tecnológico, de virtualização das categorias científicas, de *Google Earth* a *Big Brother*, câmeras em vias públicas, *sites* de relacionamento etc., parece-me mais um paradoxo (insolúvel) que o Estado não localize um sujeito para ser processado criminalmente. De fato, o mais difícil é se esconder! Se fosse dinheiro em contas espalhadas pelo mundo – um objeto de apreço inequívoco – certamente a busca eletrônica não olvidaria em dilargar sua pesquisa: o primado da coisa sobre a pessoa, (in)crível paradoxo da sociedade pós-moderna.

4.5 Antinomia dogmática

A reforma do Código difere significativamente de uma sua eventual substituição. Por notórias considerações de ordem topológica, sistemática e atinente à segurança jurídica, a modificação do ordenamento positivo em total escala seria aconselhável, pena da fragmentação e/ou esvaziamento ontológico-normativo amiúde verificáveis. Entretanto, além da morosidade inerente à tramitação dos projetos de lei, indica Grinover, "a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa de um Parlamento assoberbado por medidas provisórias e por comissões parlamentares de inquérito, tudo milita contra a ideia de uma reforma global do Código de Processo Penal".[35] Essa problemática se amplifica à guisa de nossa peculiar magnitude geográfica cotejados aos interesses em liça.

34. Freud, Sigmund. *Cinco lições de psicanálise*. São Paulo: Nova Cultural, 2005, coleção Os Pensadores, p. 65.

35. Apud Andrade, Mauro Fonseca. Reflexões em torno de um novo Código de Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul* 61/115.

Por decorrência, a opção pela reforma pontual dos cadernos legislativos fomenta certa perplexidade acadêmica. Veja-se que, assecuratória da ampla defesa em diversos dispositivos, a sistemática do novo procedimento implementado no Código de Processo Penal se distancia das modalidades citatórias em análise. O trâmite positivou-se, ordinariamente, nesses termos: oferecimento da inicial; recebimento prelibatório da denúncia; defesa preliminar (prévia ou exceção de precognição – a despeito da nomenclatura emprestada); juízo[36] de absolvição sumária e/ou designação da audiência de instrução e julgamento; derradeiros atos postulatórios e decisórios. A peculiaridade é que, forte no atualizado art. 400 do CPP, o interrogatório plasmou-se como último ato instrutório[37] – defensivo pessoal.

Essa leitura apertada do procedimento consubstancia, aparentemente, antitética vicissitude endonormativa/dogmática. Observa-se que, agora, a citação por edital apenas convoca o acusado para apresentação de sua defesa escrita (art. 396) – à semelhança da corriqueira defesa apresentada na jurisdição civil. Nada mais benéfico sob o prisma da ampla defesa, contraditório e da presunção de inocência. Ocorre que, alhures, supostamente inerte à reforma perpetrada, o art. 366 *in fine* repagina a citação ao vetusto procedimento por ora inexiste, cujo primeiro ato seria o interrogatório do réu (então meio inquisitório de obter uma confissão). Ou seja, o novo ordenamento positivado não mais raciocina pelo comparecimento liminar à perquirição do acusado; pelo contrário, a movimentação primeva é de caráter técnico, escrito, por intermédio do advogado/defensor, que deve apresentar a defesa em petição.

Determinado artigo da lei suicida o raciocínio de seu respectivo dispositivo subsequente no procedimento, que permanece arraigado às origens rituais não mais existentes.

Não bastasse a contradição aparente, vetou-se a modificação do art. 363, § 2.º, então previsto pela Lei 11.719/2008. Este dispositivo estabelecia, justamente, a suspensão do prazo prescricional durante o respectivo lapso deseficacional (em abstrato) do crime objeto da persecução. Com

36. Observada a corrente doutrinária que defende, nesta oportunidade processual, o substancial recebimento da acusação.

37. Mesmo em se considerando o interrogatório como ato instrutório, qualifico-o por mera "fonte" de prova, mas não "meio". Todavia, o cerne permanece (ainda mais atualmente) como ato defensivo (seja de espeque positivo ou negativo).

esta manobra (vetada), não haveria alteração significativa do panorama ora enfrentado, apenas se transmutaria uma ausência material do réu, do interrogatório, para a não apresentação da defesa escrita. No mais, tudo permaneceria como dantes (suspenso o processo e a prescrição, pela citação editalícia e a revelia).

Além do veto que, *per* si, denota a tácita vedação da suspensão do prazo prescricional à hipótese, o presidente arrazoou com veemência tal condição: "A despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo Projeto de Lei, revela-se imperiosa a indicação do veto do § 2.º do art. 363, eis que em seu inc. I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer, nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente, a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do CPP. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório".

A glosa sistemática cristaliza que a "boa vontade" não evitou perplexa supressão normativa. Prescreve o art. 396, parágrafo único, do CPP: "No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começa a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído". Expressamente, inviabilizado (aparentemente), em caso da citação editalícia, a nomeação do defensor dativo.

Em vista desta peculiar falta de lógica acadêmica, indica Spencer Ferreira Jr., "pretendia-se congregar dois dispositivos legais (art. 363, § 2.º, I, e art. 396, parágrafo único) positivados desconexamente, em substituição ao art. 366 do CPP, que não mais soaria harmonioso com a nova sistemática instituída. No atual passo do processo penal, subsiste apenas o art. 396, parágrafo único, do CPP, já que o art. 363, § 2.º, I, foi vetado e o art. 366, *caput*, perdeu sua *ratio essendi* – o comparecimento para o interrogatório como o primeiro ato do processo após a citação".[38]

Torna-se evidente a incongruência endonormativa circunstanciada pela intenção do legislador em seu recorte procedimental. Outrossim,

38. Ferreira Jr., Spencer dos Santos. A insubsistência do art. 366 do CPP diante da Lei 11.719/2008. *Revista da Emerj*, vol. 11, n. 44, 2008, p. 115.

valho-me da insofismável carga valorativa que merece a fase pré-publicação das regras, prestando-se as razões do veto como topos de seu pretendido alcance, a exemplo da retirada do perdão judicial à época da elaboração do Código de Trânsito Brasileiro. Aquele dispositivo que o previa fora vetado, mas o fundamento desta exclusão fora pela utilização subsidiária da disciplina genérica do Código Penal, mais ampla em relação àquela, ressalva Capez.[39] Sem maiores percalços, os tribunais[40] adotaram os fundamentos do veto como razões decisórias.

A literalidade da nova previsão da citação via edital demonstra uma antinomia endornormativa cujos reflexos interpretativos não permitem agravar a situação do acusado – a presunção de inocência e seu consectário *in dubio pro reo* hão de substancializar o devido processo legal em todas suas diretrizes, legislativa, aplicativa e, por ora, programática. A glosa sistematizada dos procedimentos inéditos consagrados, também, detona uma necessária consideração em benefício do hipossuficiente atacado. Por fim, as razões do veto presidencial desencadeiam apriorística *mens legis* que sufraga a tese da não suspensão do prazo prescricional da pretensão acusatória, quando houver citação por edital cumulada à revelia. Tão somente, suspende-se o processo; segue-se o *iter* prescricional.

4.6 Conclusão parcial: proposta redutora de danos

Experiência recente das leituras processuais penais demonstra verdadeira relação de vassalagem à teoria geral do processo civil. Em

39. Capez, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 286.

40. "Age com culpa, na modalidade de imprudência, o condutor de veículo que, sem se certificar da inexistência de fluxo de veículos no sentido oposto, realiza manobra de conversão à esquerda, transpondo via preferencial, vindo a ser colhido por caminhão que trafegava na direção oposta. Todavia, considerando que do acidente resultou vitimada fatalmente a esposa do réu, quase setuagenário, com quem convivia há 38 anos e evidenciado nos autos o sofrimento do agente em razão do fatídico evento, a hipótese comporta, a concessão do perdão judicial, com a conseqüente extinção da punibilidade do fato, com fulcro nos arts. 121, § 5.º, e 107, IX, do CP. No concurso formal, o perdão judicial se estende a todos os crimes, pois a ação é única, alcançando a todos a desnecessidade de punição legal, que já se deu pelos efeitos de um dos crimes sobre o agente. O perdão judicial tem de ser interpretado de acordo com o art. 51 do CPP, e art. 107, IX, do CP" (TJRS, AC 70009552043, 3.ª Câm. Crim., j. 11.11.2004, rel. Danúbio Edon Franco).

síntese, unificam-se conceitos ao arrepio de distinções conaturais dos objetos, interesses em liça e prerrogativas fundamentais dos contendores – à míngua da natureza ontológica contingencialmente (des)econtradiça de cada qual certame processual civil/penal. Seus referenciais semânticos, ressalta o Prof. Jacinto Coutinho,[41] são diferentes e não comportam um denominador absolutamente comum. Extremo, por temerário, o simplismo da importação de categorias (não apenas processuais, mas inclusive procedimentais) à vista da hialina diversidade científica.

Na dinâmica normativa contemporânea, é imprescindível o diálogo de fontes das ciências jurídicas utopicamente totalizantes, mas possivelmente minimizadoras de riscos pela conglobação das ordenações processuais às diretrizes superiores. Tais disposições se coordenam tanto interna como extrajuridicamente, ponderando-se todo lastro cognitivo alcançável para implemento de conclusões deontologicamente vislumbradas pelos direitos fundamentais. A própria origem do fato-crime (situação biopsicossocialmente complexa) e seu desenlace fenomenológico da violência nos vários setores do convívio humano exasperam os lindes estritos da mera leitura dogmática.[42] Todavia, a transdisciplinariedade, de plano, exclui a visão homonegeizadora outrora idealizada pela escola sistemática do processo civil. Pelo contrário, à teleologia reformista do Código de Processo Penal se avultam compleições diversas da glosa hermeticamente tradicional patrimonialista, carreando à tona o necessário regramento de prerrogativas constitucionais há mais de 20 anos

41. Coutinho, Jacinto de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: Wunderlich, Alexandre (org.). *Estudos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 140.

42. O cumprimento da sentença condenatória alavancou uma série de discussões dogmáticas. Por exemplo, inúmeras correlações cotejam o predisposto art. 240 ao inédito art. 475-J, ambos do CPC, dialogando a necessidade, ou não, da intimação para a incidência da multa (cuja natureza também é controvertida). Agora, são questões de cariz sobremaneira patrimonial, de técnica normativa rocconiana, que se reflete nos lindes argumentativos doutrinários: as propostas não transcendem daquilo comumente vivenciado ou positivado no próprio processo, sem aferir os ricochetes extraprocedimentais da reforma, na ótica da norma pela norma, do instrumento como autoefetivador de suas diretrizes.

Bem diversa a ordem de fundamentos e interesses que subjazem as celeumas criminais – tanto na origem quanto nas conseqüências teleologicamente vislumbráveis.

defensáveis. O crime e seus consectários (materiais e procedimentais) se aviam num giro epistemológico deveras mais abrangente, carecendo dessa proporcional análise sobremaneira sistemática.

Nos apertados fundamentos acima discutidos, preocupações transdisciplinares permeiam o recorte sorrateiro do procedimento penal – mormente em se tratando de ato pórtico citatório da fase postulatória e a decorrente suspensão (ou não) do prazo prescricional. Conceitos desencontrados aos procedimentos contemporaneamente modificados rarefazem sua própria força normativa, não pela singela literalidade da aparente antítese endonormativa mas, peremptoriamente, em face das restrições imperativas do poder, preordenadas pelas garantias fundamentais elencadas irrefutavelmente na Constituição Federal de 1988 e na sorte dos percalços extradogmáticos que se confrontaram.

Obviamente, são inúmeras as dificuldades da edição de um novo Código. Desde a retórica econômica, passando-se pela insuficiência pragmática, sustenta-se com proficiência a ideologia do reformismo (parcial). Agora, essa naturalidade injustifica uma conglobante restrição das garantias constitucionais processuais na mesma velocidade em que aplacada a liberdade pela edição paleopositiva de legislação sancionatória intransigente, de há muito verifica no Direito Penal. Além disso, saliente-se, a oportuna deflação legiferante criminal material verificada, desde 2006,[43] pela adoção de medidas mais profiláticas que punitivas, numa ideologia conformadora dos valores e princípios supremos do Estado pretensamente providência, converge-se à interpretação proposta. Invi-

43. A Lei 11.530/2007 instituiu o Pronasci. Dispõem seus prefaciais artigos: "Art. 1.º Fica instituído o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – Pronasci, a ser executado pela União, por meio da articulação dos órgãos federais, em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal e Municípios e com a participação das famílias e da comunidade, mediante programas, projetos e ações de assistência técnica e financeira e mobilização social, visando à melhoria da segurança pública. Art. 2.º O Pronasci destina-se a articular ações de segurança pública para a prevenção, controle e repressão da criminalidade, estabelecendo políticas sociais e ações de proteção às vítimas". Antes disto, em 2006, já identifico um paradigma não meramente sancionatório (de *outras* épocas) em termos de Direito Penal. As Leis 11.340/2006 e 11.343/2006, por exemplo, propõem regulamentos programáticos em suas essências, com a grande maioria de seus dispositivos não criminais. Trata-se de inédita tendência profilática de cunho sócio-assistencialista, elencando nova metodologias legiferantes, apesar da visão holofótica ora divulgada pela imprensa (mormente a televisiva).

ável o retrocesso, neste quadrante histórico, da integração sistemática do Código de Processo Penal aos verdadeiros auspícios democráticos do Estado brasileiro.

À guisa de referência pontual, o diálogo tanto das fontes normativas como extrajurídicas supõem que, pela reforma, a citação editalícia suspende o processo, mas não o curso do lapso prescricional. Essa conclusão parcial não é novidade, haja vista que o próprio Código de Processo Penal já previa crises de instância sem a suspensão do lapso deseficacional, *v.g.*: art. 149, § 2.°, e art. 414 (antiga redação). Ambas hipóteses ostentam suspensão do processo, mas não da prescrição; logo, nenhuma novidade nesta reflexão parcial.

5. Deseficacização *per saltum* da pretensão acusatória penal na citação por edital

Reafirme-se a conclusão parcial: a citação por edital do acusado que permanece revel suspende o processo, mas não suspende o prazo prescricional da pretensão acusatória. Desta referência parcial, duas ordens de questões permeiam a derradeira síntese. A sistemática da citação editalícia modificada retroage? Caso positivo, quais as respectivas consequências dessa extra-atividade?

No capítulo "2", debateu-se a natureza mista da norma que estipulou a sistemática da citação editalícia e a decorrente suspensão do prazo prescricional. Logo, a contrário senso, a derrogação daquela dessa regra *in bonam partem* desencadeia efeitos retroativos, fazendo prevalecer seu arquétipo material – atinente à extinção da punibilidade via prescrição.

Ademais, o caráter sincrético das normas elencadas (ou disfarçadas) nos Códigos procEssuais, supõe uma análise conjugada às prerrogativas constitucionais. A mera topologia das premissas (eventualmente) procedimentais não é peremptória à inexpugnável imbricação dos princípios da imediatidade ou do isolamento dos atos processuais. Até pelo fato inerente à indivisibilidade do Direito. Arrematam Queiroz e Vieira: "importa, numa perspectiva garantista, não a natureza jurídica da norma – se penal, se processual penal – mas o grau de garantismo que encerra. Afinal, tanto a infração penal quanto o modo de comprovação de sua existência e aplicação da pena têm de vir previstos antes do fato que motivou a intervenção jurídico-penal, a fim de que o cidadão saiba claramente o que deve e o que não deve fazer, como também o que será

sancionado, quais são as limitações do juiz e quais são suas garantias no processo penal. Ou seja, as regras do jogo hão de ser conhecidas antes mesmo de seu início, as quais não poderão, por isso, ser modificadas depois de iniciado, salvo, obviamente, para favorecer o réu".[44]

Retirada a suspensão do prazo prescricional da norma que previu a citação editalícia, sua aplicabilidade retroage para favorecer o acusado revel. Esta solução da primeva indagação é prejudicial à segunda.

A partir dela, o fenômeno da deseficacização *per saltum* da pretensão acusatória penal se clarividencia em singelo exemplo: um processo permanece suspenso em virtude da citação editalícia do acusado, nos moldes anteriores à reforma, como estipulado pelo então art. 366, na redação estrita da Lei 9.271/1996; o sujeito passivo não comparece por todo o lapso da prescrição em abstrato da pena (em se considerando a jurisprudência majoritária acima indicada), caracterizando-se revel; a demanda permanece no escaninho, inerte, até o advento da Lei 11.719/2008, que faz retroagir seus efeitos benéficos ao irrogado; reitero, o ínterim prescricional já transcorreu e o cartório, ao verificar a situação para reativar o trâmite, deve atestar o fenecimento *per saltum* da pretensão inicial já que, de uma penada legislativa, recortou-se a suspensão da prescrição.

Inativada nas prateleiras por todo o período de suspensividade outrora imaginável, a pretensão acusatória deseficacizou-se. Vitimizou-se-a pelo tempo razoável de antemão transcorrido e agora computado pela sorte reformista. Ao manusear novamente o processo, a única alternativa sobrejacente é seu arquivamento, agora definitivo (como se não estivesse, de fato, há anos), pela extinção da punibilidade juridicamente verificada.

Ou seja, a categorização *per saltum* desta prescrição (cujo processo material já esperava "arquivado" no escaninho) avulta-se na singela retroatividade do dispositivo ora regulador da citação editalícia. Como os entendimentos anteriores mantinham a força acusatória pelo prazo de sua deseficacização em abstrato, uma vez transcorrido tal ínterim, a pretensão resta consumida pelos efeitos *ex tunc* do dispositivo de natureza mista. De instantâneo, o legislador fulminou diversas demandas (ou esqueletos delas) que permaneciam como figuras históricas nos cartórios judiciais.

44. Vieira, Antônio; Queiroz, Paulo. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. *Bol. IBCCrim*, n.143, ano 12, p. 15.

Merece encômios a ideologia reformista positivada num excelente momento paradigmático e repleto de profícuas instruções programáticas. Entretanto, até mesmo para não arrefecer sua pretensão *materialmente* transformadora – consagrando, finalmente, disposições constitucionalizadas – seu manejo deve imbricar-se à sistemática leitura das categorias garantidoras das prerrogativas supremas e nela própria estipulada, pena de representar inestimado retrocesso autofágico, por meramente dogmático.

De molde a arrostar a presente interpretação, sugerir-se-ia não apenas a sorrateira modificação da lei processual (como sói acontece em nossos pagos), mas pela reforma das causas interruptivas do lapso prescricional do art. 117 do CP – positivando-se a localização/apresentação do suspeito como nova situação a interromper a prescrição do sujeito ora revel e citado por edital. Talvez com isto, uma série de infortúnios técnicos seria evitada.

A citação – quando mais as modalidades fictas – enseja o reforço hermenêutico que assegure aos atores processuais a paridade de armas e toda deontologia fundamental ao hipossuficiente imputado. Vale reforçar, sua modificação não deve/pode ser atomizada virtualmente, mas se sistematizar aos não retrocedentes anseios fundamentais de antemão guarnecidos na ordem suprema.

6. Considerações finais

As ciências jurídicas movimentam-se pendularmente até o alcance duma estabilização provisória, não raro frutificada por concepções ecléticas[45] ou conformadoras de alguns interesses conflitantes. De toda sorte, a sobreposição cronológica de legislações não mais viabiliza leituras herméticas de normas esparsas e/ou reformistas, de molde a significarem ilhotas epistemologicamente antitéticas ao sistema conglobante, numa acepção rocconiana legitimadora de autoritários *establishments*. Pelo contrário, a exsurgência (necessária) das novas regras processuais carece do coordenado diálogo com todas as fontes do sistema, mormente em vista da (re)leitura tópica da Constituição, de suas regras, seus programas principiológicos bem como dos valores que a norteiam/sufragam.

45. Chega-se a comentar que a identidade brasileira mantém apreço aos *tertium genus*. Congrega diversas acepções, por vezes, dessemelhantes. Isto não seria uma falta de identidade?!

Leia-se, como o processo se orienta dinamicamente na direção almejada da justiça (concretamente viável nem que seja para aplacar os danos [in]determináveis), seus institutos devem (sempre) ser(em) (re)pensados na perspectiva dos fundamentos imiscuídos exógena bem como endoprocessualmente. A constitucionalização das categorias jurídicas, ou melhor, a humanização promovedora do direito em movimento renova-se na dialética crítica, sem olvidar dos compromissos democráticos com os quais firmamos louvor numa perspectiva ideal(izante). Com John Rawls: "The only thing that permit us to acquiesce in an erroneous theory is the lack of a better one; analogously, an injustice is tolerable only when it is necessary to avoid an even greater injustice".[46]

Uma filosofia teórico-pragmática cartesiana remonta mecânica científica ultrajada. Moacir Adiers ressalva que "a ciência moderna produziu uma ruptura no tocante ao conhecimento e à compreensão dos fenômenos do mundo, tanto aqueles que dizem com os fatos da natureza como dos fatos em geral, aqui englobados os fatos humanos, sociais, culturais, econômicos e políticos".[47] Assertiva que refuta a logicidade hermética do sistema jurídico, mormente se observado no bojo do próprio Código de Processo Penal. Seus reflexos institucionais/programáticos transcendem a mera dogmática jurídica para se conformarem às demais linhas protetivas dos contendores envolvidos na mazela social subjacente.

A partir disso (e também por isto), sufraga-se uma leitura dialógica da reforma ora perpetrada. Não apenas vislumbrando a novidade citação "com hora certa" como filhote civilista importado e de sumária (in)aplicabilidade (in)transponível; não somente compreendendo a citação "por edital" nos moldes procedimentais anteriores e totalmente refratários aos lindes democráticos ora positivados. Se, técnica-normativamente, há restrições tácitas antinômicas a este maquinismo secular de outrora, a crítica medra qualificações exógenas de toda ordem – jurídicas, ou não.

Corolário dessa perspectiva é a inexpugnável glosa restritiva da citação por hora certa, adstringindo-a no bojo do próprio Código de Processo Penal. Em termos da citação editalícia – reitere-se: de modo

46. Rawls, John. *A theory of justice*. Oxford: University Press, 1996, p. 4.

47. Adiers, Moacir. O direito e o jurista em um mundo em transformação e produtor de contrastes. *Ajuris* 107/327.

algum representando ineditismo – tem-se a deseficacização *per saltum* da pretensão acusatória penal. Sua consagração funda-se, simplesmente, na retroatividade de norma mista (art. 366 do CPP), que não mais prevê a suspensão do prazo prescricional à combinação: citação por edital + revelia. A mera extra-atividade desta regra fenece por consumação os processos que aguardavam por razoáveis períodos nos escaninhos (ínterins da prescrição em abstrato). Tais como esqueletos desencarnados, também se perderam no esquecimento fático/jurídico, não devendo soterrar os cartórios com a transmutação dos escaninhos em (in)dignas peças de museus.

7. Bibliografia

Adiers, Moacir. O direito e o jurista em um mundo em transformação e produtor de contrastes. *Ajuris* 107. Porto Alegre: Ajuris, set. 2007.

Ávila, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *RDA* 24/167.

Andrade, Mauro Fonseca. Reflexões em torno de um novo Código de Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul* 61/113-130. Porto Alegre: Livraria do Advogado, maio-out. 2008.

Bauman, Zigmunt. *Vida para consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

Bizzotto, Alexandre. O mal-estar do juiz criminal e a ética da alteridade. *Ajuris* 108/13. Porto Alegre: Ajuris, dez. 2007.

Capez, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Carnelutti, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Edicamp, 2003.

Carvalho, Sandro Carvalho Lobato de; Lobato, Joaquim Henrique de Carvalho. Vitimização e processo penal. *Jus Navigandi*, n. 1937, ano 12. Teresina, 20.10.2008. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11854]. Acesso em: 14.06.2009.

Castro, Cássio Benvenutti de. Decadência da potestade invalidante do ato administrativo. *Jus Navigandi*, n. 2121, ano 13. Teresina, 22.04.2009. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12670]. Acesso em: 31.05.2009.

Coutinho, Jacinto de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: Wunderlich, Alexandre (org.). *Estudos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Dias, Handel Martins. O tempo e o processo. *Ajuris* 108. Porto Alegre: Ajuris, dez. 2007.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FERREIRA JR., Spencer dos Santos. A insubsistência do art. 366 do CPP diante da Lei 11.719/2008. *Revista da Emerj*, vol. 11, n. 44, 2008.

FREUD, Sigmund. *Cinco lições de psicanálise*. São Paulo: Nova Cultural, 2005, coleção Os Pensadores.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; DI GESU, Cristina Carla. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *Ajuris* 107. Porto Alegre: Ajuris, set. 2007.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008,

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Oxford: University Press, 1996.

REINALDO FILHO, Demócrito. A penhora on-line: a utilização do sistema BacenJud para constrição judicial de contas bancárias e sua legalidade. *Jus Navigandi*, n. 1066, ano 10. Teresina, 02.06.2006. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8459]. Acesso em: 14.06.2009.

THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VIEIRA, Antônio; QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. *Bol. IBCCrim*, n. 143, ano 12. São Paulo: IBCCrim, out. 2004.

50567

2
Problemas actuais do *habeas corpus* em Portugal

PEDRO CORREIA GONÇALVES

Doutorando em Direito Penal na Escola de Direito de Lisboa, da Universidade Católica Portuguesa. Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Consultor da Direcção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça de Portugal.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O *habeas corpus* é uma providência de carácter excepcional e extraordinário, porque se destina a fazer cessar situações anormais, extraordinárias e de gravidade extrema. Não existe em Portugal uma regulamentação geral da providência de *habeas corpus*, mas tão só regulamentações parciais em campos específicos – Código de Processo Penal (CPP) e Lei de Saúde Mental (LSM). Por outro lado, o Código de Processo Penal contém um regime restritivo em termos de utilização do *habeas corpus*, o que se mostra incompatível com o texto constitucional. No que se refere à regulamentação da providência de *habeas corpus* em sede de Lei de Saúde Mental, a mesma vem, em larga medida, superar a visão restritiva presente na legislação processual penal. Por último, não faz hoje qualquer sentido continuar a falar em subsidiariedade quando se estuda e aplica a magna providência de *habeas corpus*.

PALAVRAS-CHAVE: *Habeas corpus – Interdicto de homine libero exhibendo – Magna Carta Libertatum – Habeas corpus Act* – Constituição da República Portuguesa – Abuso de poder – Prisão ilegal – Detenção ilegal – Código de Processo Penal – Lei de Saúde Mental.

ABSTRACT: THE *habeas corpus* is an exceptional and extraordinary measure, because its aim is to stop abnormal, unusual and extreme situations. In Portugal there is no specific regulation about the *habeas corpus* institution, only partial regulations in specific fields – The Code of Criminal Procedure (CCP) and The Mental Health Law (MHL). Moreover, the Code of Criminal Procedure contains a restrictive regime of the *Habeas corpus* legal instrument, which appears to be incompatible with the constitutional text. The connection is with the *habeas corpus* regulation of The Mental Health Law, it seems that this legal act overcomes the narrow vision that is present in the Portuguese criminal procedural law. Finally, it makes no sense in talking about something subsidiary today, when we study and make use of the *habeas corpus* legal instrument.

KEYWORDS: *Habeas corpus – Interdicto de Homine Libero Exhibendo – Magna Carta Libertatum – Habeas corpus Act* – Constitution of the Portuguese Republic – Abuse of Power – Illegal imprisonment – Illegal detention – Criminal Procedure Code – Mental Health Law.

SUMÁRIO: 1. Do conceito de *habeas corpus* – 2. Origem e evolução histórica do *habeas corpus* – 3. Natureza e regulamentação do *habeas corpus* no ordenamento jurídico português: uma questão doutrinal controvertida: 3.1 O *habeas corpus* na Constituição da República Portuguesa; 3.2 O *habeas corpus* no Código de Processo Penal: 3.2.1 O *habeas corpus* em virtude de *detenção ilegal;* 3.2.2 O *habeas corpus* em virtude de *prisão ilegal;* 3.3 O *habeas corpus* na Lei de Saúde Mental – 4. A configuração constitucional do *habeas corpus vs.* o seu regime na legislação ordinária: uma apreciação crítica e toma de posição – 5. Referências bibliográficas.

1. DO CONCEITO DE *HABEAS CORPUS*

O instituto do "*habeas corpus*", pela sua história e grandeza jurídica, tem suscitado, ao longo dos tempos, um misto de admiração[1] e de criatividade nos autores que se têm dedicado ao seu estudo,[2] pelo que se pode encontrar plúrimas definições do conceito de "*habeas corpus*", mais ou menos abrangentes, consoante a época histórica e o alcance da providência nos vários ordenamentos jurídicos que a têm acolhido. Desta feita, no Brasil, onde o "*habeas corpus* é instituto jurídico de emprego amplo" (CERNICCHIARO, 1996, p. 37), a noção de *habeas corpus* é igualmente mais dilatada. Pelo contrário, em Portugal, onde tem sido reconhecido um papel bem menos alargado ao *habeas corpus*, a sua definição conceitual é mais circunscrita.

Antes, esclareça-se que, em sentido literal, a expressão "*habeas corpus*" significa "*tomar o corpo*" ("*que tenhas o corpo*"). Com efeito, "a expressão indica a essência do título, ou seja, que se toma a pessoa presa para apresentá-la ao juiz a fim de ser julgada. O objectivo básico é a tutela da liberdade física, no sentido de ir, ficar e vir, ou da liberdade de locomoção" (MAGALHÃES NORONHA, 1979, p. 403). Com bem explica Pinto Ferreira (1988, p. 6) "ter corpo, ou tomar o corpo, é uma metáfora, que significa a liberdade de ir e vir, o poder de locomoção, o uso dessa liber-

1. O *habeas corpus* é o " (...) remédio contra a prisão ilegal"; (o) "*habeas corpus* é das maiores conquistas jurídicas do homem, no âmbito da liberdade física". ACOSTA, Walter P., 1978, p. 512.
2. Em Portugal, a bibliografia sobre o *habeas corpus* é hoje praticamente inabarcável. Sobre este aspecto, vide MACHADO, Miguel Pedrosa, 1993, p. 517-526.

dade de locomoção livremente, salvo restrições legais a todos impostas indistintamente". Em boa verdade, "*habeas corpus* eram as palavras iniciais da fórmula no mandado que o Tribunal concedia, endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido. A ordem era do teor seguinte: "*Toma* (literalmente: *tome*, no subjuntivo, *habeas*, de *habeo*, *habere*, ter, exibir, tomar, trazer, etc.) o *corpo* deste detido e vem submeter ao Tribunal o homem e o caso" (PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 22).[3]

Como definir o conceito de "*habeas corpus*"?

Para Alexandre de Moraes (1997, p. 112), o *habeas corpus* "é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar". Por seu turno, José Cretella Júnior define o *habeas corpus* como "uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas e que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se trata, portanto, de uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinados no Código de Processo Penal".[4] De forma lapidar, afirma Rui Barbosa que o *habeas corpus* é "uma ordem dada pelo juiz ao coator a fim de fazer cessar a coação".[5] Estas são algumas das noções que podem ser encontradas no Direito brasileiro.

Em Portugal, a providência de *habeas corpus* também passou por diversas épocas históricas e conheceu diferentes regulamentações, pelo que as definições construídas e apresentadas pelos autores reflectem o espírito da época. Senão vejamos.

Em 30.06.1911, Adriano Mendes de Vasconcellos (1911, p. 4), no Projecto de Lei que apresentou à Assembleia Nacional Constituinte visando a regulação do *habeas corpus*, explicava que "denomina-se *habeas corpus*, em direito inglês, o processo e o *writ* que garantem a liberdade individual. Qualquer pessoa, illegalmente presa, pode requerer um *writ* à High Court of Justice contra a pessoa ou pessoas que sequestram o requerente". Refira-se, todavia, que este Projecto de Lei nunca chegou a

3. Vide, igualmente, ANTHERO, Adriano, 1919, p. 257.
4. José Cretella Júnior apud TRENTIN, Beatriz, p. 3.
5. Rui Barbosa apud TRENTIN, Beatriz, p. 3.

ser discutido. Veremos mais adiante e com mais pormenor o alcance e a importância do Projecto Adriano Mendes de Vasconcellos.

Marnoco e Souza (1913, p. 186), no seu "*Commentario*" à Constituição da República Portuguesa de 1911, refere que "o *habeas corpus* é um recurso summario para assegurar a liberdade, no caso de o individuo soffrer ou se encontrar em imminente perigo de soffrer violencia ou coacção, por illegalidade ou abuso de poder".

Por seu turno, Adriano Moreira (1945, p. 228-229) define o *habeas corpus* como o "processo destinado a restituir a pessoa, ilegalmente privada da liberdade física pela autoridade, à tutela do processo comum". Já Arlindo Martins (1947, p. 77) entende o *habeas corpus* como "a providência judicial destinada a garantir a liberdade individual, quando esta for ilegitimamente ofendida por abuso das autoridades".

Para Manuel Lopes Maia Gonçalves (1999, p. 455), a providência de *habeas corpus* é "um modo de impugnação de detenções ou de prisões ilegais que funciona quando por virtude do afastamento de qualquer autoridade da ordem jurídica os meios legais ordinários deixam de poder garantir eficazmente a liberdade dos cidadãos". De forma mais consentânea com a nossa visão do instituto, Germano Marques da Silva (2008, p. 357) vem ensinar que o *habeas corpus* é um "direito subjectivo (direito-garantia) reconhecido para a tutela de um outro direito fundamental, dos mais importantes, o direito à liberdade pessoal".[6]

2. Origem e evolução histórica do *habeas corpus*

A questão da origem da garantia de *habeas corpus*, "o meio mais expedito que a lei dispõe contra a violação ou ameaça à liberdade de locomoção da pessoa" (Magalhães Noronha, 1979, p. 406), é uma interpelação controversa que não tem uma resposta definitiva, existindo três correntes doutrinais que fixam a origem da providência jurídica em estudo em três épocas históricas distintas.

Assim, para alguns autores, o *habeas corpus* teve como ascendente o velho instituto do Direito Romano denominado *interdicto de homine libero exhibendo*,[7] que dava a todo o cidadão romano o direito de exigir a

6. Em sentido idêntico, vide Sousa, Marcelo Rebelo de; Alexandrino, José de Melo, 2000, p. 119.

7. Neste sentido vide, entre outros, Hierrezuelo Conde, Guillermo, 2006, p. 637 e ss.

exibição de um homem livre que havia sido ou se encontrava ilegalmente detido. Este *Interdictum* foi reconhecido no Digesto (43, 29,1 – "*quem liberum dolo malo retines, exhibeas*") e tinha "las notas de exhibitorio, perpetuo y atemporal y con carácter popular, puesto que se ejercía en nombre de la colectividad, ordenando el pretor la inmediata y pública exhibición de aquel hombre libre que presuntamente fuera retenido con dolo malo" (HIERREZUELO CONDE, 2006, p. 639).

Não obstante, para outros autores, "qualquer que seja a analogia que possa haver entre o *habeas corpus* e tal interdicto, certo é que foi na Inglaterra que este instituto chegou a attingir a sua physionomia actual" (MARNOCO E SOUZA, 1913, p. 186). Neste sentido, entendem que o *habeas corpus* teve a sua origem na *Magna Carta Libertatum*,[8] que foi imposta pela nobreza inglesa ao Rei João Sem Terra e assinada por este em 15.06.1215, depois de ter sido vencido pelos barões ingleses, derrotado pelo rei de França e excomungado pelo Papa. A Magna Carta, que constitui a base da colecção de leis em vigor na Grã-Bretanha e "*das wahre Fundament englischer National-Freiheit*" ("*o verdadeiro fundamento da liberdade nacional inglesa*")[9] destinava-se a defender os direitos da nobreza feudal e dos altos dignitários da Igreja face ao poder autoritário e altamente discricionário do Rei. Contudo, e não obstante, continha igualmente outros preceitos de Direito Público que a tornaram na base das liberdades individuais inglesas. Entre outras coisas, a Magna Carta, também conhecida como a Grande Carta das Liberdades, consagrava no art. 39.º que "ninguém podia ser detido, preso ou despojado dos seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento realizado pelos seus pares, de acordo com as leis do país". Reside aqui, para os autores que defendem esta segunda teoria, a origem da providência de *habeas corpus*.[10]

Até então, os acusados, suspeitos ou meras vítimas da má vontade real, eram encarcerados nos subterrâneos da Torre de Londres, de onde desapareciam misteriosamente. Foi contra um tal abuso que se insurgiu

8. Neste sentido vide, entre outros, VASCONCELLOS, Adriano Mendes de, 1911, p. 4, MOREIRA, Adriano, 1945, p. 225, MARTINS, Arlindo, 1947, p. 77, PONTES DE MIRANDA, F. C., 1979, p. 11, CERNICCHIARO, Luiz Vicente, 1996, p. 37 e MAXIMIANO, António Henrique Rodrigues, 1997, p. 189-190.

9. Christoph Heinrichs apud PONTES DE MIRANDA, F. C.; 1979, p. 13.

10. Para maiores desenvolvimentos vide, entre outros, PONTES DE MIRANDA, F. C., 1979, p. 14-22.

a nação e, de forma mais efabulada, conta-se que os cidadãos obtiveram a prerrogativa de se dirigir ao carcereiro da Torre e de lhe perguntar: "*habeas corpus?*". O carcereiro era então obrigado a mostrar o preso, vivo ou morto, sendo que, neste último caso, tinha de explicar e de justificar a sua morte. O certo é que, desde então, passaram a ser expedidos *writs* (mandados) para que o homem (*corpus*) fosse trazido à presença do juiz, para que este decidisse de forma expedita sobre a manutenção ou não da prisão imposta. Sublinhe-se que esta é a postura doutrinal que recolhe mais adeptos.

Por último, há autores que fixam a origem do *habeas corpus* no reinado de Carlos II de Inglaterra.[11] Na sequência da chamada *Petition of Right* (1628), que surgiu como resultado da velha ambição de liberdade do povo inglês ainda sob o reinado de Carlos I,[12] apareceu, em 1679, o denominado *Habeas corpus Act*. Não obstante as acesas discussões que se têm gerado em torno da importância do *Act* de 1679, pode afirmar-se que "na Inglaterra, com o *Habeas corpus Act* de 27.05.1679, foi grande o passo que se deu para a liberdade. Daí terem-no chamado "outra Magna Carta". A violação da liberdade passou a criar o "direito ao mandado" (*right to the writ*)" (Pontes de Miranda, 1979, p. 45). Com efeito, através daquele instrumento legal, qualquer pessoa acusada de ter cometido um crime e que estivesse a sofrer uma restrição na sua liberdade de locomoção podia requerer ao Juiz a expedição de uma ordem, a fim de que o

11. Sem afirmar que o *Habeas corpus Act* de 1679 constitui a origem da providência de *habeas corpus*, Ramon Soriano (1986, p. 65) vem, contudo, dizer que "el *Habeas corpus Amendment Act*, de 27.05.1679, es sin duda el punto más alto en la protección de la libertad física de los ciudadanos ingleses". Em sentido contrário vide, entre outros, Pontes de Miranda (1979, p. 57), segundo o qual, "a importância do *Habeas corpus* Act tem sido muito discutida. Escritores superficiais, constitucionalistas sem o suficiente preparo de direito inglês, têm visto nele a origem do habeas-corpus. Poderíamos citá-los, mas seria enumerar, talvez, a maioria dos livros de direito público (...) Atribui-se destarte àquele *bill* significação descabida, acima dele, contra a qual já protestava com veemência, há quase um século, Henry Hallam: "Quoique ce soit un act excellent, il n'introduisit aucun nouveau principe, et ne confère aucun droit aux citoyens".

12. "Sob Carlos I, monarca mal aconselhado, que pretendia governar sem leis e sem nobreza, a campanha dos povos ingleses recomeçou. A velha ambição de liberdade incendiou novamente o ânimo daquele povo e as novas opressões ainda mais acentuaram a gravidade do momento histórico." Pontes de Miranda, F. C., 1979, p. 45.

responsável pela custódia ilegal o apresentasse ao Magistrado, que decidiria sobre a manutenção ou não da prisão (daí a expressão, significando "tomes o corpo e apresentes a pessoa detida ao Juiz"). Este *bill* continha uma sanção enérgica, "pois impunha a multa de 500 libras, em favor da parte lesada, ao magistrado competente, a quem fosse apresentada uma ordem de prisão e que se recusasse a passar um *writ* de *habeas corpus*" (MARNOCO E SOUZA, 1913, p. 187). Na medida em que este *habeas corpus* só se aplicava a pessoas acusadas de terem cometido um crime[13] surgiu, em 1816, o segundo *Habeas corpus Act*, que ampliou o alcance do instituto, para que pudesse servir às demais formas de prisão ilegal, acabando por torná-lo num instrumento de pronta e rápida defesa contra qualquer forma de ataque à liberdade pessoal. Por isso, "é graças ao *habeas corpus* que os constitucionalistas ingleses affirmam que a liberdade se encontra garantida na Inglaterra, tanto quanto o podem fazer as leis" (MARNOCO E SOUZA, 1913, p. 187). Deveras sintomática deste sentimento vem a ser a célebre e conhecida afirmação segundo a qual "the air of England has long been too pure for a slave, and every man is free who breathes it".[14]

Seja qual for a teoria que se adopte, não se pode escamotear ou olvidar que se deve ao direito inglês o esboço moderno do instituto jurídico do *habeas corpus*. Sublinhe-se, igualmente, que antes mesmo do surgimento do segundo *Habeas corpus Act*, o instituto jurídico em estudo já era conhecido dos norte-americanos,[15] levado que foi pelos colonizadores.[16] Partindo da Inglaterra e da América do Norte, o instituto espalhou-se depois pelo Mundo dito civilizado, principalmente após a

13. Como afirma Ramon Soriano (1986, p. 55-56), "la Ley de Hábeas Corpus de 1679 es un importante documento en el proceso de la formalización y atribución de competencias al recurso de hábeas corpus, pero quedó reservado para los asuntos de carácter criminal. Tuvo, por otra parte, la virtud de extender la protección del hábeas corpus a las colonias dependientes de la metrópoli inglesa".
14. Sir James Mansfield (1771) – "*Somerset Case*".
15. Para maiores desenvolvimentos acerca desde aspecto vide, entre outros, CARPENTER, A. H., 1902, p. 22 e ss.
16. "O *habeas corpus* passou do direito inglês para o direito americano, por intermédio dos colonos ingleses da América, que consideravam esta garantia como uma das mais caras prerrogativas dos cidadãos britânicos. Na América, a concessão do *habeas corpus* foi ampliada, applicando-se a todos os casos em que o individuo soffre violência ou coacção por illegalidade ou abuso do poder, e até aos casos de o indivíduo se encontrar em imminente

Declaração Universal dos Direitos do Homem que veio estabelecer, no seu art. 8.º, que "toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela Lei".

Dando um salto no tempo e no espaço e aterrando em Portugal, diga-se de forma muito resumida que também as nossas Ordenações continham incisos que procuravam obstaculizar prisões ilegais de súbditos. Porque as Ordenações Filipinas, elaboradas nos finais do século XIV durante o período em que Portugal esteve sob o jugo espanhol e a partir do reconhecimento da autoridade real de Filipe II, rei de Espanha, não determinaram uma efectiva inovação em termos legislativos em relação ao que se encontrava consignado nas Ordenações anteriores, mesmo porque grande parte da nova legislação foi compilada a partir das anteriores Ordenações – Afonsinas e Manuelinas – que formavam mais do que a sua base segura,[17] não precisamos de recuar mais afundo em termos temporais. Diga-se tão só, e para aquilo que nos importa, que as Ordenações Filipinas previam dois institutos, oriundos do Direito Romano, que podiam ser utilizados para libertar pessoas da prisão, a saber: o *Interdicto de liberis exhibendis* e o *Interdicto de homine libero exhibendo*, já nosso conhecido. Como bem explica Pontes de Miranda (1979, p. 143), "o primeiro era utilizado para reivindicar a liberdade de pessoas detidas pelos próprios familiares, como o pai que mantinha a filha casada em sua residência. Consequentemente, este interdito não se aplicava para as pessoas presas, acusadas de algum crime. Para este fim, o segundo previa a fórmula pretoriana, exigindo que se exibisse o homem que estivesse preso arbitrariamente. Apesar de não garantir a liberdade física, este instituto resguardava o indivíduo de prisões injustas, pois avaliava se o motivo de sua detenção era justo". Outro mecanismo utilizado na época, igualmente previsto nas Ordenações Filipinas, "consistia na edição das cartas de seguro, que primeiro tiveram a função de impedir que se exercesse a justiça particular e, depois, exprimiam um tempo determinado

perigo de soffrer esta violência ou coacção". MARNOCO E SOUZA, 1913, p. 188.

17. Como bem afirma Augusto Thompson (1976, p. 86), "o intuito do monarca espanhol era unicamente expedir uma legislação que impusesse seu domínio e não incluía o esforço de cunhar modificações substanciais no que já estava estabelecido".

para que a pessoa acusada ficasse presa, o qual depois de expirado, tinha o intuito de liberar a pessoa" (PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 143).

O desaparecimento deste tipo de compilações e o advento das Constituições Liberais e da legislação ordinária que as acompanhava não acarretou, de forma alguma, o desaparecimento das preocupações em garantir a liberdade individual face às investidas do Poder Público. Sinal disso é o facto da Constituição Portuguesa de 1911 ter introduzido, ou melhor dizendo, ter reintroduzido entre nós um remédio ou processo sumário de obtenção da liberdade física por quem dela havia sido ilegalmente esbulhado – o *habeas corpus*. Não obstante, é preciso afirmar que a Constituição da República Portuguesa de 1911 reservou para uma lei especial "o que diz respeito à extensão desta garantia e ao seu processo" (MARNOCO E SOUZA, 1913, p. 188). Como já tivemos oportunidade de referir, foi apresentado à Assembleia Nacional Constituinte, em 30.06.1911, um Projecto de Lei que tinha como escopo regular o instituto do *habeas corpus* previsto no art. 31.º da CRP/1911, nos termos do qual, "dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se encontrar em iminente perigo do sofrer violência, ou coacção, por ilegalidade, ou abuso de poder". O Projecto apresentado pelo Deputado Adriano Mendes de Vasconcellos sublinha de modo expressivo que "a instituição do *habeas corpus* tem por fim restituir à liberdade aquelles que se acharem sob prisão effectuada por autoridade incompetente ou sem despacho judicial que a ordene ou ainda fora dos casos e prazos legaes, bem como sanar uma violação de lei expressa e de que resulte o constrangimento de facto de qualquer cidadão" (art. 1.º) (VASCONCELLOS, 1911, p. 6). Como assevera Marnoco e Souza (1913, p. 189), "o *habeas corpus* vem assim a ser uma garantia contra todos os abusos do poder. Se o governo publicar um decreto ou portaria contra a lei, embora os agentes administrativos procurem executar estes diplomas, qualquer cidadão pode por meio do *habeas corpus* garantir-se contra esta situação illegal". Atentando no articulado do Projecto de Lei apresentado, podemos verificar que a providência de *habeas corpus* se estendia à liberdade de exercer uma função, à ilegalidade dos regulamentos, à inconstitucionalidade das leis, à execução que privasse o executado dos meios de subsistência e ao caso de se querer obrigar o cidadão, de forma ilegal, a fazer ou não fazer alguma coisa.[18] Como já dissemos, o

18. Para maiores desenvolvimentos, vide VASCONCELLOS, Adriano Mendes de, 1911, p. 6-7, MARNOCO E SOUZA, 1913, p. 188-191 e ANTHERO, Adriano, 1919,

Projecto de Adriano Mendes de Vasconcellos não chegou a ser discutido em Plenário.[19] A este propósito, Adriano Moreira (1945, p. 227) deixa uma desconfiança no ar e uma possível explicação para a não discussão do Projecto. Com efeito, "pela mesma altura, António José de Almeida, Ministro do interior, lia à Câmara uma correspondência ameaçadora de Paiva Couceiro, o honrado paladino da causa monárquica. A Câmara não estabeleceu nenhuma relação entre os dois factos, mas o projecto de Vasconcellos nunca chegou a ser discutido" (MOREIRA, 1945, p. 227). Desta forma, "apesar da solene promessa constitucional, a lei prometida nunca foi elaborada, no tempo de vigência da Constituição de 1911". (MOREIRA, 1945, p. 227).

Vem então o *habeas corpus* a ser reconhecido pela Constituição de 1933, que dispunha no art. 8.º, n. 20, § 4.º que "fora dos casos indicados no parágrafo antecedente, a prisão em cadeia pública ou detenção em domicilio privado ou estabelecimento de alienados só poderá ser levada a efeito mediante ordem por escrito da autoridade competente, e não será mantida oferecendo o incriminado caução idónea ou termo de residência, quando a lei o consentir. Poderá contra o abuso de poder usar-se da providência excepcional dos *habeas corpus*, nas condições determinadas em lei especial". Como podemos verificar, também a Constituição da República Portuguesa de 1933 remetia para lei especial o estabelecimento das condições de utilização e de funcionamento da providência de *habeas corpus*. Esta viria a surgir 12 anos depois com a

p. 257-258.

19. Alguns anos mais tarde, em 1923, Álvaro de Castro apresentou no Parlamento uma proposta para discussão e aprovação de um Projecto de Lei de regulamentação do *habeas corpus*, que já havia sido anteriormente submetido. Também este não viria a ser discutido. Assim escreve Álvaro de Castro (1923, p. 110-111): "Ainda na sessão legislativa de 1923 consegui fazer vingar uma proposta minha para que, em 48 horas, entrasse em discussão um projecto apresentado em 1913 e de que fora renovada a iniciativa. A comissão, de que faziam parte hábeis jurisconsultos, nunca apresentou parecer. Particularmente fui informado de que os próprios membros da comissão se aterraram com a aprovação d'uma lei regulando o *habeas corpus* que, segundo julgaram, deixaria as autoridades desarmadas em face do crime. É certo que as autoridades ficavam desarmadas, mas somente d'aquelas disposições que hoje lhes consentem tripudiar e até escarnecer das liberdades individuais".

discussão, aprovação e publicação do Dec.-lei 35:043, de 20.10.1945.[20] Até então afirmava-se que não se encontravam reunidas as condições necessárias para a efectivação da promessa constitucional. Como afirma Manuel Cavaleiro de Ferreira (1945, p. 851), o *habeas corpus* "trata-se, realmente, de um processo de defesa dos direitos da pessoa que só pode funcionar com segurança em situações de estabilidade política e de justo equilíbrio dos poderes do Estado. Essas condições verificam-se presentemente" (ano de 1945). Olhando para o Decreto-lei citado, podemos verificar que, de acordo com o disposto no art. 7.º, "pode usar-se da providência extraordinária de *habeas corpus*, nos termos dos artigos seguintes, a favor de qualquer indivíduo que se encontre ilegalmente detido", acrescentando o parágrafo único deste artigo que "só pode haver lugar à providência referida neste artigo quando se trate de prisão efectiva e actual, ferida de ilegalidade por qualquer dos seguintes motivos (...)". Em jeito de comentário a este artigo, Adriano Moreira (1945, p. 230) sublinha que "ficou assim, como julgo que deve ser, limitado o *habeas corpus* ao campo da garantia da liberdade física, só discordando do facto de se ter restringido ao caso da detenção efectiva e actual. Parece-me que lhe devia ter sido equiparado a caso da ameaça séria de detenção ilegal, e sobretudo o caso de a ordem de detenção ilegal estar dada mas não cumprida. A Constituição não se opunha a isso, e parece realmente demais exigir que o cidadão se deixe prender ilegalmente para só depois poder protestar". De forma breve, pode afirmar-se que, durante todo o período em que vigorou esta regulamentação, "a garantia do *habeas corpus* era duplamente limitada, quer no que respeita à faculdade de o governo suspender a garantia quando bem o entendesse, quer no que toca ao objecto, que só abrangia as limitações ilegais da liberdade física, não incluindo designadamente o caso da ameaça séria dessa limitação nem o da detenção ordenada, mas ainda não cumprida, sendo o efeito prático da medida muito diminuído pela garantia administrativa em relação à autoridade administrativa responsável pela detenção ilegal e à autoridade administrativa desobediente à ordem do Supremo Tribunal de Justiça para responder à petição do *habeas corpus* e, sobretudo, por um esquema de sanções de pretensões abusivas que incluía no caso de indeferimento do requerimento por manifesta falta de fundamento a

20. Para um estudo aprofundado do Dec.-lei 35:043, de 20.10.1945 vide, entre outros, MOREIRA, Adriano, 1945, p. 229-249 e MARTINS, Arlindo, 1947, p. 78-95.

condenação do advogado subscritor solidariamente com o reclamante em uma sanção pecuniária e, se tivesse ou devesse ter tido conhecimento da falta de fundamento legal da petição, em suspensão do exercício da advocacia pelo período de três meses a um ano, sendo o reclamante que se mostrasse ter tido o intuito de demorar ou prejudicar o andamento dos autos condenado em prisão correccional por injúria ao tribunal".[21]

Por outro lado, o *habeas corpus* era constitucionalmente consagrado como uma providência extraordinária, utilizável com todas as limitações que essa significação implicava. A Constituição da República Portuguesa que assim o consagrava viria a sofrer, durante o seu largo período de vigência, uma série de revisões, mais ou menos amplas ou complexas. Como afirmou a este respeito a Câmara Corporativa, "desde que obteve aprovação plebiscitária em 1933, a Constituição Política da República Portuguesa foi várias vezes sujeita a revisão, mas só em três oportunidades foi objecto de verdadeiras alterações de fundo. Em 1945, as alterações introduzidas na lei fundamental foram dominadas pela extensão formal dos poderes legislativos do Governo, que eram, de direito, até aí, poderes excepcionais. Em 1951, sobressaíram a integração formal na Constituição das disposições, então vigentes, de direito constitucional especial para o ultramar, e a instituição de uma reserva de competência legislativa em favor da Assembleia Nacional. Em 1959, as alterações substancialmente mais relevantes foram, sem dúvida, as respeitantes à forma da eleição do Presidente da República, à inclusão na reserva da lei de certas liberdades fundamentais e do estatuto dos juízes, e, num plano naturalmente secundário, a supressão da autarquia provincial no Continente (para não referir já uma certa directriz integracionista, em matéria de organização político-administrativa das províncias ultramarinas)".[22] O ano de 1971 foi ano de nova revisão constitucional. Uma vez mais, a Proposta de Revisão apresentada pelo Governo – Proposta de Lei n. 14/X –, estabelecia o carácter excepcional da providência de *habeas corpus*, prescrevendo, no art. 21.°, § 4.°, que "poderá contra o abuso do poder usar-se da providência excepcional do *habeas corpus*". (PEREIRA, 1971, p. 34). Sobre esta questão pronunciou-se a Câmara Corporativa que, como publicita no ponto 51 do seu Parecer (Parecer n.

21. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, sem data, p. 5-6.

22. *Actas da Câmara Corporativa*, X Legislatura, n. 67, de 16.03.1971, p. 618.

22/X),[23] "votou a eliminação do adjectivo 'excepcional'"[24] do artigo constitucional referente à providência de *habeas corpus*. No mesmo sentido se manifestou a Comissão Eventual, segundo a qual "mereceu especial atenção da comissão a caracterização da providência do *habeas corpus*, em face da expressão 'excepcional', com que a Constituição vigente e a proposta do Governo a faz anteceder, e perante a expressão 'sempre', com que o projecto advoga a sua utilização" (PEREIRA, 1971, p. 265). Não obstante estes posicionamentos acertados e consentâneos com o espírito intrínseco da providência de *habeas corpus*, a Constituição da República Portuguesa de 1933, *post* revisão de 1971, continuou a consagrar o *habeas corpus* como um instituto jurídico de carácter excepcional.

Com o advento da Terceira República, o *habeas corpus* foi acolhido, como não poderia deixar de ser, pela Constituição da República Portuguesa de 1976, encontrando-se consignado no art. 31.º, que dispõe no seu n. 1 que "haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a requerer perante o tribunal competente". Neste estádio, fazemos nossas as questões formuladas por Adriano Moreira (1945, p. 227) a propósito do *habeas corpus*: "qual o seu âmbito e vantagens? Em que condições e a que pessoas se aplica? Como se processa?" A estas e outras questões daremos resposta no ponto que se segue, sendo certo que, como afirma Rodrigues Maximiano, "o regime das Constituições de 1911 e 1933 era claramente mais favorável que o da Constituição de 1976" (1997, p. 200).

3. NATUREZA E REGULAMENTAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: UMA QUESTÃO DOUTRINAL CONTROVERTIDA

3.1 O habeas corpus *na Constituição da República Portuguesa*

O art. 31.º, n. 1, da CRP estabelece que "haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a requerer perante o tribunal competente". Para melhor apreendermos o significado e o alcance jurídico-constitucional do artigo acabado de transcrever, importa destacar as suas palavras-chave e procurar a significação jurídica e constitucional de cada uma delas. Só assim é possível compreender, no seu todo, o direito ao *habeas corpus*. Desta feita, torna-se imperioso analisar os seguintes conceitos:

23. Idem, p. 617-688.

24. Idem, p. 633 e PEREIRA, Manuel Trigo, 1971, p. 102.

1 – Abuso de poder;

2 – Prisão ilegal;

3 – Detenção ilegal.

Principiaremos pelo conceito de abuso de poder.

Sem mais delongas, afirme-se que o *abuso de poder*, também denominado *abuso de autoridade*, se caracteriza, naquilo que nos importa, pelo facto de uma autoridade pública mandar executar uma medida privativa de liberdade sem que, para tanto, observe ou atenda às formalidades e aos seus pressupostos legais. Dito de outra forma, o abuso de poder consiste na prática por um órgão ou por uma autoridade pública, no exercício das suas funções e atribuições, de actos e medidas que vão para além dos limites das suas competências legalmente atribuídas ou que não respeitam os requisitos estabelecidos na lei, prejudicando dessa forma direitos de terceiros, ou seja, o abuso de poder caracteriza-se pela exorbitância de atribuições ou poderes cometidos ao agente, órgão ou autoridade em questão. Para que se verifique, torna-se necessário que se reúnam três pressupostos, a saber:

1 – Que o acto praticado seja ilícito;

2 - Que tenha sido praticado ou mandado praticar por um agente ou autoridade públicos;

3 – Que não exista um motivo que legitime ou justifique o acto praticado.

Mas, para que se concretize o dispositivo constitucional, é ainda necessário que se verifique abuso de poder "*por virtude de prisão ou detenção ilegal*". Se atentarmos na jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC), que acolhe e cimenta o entendimento que o STJ tem tido a este respeito, verificamos que tem havido "uma espécie de intensificação da ideia de abuso de poder, enquanto qualificativa das situações que são abrangidas pelo *habeas corpus*".[25] A este propósito, o TC veio mesmo afirmar que "ao conceber esta medida (*habeas corpus*) como providência apta para, expeditamente, fazer cessar uma situação caracterizadamente abusiva, o acórdão entronca, de resto, na linha jurisprudencial do STJ que coloca o acento tónico na ocorrência de abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, conjugada na protecção constitucional do direito à liberdade, sendo exigível, no entanto, em caso de atentado

25. José Lobo Moutinho. In: Miranda, Jorge; Medeiros, Rui, 2005, p. 346.

ilegítimo, "grave e em princípio grosseiro e rapidamente verificável", que integre uma das hipóteses de ilegalidade de detenção ou de prisão taxativamente indicadas "nas disposições legais que desenvolvem o preceito constitucional", concretamente no elenco contemplado no n. 2 do art. 222.º do CPP (assim, por exemplo, os Acórdãos de 10.01.2002, 23.05.2002 e 26.06.2003, lavrados, respectivamente, nos processos ns. 02P002, 02P023 e 03P2629). Como resulta destes arestos e agora se acentua, para que se desencadeie o exame da situação de detenção ou prisão nesta sede há que se deparar com abuso de poder, consubstanciador de atentado ilegítimo à liberdade individual – grave, repete-se, grosseiro e rapidamente verificável – que integra uma daquelas hipóteses, incluindo a obrigatoriedade de apontar os factos em que se apoia o pedido com necessária inclusão das referentes à componente subjectiva imputada à autoridade do magistrado envolvido. É que, observou-se no Acórdão do Supremo de 03.07.2001, ao sublinhar o rigor na caracterização da providência sob pena de se comprometerem os seus fins específicos e relevantes: a "[a]usência de factos suficientemente reveladores dos aludidos riscos, erros de apreciação, deficiências de fundamentação ou preterição de suficiente contraditório que porventura tenham existido, não podem, na falta de elementos minimamente concludentes, levar a considerar verificada a invocada actuação por arbítrio, abuso de poder ou adulteração dos fins que tornassem a imposição da prisão preventiva manifestamente 'ilegal' – passível, portanto, de lhe ser posto termo pela providência de *habeas corpus* – e não porventura somente 'injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto' (art. 225.º, n. 2)".[26] Ora, como bem afirma José Lobo Moutinho, a orientação jurisprudencial limitativa plasmada neste aresto é claramente questionável. Com efeito, "logo pela letra da Constituição, é dificilmente sustentável que o abuso de poder deva realmente funcionar como uma exigência suplementar relativamente à detenção ou prisão preventiva. A Constituição não concebe o *habeas corpus* "contra prisão ou detenção ilegal por abuso de poder" mas "contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal", sugerindo claramente a falta de autonomia de ambos os requisitos".[27] Não podemos esquecer, que a providência de *habeas corpus* se caracteriza por ser um remédio expedito contra qualquer medida

26. Acórdão n. 423/03 do Tribunal Constitucional, de 24.09.2003. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030423.html].

27. José Lobo Moutinho. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, 2005, p. 347.

ilegal que restrinja o direito à liberdade. E, como tal, verificando-se uma privação ilegal da liberdade pessoal, mediante prisão ou detenção, a providência de *habeas corpus* deverá ter lugar independentemente da verificação do requisito subjectivo do abuso de poder, que é apanágio da actuação da autoridade mas estranho ao espírito do *habeas corpus*. Com efeito, o requisito subjectivo do abuso de poder não tem uma autonomia própria. O que tem de se verificar é um abuso de poder por virtude, isto é, nascido, originado, proveniente de uma detenção ou prisão contrárias ao espírito legal. A verificação destas últimas é que consubstancia um abuso de poder.

A respeito do conceito de *prisão ilegal*, Rodrigues Maximiano vem distingui-lo dos conceitos de *prisão injustificada* e de *prisão injusta*. Para este autor, "a prisão é ilegal quando efectuada fora da previsão do art. 27.º da CRP; quando for ordenada ou efectuada por entidade incompetente ou de forma irregular; quando se mostrem ultrapassados os prazos fixados por lei ou por decisão judicial ou quando for motivada por facto que a não admita".[28] (MAXIMIANO, 1997, p. 196). Por seu turno, "a prisão é injustificada, mas não é ilegal, quando venha a revelar-se ter sido determinada por erro na apreciação dos pressupostos de facto" e a "prisão injusta é aquela que resulta, de uma decisão judicial correcta no contexto dos elementos disponíveis mas que, por posterior descoberta de novos factos ou de novas provas se vem a verificar supervenientemente incorrecta" (MAXIMIANO, 1997, p. 199). Nesta ordem de ideias, a prisão dita injustificada é atacável por intermédio de recurso ordinário, a prisão denominada injusta é impugnável pela via do recurso extraordinário de revisão e ao *habeas corpus* ficarão reservadas as situações de "prisão ilegal". Por último, afirme-se que a detenção será ilegal, para efeitos de pedido de *habeas corpus*, quando tenha sido decretada por quem não detenha a competência para a decidir ou, tendo essa competência, não se encontrem reunidos os pressupostos previstos na lei.

Se atendermos ao facto de que a garantia de *habeas corpus* tem sido encarada, sobretudo pela jurisprudência, como "um meio excepcional, uma última *ratio*, quase dispensável num Estado de Direito Democrático" (COELHO, 2000, p. 73) devido ao facto de se entender que "quer no plano constitucional, quer no plano ordinário, o ordenamento jurídico

28. O mesmo autor (1997, p. 197) acrescenta que a prisão ilegal "é a que se consubstancia num abuso de poder por violação dos artigos 27.º e 28.º da CR".

apresenta muitas outras garantias dos direitos fundamentais, particularmente da liberdade física" (COELHO, 2000, p. 73), era caso para dizer que o art. 31.º da CRP se mostra com um preceito constitucional anacrónico, arcaico e estranho à modernidade democrática. Salvo o devido respeito, permitimo-nos discordar deste entendimento e as recentes alterações legislativas dão-nos razão.

É certo que, como já ensinava Manuel Cavaleiro de Ferreira (1956, p. 477-478), a utilização frequente da garantia do *habeas corpus* poderá não ser o melhor sinal quanto ao funcionamento de um sistema jurídico. No entanto, cremos que estamos perante uma figura jurídica que teve, tem e terá um papel insubstituível no nosso ordenamento jurídico, na medida em que permite impugnar e pôr termo rapidamente a situações que, até por violarem o mais elementar de todos os direitos fundamentais – o direito à liberdade –, veriam na morosidade dos demais meios processuais violações insustentáveis deste.[29] Isto leva-nos à velha querela acerca dos termos da correlação a estabelecer entre o *habeas corpus* e os recursos ordinários. Têm-se debatido aqui duas teses que importa dilucidar.

Uma das teses encontra-se plasmada nos arestos do STJ e tem sido secundada pela maioria da doutrina portuguesa. Até há relativamente pouco tempo, e de forma sintética, diga-se que a jurisprudência do STJ acerca do *habeas corpus* afirmava peremptoriamente que "constitui jurisprudência dominante, senão mesmo uniforme, deste STJ, que o pedido de *habeas corpus*, por se tratar de uma providência de carácter excepcional, tem como pressuposto da sua concessão que a decisão que determinou a prisão considerada ilegal não seja passível de recurso ordinário".[30] Foi também esta a posição defendida no conhecido e recente acórdão que o STJ proferiu a propósito do chamado "Caso Esmeralda".[31] Ressalva-se que, em virtude da recente alteração do Código de Processo Penal, verificou-se entretanto uma inflexão, da qual adiante daremos conta, da jurisprudência aqui citada. Apesar de continuar a defender a excepcionalidade da providência de *habeas corpus* de um modo ainda

29. Neste sentido vide, entre outros, COELHO, Carla Sofia Xavier, 2000, p. 74.

30. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09.03.2000. Disponível em: [www.dgsi.pt].

31. Ressalve-se, todavia, a Declaração de voto de vencido apresentada pelo Conselheiro Santos Carvalho. Este Acórdão encontra-se disponível em: [www.verbojuridico.net].

bastante restritivo, o STJ vem agora admitir a interposição de pedidos de *habeas corpus* não obstante a verificação da existência de oportunidade de interposição de um recurso ordinário. Mas, como já afirmámos, esta questão será discutida mais adiante.

A título representativo da doutrina dominante, Manuel Cavaleiro de Ferreira (1945, p. 851) declarava que "o *habeas corpus* é um remédio excepcional para proteger a liberdade individual nos casos em que não haja qualquer outro meio legal de fazer cessar a ofensa ilegítima dessa liberdade. Com a cessação da ilegalidade da ofensa, e independentemente da restauração da liberdade, fica realizado o fim próprio do *habeas corpus*. Doutro modo, tratar-se-ia de simples duplicação dos meios legais de recurso".[32] Também Manuel Lopes Maia Gonçalves (1999, p. 455) grafava que "a providência de *habeas corpus* é um modo de impugnação de detenções ou de prisões ilegais que funciona quando por virtude do afastamento de qualquer autoridade da ordem jurídica os meios legais ordinários deixam de poder garantir eficazmente a liberdade dos cidadãos; não substitui porém os meios ordinários de apreciação da legalidade".

Seria esta doutrina e esta jurisprudência, que constitui, na expressão de Adriano Moreira (1947/1948, p. 164), "a vida real do instituto" jurídico de *habeas corpus*, consentâneas com o disposto no art. 31.º da CRP?

Em nosso entender, e salvo o devido respeito, não. Cremos que a doutrina e a jurisprudência até agora dominantes não tinham em linha de conta a qualificação de direito fundamental que adjectiva o direito ao *habeas corpus* e, portanto, apresentavam uma interpretação limitativa e desconforme com o disposto na Constituição da República Portuguesa, mostrando-se contrária não só ao regime de restrições dos direitos, liberdades e garantias, como também ao próprio regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias. Não podemos esquecer que as restrições aos direitos fundamentais têm de estar expressamente previstas na Constituição e que não podem as leis restritivas diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Atendendo ao disposto no art. 31.º da CRP verificamos, por um lado, que dele não

32. Em sentido similar vide, entre outros, MOREIRA, Adriano, 1945, p. 228.

resulta qualquer previsão de qualquer restrição ao "direito-garantia"[33] que consagra. Por outro lado, mesmo que previsse uma restrição, a mesma tinha de respeitar os limites impostos pelo n. 2 do art. 18.º da CRP, ou seja, tinha de limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente previstos. Em suma, cremos que aquela posição que vinha a ser defendida pela doutrina e pela jurisprudência acerca da utilização e do carácter excepcional da providência de *habeas corpus* se mostra criticável e de duvidosa constitucionalidade.

Posto isto, podemos agora encarar e perceber melhor o alcance das normas que regulam o *habeas corpus* no Direito Processual Penal português, em nosso entender de carácter restritivo, *quiçá* mesmo inconstitucionais.

3.2 *O* habeas corpus *no Código de Processo Penal*

Recuperando o que acima se afirmou, têm coexistido no panorama doutrinal português duas teses que se têm digladiado e procurado marcar de forma díspar, bem entendido, a amplitude e o campo de aplicação da providência de *habeas corpus*. Uma delas já tivemos oportunidade de referir e de criticar, pois propunha a interpretação da excepcionalidade do instituto do *habeas corpus*, no sentido de que este não teria lugar enquanto houvesse meios legais ordinários – recursos – susceptíveis de obviar a situação *in concreto*. A outra tese, minoritária no seio da doutrina portuguesa, foi alimentada pela anterior regulamentação da matéria no Código de Processo Penal de 1987. Propunha uma posição contrária à sufragada maioritariamente, na medida em que propugnava um alargamento do âmbito de aplicação da providência de *habeas corpus* e negava, consequentemente, um carácter subsidiário da providência de *habeas corpus* face aos recursos ordinários. Com efeito, o art. 219.º do CPP estabelecia que "sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, da decisão que aplicar ou mantiver medidas previstas no presente título há recurso, a julgar no prazo máximo de 30 dias a partir do momento em que os autos forem recebidos". Por seu turno, os arts. 220.º e 222.º do CPP vieram estabelecer, respectivamente, a possibilidade de *habeas corpus* em virtude de "detenção ilegal" e de "prisão ilegal", determinando aí um conjunto de fundamentos para lançar mão do *habeas corpus*, entendidos pela doutrina e pela jurisprudência como sendo taxativos. Debrucemo-

33. Sobre esta questão vide, entre outros, ANDRADE, José Carlos Vieira de, 1987, p. 171 e ss.

nos agora com mais minúcia sobre a anterior redacção do art. 219.º do CPP. Este artigo dispunha que a interposição de recurso de decisão que aplicasse ou mantivesse medidas de coação era feita "sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes" isto é, nos artigos respeitantes ao *habeas corpus* (arts. 220.º e 222.º do CPP). Face a esta redacção articular, gerou-se na doutrina duas interpretações díspares.

A doutrina maioritária, gravada nos acórdãos do STJ, veio defender que "a expressão 'sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes' significa, é o mesmo, que salvaguardado, respeitado, não prejudicado o disposto nos artigos seguintes; ou, doutra forma, mais simples: além do disposto nos artigos seguintes. Assim, o art. 219.º dispõe que da decisão que aplicar ou mantiver medidas de coacção há recurso, além de que pode usar-se da providência do *habeas corpus* quando não possa usar-se do recurso, isto é, quando não esteja em causa uma decisão judicial".[34]

Por seu turno, entendia a doutrina minoritária que o legislador com tal redacção teria querido certamente impedir que "o regime dos recursos funcionasse como obstáculo à petição de *habeas corpus*. Ao prescrever que o direito ao recurso existe sem prejuízo do direito a formular o pedido de *habeas corpus* o legislador aceitou uma possibilidade de opção por parte do requerente" (SANTOS, 2000, p. 307). Assim sendo, se o motivo alegado fosse uma ilegalidade clara, poderia o requerente formular uma petição de *habeas corpus*; nos outros casos, o recurso seria a via de impugnação adequada. Mas mais. Defendia ainda a doutrina minoritária que o legislador, com tal formulação, tinha vindo admitir "a coexistência de ambos em algumas situações. Se a causa de pedir não for coincidente nenhum obstáculo parece existir a uma dupla apreciação jurisdicional"[35] (SANTOS, 2000, p. 307-308).

Será que alguma das duas teses acima referidas encontra sustentação na nova letra do art. 219.º do CPP? Vejamos.

34. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16.01.1990, *Boletim do Ministério da Justiça (BMJ)*, n. 393. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, fev. 1990, p. 479. Rodrigues Maximiano (1997, p. 196) critica esta orientação jurisprudencial. Segundo este autor, "trata-se [o *habeas corpus*] de um direito fundamental abrangido pelo art. 18.º da CR pelo que a interpretação limitativa do STJ consubstancia uma interpretação do art. 219.º da CPP em desconformidade constitucional".

35. No mesmo sentido, vide SANTOS, Gil Moreira dos, 1996, p. 11.

Com a Lei 48/2007, de 29 de agosto, que consubstanciou a 15.ª alteração ao Código de Processo Penal, o art. 219.º, n. 1, do CPP passou a prescrever que "só o arguido e o Ministério Público em benefício do arguido podem interpor recurso da decisão que aplicar, mantiver ou substituir medidas" de coacção e, o n. 2 do mesmo art. veio estabelecer que "não existe relação de litispendência ou de caso julgado entre o recurso previsto no número anterior e a providência de *habeas corpus*, independentemente dos respectivos fundamentos". Que dizer desta nova redacção?

De forma lapidar, diga-se que a posição minoritária da qual já acima fizemos eco não foi, de forma alguma, decepada com a revisão do Código de Process Penal. Já a doutrina maioritária não viu o legislador consagrar a sua visão restritiva. Pelo contrário. Agora, o legislador veio esclarecer que entre o recurso ordinário e a providência de *habeas corpus* não existe qualquer relação de litispendência ou de caso julgado.[36] O próprio STJ, não obstante continuar a afirmar que "o *habeas corpus*, tal como o configura o Código de Processo Penal, é uma providência extraordinária e expedita destinada a assegurar de forma especial o direito à liberdade constitucionalmente garantido, que não um recurso; um remédio excepcional, a ser utilizado quando falham as demais garantias defensivas do direito de liberdade, para estancar casos de detenção ou de prisão ilegais",[37] veio recentemente declarar que "não obsta à apreciação do pedido de *habeas corpus* a circunstância de poder ser, ou mesmo ter sido, interposto recurso da decisão que aplicou a medida de prisão preventiva, (mas que) deve ser-se especialmente exigente na análise do pedido de *habeas corpus*".[38] Mais acrescentou o STJ que "o acento tónico do *habeas corpus* é posto na previsão constitucional, o que vale por dizer na ocorrência de abuso de poder,[39] por virtude de prisão ou detenção ilegal, na

36. Como afirma Paulo Pinto de Albuquerque (2008, p. 605), "o legislador pretendeu pôr cobro à jurisprudência do STJ, firmada desde o início da vigência do Código de Processo Penal, no sentido da existência daquela relação".

37. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27.09.2007. Disponível em: [www.dgsi.pt].

38. Idem.

39. A este propósito, vide António Rodrigues Maximiano (1997, p. 196), segundo o qual "o cerne da questão está em definir o conceito de abuso de poder do art. 31.º da CR, o qual se identifica, a nosso ver, com as expressões

protecção do direito à liberdade, reconhecido constitucionalmente, uma providência a decretar apenas nos casos de atentado ilegítimo à liberdade individual – grave e em princípio grosseiro e rapidamente verificável – que integrem as hipóteses de causas de ilegalidade da detenção ou da prisão taxativamente indicadas nas disposições legais que desenvolvem o preceito constitucional".[40] Relembramos, aqui, as considerações que acima tecemos a propósito do conceito de abuso de poder e as críticas que fizemos a respeito da orientação jurisprudencial que reforça a ideia de abuso de poder enquanto traço qualificativo das situações susceptíveis de serem dirimidas por meio de uma providência de *habeas corpus*. Como então afirmámos, cremos que, verificando-se uma privação ilegal da liberdade pessoal, mediante prisão ou detenção, a providência de *habeas corpus* deverá ter lugar independentemente da verificação ou não do requisito subjectivo do abuso de poder, que é apanágio da actuação da autoridade mas estranho ao espírito do *habeas corpus*. O que tem de se verificar é um abuso de poder por virtude, isto é, nascido, originado, proveniente de uma detenção ou prisão contrárias ao espírito legal. Estas sim são de existência imprescindível para o funcionamento do instituto jurídico do *habeas corpus*.

Em resumo, cremos que o *habeas corpus* e o recurso ordinário são duas formas distintas de atacar decisões consideradas ilegais ou injustas. Cabe então ao detido escolher uma ou outra consoante os fundamentos da sua pretensão ou a que lhe mais aprouver, sendo que o *habeas corpus* e o recurso ordinário podem, inclusive, ser interpostos em simultâneo, agora independentemente de terem como base de sustentação fundamentos idênticos.

Vejamos agora, muito rapidamente, como o Código de Processo Penal disciplina e regula, respectivamente, o *habeas corpus* em virtude de *detenção ilegal* e o *habeas corpus* em virtude de *prisão ilegal*.

3.2.1 *O* habeas corpus *em virtude de detenção ilegal*

Nos termos do n. 1 do art. 220.º do CPP, "os detidos à ordem de qualquer autoridade podem requerer ao juiz de instrução da área onde

"detenção" e "prisão ilegal" constitucionalmente ali consignadas e vertidas nos artigos 220.º e 222.º do CPP".

40. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27.09.2007. Disponível em: [www.dgsi.pt].

se encontrarem que ordene a sua imediata apresentação judicial, com algum dos seguintes fundamentos:

a) Estar excedido o prazo para entrega ao poder judicial;

b) Manter -se a detenção fora dos locais legalmente permitidos;

c) Ter sido a detenção efectuada ou ordenada por entidade incompetente;

d) Ser a detenção motivada por facto pelo qual a lei a não permite".

Afirme-se, em primeiro lugar, que o Código de Processo Penal não nos fornece qualquer noção de *detenção ilegal* apesar de utilizar este conceito. Diga-se, todavia, que não é imperioso que o legislador defina os conceitos que emprega nas normas processuais, "*maxime* quando não quer, como é saudável, cortar a elaboração jurisprudencial e doutrinária" (ROCHA, 1983, p. 41). Afirmavam os Romanos, e não sem razão, que *omnis definitio periculosa*, uma vez que a limitação rígida de noções ou conceitos pode implicar que fiquem de fora actos, comportamentos, situações ou realidades que, no momento da edição da norma, o legislador não previu mas que boas razões de justiça e de política criminal impõem que sejam abrangidas. Dito isto, convém definir o que deverá entender-se por *detenção ilegal*. Para tanto, isto é, para se construir a noção de *detenção ilegal* para efeitos processuais penais, porque é disso que se trata, há que recorrer aos fundamentos que poderão alicerçar o pedido de *habeas corpus* e que se encontram acima identificados. Assim, será *detenção ilegal* toda a detenção que seja efectuada fora dos casos previstos na Constituição e em desrespeito pelo regime disposto no Código de Processo Penal e, nomeadamente, quando consubstanciar algum, ou alguns, dos fundamentos elencados no art. 220.°, n. 1, do CPP.

O n. 2 do mesmo artigo, reproduzindo a norma constitucional, vem estabelecer que "o requerimento pode ser subscrito pelo detido ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos". A petição é então apresentada directamente à autoridade que mantém o peticionante detido, sendo que, o Código de Processo Penal esclarece que "é punível com a pena prevista no art. 382.° do CP qualquer autoridade que levantar obstáculo ilegítimo à apresentação do requerimento referido nos números anteriores ou à sua remessa ao juiz competente" (art. 220.°, n. 3). Sobre o que seja *obstáculo ilegítimo* o Código de Processo Penal não esclarece. Esta questão será abordada mais adiante, embora possamos

dizer, desde já, que aquela possibilidade ou previsão legal merece a nossa crítica.

Uma vez "recebido o requerimento, o juiz, se o não considerar manifestamente infundado, ordena, por via telefónica, se necessário, a apresentação imediata do detido, sob pena de desobediência qualificada" (art. 221.º, n. 1).

Juntamente com a ordem referida no parágrafo anterior, o juiz manda notificar, termos do art. 221.º, n. 2, "a entidade que tiver o detido à sua guarda, ou quem puder representá-la, para se apresentar no mesmo acto munida das informações e esclarecimentos necessários à decisão sobre o requerimento". Posteriormente, uma vez ouvidos o Ministério Público e o defensor constituído ou nomeado para o efeito, o juiz profere a sua decisão (art. 221.º, n. 3).[41] Por último, diga-se que "se o juiz recusar o requerimento por manifestamente infundado, condena o requerente ao pagamento de uma soma entre 6 UC e 20 UC" (art. 221.º, n. 4).[42]

Uma questão importante, que interessa referir agora, prende-se com a localização sistemática do artigo que prevê o *habeas corpus* em virtude de detenção ilegal. Com efeito, insere-se o mesmo no capítulo do Código de Processo Penal referente aos modos de impugnação das medidas de coação. Neste sentido, em abono de uma leitura sistemática, lógica e coerente do Código de Processo Penal, deverá interpretar-se de forma extensiva a previsão do art. 220.º do CPP no sentido de abarcar toda e qualquer ofensa ao direito à liberdade pessoal adveniente da concretização ilegal das detenções previstas e permitidas nos arts. 116.º, n. 2, 250.º, n. 6 e 254.º a 257.º, todos do CPP.[43]

Posto isto, vejamos agora o procedimento que deve ser observado em caso de *habeas corpus* por virtude de prisão ilegal.

41. Em nosso entender, a decisão proferida é sempre susceptível de recurso (arts. 399.º e 400.º do CPP).

42. Atendendo ao valor actual da UC (€ 96), o montante da sanção pecuniária situa-se entre os 576 euros e os 1.920 euros.

43. Para maiores desenvolvimentos acerca da providência de *habeas corpus* em virtude de *detenção ilegal* vide, entre outros, SILVA, Germano Marques da, 2008, p. 279-283, GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, 1999, p. 454-458 e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2008, p. 608-609.

3.2.2 O habeas corpus *em virtude de prisão ilegal*

O *habeas corpus* em virtude de *prisão ilegal* encontra-se regulado nos art. (s) 222.º a 224.º do CPP. Por *prisão ilegal* deverá entender-se, como já acima referimos, "a que se consubstancia num abuso de poder por violação dos artigos 27.º e 28.º da CRP". (MAXIMIANO, 1997, p. 197).

Nos termos do art. 222.º, n. 1, do CPP, "a qualquer pessoa que se encontrar ilegalmente presa o Supremo Tribunal de Justiça concede, sob petição, a providência de *habeas corpus*". Esta petição "é formulada pelo preso ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos, é dirigida, em duplicado, ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, apresentada à autoridade à ordem da qual aquele se mantenha preso e deve fundar-se em ilegalidade da prisão proveniente de:

a) Ter sido efectuada ou ordenada por entidade incompetente;

b) Ser motivada por facto pelo qual a lei a não permite; ou

c) Manter-se para além dos prazos fixados pela lei ou por decisão judicial" (art. 222.º, n. 2).

Também aqui se formula um conjunto de fundamentos que deverão alicerçar o pedido de *habeas corpus*. Reservamos para momento ulterior a questão de saber se aqueles fundamentos devem ou não ser considerados como taxativos.

Prescreve o n. 1 do art. 223. do CPP, que a petição de *habeas corpus* é enviada imediatamente ao Presidente do STJ e deverá ser acompanhada de informação sobre as condições em que foi efectuada ou se mantém a prisão. Como assevera Cláudia Cruz Santos (2000, p. 310), "o facto de a petição ser dirigida ao próprio Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e o facto de poder ser formulada por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos (para além, como é obvio, do cidadão privado da liberdade) comprovam o seu carácter de urgência e a importância de que se reveste".

Esclarece ainda o n. 2, do mesmo art. que, "se da informação constar que a prisão se mantém, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça convoca a secção criminal, que delibera nos oito dias subsequentes, notificando o Ministério Público e o defensor e nomeando este, se não estiver já constituído. São correspondentemente aplicáveis os artigos 424.º e 435.º".

Para apreciação e discussão do pedido de *habeas corpus*, "o relator faz uma exposição da petição e da resposta, após o que é concedida

a palavra, por quinze minutos, ao Ministério Público e ao defensor; seguidamente, a secção reúne para deliberação, a qual é imediatamente tornada pública" (art. 223.°, n. 3). Nos termos do n. 4 do art. 223.° do CPP, "a deliberação pode ser tomada no sentido de:

a) Indeferir o pedido por falta de fundamento bastante;

b) Mandar colocar imediatamente o preso à ordem do Supremo Tribunal de Justiça e no local por este indicado, nomeando um juiz para proceder a averiguações, dentro do prazo que lhe for fixado, sobre as condições de legalidade da prisão;

c) Mandar apresentar o preso no tribunal competente e no prazo de vinte e quatro horas, sob pena de desobediência qualificada; ou

d) Declarar ilegal a prisão e, se for caso disso, ordenar a libertação imediata".

O Código de Processo Penal esclarece ainda que, "tendo sido ordenadas averiguações, nos termos da alínea b) do número anterior, é o relatório apresentado à secção criminal, a fim de ser tomada a decisão que ao caso couber dentro do prazo de oito dias" (art. 223.°, n. 5).

Também aqui o legislador previu uma sanção pecuniária dissuasora da formulação de petições de *habeas corpus* manifestamente infundadas, estabelecendo no n. 6 do art. 223.° que "se o Supremo Tribunal de Justiça julgar a petição de *habeas corpus* manifestamente infundada, condena o peticionante ao pagamento de uma soma entre 6 UC e 20 UC".[44]

Por último, diga-se que, segundo o disposto no art. 224.° do CPP, "é punível com as penas previstas nos ns. 4 e 5 do art. 369.° do Código Penal, conforme o caso, o incumprimento da decisão do Supremo Tribunal de Justiça sobre a petição de *habeas corpus*, relativa ao destino a dar à pessoa presa".[45]

44. Face ao valor actual da UC (€ 96), o montante da sanção pecuniária situa-se entre os 576 euros e os 1.920 euros.

45. Para maiores desenvolvimentos acerca da providência de *habeas corpus* em virtude de *prisão ilegal* vide, entre outros, SILVA, Germano Marques da, 2008, p. 356-364, GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, 1999, pp. 458-463 e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2008, p. 610-613.

3.3 *O* habeas corpus *na Lei de Saúde Mental*

A Lei de Saúde Mental (LSM) – Lei 36/1998, de 24 de julho[46] – vem estabelecer os princípios gerais da política de saúde mental e regular o internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica, designadamente das pessoas com doença mental. À semelhança do Código de Processo Penal e do Dec.-lei 265/1979, de 1 de agosto, que ainda regula a execução das medidas privativas de liberdade, a Lei de Saúde Mental atribui tanto ao internando, como ao internado um conjunto de direitos e de deveres (arts. 10.º e 11.º), entre os quais salientamos o direito à informação, o direito ao patrocínio judiciário, o direito ao recurso e o direito à intimidade da vida privada na sua vertente de direito a enviar e a receber correspondência, aliás como dita a jurisprudência do TEDH.

Porque o internamento compulsivo consubstancia uma privação de liberdade e porque o *habeas corpus* constitui garantia privilegiada do direito à liberdade, o legislador veio também acolher o instituto do *habeas corpus*[47] no art. 31.º da LSM, que tem por epígrafe: "*habeas corpus* em virtude de privação de liberdade ilegal". Em boa verdade, o internamento compulsivo está sujeito a um amplo controlo jurisdicional, não só porque tem de ser decretado na sequência de um processo judicial que culmina com uma decisão judicial, mas também porque a decisão judicial é sempre passível de recurso, na medida em que o art. 32.º da LSM admite amplamente o recurso para o Tribunal da Relação de todas as decisões judiciais relativas a esta matéria, ainda que esses recursos tenham um efeito meramente devolutivo (art. 32.º, n. 3).[48] Não obstante, o mecanismo de controlo judicial mais importante em caso de internamento compulsivo é a providência de *habeas corpus* prevista no já

46. Este diploma foi alterado pela Lei n. 101/99, de 26 de julho, que deu nova redacção ao art. 30.º, n. 2.

47. Não obstante, refira-se que o Tribubal Europeu dos Direitos do Homem já veio esclarecer, no Acórdão X/Reino Unido, de 05.11.1981, que cimentou e aprofundou a jurisprudência plasmada no Acórdão Winterwerp/Holanda, de 24.10.1979, que a providência de *habeas corpus* não era passível de substituir a apreciação da legalidade da detenção/internamento por um tribunal. Por isso, o legislador português previu igualmente na Lei de Saúde Mental a possibilidade de interposição de recurso das decisões finais de internamento (art. 32.º, n. 1).

48. Para maiores desenvolvimentos vide, entre outros, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, 2005, p. 137.

citado art. 31.º da LSM, que dispõe que "o portador de anomalia psíquica privado da liberdade, ou qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos, pode requerer ao tribunal da área onde o portador se encontrar a imediata libertação com algum dos seguintes fundamentos:

a) Estar excedido o prazo previsto no artigo 26.º, n. 2;

b) Ter sido a privação da liberdade efectuada ou ordenada por entidade incompetente;

c) Ser a privação da liberdade motivada fora dos casos ou condições previstas nesta lei".

Podemos assim verificar que a possibilidade de lançar-se mão da providência de *habeas corpus* se encontra expressamente estabelecida para os casos em que se tenha excedido o prazo para o juiz confirmar ou não um internamento urgente, quando a privação de liberdade tenha sido decretada por uma autoridade incompetente e, bem assim, nas situações em que aquela tenha sido imposta ou motivada fora dos casos ou condições previstas na Lei de Saúde Mental. São estes os fundamentos do *habeas corpus* admitidos na Lei de Saúde Mental. Se podemos afirmar que as duas primeiras alíneas articulares não levantam grandes problemas interpretativos, o mesmo já não se pode dizer em relação à al. c) do n. 1 do art. 31.º da LSM. Senão vejamos.

No que diz respeito ao primeiro fundamento, a al. a) do n.º 1 do art. 31.º da LSM, refere-se à excedência no prazo previsto no art. 26.º, n. 2 da mesma lei, excesso esse que pode ficar a dever-se ao facto da entidade que procedeu ao internamento não ter comunicado ao tribunal judicial competente, no prazo de 48 horas (art. 26.º, n. 2), a admissão do doente nas suas instalações (art. 25.º, n. 1) ou ao juiz que, podendo fazê-lo, não proferiu a decisão dentro do prazo legalmente estabelecido.

A al. b) do mesmo artigo também não causa embaraços interpretativos, reportando-se "claramente a casos em que a condução do internando foi efectuada por quem a lei não prevê ou em cumprimento de ordem de entidade sem poderes para o efeito, tal como terá aplicação noutros casos de manifesta incompetência de quem a haja decidido, mesmo tratando-se de autoridade judicial" (Latas; Vieira, 2004, p. 180).

Por último, veja-se a al. c) do n. 1 do art. 31.º da LSM, cuja previsão tem suscitado posições doutrinais divergentes, aliás à semelhança do que vimos acontecer, e do qual já demos conta, a propósito das disposições do Código de Processo Penal. A este respeito, Pedro Soares de Albergaria (2003, p. 75) vem afirmar que "a previsão da al. c) é passível de gerar

erro de interpretação face à ilusão de elasticidade que poderia decorrer do seu conteúdo relativamente indeterminado". Segundo o autor citado (2003, p. 75), "não faltaria quem, face ao texto da norma, assimilasse qualquer discordância sobre o bem fundado de privação da liberdade a uma motivação fora dos casos ou condições previstas na lei e por aí procurasse lançar mão deste meio (*habeas corpus*), em lugar, por exemplo, do recurso cabível". Defende assim o autor, uma interpretação restritiva do artigo em análise.[49] Também João Latas e Fernando Vieira (2004, p. 180), defendem que "a alínea c) abrangerá casos de manifesto desajustamento do internamento ao facto que o motivou, em face do estabelecido no art. 12.º". Mais acrescentam estes autores que, "importará ter bem presente, porém, que a providência de *habeas corpus* se caracteriza '(...) pela evidência da ilegalidade, a justificar o seu consequente carácter expedito, em consonância com a gravidade e carácter grosseiro do erro, fonte da violação a que se pretende pôr termo', pelo que não se mostrará ajustada para reagir contra decisão judicial de internamento fora de um quadro de manifesta e clamorosa ilegalidade, de grave e evidente violação da liberdade individual, a exigir a resposta urgente que, precisamente, a providência de *habeas corpus* está em condições de oferecer, ao contrário de outros meios de impugnação das decisões judiciais" (LATAS; VIEIRA, 2004, p. 180). Não obstante, sublinhe-se que João Latas e Fernando Vieira (2004, p. 180-181) subscrevem a doutrina de acordo com a qual "este carácter excepcional da providência não significa, bem entendido, que a mesma tenha carácter subsidiário relativamente à faculdade de

49. Não obstante, Pedro Soares de Albergaria já subscrevia em 2003 a posição segundo a qual a providência de *habeas corpus* podia ser utilizada em "primeira linha", negando o seu carácter subsidiário face ao recurso ordinário, isto é, defendia que o *habeas corpus* podia ser interposto independentemente da interposição de recurso. Poderá então questionar-se porque adopta uma posição tão restritiva face à al. c) do n. 1 do art. 31.º da LSM. A este respeito, Pedro Soares de Albergaria (2003, p. 75-76) vem esclarecer que "limitar o instituto à sua função excepcional passa, pois, por uma correcta interpretação restritiva, a qual apenas considera que a privação de liberdade desborda dos casos ou condições previstas na lei quando assume a natureza de um acto arbitrário, isto é, quando se mostre de todo destituído de título legal ou grosseiramente não se enquadrar no título legal invocado. Pense-se na hipótese de o juiz determinar o internamento ainda quando a avaliação psiquiátrica negue a existência de qualquer psicopatologia, juízo que aliás lhe é subtraído".

recorrer, conforme resulta do n. 1 do art. 32.º e, em processo penal, do art. 219 do CPP".

Em nosso entender, a al. c) do n. 1 do art. 31.º da LSM vem consagrar uma autêntica cláusula aberta que permite lançar mão do *habeas corpus* para fazer face a outro tipo de ilegalidades como, por exemplo, o internamento em estabelecimento desadequado ao estado do internando, o desrespeito pelo disposto no art. 33.º da LSM (substituição do internamento compulsivo por tratamento compulsivo em regime ambulatório) e no art. 34.º do mesmo diploma legal (cessação do internamento por concessão de alta ao internado) e, bem assim, o não cumprimento dos prazos e dos requisitos indicados no art. 35.º da LSM, relativos à revisão judicial da situação do internado. Negamos, por isso, uma interpretação restritiva da al. c) por não a considerarmos consentânea com a construção constitucional do *habeas corpus*.

No que diz respeito à legitimidade para requerer a providência de *habeas corpus*, também a Lei de Saúde Mental vem estabelecer, à semelhança do Código de Processo Penal (arts. 220.º, n. 2 e 222.º, n. 2), que "qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos" a pode interpor (art. 31.º, n. 1). Em nossa opinião, a qualificação do cidadão, isto é, a exigência que a lei faz no sentido do proponente da acção de *habeas corpus* esteja no gozo dos seus direitos políticos, não se aplica ao internado, ou seja, à pessoa que se encontra privada da sua liberdade.[50]

Quanto ao procedimento legal a seguir na interposição da providência de *habeas corpus*, parece ser de entender que será, *mutatis mutandis*, o previsto no Código de Processo Penal (art. 223.º), cuja aplicação subsidiária a Lei de Saúde Mental prevê no seu art. 9.º. Por outro lado, em nossa opinião e ao contrário do que verificamos em relação ao Código de Processo Penal, não se extrai do art. 31.º da LSM a necessidade de apresentar-se o requerimento de *habeas corpus* à entidade coactora. Resulta ainda da Lei de Saúde Mental (art. 31.º, ns. 2 e 3), que se o juiz não considerar o requerimento submetido como manifestamente infundado, ordena a apresentação imediata do portador de anomalia psíquica e manda notificar a entidade que o tiver à sua guarda ou a quem a puder representar. Esta última deverá apresentar-se munida de informações e deverá prestar todos os esclarecimentos que se julguem necessários à decisão sobre o requerimento (art. 31.º, n. 3, *in fine*). Por seu turno,

50. Neste sentido vide, entre outros, COSTA, José de Faria, 2000, p. 549 e ss. e ALBERGARIA, Pedro Soares de, 2003, p. 76.

o n. 4 do art. 31.º da LSM, em estrita obediência à previsão constitucional, exige que o juiz, antes de proferir a decisão, proceda à audição do Ministério Público e do defensor constituído ou nomeado para o efeito. Por último, poderá levantar-se a questão da possibilidade ou não de recurso da decisão tomada na sequência da interposição da providência de *habeas corpus*. Em relação a esta problemática, a Lei de Saúde Mental nada dispõe. Não obstante, atendendo à aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, parece ser de defender que aquela decisão é passível de recurso, nos termos previstos no Código de Processo Penal para o *habeas corpus* em virtude de detenção ilegal. É igualmente susceptível de recurso, pelas mesmas razões, o despacho do juiz que tenha considerado o requerimento de *habeas corpus* como manifestamente infundado.

4. A CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL DO *HABEAS CORPUS VS.* O SEU REGIME NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA: UMA APRECIAÇÃO CRÍTICA E TOMA DE POSIÇÃO

De tudo quanto acima deixámos dito, podemos retirar duas conclusões quanto à regulamentação da providência de *habeas corpus* no ordenamento jurídico português, a saber:

1 – Não existe uma regulamentação geral ou unitária da providência de *habeas corpus*, mas tão só regulamentações parciais em campos específicos – Código de Processo Penal e Lei de Saúde Mental;[51]

2 – O Código de Processo Penal contém um regime restritivo em termos de utilização do *habeas corpus*, o que se mostra incompatível com o texto constitucional.

Em relação a esta última constatação importa fazer algumas considerações.

Em primeiro lugar, diga-se que o Código de Processo Penal ao apresentar um elenco de fundamentos possíveis do *habeas corpus* está a criar uma restrição, em nosso entender, inadmissível à configuração constitucional do mesmo.[52] Não podemos esquecer que o art. 31.º da CRP é uma norma de aplicação directa, exequível por si mesma, não carecendo por isso de uma intervenção legislativa, muito menos de intervenções castradoras e redutoras. Por outro lado, os fundamentos apresentados pela lei processual penal não esgotam as possibilidades de ilegalidade

51. E também na Lei 44/1986, de 30 de setembro, que estabelece o regime do estado de sítio e do estado de emergência.

52. No mesmo sentido, vide COELHO, Carla Sofia Xavier, 2003, p. 274.

neste âmbito. Desta forma, a aceitar-se uma leitura taxativa dos mesmos, como propugna a doutrina maioritária, ficariam certamente sem tutela outras situações de privação ilegal de liberdade. Assim:

1 – Não deverão considerar-se ilegais os casos de subsistência de medida de coacção privativa da liberdade pessoal quando se tenha esgotado o prazo para decisão do recurso interposto da mesma?

2 – Não deverá recorrer-se à providência de *habeas corpus* em caso de internamento compulsivo quando este tenha sido decretado sem uma prévia avaliação psiquiátrica do internado?

3 – E se o detido for um cidadão que goza de uma imunidade, como no caso dos Deputados, não será de admitir o *habeas corpus*?

Verificamos por estas simples interpelações que uma interpretação restritiva ou taxativa dos fundamentos da providência de *habeas corpus* previstos em sede processual penal pode deixar sem tutela situações que, pela sua gravidade e carácter urgente, mereceriam uma decisão célere que não se compadece com os prazos previstos para os recursos. Por isso, como bem afirma Germano Marques da Silva (2008, p. 357), o *habeas corpus* é, pela sua razão de ser, "de utilização simples, isto é, sem grandes formalismos, rápido na actuação, pois a violação do direito de liberdade não se compadece com demoras escusadas". Desta forma, defendemos que os fundamentos previstos no Código de Processo Penal para a utilização da providência de *habeas corpus*, em casos de *detenção ilegal* ou de *prisão ilegal*, devem ser encarados como sendo meramente exemplificativos ou indiciários.

Entendemos ainda que o n. 3 do art. 220.º do CPP merece uma nota crítica. Senão vejamos. De acordo com o disposto naquele artigo, "é punível com a pena prevista no art. 382.º do CP qualquer autoridade que levantar obstáculo ilegítimo à apresentação do requerimento referido nos números anteriores ou à sua remessa ao juiz competente". Atendendo à redacção do artigo acabado de citar, será lícito deduzir que, eventualmente, poderão ser levantados obstáculos legítimos à apresentação do requerimento, significando isto que a entidade coactora teria competência, uma vez recebido o requerimento, para fazer essa apreciação. Parece-nos criticável que possam ser levantados obstáculos – legítimos? – à apresentação de um pedido de *habeas corpus* que, pela sua razão de existir, deveria ser remetido imediatamente para o juiz competente. Por outro lado, cumpre notar que tal possibilidade surge restringida aos casos de detenção ilegal pois ao percorrer-se o Código de Processo Penal

e a Lei de Saúde Mental verificamos que, semelhante competência de levantamento de obstáculos, não surge atribuída à entidade coactora em casos de prisão ilegal ou de internamento compulsivo. Mas mais. O próprio Código de Processo Penal não define o que deverá entender-se por "obstáculos ilegítimos", nem tampouco refere quaisquer "obstáculos legítimos". Será que o legislador quis atribuir à entidade coactora, em caso de detenção, um poder discricionário no que toca à apreciação prévia de um pedido de *habeas corpus*? Em nosso entender, não. A acontecer, estaremos não só perante um acto ilegal, como materialmente inconstitucional por violação do art. 31.º da CRP.

No que se refere à regulamentação da providência de *habeas corpus* em sede de Lei de Saúde Mental, podemos afirmar, com grande clareza, que a mesma vem, em larga medida, superar a visão restritiva presente na já referida e criticada legislação processual penal. Com efeito, parece-nos que a Lei de Saúde Mental oferece um *habeas corpus* muito mais consentâneo com a configuração e o alcance constitucional da providência. De facto, e não obstante formular um conjunto de fundamentos que devem alicerçar um pedido de *habeas corpus* em virtude de privação de liberdade ilegal, a Lei de Saúde Mental vem prever uma autêntica cláusula aberta ou de salvaguarda que permite o recurso ao *habeas corpus* para a contestação ou impugnação de qualquer tipo de ilegalidade que não se integre nos aludidos fundamentos, desde que se prenda com o internamento compulsivo de doentes mentais. Por outro lado, e relembrando que afirmámos que o conceito de abuso de poder, enquanto qualificativo da actuação da autoridade que actua em exorbitância de poderes porque decreta uma detenção, prisão ou internamento ilegais, pressupõe que a conduta ilegal tenha sido praticada por uma autoridade pública, verificamos que a Lei de Saúde Mental vem debelar e pôr em causa essa característica tradicional do abuso de poder. Como se pode verificar, a Lei de Saúde Mental prevê a utilização da providência de *habeas corpus* em caso de internamento ilegal – art. 31.º – mas não limita o seu âmbito de aplicação aos casos em que o dito internamento tenha sido realizado em estabelecimento hospitalar público. Para tanto, basta atentar nas definições legais previstas na Lei de Saúde Mental. Vejamos. No art. 7.º, al. d), a LSM define "estabelecimento", onde poderá ocorrer um internamento "compulsivo" ou "voluntário", como o "hospital ou instituição análoga que permita o tratamento de portador de anomalia psíquica". Como se pode apurar, desta noção e, bem assim, de todo o articulado da Lei de Saúde Mental, não se extrai qualquer indicação de

que a instituição de saúde, onde deve ocorrer o internamento, tenha de ter obrigatoriamente um carácter público. Desta forma, pode concluir-se que a entidade coactora, para efeitos de pedido de *habeas corpus* em sede de Lei de Saúde Mental, pode tratar-se de um ente privado.

Por último, o que dizer do entendimento do *habeas corpus* como uma providência extraordinária apenas utilizável em casos limite?

Esclareça-se, em primeiro lugar, que o carácter extraordinário atribuído ao *habeas corpus* se ligava com a "crença de que o mesmo só teria aplicação em 'casos contados' na medida em que, regra geral, o jogo normal dos meios legais ordinários seria suficiente para garantir eficazmente os direitos dos cidadãos" (COELHO, 2003, p. 241). Por outro lado, essa excepcionalidade decorria, como afirmava e defendia a doutrina maioritária, do facto do *habeas corpus* apenas poder ser invocado quando inexistisse outro meio legal para se obter a apreciação da questão então suscitada. Em suma, o carácter excepcional atribuível ao *habeas corpus* tem assentado essencialmente em dois pilares. Por um lado, "decorre da convicção de que o normal funcionamento do sistema jurídico será, por regra, suficiente para assegurar os direitos dos cidadãos. Por outro lado, e do ponto de vista processual, significaria que, por princípio, o *habeas corpus* apenas seria invocável quando inexistisse outro meio de obter a apreciação judicial da situação em apreço" (COELHO, 2003, p. 241).

Salvo o devido respeito, não cremos que seja esse o entendimento correcto. Diz-se que a providência de *habeas corpus* tem carácter excepcional e bem. Mas este carácter excepcional não pode hoje continuar a ser interpretado no sentido de que o *habeas corpus* é de utilização residual por se encontrar dependente da impossibilidade de recorrer. Tal afirmação já era desmontável no passado. Hoje, não tem qualquer cabimento face à evolução legislativa e jurisprudencial entretanto verificada. Já afirmavam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 510), que "a Constituição não estabelece nem configura a providência de *habeas corpus* como uma providência extraordinária, pelo que é duvidosa a bondade da jurisprudência dominante". Mais declaravam aqueles autores (2007, p. 510) que "não é de excluir a possibilidade de *habeas corpus* em alternativa ao recurso ordinário, quando este se revele insuficiente para dar resposta imediata e eficaz à situação de detenção ou prisão ilegal".

Por outro lado, parece ser de entender que o carácter excepcional da providência em estudo decorre sim do facto do *habeas corpus* permitir

reagir a situações de excepcional gravidade, pelo que, seria insustentável que o *habeas corpus* continuasse a estar dependente da impossibilidade de recorrer.[53] A este propósito, já ensinava Germano Marques da Silva (1999, p. 302), que "basta atentar no carácter extraordinário e urgente da providência relativamente aos prazos estabelecidos por lei para decisão dos recursos para ter de considerar que o *habeas corpus* é uma medida extraordinária e urgente que não pode estar condicionada pela possibilidade de interposição de recurso". No mesmo sentido e de forma sapiente, sublinha Marnoco e Souza (1913, p. 191) que "todos os resultados do *habeas corpus* se poderiam obter pelos meios ordinários, mas à custa de muito tempo, trabalho e despesa. A vantagem do *habeas corpus* está precisamente na sua extraordinária rapidez, enorme simplicidade e grande economia".

Disto isto, poderá questionar-se se o facto de se entender hoje que o *habeas corpus* é um meio de impugnação de uma decisão judicial que não está dependente da possibilidade de recurso, sendo que até pode ser utilizado em simultâneo com um recurso ordinário, não implicou a assunção do risco de banalizar o seu uso e de, com isso, provocar um entupimento ao nível do STJ pela profusão de petições de *habeas corpus*. Em nosso entender, tal risco não se verificou, nem existe.

Em primeiro lugar, é fácil apurar quando se está perante uma situação de abuso de carácter excepcional e extraordinário, que é necessariamente distinta de situações de decisão judicial discutível, impugnável por via de recurso.

Por outro lado, o legislador previu uma sanção pecuniária dissuasora da formulação de petições de *habeas corpus* manifestamente infundadas, a saber: o pagamento de uma soma entre as 6 e as 20 UC (arts. 221.º, n. 4 e 223.º, n. 6), isto é, entre os 576 euros e os 1.920 euros.[54]

Por último, e não menos importante, afirme-se que o acesso aos recursos previstos na lei nunca deverá ser impossibilitado ou vedado pelo simples facto de que a sua utilização mais amiúde poderá, de algum forma, vir a causar incómodos, embaraços ou dificuldades práticas ao órgão competente para os apreciar e decidir.

53. Neste sentido, vide Cláudia Cruz Santos (2000, p. 309) segundo a qual "é precisamente por pretender reagir – repita-se – a situações de excepcional gravidade que o *habeas corpus* tem de possuir uma celeridade que o torna de todo incompatível com um prévio esgotamento dos recursos ordinários".

54. Neste sentido vide, entre outros, SANTOS, Cláudia Cruz, 2000, p. 311.

Em resumo, entendemos que o *habeas corpus* é, de facto, uma providência de carácter excepcional e extraordinário, porque se destina a fazer cessar situações anormais, extraordinárias e de gravidade extrema. Por outro lado, tendo em conta tudo quanto acima se afirmou, não faz hoje qualquer sentido continuar a falar em subsidiariedade quando se estuda e aplica a magna providência de *habeas corpus*.

5. Referências bibliográficas

Acosta, Walter P. *O processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1978.

Albergaria, Pedro Soares de. *A Lei de Saúde Mental (Lei n. 36/98, de 24 de julho) anotada*. Coimbra: Almedina, 2003.

Albuquerque, Paulo Pinto de. *A justiça no centro da política – Em torno do projecto de revisão constitucional da "Ala Liberal"*, sem data. Disponível em: [www.ucp.pt/site/resources/documents/Docente%20-%20Palbu/s%C3%A1%20carneiro.pdf].

_____. *Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2. ed. actual. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2008.

Andrade, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

Anthero, Adriano. O *habeas corpus*. *Revista dos Tribunais*, n. 881, ano 37. Porto: Imprensa Commercial de Martins & Irmão, 1919, p. 257-258.

Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*: artigos 1.º a 107.º. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007. vol. 1.

Carpenter, A. H. *Habeas corpus* in the Colonies. *The American Historical Review*. vol. 8, n. 1. Chicago: The University of Chicago Press, oct. 1902, p. 18-27.

Castro, Álvaro de. Tentativas de reforma. *Boletim do Instituto de Criminologia*. Lisboa: Oficina Gráfica da Cadeia Nacional, 1923. vol. 3, t. I, p. 109-111.

Cernicchiaro, Luiz Vicente. "*Habeas corpus*" no Brasil. *Direito e Justiça*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1996. vol. 10, t. II, p. 37-51.

Coelho, Carla Sofia Xavier. *Estudo sobre a origem, evolução e sentido actual da garantia de "habeas corpus" no ordenamento jurídico português (uma proposta de reflexão)*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000 (texto não publicado).

_____. *Contributo para o estudo da tutela jurisdicional da liberdade pessoal contra agressões ilegais: o "habeas corpus" no direito português*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003 (texto não publicado).

Costa, José de Faria. *Habeas corpus*: ou a análise de um longo e ininterrupto "diálogo" entre o poder e a liberdade. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 75. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, p. 538-552.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Preâmbulo do Decreto-Lei n. 35:043, de 20 de outubro de 1945. *Diário do Governo*. I Série. Lisboa: INCM, 1945, p. 850-853.

_____. *Curso de processo penal II*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1956.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal, anotado e comentado*. 11. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1999.

HIERREZUELO CONDE, Guillermo. El derecho penal: de Roma al derecho actual. *VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho Romano. Revista de Estudios Histórico – Jurídicos* XXVIII. Valparaíso: Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006, p. 637-656.

LATAS, António João; VIEIRA, Fernando. *Notas e comentários à Lei de Saúde Mental (Lei n. 36/98, de 24 de julho)*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O internamento compulsivo do doente mental perigoso na Lei de Saúde Mental. Separata da obra *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005.

MACHADO, Miguel Pedrosa. Bibliografia portuguesa sobre o *habeas corpus*. *Direito e Justiça*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1993. vol. 7, p. 517-526.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard *Curso de direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MARNOCO E SOUZA. *Constituição Politica da Republica Portuguesa: commentario*. Coimbra: F. França Amado, 1913.

MARTINS, Arlindo. *Habeas corpus*. *Boletim do Ministério da Justiça (BMJ)*, n. 2. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 1947, p. 77-95.

MAXIMIANO, António Henrique Rodrigues. *Habeas corpus*, em virtude de prisão ilegal – Art. 222.º do CPP/1987 – Da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Reflexões e subsídios para a Comissão Revisora do Código de Processo Penal. *Direito e Justiça*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1997, vol. 11, t. I, p. 187-201.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada. Introdução geral. Preâmbulo. Artigos 1.º a 79.º*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005, t. I.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MOREIRA, Adriano. A jurisprudência do S.T.J. sobre *habeas corpus*. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 3. Coimbra: Atlântida, 1947/1948, p. 164-183.

_____. Sobre o *habeas corpus*. *Jornal do Foro*, n. 70/73, ano 9.º. Lisboa: Ed. Lit. Fernando de Abranches Ferrão, 1945, p. 225-249.

PEREIRA, Manuel Trigo. *Revisão constitucional 1971: textos e documentos*. Lisboa: [s.n.], 1971.

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 (direito constitucional e processual comparado)*. 8. ed. corrigida e melhorada. São Paulo: Saraiva, 1979.

ROCHA, Manuel António Lopes. Falsificação de produtos alimentares (art. 273.º do Código Penal), informação relativa a uma exposição feita pelo Presidente da Subcomissão do "Codex Alimentarius". *Boletim do Ministério da Justiça (BMJ)*, n. 325. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 1983, p. 31-48.

SANTOS, Cláudia Cruz. Prisão Preventiva – *habeas corpus* – Recurso Ordinário (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de fevereiro de 1997). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fasc. 2.º, ano 10. Coimbra: Ed. Coimbra, abr.-jun. 2000, p. 303-312.

SANTOS, Gil Moreira dos. O recurso extraordinário do "*habeas corpus*". *Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano 4, t. II. Coimbra: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, 1996, p. 11-12.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal II*. 2. ed. rev. e actual. Lisboa: Editorial Verbo, 1999.

_____.*Curso de processo penal II*. 4. ed. rev.e actual. Lisboa: Editorial Verbo, 2008. SORIANO, Ramon. *El derecho de hábeas corpus*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1986.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. *Constituição da República Portuguesa comentada*. Lisboa: Lex, 2000.

THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1976.

TRENTIN, Beatriz. *Direito processual penal – habeas corpus*. Disponível em: [http://intervox.nce.ufrj.br/~diniz/d/direito/pp-Processual_Penal_H.Corpus_Trentin.doc].

VASCONCELLOS, Adriano Mendes de. Projecto de Lei referente à regulação do *habeas corpus*. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. 11.ª Sessão. Lisboa: Assembleia Nacional Constituinte, 1911.

50568

3
Recrudescimento a caminho

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Doutor e Mestre pela USP. Coautor do *Código Penal comentado*. 8. ed. 2010. Professor da FGV-LAW. Conselheiro da OAB/SP. Advogado criminalista.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O artigo trata da reforma processual penal, trazendo críticas ao Projeto de Lei 156/2009 do Senado Federal, conhecido atualmente como "Substitutivo Casagrande". Nove aspectos são levantados, que tornam o projeto muito mais rigoroso do que o atual Código de Processo Penal elaborado durante a Ditadura Vargas. Se aprovado da forma como está, o recrudescimento processual penal será enorme, com grandes restrições das liberdades individuais daqueles que se acabam sendo investigadas e processados criminalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Processual Penal – Casagrande – PL 156/2009 – Prisão obrigatória – Medidas cautelares, alternativas, substitutivas – Tortura – Interceptação, telefônica.

ABSTRACT: The article addresses the criminal procedural reform, making some criticism to Bill 156/2009 of the Federal Senate, currently know as *"Substutivo Casagrande"*. Nine aspects are raised turning the project into something stricter than the current Criminal Procedural Code, which was elaborated during the Vargas dictatorship. If it is approved as it is, criminal procedural intensification will be enormous, with major restrictions to individual freedom for those that end up being investigated and criminally sued.

KEYWORDS: Criminal procedural reform – *Casagrande* – Bill 156/2009 – Compulsory imprisonment – Cautionary measures, replacing alternatives – Torture – Telephone tapping.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Possibilidade de a Polícia colher depoimentos de forma informal, em qualquer local, resumindo-os em relatórios (art. 29, *caput*) – 3. 360 dias para interceptação telefônica (art. 247) – 4. Fiança de até 20.000 salários mínimos (art. 570) – 5. Prisão preventiva com fundamento exclusivo na "garantia da ordem pública ou da ordem econômica", na "prática reiterada de crimes pelo mesmo autor" e na "extrema gravidade do fato" (art. 554, I, IV e V) – 6. Até 4 anos de prisão provisória, sem proporção diante da pena, além da possibilidade de nova prisão, mesmo após o excesso

de prazo (arts. 556 e 559) – 7. Medidas "cautelares" pessoais não substitutivas da prisão (arts. 585 a 607) – 8. Limitação do *habeas corpus* – 9. Suspensão do prazo prescricional nos Tribunais Superiores (art. 502, § 2.º) – Inconstitucionalidade – 10. Apresentação do preso em flagrante ao juiz.

1. Introdução

Estive presente ao evento promovido pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, pela Associação dos Juízes Federais – Ajufe e pela Escola da Magistratura Federal da 3.ª Região – Emag, nos dias 31.05 a 02.06.2010, para debater o Substitutivo do Projeto de Novo Código de Processo Penal apresentado pelo Senador Renato Casagrande (PLS 156/2009).

E após os três dias de colóquio, externo a minha profunda preocupação com os rumos que essa reforma processual penal está tomando, como verbalizei ao pedir a palavra no encerramento do evento, fazendo coro a Alberto Zacharias Toron.

Tendo em vista que o número de participantes era limitado, venho à *Revista do IBCCrim* compartilhar com a comunidade jurídica a minha opinião de que o Substitutivo Casagrande representa, sem sombra de dúvida, *retrocesso* às liberdades fundamentais do cidadão.

O projeto, é claro, tem aspectos positivos, como a nova disciplina do Júri, com a previsão de oito jurados, além da facilitação ainda maior da quesitação. Embora existam críticas afirmando que o modelo de quesitação proposto prejudicaria a defesa nas hipóteses de duplicidade de teses defensivas, acho que a previsão é salutar, mesmo porque os jurados votarão pela absolvição ou condenação analisando todas as teses ao mesmo tempo.

Igualmente positiva é a previsão do "juiz das garantias" que visa separar o juiz que teve contato com as investigações policiais ou do Ministério Público, determinando a realização de medidas cautelares (como a prisão temporária, a interceptação telefônica e a busca e apreensão), do juiz que irá julgar o mérito da futura ação penal.

Apesar de se afirmar, com razão, que todo o juiz de direito tem o dever de zelar pela observância das garantias constitucionais dos acusados, devendo ser, também, um "juiz das garantias", e de que o juiz

da instrução também adota medidas cautelares, como a decretação de uma prisão preventiva, a ideia é salutar.

Nada obstante, nove aspectos que chamaram a minha atenção, tornando o Projeto, em seu atual estágio, mais rigoroso do que o vigente Código de Processo Penal, nascido em meio à Ditadura Vargas, há 70 anos.

2. Possibilidade de a Polícia colher depoimentos de forma informal, em qualquer local, resumindo-os em relatórios (art. 29, *caput*)

A par do grande constrangimento de um carro da polícia "baixar na casa de uma pessoa", com os policiais nela adentrando para colher depoimentos de modo informal (e a lei diz isso mesmo, de "modo informal"), imaginem os leitores os abusos que tal permissivo legal propiciará. E se a pessoa não deixar os policiais adentrarem em sua casa, será ela abordada e questionada informalmente na rua?

Dir-se-á que, ao elaborar uma lei, tem-se que trabalhar com o pressuposto de que os agentes públicos atuam com retidão e ética, o que é verdade. Todavia, não se pode fechar os olhos para a nossa realidade, onde os abusos praticados pela polícia estão, infelizmente, mais presentes do que nunca. Basta lembrarmos os esquadrões da morte (como os tais "Ninjas" que estão em todos os jornais do início deste ano de 2010; o lamentável episódio em que Policiais Militares mataram um jovem motoqueiro na frente de sua casa, e sob os olhos de sua mãe em maio desse mesmo ano, em São Paulo etc.

Embora estejamos citando exemplos que teriam tido o envolvimento de policiais militares e não civis, temos que a lei deverá levar em conta a realidade dos fatos, o que significa não propiciar que se instale terreno fértil ao arbítrio.

Ao contrário, deve-se instituir uma dinâmica processual que venha a minimizar (e não ampliar) a proliferação dos inevitáveis desmandos, com claros sistemas de controle.

Com todo o respeito, a iniciativa, que faz lembrar filmes norte-americanos da polícia indo à casa das pessoas e fazendo relatórios, defendida com ênfase por membros da nobre Comissão, a meu ver se revelará, na prática, um desastre. Se o projeto passar nesse ponto, espero estar errado.

3. 360 DIAS PARA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (ART. 247)

O STJ, após anos de abusos das autoridades, impôs rígido limite temporal à interceptação telefônica, fazendo cumprir os claros e taxativos limites temporais do art. 5.º da Lei 9.296/1996, que estipula o prazo de 15 dias, prorrogáveis por outro tanto, para a interceptação telefônica.

Lembrando que até o *estado de defesa* declarado pelo Presidente da República, sob o qual as liberdades individuais são restringidas, tem limite máximo de 60 dias, assim decidiu a sua 6.ª T., em 13.05.2008, nos autos do HC 76.686/PR, relatado pelo Min. Nilson Naves:

"Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação 'nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer'.

2. Foi por meio da Lei 9.296/1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de 15 dias; segundo, quanto à renovação – 'renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova'.

3. Inexistindo, na Lei 9.296/1996, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.

4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).

5. Se não de 30 dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (art. 5.º da Lei 9.296/1996), que sejam, então, os 60 dias do estado de defesa (art. 136, § 2.º, da CF/1988), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5.º da Lei 9.296/1996, evidente violação do princípio da razoabilidade.

6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito."

Como visto, o Substitutivo Casagrande, ao ampliar o prazo da interceptação telefônica para 360 dias, dá ao Poder Judiciário poderes mais

amplos do que se estivéssemos sob estado de defesa declarado, o que é totalmente desproporcional, implicando séria restrição às liberdades individuais, por tempo absurdamente longo, tendo a pessoa investigada a sua vida devassada por um ano!

É poder demais, que não se coaduna com uma Democracia.

4. Fiança de até 20.000 salários mínimos (art. 570)

O recrudescimento do projeto em seu atual estágio é tamanho, que nem mesmo o Código Penal prevê, como pena, tamanho valor. Isso porque, lá, o número máximo de salários mínimos a que uma pessoa pode ser condenada é de 1.800 (360 dias-multa com o valor de 5 salários mínimos cada – art. 40, § 1.º).

Ora, considerando que toda a medida cautelar, que tem caráter instrumental, servindo ao processo, deve ser *proporcional* em face da gravidade do crime e do *quantum* de sua punição, não há o menor cabimento em se admitir uma fiança de até 20.000 salários mínimos ao passo que a própria pena de multa não pode exceder 1.800!

5. Prisão preventiva com fundamento exclusivo na "garantia da ordem pública ou da ordem econômica", na "prática reiterada de crimes pelo mesmo autor" e na "extrema gravidade do fato" (art. 554, I, IV e V)

Como sabemos, toda medida *cautelar* só assim o é por servir ao processo e à sua efetividade na hipótese de eventual condenação (cautela instrumental ou cautela final), sendo, como ensinava o saudoso Prof. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, uma "escrava" do processo, existindo somente em sua função.

Feita essa pontuação, observo que o projeto mantém a prisão preventiva para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, apesar desses conceitos não terem nenhum fundamento cautelar, assumindo, sem dúvida, caráter de punição antecipada, como discorri em meu *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração* (2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 177 e ss.), com afronta à Constituição da República, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos que estabelecem o direito à desconsideração prévia de culpabilidade e à presunção de inocência.

Dir-se-á que na maioria dos países civilizados a possibilidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública existe, como um "mal necessário", embora se tenha plena consciência de que uma prisão nesses moldes se consubstancia, sem dúvida qualquer, em manifesta punição antecipada. Ademais, não se sabe, até hoje, o que é a tal "ordem pública", conceito, como se diz na doutrina, *poroso*, que tudo absorve.

Também não há imaginar no que tem a ver prisão provisória como garantia para a ordem econômica com a efetividade do processo criminal. Essa prisão, como a da ordem pública, pode ser tudo menos cautelar.

Além disso, como a prisão de uma pessoa acusada de um crime, que sequer foi julgada, poderia refletir na "ordem econômica"?! O que isso tem a ver com medida cautelar, que é um instrumento que serve ao processo?!

Nada.

Para piorar, o Substitutivo inovou ao estabelecer que também caberia prisão preventiva em face da "extrema gravidade do fato", presumindo-se, daí, talvez, uma grave perturbação da ordem pública, quando é do conhecimento de toda a comunidade jurídica que trabalha com o Direito Penal e Processual Penal, que a gravidade do crime, por si só, não autoriza a prisão provisória, justamente pela inexistência de cautelaridade, como está pacificado na jurisprudência do STF.

O Substitutivo inovou, ainda, ao prever a possibilidade de o acusado ser preso diante da "prática reiterada de crimes"; ora, se ele vem reiterando o cometimento de delitos, deveria já estar cumprindo pena pelos primeiros, não é verdade? Teria, assim, a regressão de seu regime de cumprimento de pena, ou a revogação de eventual livramento condicional, por exemplo.

Na verdade, a "prática reiterada de crimes" traduz uma das vertentes do entendimento doutrinário do que seria a porosa "ordem pública", buscando dar-lhe concretude. Todavia, há, aqui, como também afirmei em outra oportunidade (*As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração* cit., p. 179), *dupla presunção de culpa:* uma para o passado, de que o acusado efetivamente cometeu o crime pelo qual é processado; outra para o futuro, no sentido de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, consumará o delito tentado ou praticará novos crimes.

Se o projeto for aprovado como está, teremos de volta a nefasta prisão preventiva obrigatória para crimes extremamente graves, como verdadeira punição antecipada; afinal, a pessoa sequer foi julgada!

6. Até 4 anos de prisão provisória, sem proporção diante da pena, além da possibilidade de nova prisão, mesmo após o excesso de prazo (arts. 556 e 559)

Sempre defendi a necessidade de a lei estabelecer prazos máximos para a prisão provisória, como determinam, aliás, as Constituições da Espanha (art. 17. 4), Portugal (art. 28, 4) e Itália (art. 13), tendo, inclusive, para provocar a discussão sobre esse importante tema, esboçado um anteprojeto de lei, publicado na *Revista do IBCCrim* (32/354-366. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2000).

Isso porque, hoje não existe prazo máximo para a prisão provisória no Brasil, tudo dependendo do julgamento empírico de cada caso, do que seria "razoável"...

Ocorre que o Substitutivo Casagrande exagerou na medida ao prever a possibilidade da prisão provisória perdurar por *até 4 anos*, o que não se justifica e não é, de forma alguma, razoável.

Ademais, os prazos são praticamente os mesmos para todos os crimes (6 meses se decretada durante a investigação ou processo em primeiro grau; 1 ano após a sentença condenatória, até o julgamento dos recursos, havendo acréscimo de 6 meses se houver recurso especial ou extraordinário).

Tratando-se de crime cuja pena máxima seja de 12 anos ou mais, há o acréscimo de 2 meses em cada uma das três fases, ou seja, outros 6 meses.

Se o caso for de Júri, somam-se outros 6 meses entre a pronúncia e o plenário, perfazendo um total de 3 anos.

Na hipótese do acusado fugir, os prazos computam-se *em dobro*, com a limitação de que a prisão provisória jamais poderá ultrapassar 4 anos (art. 557, § 2.°).

Tenho o temor de que, na prática, o prazo vai ficar o de 4 anos, sem prejuízo das corriqueiras análises empíricas "se o excesso verificado foi razoável ou não", "se o atraso foi provocado pela defesa", "se a instrução já está encerrada", "se a causa é complexa" etc., para justificar o desrespeito aos prazos.

E 4 anos é tempo demais para uma pessoa aguardar, presa, o transcorrer do processo, restando sempre a indagação que não quer calar desde Carnelutti: e se for ele absolvido?

Ademais, deveríamos ter expresso no Projeto que a economia de prazo em uma fase não pode ser compensada pelo excesso em outra, como fazem outras legislações.

Há um fato ainda mais grave.

Isso porque, mesmo tendo *havido excesso de prazo (já configurado o constrangimento ilegal)*, poderá o juiz, segundo o projeto, decretar *nova prisão, por mais um ano*, nos casos em que tiver havido "fuga", mesmo estando em liberdade em razão do excesso de prazo, "comprovada por reiterado não atendimento de intimações judiciais", ou na hipótese do réu ter "comportamento gravemente censurável" após a sua liberação (art. 558, § 2.º).

Essa possibilidade é draconiana, posto já ter o acusado (que sequer fora julgado) amargado longo tempo na prisão (que pela sua demora se tornou ilegal), sendo um despropósito prendê-lo novamente por ele não ter atendido intimações judiciais.

Isso porque o acusado tem o direito ao silêncio, que inclui o direito de não colaborar com o processo contra ele movido, aguardando passivamente o seu resultado (por exemplo, em sua casa), sem atender às intimações judiciais. Em outras palavras, tem ele o direito de estar *ausente*, embora representado por seu defensor, inexistindo a figura da *revelia* no processo penal brasileiro, como anotamos em nosso *Inatividade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

Despropósito, também, é novamente prendê-lo por 360 dias, por ter ele adotado conduta "gravemente censurável". Ora, o que seria essa conduta? Uma entrevista a um programa de rádio ou televisão?

Como se vê, esse art. 558 cria uma nova modalidade de prisão preventiva, mesmo já tendo havido excesso de prazo, e com critérios absolutamente vagos, o que é um retrocesso tremendo.

7. Medidas "cautelares" pessoais não substitutivas da prisão (arts. 585 a 607)

Sempre foi ponto pacífico da grande maioria dos processualistas penais que o juiz deveria ter, entre a prisão e a liberdade provisória (mediante fiança ou não), um meio termo, ao invés da atual situação em que ou o acusado está preso ou em liberdade.

Assim também Fabio Machado De Almeida Delmanto, em livro intitulado *Medidas substitutivas e alternativas à prisão provisória* (Rio de

Janeiro: Renovar, 2007), anota que, atualmente, só a prisão em flagrante possui medidas cautelares substitutivas à prisão, quais sejam a liberdade provisória mediante fiança, ou sem fiança, acrescida do compromisso do acusado comparecer a todos os atos do processo, não se mudar sem prévia autorização do juiz, e não se ausentar da Comarca por mais de oito dias, sem prévia comunicação.

Ocorre que, no Projeto, houve a previsão de várias medidas cautelares diversas da prisão, das quais *somente uma* – a do monitoramento eletrônico por até 1 ano (arts. 589 a 592) – é *expressamente* tida como *alternativa* à prisão cautelar.

Todas as outras são previstas como medidas que podem ser aplicadas de forma *autônoma*, quais sejam:

– prisão domiciliar por até 1 ano (arts. 586 a 588);

– suspensão do exercício de função pública ("com prejuízo da remuneração"!), profissão ou atividade econômica (art. 593), por até 6 meses;

– suspensão das atividades de pessoa jurídica em crimes contra o meio ambiente, ordem econômica e relações de consumo que atinjam número expressivo de pessoas, por até 6 meses (art. 594);

– proibição de frequentar determinados lugares, até 2 anos (art. 595);

– suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, barco ou aeronave, por até 2 anos (art. 596);

– afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima, por até 2 anos (art. 597);

– proibição de ausentar-se da comarca ou do País, por até 2 anos (art. 598);

– comparecimento periódico em juízo, por até 2 anos (art. 599);

– proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada por até 2 anos (art. 600);

– suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte por até 2 anos (art. 601);

– suspensão do poder de família por até 1 ano (art. 602); e

– bloqueio de endereço eletrônico na Internet por até 2 anos (art.603).

Mesmo escoados os prazos referidos, poderá o juiz, ainda, adotar outras medidas cautelares pessoais contra o acusado, em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 604, parágrafo único).

Igualmente, em caso de descumprimento injustificado, poderá o juiz decretar a prisão preventiva do acusado, ou outra medida cautelar pessoal mais severa (art. 607).

Salvo o caso da prisão domiciliar, para a qual se admite a detração se o acusado for condenado à pena em regime aberto (art. 605), inexiste previsão para a *detração*, ou seja, do desconto na futura pena do tempo em que o acusado se submeteu a todas essas outras restrições de sua liberdade.

A inexistência de detração para essas hipóteses é um *non sense*, mesmo porque, como bem lembrou Gustavo Ivahy Badaró no citado evento, muitas dessas medidas são idênticas às penas alternativas previstas nos arts. 44 e ss. do CP, assistindo-lhe razão.

Contudo, a maior preocupação é a de que, como dito, são essas medidas previstas como sendo *autônomas*, ou seja, *não são medidas alternativas ou substitutivas da prisão.*

Isso significa, na prática, que a sua aplicação poderá se transformar facilmente em *regra geral*. O processo criminal, que por si só já impõe enorme ônus ao acusado, terá, ainda, um gravame adicional com a imposição dessas medidas cautelares adicionais, mesmo para casos em que jamais teria o juiz cogitado prender cautelarmente o acusado.

E pior, a prisão (que jamais seria no atual ordenamento sequer cogitada), poderá vir em razão do descumprimento dessas restrições autônomas (art. 607), com enorme recrudescimento processual penal.

8. Limitação do *habeas corpus*

Causou-me profunda estranheza a tônica recorrente dos discursos apresentados, no sentido de se considerar o *habeas corpus* "o grande vilão da celeridade processual", a ponto de impedir o rápido julgamento de apelações, recursos especiais e extraordinários.

Não sabia, confesso, que o *habeas corpus* pudesse estar incomodando tanto as Cortes superiores, justamente por não possuir filtros de admissibilidade como os recursos especial e extraordinário, sendo *necessariamente* apreciados pelos Tribunais.

Foi com pesar que, mais uma vez, vi o discurso de que a "culpa" do caos processual brasileiro é dos advogados que impetram *habeas corpus* demais, devendo ele ser restringido!

O "problema", como foi passado, é a amplitude atual do *habeas corpus*, e não a falta de infraestrutura; não o fato de os Tribunais estaduais manterem prisões em casos absolutamente insignificantes; não é o fato dos Governos não pagarem suas dívidas, utilizando-se de uma infinidade de recursos judiciais para postergar o adimplemento de suas obrigações, ainda que pacífico o entendimento jurisprudencial contrário...

O Projeto prevê, assim, em seu art. 647, I, que o *habeas corpus* seja aplicável somente a casos em que o paciente esteja efetivamente preso ou prestes as ser encarcerado, e não mais, como hoje, também para se buscar trancar uma ação penal por falta de justa causa, mesmo estando o acusado em liberdade, ou para pleitear a sua anulação diante de uma nulidade ou de uma violação à Constituição.

Ao mesmo tempo, na proposta de parágrafo único deste artigo, estipula-se não caber *habeas corpus* se houver a possibilidade de interposição de recurso com efeito suspensivo, o que também não ocorre hoje.

Em contrapartida, é previsto, para preencher a lacuna criada, o recurso de agravo (arts. 469 a 477), em regra retido e com efeito devolutivo, podendo se processar por instrumento e excepcionalmente ter efeito suspensivo (art. 471), dependendo do caso e a critério do próprio juiz ou do tribunal agravados (o que nos permite concluir que o efeito suspensivo será algo raro de ocorrer).

Instrumento esse formado pelo próprio cartório, mesmo porque a maioria da população brasileira que é ré em processo criminal é pobre e não teria condições de custear a formação de todo um instrumento, para que a questão fosse submetida ao Tribunal.

Nesse contexto, a limitação do *habeas corpus* é, em minha opinião, outro grande erro desse Projeto, por várias razões, destacando-se, aqui, apenas quatro para ilustrar essa afirmação.

A primeira é que, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, em termos de volume de julgamentos, irá se trocar "seis por meia dúzia", como se diz coloquialmente. Ao invés de ações de *habeas corpus* teremos recursos de agravo para todas as situações em que a pessoa acusada criminalmente não estiver presa, sendo a maioria dos agravos retidos.

A segunda, é que mesmo os agravos processados mediante instrumento, cujo efeito suspensivo concedido pelo próprio juiz ou Tribunal agravado será algo raro, como dito acima, nem de longe suprem a lacuna

deixada pela restrição imposta ao *habeas corpus* como instrumento rápido e eficaz de garantia do cidadão, e de acesso ao Judiciário.

A terceira razão, também muito preocupante, é que, do acórdão que julgar o agravo, só se poderá chegar ao STJ ou ao STF por meio de recursos especial e extraordinário, não cabendo *habeas corpus* e tampouco outro agravo!

O quarto motivo é que se o projeto se pauta pela celeridade, é uma incongruência terrível restringir justamente a única ação prevista no atual Código de Processo Penal que é efetivamente célere: o *habeas corpus*!

Trata-se de um grande retrocesso, mesmo porque a amplitude que a jurisprudência constitucional deu ao *habeas corpus* é um verdadeiro patrimônio nacional, um exemplo de garantismo e de acesso ao Judiciário.

Graças à atuação da OAB, com destaque a René Ariel Dotti, a notícia que se tem é a de que a relator, o Senador Renato Casagrande, teria se sensibilizado para o grande equívoco de se restringir o *habeas corpus*; assim espero.

9. Suspensão do prazo prescricional nos Tribunais Superiores (art. 502, § 2.º) – Inconstitucionalidade

O art. 502 do Substitutivo prevê o verdadeiro *non sense* de se suspender o prazo da prescrição enquanto pendentes o julgamento de recursos especial e extraordinário.

Como escrevi em outra oportunidade (*Inatividade no processo penal* cit., p. 332), "a prescrição é uma forma de autolimitação da atuação dos próprios órgãos e agentes estatais envolvidos na persecução e na execução penal, aplicando-se a toda e qualquer prestação jurisdicional no âmbito penal", lembrando Francesco Antolisei para quem "o decurso do tempo atenua normalmente o interesse do Estado a aceitar o crime e até a executar a pena que tenha sido aplicada, interesse que é diminuído com o desaparecer da memória do fato e das suas consequências sociais" (*Manuale di diritto penale*. 13. ed. atualiz. por Luigi Conti. Milano: Giuffrê, 1994, p. 708).

A propósito diz Rui Barbosa, "justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta", perdendo o sentido.

Igualmente apontam Raul Carranca y Trujillo e Raul Carranca y Rivas que com o passar do tempo, e quando dissipados o alarme e o escândalo causados pelo delito, "o horror que ele inspirou e o ódio que ele gerou contra o autor convertem-se em compaixão, e o castigo é visto como crueldade" (*Derecho penal mexicano*. 19. ed. México: Porrúa, 1997, p. 864).

A prescrição tem o efeito de diminuir, ainda, as chances de erro judiciário já que, com o tempo, as provas vão se tornando mais frágeis, como assinala Hans-Heinrich Jescheck (*Tratado de derecho penal*. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 821), tendo não só a acusação, mas inclusive, e sobretudo, a defesa dificuldade para ser exercida, para provar uma causa de justificação como a legítima defesa, na lembrança de Pimenta Bueno (*Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 5 ed. Rio de Janeiro: Jachintho Editor, 1922, p. 258, item 363).

Esse instituto evita, enfim, que cidadãos sejam eternamente perseguidos, vivendo por toda uma vida na clandestinidade e com uma espada de Dâmocles em suas cabeças.

Mas não é só. Leva a que o Estado se movimente, impondo maior empenho na atuação dos órgãos e agentes estatais que têm o dever de agir, bastando lembrar a corriqueira preocupação dos juízes ao conduzirem a instrução e a proferirem sentenças, em não deixar escoar o prazo prescricional "em suas mãos". E isso também ocorria na fase das investigações que antecedem à propositura da ação penal, preocupando-se a polícia e o Ministério Público em agir a contento para que o crime não prescrevesse.

Pois bem, hoje, com a alteração que a Lei 12.234/2010 fez ao art. 110 do CP, já temos um desproporcional e irrazoável prazo prescricional entre a data do fato e o recebimento de uma denúncia, incidindo somente os prazos máximos da prescrição em abstrato.

Como escrevi em artigo publicado no jornal *Estado de S. Paulo* (A caminho de um Estado Policialesco, edição de 02.06.2010, p. A2), a pretexto de diminuir a impunidade, essa alteração acabou por premiar a letargia das investigações policiais brasileiras, bem como por fomentar o abuso de poder, já que uma pessoa poderia ser investigada e denunciada, por exemplo, por um crime de estelionato ou de furto em concurso de pessoas, ou com rompimento de obstáculo, até 12 anos após o fato, sem prescrição.

Ao mesmo tempo, para o juiz que irá presidir toda a instrução do processo, com contraditório e ampla defesa garantidos, e julgar a causa, aplica-se o prazo menor da prescrição com base na pena concretamente aplicada, que nunca é a máxima (por exemplo, 4 anos se a condenação impõe pena de até 2 anos).

Assim a polícia e o Ministério Público, na atual configuração do Código Penal, podem demorar mais de uma década para investigar e oferecer uma denúncia por um estelionato ou um furto qualificado, ou até duas décadas tratando-se de um homicídio, com muito mais prazo do que o próprio juiz para julgar o caso, o que é uma distorção.

Distorção, essa, que deixa as pessoas em uma situação de vulnerabilidade em face dos órgãos de persecução penal incompatível com uma Democracia, com violação do art. 5.°, LXXVIII, da CF/1988, que assegura a todos "a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", mesmo porque o estabelecimento de prazos prescricionais razoáveis é, sem dúvida alguma, um desses meios que garantem a celeridade dos processos.

Nesse quadro, a proposta do art. 502, § 2.°, é ainda mais perniciosa ao sistema penal, ao não só fomentar a morosidade de nossas Cortes Superiores (que não terão que se preocupar com a prescrição dos crimes submetidos a seu julgamento), como também por criar verdadeiras hipóteses de *imprescritibilidade*, com "tempos mortos" em matéria prescricional, violando-se frontalmente o art. art. 5.°, XLII e XLIV, da CF/1988.

10. Apresentação do preso em flagrante ao juiz

O Brasil tem um fenômeno extremamente intrigante que é o "da lei que não pega", ou tecnicamente falando, da "lei válida mas não eficaz"!

Há mais de uma década, desde a ratificação e promulgação internas, pelo Brasil, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, existe, em nosso ordenamento legal, o *dever* das autoridades policiais rapidamente *apresentarem* a um juiz de direito, o preso em flagrante.

Assim está disposto:

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque:

"Art. 9.° (...)

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser *conduzida*, *sem demora*, à presença do juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgado em prazo razoável ou de ser posta em liberdade (...)."

Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

"Art. 7.º (...)

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser *conduzida*, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo(...)."

Desse modo, o juiz (no caso do projeto, seria o "juiz das garantias") decidiria na presença do acusado, de seu defensor e do membro do Ministério Público sobre o relaxamento ou não do flagrante (na hipótese de haver nulidade), a sua manutenção ou revogação com a concessão de liberdade provisória mediante fiança ou sem fiança, ou ainda sobre a imposição de outra medida cautelar pessoal que seja substitutiva da prisão, que não somente o monitoramento eletrônico, mas qualquer outra medida menos intensa e invasiva – vide críticas às medidas cautelares autônomas e não expressamente substitutivas da prisão no item (7).

Ora, não é sem motivo que essa disposição consta dos diplomas internacionais, não se tratando de "perfumaria jurídica" como se diz coloquialmente, mas de *importantíssimo* instrumento de *combate à tortura policial*.

Assim me manifestei há mais de 13 anos, em artigo publicado no jornal *Tribuna do Direito* (edição de julho de 1997), asseverando que, já ao lavrar o flagrante, efetuando o interrogatório do preso, a autoridade policial saberá que, logo, terá de apresentá-lo a um juiz.

Mesmo que não existam lesões perceptíveis, ao juiz sempre haverá o receio, por parte desses maus policiais, de que o preso possa denunciar a tortura, ainda que sob ameaça de retaliações. Tudo dependerá da sensibilidade do juiz em prontamente mandar submetê-lo a exame de corpo de delito, determinar a imediata responsabilização da autoridade policial com base na Lei 9.455/1997, a mudança do local da prisão e consequentemente das pessoas que o mantém sob custódia, e até o relaxamento do flagrante caso ele tenha se baseado em confissão obtida sob tortura.

Inquestionavelmente, a apresentação do preso autuado em flagrante ao juiz seria um forte fator de inibição a essa prática brutal e covarde, que, infelizmente, teima a continuar presente em nosso País.

A pronta apresentação do preso autuado em flagrante a um juiz é, assim, muito mais do que uma simples formalidade; significa, sobretudo, a harmonização de nosso processo penal com o respeito a valores mundialmente reconhecidos, como o da dignidade do ser humano, repudiando-se a tortura e adotando todas as regras que, de uma forma ou de outra, nos auxiliem nessa difícil batalha.

Com todo o respeito a todos os juristas que participaram da elaboração desse Projeto e do denominado Substitutivo Casagrande, se a Convenção da Costa Rica e o Pacto de Nova Iorque são leis internas, em patamar "supralegal", como assentou o STF, não poderia o projeto deixar de adotar essa disposição tão clara e óbvia, que protege o cidadão.

Em outras palavras, o projeto encontra-se, já em seu nascedouro, em desacordo com esses dois diplomas internacionais, o que, não posso deixar de registrar, gera profunda irresignação. Afinal, a tortura é um problema presente no Brasil, ou não é?

É por isso que sugiro a seguinte redação para os arts. 541 e 543 do projeto, bastando simplesmente alterar as palavras grifadas, nada mais:

"*Art. 541*. Observado o disposto no art. 533, dentro em 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será *apresentado* ao juiz competente *o preso em flagrante, juntamente com* o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas".

"*Art. 543*. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, *na presença do preso e após ouvi-lo*, deverá:

I ...

II ...

III ....

IV (...)."

Espero que a comunidade jurídica se sensibilize também por esse tema, tão importante.

Como os leitores poderão concluir, se o novo Código de Processo Penal for aprovado agora, nos moldes em que se encontra o Substitutivo Casagrande, estaremos diante de um diploma que impõe restrições às

liberdades individuais jamais vistas em nosso País, em que pese não vivenciarmos, graças à tolerância e à pacífica índole do brasileiro, o terrorismo entre nós, ao contrário do que enfrentam outros Estados, que foram forçados pelas circunstâncias excepcionais dessa modalidade de crime, a elaborar leis processuais penais extremamente rigorosas.

Afinal, de nada adianta o novo Código de Processo Penal começar elencando os direitos e garantias fundamentais, se nos artigos subsequentes são esses mesmos direitos e garantias frequentemente excepcionados e relativizados; uma verdadeira antítese do que foi inicialmente disposto!

Com a notícia, veiculada no *site* do Senado Federal em 24.06.2010, de que os Srs. Senadores acataram o pedido do presidente do STF para aguardar as sugestões de nossa Corte Constitucional antes de terminarem as votações naquela Casa Legislativa, ficamos, ao menos por enquanto, com um pouco de esperança de que os retrocessos acima apontados, dentre outros, sejam pelo menos debatidos no seio da comunidade jurídica, para que, no futuro, o arrependimento não assole as nossas consciências.

50569

III CRIME E SOCIEDADE

1

Há um retorno do pensamento retribucionista? Sobre a (des)conformidade entre teoria da pena, política punitiva e legitimação

ALCIDES MARQUES PORTO PACHECO

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O presente artigo visa abordar a temática de se há ou não o ressurgimento de uma teoria retributiva da pena. Para tanto, parte do pressuposto da alteração da sensibilidade social que, trazendo uma busca por maior dureza em relação à punição, bem como de vingança contra o desviante, tendo tal sido taxada de volta da visão retribucionista. Neste ponto, realiza-se uma análise dos pressupostos ideológicos de tais teorias e faz-se a confrontação dos mesmos com a aludida alteração social para se vislumbrar se há subsunção da teoria ao fato e de se a mesma encontra alguma possibilidade de ser um fim legítimo da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Retribucionismo – Neorretribucionismo – Sensibilidade social – Teoria da pena – (Des)legitimação.

ABSTRACT: This article intends to address if there has been or not a resurgence of the retributive theory of punishment. Based on the assumption that changes in social sensibility demand harsher punishment as well as vengeance against the offender, this has been called the resurgence of the retributive theory. At this point, an analysis of the ideological assumptions is made for this theory and then we carry out a confrontation between the theory and the characteristics of the so called social changes to see if they match and if it is a legitimate punishment theory.

KEYWORDS: Retribucionism – Neoretribucionism – Social sensibility – Punishment theory – (De)legitimization.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O retribucionismo: as teorias absolutas da pena – 3. Crítica das posições absolutas apontadas – 4. Neorretribucionismo: o renascimento da teoria retribucionista na polifuncionalidade da pena – 5. Falta de resposta adequada pelo neorretribucionismo – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em praticamente todos os intentos de compreender a vida social (estando o campo punitivo incluído em tal) existe uma tensão iniludível entre as generalizações amplas e as especificações de particularidades empíricas.[1] Uma resposta provisória a este problema é que estes ideais de relação se desenvolveram, na evolução histórica do poder punitivo, num papel ativo como paradigma do pensamento jurídico-penal, e continuam fazendo isto hoje.[2] E, em relação específica disto com o presente trabalho, sabe-se que por certo não é a mesma coisa justificar o castigo e sua historicidade enquanto instituição e o castigo enquanto ente particular; mas, posto que o sentido da instituição vem dado através do conjunto de atos nos quais se materializa e que cada um destes é precisamente uma aplicação concreta da instituição ou prática de que se trate, não parece possível sustentar que a justificação da pena possa ser obtida por fundamentos distintos.[3]

Isto porque, não se trata apenas encontrar resposta para a questão das funções que as penas devem cumprir, mas de estabelecer com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade alguns dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida,[4] ou seja, do estabelecimento de uma limitação e legitimação do poder de punir do Estado. É aqui que se mostra melhor que as instituições penais modernas encontram uma especial tendência a conflitos e tensões que muitas vezes minam a

1. GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 9.
2. PAUL, Wolf. Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Prevención y teoría de la pena*. Santiago: Conosur, 1995, p. 60.
3. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. 4 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 747.
4. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995, p. 152.

legitimidade e a efetividade dos instrumentos de controle social. Estes conflitos dão o tom da complexidade e ambivalência do sentimento da experiência quotidiana sobre o assunto, que levam a própria história da punição a ser pensada enquanto o levantamento de edifícios teóricos e institucionais bem como de sua constante queda e adaptação.[5]

Diante desta constatação, ainda há de se considerar a emergência de uma nova superfície de políticas e práticas em grande medida opostas as ortodoxias do século XX em matéria de política penal sugere que estão operando novas forças sociais e relações grupais bastante diferentes das que operavam previamente.[6] Neste sentido, a prevenção especial positiva, tida outrora como o fim da pena por excelência, começa a ser colocado em dúvida, diante da queda dos pressupostos científico-positivistas que serviam de base.[7] Tal se deu tanto por força da falta de resultados empíricos que comprovassem a teoria (sendo que os estudos apontavam exatamente para o oposto do que era pretendido), como pelos protestos de grupos de defesa dos direitos dos presos, que denunciavam as práticas institucionais necessárias para a ressocialização como desumanas e atentatórias ao livre desenvolvimento da personalidade.[8]

Neste ponto, o campo punitivo passou a ser palco de luta política,[9] com constantes manifestações contra o pensamento então vigente, o que trouxe grande alteração que em momento algum poderia ser esperada. Na expressão de Garland, os movimentos de defesa dos direitos humanos que contrariavam as chamadas ideologias ressocializadoras, terminaram por fortificar posições de grande ortodoxia.[10] Neste ponto a população perdeu a identificação romântica de que os que delinquiam eram pessoas necessitadas de ajuda, passando a ver estes indivíduos como terroristas ou como ligados a facções criminosas, ou seja, como não merecedores de qualquer complacência por parte do Estado.[11]

5. GARLAND, David. Editorial. Punishment and society today. *Punishment and society* 1/5. Sage, jan.-mar. 1999. vol. 1.
6. GARLAND, David. *La cultura del control*...cit., p. 22.
7. MUÑOZ CONDE, Francisco. Prólogo. In: MAPPELI CAFFARENA, Borja. *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. Barcelona: Bosch, 1983, p. 6.
8. GARLAND, David. *La cultura del control*... cit., passim.
9. GOTTSCHALK, Marie. *The prison and the gallows: the politics of mass incarceration in America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 4.
10. GARLAND, David. Editorial cit., p. 7.
11. GOTTSCHALK, Marie. Op. cit., p. 182.

Assim, há uma dramatização do delito. A imagem de um delinquente necessitado e desfavorecido praticamente foi abandonada. Em seu lugar, as imagens conjuradas tendem a ser descrições estereotipadas de predadores perigosos e incorrigíveis. Acompanhando esta imagem projetada e como resposta retórica a ela, o discurso penal busca a solução em medidas fortes de castigo e proteção. É alegado um sentimento coletivo de enjoo e uma exigência moral de retribuição no lugar de uma resposta de caráter social.[12] Ou seja, há uma reconfiguração do meio de formação do controle punitivo calcada em uma nova experiência de sentimento coletivo relacionada a insegurança e ceticismo proporcionada pela conformação social contemporânea.[13]

Por tudo isto, há a enunciação de uma polifuncionalidade[14] da pena, surgindo diversos fins declarados, tornando possíveis e legitimáveis diversos meios e práticas de punição. Nesta esfera, especial relevo recebem a prevenção especial negativa, a prevenção geral negativa e a retribuição, esta objeto de análise no presente escrito e modelada (na prática social e não necessariamente nas teorias desenvolvidas para limitação do poder punitivo) por sentimentos de vingança e de respostas mais duras ao fato criminoso. Resta, portanto, analisar se a teoria retribucionista encontra legitimidade nos moldes aqui demonstrados, bem como se tais sentimentos sociais encontram legitimidade para a construção do ideário jurídico punitivo em matéria de fim da pena ou se encontra aderência às teorias retributivas.

2. O RETRIBUCIONISMO: AS TEORIAS ABSOLUTAS DA PENA

Convém, desde o início, distinguir a função da pena de seu conceito, uma vez que aquela não coincide com esse. Segundo seu conceito, a pena é um mal que se impõe em virtude do cometimento de um delito: conceitualmente a pena é um castigo.[15] Mas admitir isto não implica,

12. GARLAND, David. *La cultura del control*... cit., p. 42.

13. GARLAND, David. The culture of high crime societies. Some preconditions of recent law and order policies. *British Journal of Criminology* 3/347. London, jan.-mar. 2000.

14. PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 63.

15. Na expressão bem mais simplificada de MOCCIA, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor*. Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 29, pena é uma reação, a resposta a algo que aconteceu. De outra parte,

como consequência inevitável, que o fim da pena seja a retribuição. Deste ponto de vista, proclamar a função retributiva supõe entender que a finalidade essencial dessa se esgota no castigo do desvio cometido.[16] Isto porque, como lembra Garcia, para tal doutrina, a pena entende-se sobre um conceito absoluto, não colima a pena qualquer utilidade, devendo ter em vista um sentido de justiça absoluta. Ela é imposta não em benefício do delinquente ou da sociedade, mas porque aquele mereceu, como um castigo. Não tem outro intuito que sancionar, "retribuir o mal pelo mal",[17] ou seja, é justificada por seu valor axiológico intrínseco, sendo que, por conseguinte, não é um meio e muito menos um custo, mas um dever metajurídico que tem o seu fundamento em si mesmo.[18]

A ideia retributiva da pena clama por um critério que estabeleça a responsabilidade e, antes de tudo, a ideal afirmação do princípio ético-existencial que a ação socialmente adequada segue uma ampliação e a ação antissocial uma redução de possibilidade jurídica. A pena é um valor positivo que roga uma extrema racionalização e justificação,[19] uma vez que pressupõe uma lesão ao ordenamento cometida livremente, pressupondo o abuso da liberdade inerente ao homem sendo, portanto, o fato culpável.[20] Trata-se da imposição de um mal que merecidamente retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido.[21]

também VON HIRSCH, Andrew. Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfried; NIETO MARTÍN, Adán. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 132, descreve que "la pena implica la causación de un mal a través del cual se expresa un reproche".

16. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2 ed. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 49.
17. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1952. vol. 1, p. 69.
18. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andreas Ibañes et al. Madrid: Trotta, 1995, p. 253.
19. MANTOVANI, Ferrando. *Il problema della criminalità*. Padova: Cedam, 1984, p. 401.
20. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 31.
21. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 2006. t. I, p. 82.

Conforme Bitencourt, entende-se melhor a pena no sentido das teorias absolutas quando estas são analisadas conjuntamente com o tipo de Estado que lhe dá vida.[22] Assim, tem-se como marco de elaboração da doutrina retributiva moderna de maior eco doutrinário o Estado Burguês, que tinha como fundo a teoria do contrato social. O Estado era uma expressão soberana do povo, e com isso aparecia à divisão dos poderes. Com a concepção liberal de Estado, a pena não poderia mais continuar mantendo seu fundamento baseado na identidade entre Deus e o soberano, religião e Estado. A pena passava então a ser concebida como a retribuição à perturbação à ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada pela lei. A pena era a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. Tendo como objetivo político a teoria do contrato social, o Estado reduzia sua atividade em matéria jurídico-penal à obrigação de evitar a luta entre os indivíduos agrupados pela ideia de consenso social. O indivíduo que contrariava esse contrato era qualificado como traidor, pois com sua atitude não cumpria o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural e originária. Passava a não ser considerado mais como parte desse conglomerado social e sim como um rebelde cuja culpa podia ser retribuída com pena.[23]

É consequência direta disto o pensamento kantiano de retribuição moral da pena,[24] onde esta é uma exigência ética profunda e insuprimível da consciência humana.[25] É uma exigência da razão e é própria da ideia

22. No mesmo sentido, quanto a necessidade de avaliação conjunta do tipo de Estado e a teoria absoluta da pena, BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Themis, 1996, p. 12.

23. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 105-106.

24. Esta forma de pensar os fins da pena também é denominada de retribuição de culpabilidade por SCHÜNEMANN, Bernd. La funcion del principio de la culpabilidad en el derecho penal preventivo. *El sistema moderno del derecho penal: cuestinones fundamentales*. Trad. Jésus-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 149.

25. Como lembra ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1987. v. 2, p. 145, Kant chega a análise da metafísica através da razão prática, a qual é colocada sob a moral dos homens. Isto tem como consequência que o bom e o mal, a virtude e o vício, não são predicados das coisas, mas predicados da conduta humana. Por isso, tudo o que é feito o é em virtude de um dever que pode ter duas formas de imperativos que serão analisados adiante.

de justiça, que postula que ao bem siga o bem e ao mal siga o mal. Punir o culpado é, portanto, uma necessidade básica de um imperativo de justiça.[26] Para Kant, a pena jurídica, que difere da pena natural, pela qual o vício leva em si seu próprio castigo e à qual o legislador não olha sob nenhum aspecto, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de se obter outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da sociedade; deve, sim, ser sempre contra o culpado pela única razão de que delinquiu; porque jamais um homem pode ser tomado por instrumento dos desígnios de outro nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real; sua personalidade natural inata o garante contra tal ultraje mesmo quando possa ser condenado a perder a personalidade civil.[27] É por isso que assevera que "a justiça deixa der ser justiça a partir do momento em que se dá a um preço qualquer".[28]

Esta teoria retributiva de Kant vai produzir um grande impacto no século XIX, dominado por concepções relativas sobre a pena, que se legitima pelo seu fim: restabelecimento da ordem violada, intimidação, segurança e emenda. Na sua concepção, posto que a medida da pena não pode partir de qualquer finalidade, só poderá basear-se na ideia de retribuição. O princípio do talião é talvez o aspecto de sua filosofia penal que mais tem chamado a atenção dos estudiosos e que Kant fundamenta no princípio da igualdade.[29] Para o filósofo alemão, "a lei penal é um imperativo categórico; e infeliz é aquele que se arrasta pelo caminho tortuoso do eudemonismo para encontrar algo que, pela vantagem que se possa tirar, descarrega-se do culpado, em todo ou em parte, das penas que merece segundo o provérbio farisaico: mais vale a morte de um só homem que a perda de todo o povo; porque, quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a terra".[30]

Os imperativos categóricos, em sua visão, são aqueles que prescrevem uma ação boa, chamando-se assim porque são declarados por meio de um juízo categórico. Estes devem ser diferidos dos imperativos hipotéticos, porque os últimos são os que prescrevem uma ação boa para

26. MANTOVANI, Ferrando.Op. cit., p. 402.
27. KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, p. 176.
28. Idem, p. 177.
29. RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 164-165.
30. KANT, Immanuel. *Doutrina do direito* cit., p. 176.

alcançar um determinado fim.[31] Os imperativos encontram sua expressão no dever-ser, manifestando, dessa forma, a relação de uma lei objetiva da razão com uma vontade, que, por sua configuração subjetiva, não é determinada forçosamente por lei. Os imperativos, sejam categóricos ou hipotéticos, indicam aquilo que resulte bom fazer ou omitir, não obstante se diga que nem sempre se faz algo apenas porque representa ser bom.[32] O imperativo categórico da justiça criminal conserva sua força, nesta visão, com o talião; todavia, o erro da própria legislação, como bárbara e grosseira, é que os motivos da honra no povo "não querem pôr-se de acordo com as regras que são objetivamente conformes a seu objetivo; tanto que a justiça pública que parte do Estado se converte em injustiça, com relação da justiça que parte do povo".[33] Assim, "há somente o direito ao talião que possa proporcionar determinantemente a qualidade e a quantidade de pena, porém com a condição bem entendida de ser apreciada por um tribunal; todos os demais direitos são móveis e não podem concordar com a sentença de uma justiça pura e estrita, devido às considerações estranhas que com ela se misturam. Pareceria que a diferença de condição não permite a aplicação do princípio do talião de igual para igual. Entretanto, se não é literalmente possível, o é, contudo, quanto ao efeito, quer dizer, relativamente ou quanto a maneira diferente de sentir daqueles que estão mais elevados".[34]

Por isso, para Kant, aquele que comete um crime compromete a segurança de todos os demais e, por conseguinte, se priva, assim, segundo o direito do talião, da garantia da segurança de exercer os seus direitos, especialmente os civis. Como o Estado não quer alimentá-lo gratuitamente, é mister conceder-lhe que tenha o direito de fazer uso de suas forças em trabalhos úteis para a sociedade e por um certo tempo, segundo as circunstancias, ou refugá-lo para sempre a condição dos escravos. Se, pelo contrário, o criminoso cometeu uma morte, ele também deve morrer. Não existe aqui nenhuma comutação capaz de satisfazer a justiça. Não há nenhuma identidade entre uma vida plena de trabalho e a morte; por conseguinte, nenhuma igualdade entre crime e pena a não ser pela morte do culpado; porém, por sua morte pronunciada

31. Bobbio, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 105.
32. Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 108.
33. Kant, Immanuel. *Doutrina do direito* cit., p. 183.
34. Idem, p. 177.

em justiça e separada de todo tipo de maus tratamentos que pudessem tornar horrível a condição humana no paciente. Esta igualdade das penas, que são segundo o direito estrito de talião a não ser pela sentença do juiz que condena a morte com a convicção, se revela no fato de que o juízo capital é o único que sentencia sobre todos proporcionalmente à modalidade interna do criminoso mesmo no próprio caso em que não se trata de um homicídio, mas sim de qualquer outro crime de Estado punido com a morte.[35]

Nesta direção é o já clássico exemplo dado por Kant, quando narra que "o que se deve acrescer é que a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que cada homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia se considerado como cúmplice de tal violação pública da justiça".[36]

Aqui, portanto, o que deve ser garantido não é o estado de uma sociedade, mas a justiça; por outra parte, esta garantia não objetiva a utilização do autor como meio para fomentar o bem dos demais.[37] Portanto, este filósofo designadamente vai contra a corrente e consegue coagir à defensiva o direito penal preventivo (dominante a sua época) tentando estabelecer uma relação de antinomia entre este e a dignidade humana. O aspecto extraordinariamente importante dessa afirmação é que ela não diz respeito somente a pena, mas ao direito em seu conjunto.[38] Conforme Silva Sánchez, a partir do pensamento kantiano embasado nas premissas acima, não é vedado apenas que se castigue um inocente ou que, pelo talião, se castigue alguém de modo excessivo com fins preventivos, mas

35. Idem, p. 178.

36. Idem, p. 178-179. Conforme RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1979, p. 316, a figura denominada de "povo", por Kant, não quer dizer o simples somatório de indivíduos empíricos, mas o substrato de um valor supraindividual original que transcende os interesses originais.

37. JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 20.

38. RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 163-164.

também que, por força do imperativo de justiça, se deixe de castigar qualquer pessoa que cometa um crime.[39]

E, neste momento, os apontamentos sobre a relação da forma de concepção do Estado e as teorias absolutas começam a fazer sentido, pois, no pensamento kantiano, ninguém é punido por ter havido a pena, mas por ter querido a ação punível; porque se sucede a alguém o que quer, não pode ser isso uma pena e é impossível querer ser castigado.[40] Conforme o teórico alemão, dizer querer ser punido por ter-se matado alguém é dizer submeter-se com todos os demais cidadãos às leis, que naturalmente serão leis penais, se há culpados no povo. "Eu, como colegislador que decreta a lei penal, não posso ser a mesma pessoa que como súdito se encontra punido segundo a lei, porque nesta última qualidade, isto é, como culpado, é impossível que tenha voto na elaboração das leis".[41] Afirma Kant que o ponto capital do erro do pensamento de Beccaria (de que a pena de morte seria contra o contrato originário, porque, nenhum cidadão disporia de sua vida nele)[42] consiste em que o juízo próprio do culpado (juízo que deve atribuir-se a sua razão), de dever ser privado da vida, é visto como uma resolução da vontade de privar-se ele mesmo da vida e representa, assim reunidos em uma só e mesma pessoa, a execução e o juízo do direito.[43]

39. Silva Sánchez, Jésus-María. *Aproximación al derecho penal contemporâneo.* Barcelona: Bosch, 1992, p. 209.

40. Neste ponto específico, a crítica kantiana vai direcionada a teoria contratualista, em especial a visão de Feuerbach, na medida em que este sustentava que há sempre um aceite tácito do criminoso na sua condenação, pois, quem pratica um delito no pleno conhecimento de que lhe corresponde na lei uma certa penalidade, aceita esta consequência conjuntamente. Neste sentido, a exigibilidade da pena a alguém vem na mesma forma que a exigibilidade do cumprimento de um contrato por alguém (Radbruch, Gustav. Op. cit., p. 314-315).

41. Kant, Immanuel. *Doutrina do direito* cit., p. 181.

42. Conforme Beccaria, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 51, a soberania e as leis nada mais são do que a soma das pequenas partes de liberdade que cada qual cedeu à sociedade, as quais representam a vontade geral, que resulta da reunião das vontades individuais. Precisamente por isso é que questiona: "Mas quem já pensou em dar a outros homens o direito de lhes tirar a vida?" Pergunta para a qual responde que nenhum homem tem direito sobre a vida do outro.

43. Kant, Immanuel. *Doutrina do direito* cit., p. 182.

Portanto, o que deve ser garantido não é o estado de uma sociedade, mas a justiça; por outra parte, esta garantia não visa a utilização do autor como meio para fomentar o bem dos demais.[44] Por isso, como lembra Mir Puig, não se pode ter a pena como meio de proteção da sociedade nem para prevenção a delitos, porque isso levaria a instrumentalização do indivíduo, que é um fim em si mesmo, mas deve obedecer unicamente um imperativo de justiça.[45] Essa máxima permeia todo o pensamento kantiano, em especial no que diz respeito a relação Estado/indivíduo, sendo que o filósofo assevera que "para a onipotência da natureza, ou antes, da Causa suprema a nós inacessível, o homem é, por seu turno, apenas uma bagatela. Mas que os soberanos da sua própria espécie assim o considerem e como tal o tratem, quer carregando-o como animal, simples instrumento dos seus propósitos, quer dispondo-os uns contra os outros nos seus conflitos para os deixar massacrar – eis o que não é bagatela alguma, mas a inversão do fim último da criação".[46]

De igual forma, digno de menção também que o bem, o justo, deve ser feito não por inclinação, mas por amor ao dever,[47] o que significa que, mesmo que ausente qualquer inclinação (como seria o caso de uma de abster-se de um agir por coação psicológica) para que se obedeça ao imperativo categórico que a lei penal representa, ainda assim deve o homem respeitá-lo. Portanto, Kant designadamente vai contra a corrente e consegue coagir à defensiva o direito penal preventivo (dominante a sua época) tentando estabelecer uma relação de antinomia entre este e

44. Jakobs, Günther. *Derecho Penal...* cit., p. 20.

45. Mir Puig, Santiago. *El derecho penal em el Estado democrático y social de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 35.

46. Kant, Immanuel. *O conflito das faculdades*. Coimbra: Edições 70, 1993, p. 106.

47. Kant, Immanuel. *Fundamentação de metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Coimbra: Edições 70, 1995, p. 28-29. No que diz respeito à importância do dever em Kant, conforme Pinheiro, Celso de Moraes. *Liberdade e coação no direito de Kant* 1/15-24. Porto Alegre: Veritas, mar. 2007. vol. 52, p. 16, "o conceito de dever é ponto comum entre os âmbitos da moralidade e da legalidade. E, quando analisamos o conceito de dever em Kant, percebemos que, através dele, podemos vislumbrar uma aproximação entre os âmbitos da moralidade e da legalidade. O dever moral, trazido à luz pelo imperativo categórico, é representado, no âmbito da legalidade, pelo direito e pela justiça. Assim, poderíamos supor que, através do dever, pode-se vislumbrar a relação entre liberdade e coação pretendida por Kant".

a dignidade humana. O aspecto extraordinariamente importante dessa afirmação é que ela não diz respeito somente a pena, mas ao direito em seu conjunto,[48] sendo que um de seus aspectos é possibilitar que se sustente a visão de atuação moralmente livre do homem.[49]

Diante disto, descreve o pensador alemão que "em primeiro lugar, é de observar que por ora me servirei do conceito de liberdade apenas no sentido prático e deixo aqui de lado, como coisa já tratada acima, o sentido transcendental, que não pode ser pressuposto empiricamente corno um princípio de explicação dos fenômenos, mas que é, por si mesmo, um problema para a razão. Efetivamente, um arbítrio é simplesmente animal (*arbitrium brutum*) quando só pode ser determinado por impulsos sensíveis, isto é, patologicamente. Mas aquele que pode ser determinado independentemente de impulsos sensíveis, portanto por motivos que apenas podem ser representados pela razão, chama-se livre arbítrio (*arbitrium liberum*) e tudo o que se encontra em ligação com ele, seja como princípio ou como consequência, é chamado prático".[50]

Neste sentido, pensar-se que a pena serviria como forma de prevenção seria atribuir ao homem um simples arbítrio animal (chegando-se próximo de Hegel, como se poderá vislumbrar adiante), porquanto este estaria agindo apenas por força de impulsos sensíveis, por suas inclinações, deixando de fora a própria racionalidade humana. Por outro lado, em se buscar a fundamentação da punição na inclinação do homem, perder-se-ia o ponto de vista ético que Kant tenta atribuir a sua teoria da pena, qual seja, de que o homem, independentemente de sua vontade ou inclinação, deve agir conforme o imperativo categórico da lei, pois assim indica amor ao dever que o estimula a agir.

Por isso que Rodrigues assevera que com a solução kantiana, o que fica desacreditado é o projeto de um direito penal fundado na sua utilidade. Evidentemente que a amplitude e a obstinação com que Kant demonstra que o direito em geral e o direito penal no particular não são instrumentos ao serviço de realizações de objetivos sociais heterônomos só são compreensíveis com relação ao fato de que o político já se apode-

48. Rodrigues, Anabela Miranda. Op. cit., p. 163-164.

49. Cuello Contreras, Joaquín. La "ideologia" de los fines de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 2/425. Madrid, maio-ago. 1980. t. XXXIII.

50. Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 649.

rara efetivamente do direito e o subordinara à realização dos objetivos que visava alcançar. Kant não consegue fazer parar o processo de formação de um direito penal fundado na utilidade; por conseguinte, no entanto, que o direito penal final não seja apresentado como um direito justo. Um direito penal apenas preventivo tem possibilidades de se manter de fato, já que corresponde a uma concepção política iluminista capaz de lhe dar lastro; mas a partir de Kant tal direito ficará vulnerável a objeção de que está em contraste com a dignidade da pessoa e, assim, ainda que ordenado à realização de uma finalidade, perderá a legitimidade,[51] devendo os fins preventivos figurarem, no máximo, como consequências secundárias da aplicação da pena, mas nunca como sua finalidade.[52]

De outra banda, a teoria absoluta da pena também encontra uma versão de retribuição jurídica, onde a pena traz o seu próprio fundamento, não de fora (na consciência humana), mas de dentro do ordenamento jurídico. Considera que o delito é a rebelião contra a vontade da lei e, por isso, exige uma reparação que reafirme à autoridade desta através da punição. Por meio da pena, o Estado afirma o próprio ordenamento, dando através dela uma satisfação à coletividade, turbada pelo delito, à vítima e à comunidade, extinguindo o alarme social derivado.[53] A sequência do restabelecimento do direito é absoluta. O que dá legitimidade não é a utilidade, mas sim a ideia de direito convertida em direito.[54]

Conforme Bitencourt, a racionalidade e a liberdade são, para Hegel (principal representante desta corrente), a base do direito. O delito, entendido como a negação do direito, é a manifestação de uma vontade irracional, ficando configurada, com isso, uma contradição de vontades.[55] É por isso que o conceito de pena vem calcado junto ao direito abstrato,[56]

51. Idem, p. 164.
52. WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956, p. 236.
53. MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 403.
54. JAKOBS, Günther. *Derecho penal*... cit., 1997, p. 22.
55. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 112.
56. O entendimento puramente abstrato da teoria hegeliana, contudo, seria um reducionismo excessivo, pois, como lembra OLIVEIRA, Nythamar Fernandes. *Tractus Ethico-Politicus*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 96, a própria história demonstra que há sempre um lado objetivo e subjetivo dentro da dialética que caracteriza esta teoria. Por isso, a pena recebe, no caso de Hegel, uma fundamentação abstrata que vai tomar corpo concreto com a

pois, conforme o filósofo em análise, "o Direito abstrato é um direito a coagir, porque o errado que transgride é um exercício de força contra a existência da minha liberdade em uma coisa externa".[57] Por isso, define crime como "o ato inicial de coerção como um exercício de força pelo agente livre, o exercício de força que infringe a existência da liberdade no seu senso concreto, infringe o direito como direito, é um crime – um julgamento negativamente infinito no seu completo senso, onde não apenas o particular é negado, mas, também, a universalidade e o infinito nos predicados do eu. Aqui a negação não vem sobre a cooperação do meu pensamento, mas em desafio a ele.[58]

Isto quer dizer que a violação da vontade livre, quando assume a forma da completa negação do direito, é crime e a pena, que não pode ser entendida como abstrata necessidade dialética senão como "negação da negação", resulta da própria negatividade do crime. O conceito de pena não é outra coisa senão esta ligação necessária que faz que o crime, como vontade em si negativa, implique a sua própria negação, que aparece como pena. É a identidade interior que na existência exterior se reflete

ação/vontade objetiva do desviante e da sociedade. Não é por outra razão que RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 175, disserta que excluir a possibilidade de encontrar qualquer finalidade não abstrata retributiva naquela teoria é fruto de uma errônea valoração da teoria da pena deste onde, de fato, se procura unicamente a definição do conceito puro de pena, de ordem estritamente lógica, sem qualquer pretensão quanto ao conteúdo. Mas onde, por outro lado, Hegel não nega a legitimidade de tal pretensão, limitando-se apenas a reenviar para a sede mais idônea – a sociedade civil e, portanto, a justiça institucionalizada – o exame em questão.

57. HEGEL, Georg Wilehlm Friederich. Philosophy of right. *Great books of the Western World*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1955, p. 36, tradução minha. Neste sentido, importante lembrar que, conforme Hegel, "a lei, a moral, o Estado – e só eles – são a satisfação e a realidade positiva da liberdade" (HEGEL, Georg Wilehlm Friederich. *A razão na história: uma introdução geral a filosofia da história*. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2001, p. 88).

58. HEGEL, Georg Wilehlm Friederich. Philosophy of right... cit., p. 36, tradução minha. O caráter de universalidade desta negação, que extrapola a particularidade do ato, ocorre porque, na visão do citado pensador, "o Estado é a vida que existe externamente, autenticamente moral. Ela é a união da vontade universal e essencial com a vontade subjetiva e, como tal, ela é Moral" (HEGEL, Georg Wilehlm Friederich. *A razão na história*... cit., p. 88).

no entendimento como igualdade.[59] A manifestação de sua nulidade (infringência do direito) é a aparência, também no mundo externo, da aniquilação da quebra da lei. Isto é, na concepção hegeliana, o direito atualizado, a necessidade do direito mediar a si próprio ao anular ao que o infringiu.[60] A anulação da quebra da lei, até então, esta como produtora de dano, é a satisfação dada para a sociedade civil, compensação pelo mal feito, da mesma forma como qualquer compensação pode ser feita. Consequentemente, a lesão, do ponto de vista da vontade particular da parte lesionada e de outros observadores, é apenas algo negativo. A única positividade que a lesão possui é a da vontade particular do criminoso. Então, para lesionar (ou penalizar) essa vontade particular como uma vontade determinadamente existente é a anulação do crime, que de outra forma teria sido válida para restaurar o direito.[61]

O caráter fechadamente jurídico do pensamento retributivo jurídico é mostrado quando se afirma que "ao discutir esses assuntos as únicas coisas importantes são, primeiramente, que o crime é para ser anulado, não porque é produtor de um mal, mas porque é a infringência do direito enquanto direito e, posteriormente, a questão de qual existência positiva que o crime possui e qual precisa ser anulada; é a existência que é o verdadeiro mal a ser removido, e o ponto essencial aonde repousa a questão".[62]

A pena, como negação do delito, que é a negação do direito, é a afirmação do direito, porque a negação da negação é afirmação. Daí que a pena se justifique por si mesma, sem que deva reconhecer outro fundamento racional que sua necessidade evidenciada pela razão que ordena a afirmação do direito.[63] A anulação do crime, para Hegel, é a retribuição enquanto retribuição e é, em sua concepção, uma lesão a lesão, e desde que o crime seja algo determinado sob um escopo qualitativo e quantitativo, a sua negação enquanto existente é similarmente determinada. Isso identifica traços do conceito, mas não é uma igualdade específica (mate-

59. Rodrigues, Anabela Miranda. Op. cit., p. 166-167.

60. Tal ocorre porque, em sua visão, "a finalidade do Estado é fazer prevalecer o material e se fazer reconhecer nos feitos reais dos homens e nas suas convicções (Hegel, Georg Wilehlm Friederich. *A razão na história*... cit., p. 88).

61. Hegel, Georg Wilehlm Friederich. Philosophy of right... cit., p. 37.

62. Idem, p. 37.

63. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*... cit., p. 169.

maticamente determinada) entre crime e sua negação; ao contrário, as duas lesões são iguais apenas no que diz respeito ao seu caráter implícito, no seu valor.[64] Assim, Hegel se distingue materialmente de Kant sobre tudo por entender que o princípio do Talião é praticamente irrealizável, substituindo-o pela ideia de equivalência entre delito e pena.[65] Nesta visão, a proporcionalidade, não consistindo em imitar o ato criminoso, significa que delitos de diversas naturezas devem ser castigados com diferentes classes de pena e que a cada delito se aplique a pena segundo todas as possíveis gradações internas,[66] o que leva por si a reconstituição do direito, ao passo que a mera aplicação do talião não seria direito, mas manifestação de vingança e esta nunca deve ser confundida com punição jurídica.[67] Desta forma, a adoção da pena de prisão passa a ter um significado específico: permitir que o princípio da equivalência entre crime e punição se manifesta historicamente.[68] Por força disto que descreve que "o caráter qualitativo e quantitativo do crime e de sua anulação caem dentro da esfera da externalidade. De qualquer forma, nenhuma determinação absoluta é possível nesta esfera; no campo do finito, determinação absoluta continua apenas uma demanda que o entendimento tem que encontrar através de uma contínua delimitação mas que possibilita apenas uma permanente aproximação satisfatória. (...) É tarefa do entendimento olhar para algo aproximadamente igual ao valor lesionado. Se a interconexão implícita do crime e de sua negação, e também se a ideia do valor e a comparabilidade

64. HEGEL, Georg Wilehlm Friederich. Philosophy of right... cit., p. 38.

65. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 83. Em sentido diverso ao apontado por Roxin, FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 254, descreve que ao menos em Hegel, que concebe o estado como espírito ético ou "substancia ética" ou simplesmente "ethos", também a ideia da retribuição jurídica se baseia de fato, em última análise, no valor moral associado, se não a cada imperativo penal, a ordem jurídica lesionada. Contudo, pensa-se, com a devida vênia, que o jusfilósofo italiano simplifica demasiadamente o conceito de Estado elaborado por Hegel. Sobre tal conceito, ver HEGEL, Georg Wilehlm Friederich. *A razão na história...* cit., passim.

66. PESSINA, Enrico. *Teoria do delito e da pena*. Trad. Fernanda Lobo. São Paulo: Rideel, 2006, p. 174.

67. FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992, p. 377, nota 43.

68. PAVARINI, Máximo. Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Prevención y teoría de la pena*. Santiago: Conosur, 1995, p. 160.

do crime e da punição em respeito aos seus valores não são apreendidos, então pode ser possível ver a punição apenas como arbitrária conexão entre um mal com uma ação fora do direito".[69]

Como disserta Bitencourt, aceitando Hegel que a pena venha a restabelecer a ordem jurídica violada, igualmente se deve aceitar que a pena não é somente um mal que se deve aplicar simplesmente porque antes houve outro mal, porque seria irracional querer um prejuízo simplesmente porque já havia um anterior. A imposição da pena implica, então, no restabelecimento da ordem jurídica quebrada e, com isso, consagra-se o delinquente enquanto ser racional que é.[70] Isto porque, esta lógica sustenta que somente podem atuar com relevância jurídica aqueles que são livres, sendo estes os que integram a comunidade jurídica.[71]

Por isso, a lesão (penalidade) que recai sobre o criminoso não é somente implícita. Ao contrário, é também um direito estabelecido para o próprio criminoso, na sua própria vontade objetificada, na sua ação. A razão para isso é que sua ação é a ação de algo racional e isto implica que é uma coisa universal e que, ao cometê-la, o criminoso racionalmente nega a lei que anteriormente havia explicitamente reconhecido e, por consequência disto, ele deve ser conduzido sob o direito. O que está envolvido na ação do criminoso não é apenas o conceito de crime, o aspecto racional presente no crime como a vontade individual em que o estado deve incidir, mas, também, a racionalidade da violação individual. Desta forma, a punição contém o direito do criminoso que, enquanto punido, é honrado enquanto ser racional. Ele não recebe essa honra a não ser que o conceito e medição da punição advenham de seu próprio ato. Ainda menos ele recebe se for tratado ou como um animal perigoso que tem que ser tornado inofensivo, ou sob a visão de ter que anulá-lo ou reformá-lo.[72] O que se quis com isso foi fundamentar um conceito de

69. HEGEL, Georg Wilehlm Friederich. Philosophy of right... cit., p. 38-39, tradução minha.

70. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 113. Interessante notar que a outorga de uma liberdade relacionada ao ato criminoso, no pensamento de Hegel, busca a manutenção da figura do criminoso como ser humano, pois, ser livre participa do próprio conceito de homem (HEGEL, Georg Wilehlm Friederich. *A razão na história*... cit., p. 92).

71. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Vila, 1992, p. 171, nota 71.

72. HEGEL, Georg Wilehlm Friederich. Philosophy of right... cit., p. 37-38.

pena profundamente humano, conforme a natureza racional do homem, respeitador desta natureza, também, no delinquente. Do próprio fato, portanto, deve nascer o conceito lógico de pena.[73]

Em uma versão retribucionista mais contemporânea, Faria Costa apresenta a pena como uma forma de recomposição das relações de cuidado de perigo hedeggeriano. Para ele, os efeitos da pena estão sempre no futuro e não são a sua obra, mas antes e sempre "fruto do contingente e da liberdade do homem".[74] Explica o autor português que a aplicação da lei somente tem sentido na historicidade e, por isso, só pode ser compreendida em um "sendo" da comunidade que emprestara sentido ao dever-ser. Neste sentido, quando do cometimento de um crime, há o empobrecimento, de forma irremediável e profunda, de todo o ser comunitário e social, através da destruição da relação onto-antropológica que toma forma no cuidado-de-perigo.[75] Por isso disserta (diferenciando-se de Hegel e Kant) que "ainda que o princípio da retribuição nada de tem de metafísico ou irracional e que é antes um pilar de mundividência e vivência ética que percorre todo o nosso pensamento jurídico".[76] Explica, então, que, "a relação de cuidado-de-perigo desempenha o papel e é uma estrutura capaz de dar sentido a pena. Se a relação do "eu" para com os outros é desvirtuada ao ponto de aniquilamento ou violação dos valores essenciais, a relação primária e original que o "eu" estabelece com a comunidade, erigida em Estado e detentora de *ius puniendi*, impõe a agressão a esfera pessoalíssima do "eu", pois só assim se refaz aquela relação primitiva do "eu" para com os outros.[77]

Disserta D'Avila que nessa abertura do ser para com o outro, cuidar-se é cuidar também do outro, como expressão elementar do ser-no-mundo que, sendo, projeta-se, em sua fragilidade, no outro, e cuidando-se, no cuidado-para-com-o-outro. A ação de ser-se-no-mundo,

73. Rodrigues, Anabela Miranda. Op. cit., p. 167. Por força disto, desde já deve ser afastada a crítica realizada por Noll e seguida por Bauman, Jürge. *Derecho penal: conceptos fundamentales e sistemas*. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 15, ao afirmarem que o retribucionismo traria consigo uma visão da humanidade desprovida de homens ou uma justiça sem homens.

74. Faria Costa, José Francisco de. *O perigo em...* cit., p. 147, nota 23.

75. Idem, p. 387.

76. Faria Costa, José Francisco de. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005, p. 209.

77. Faria Costa, José Francisco de. *O perigo...* cit., p. 384.

que é sempre uma ação de ser-se-com, atira o ser-aí em uma teia de relações recíprocas de cuidado que estruturam e dão consistência ao ser comunitário. O cuidado individual, o cuidado do eu para consigo mesmo só alcança sentido se se abrir aos cuidados para com os outros, porque também unicamente deste jeito, unicamente nesta reciprocidade, encontra-se a segurança, ausência de cuidado, a carência de perigo, em uma comunidade de homens que, a todas luzes, se constrói no seio de perigos. Esta relação ontológica de cuidado-de-perigo que atira o eu para fora de si mesmo, para o encontro com o outro, no qual e pelo qual o ser-no-mundo se desvela e se conhece, confere existência, como dizemos, a uma teia de cuidados recíprocos que estruturam o ser comunitário.[78]

E é justamente na prejudicial oscilação dessa teia de cuidados e, portanto, na prejudicial oscilação da relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo que o direito penal, através dos signos que lhe são próprios, irá buscar os elementos informadores de seu núcleo fundamental, o ilícito. O ilícito em tal horizonte compreensivo, nada mais é que a expressão jurídico-penal da desvaliosa oscilação da tensão originária da relação onto-antropológica de cuidado-perigo. Não obviamente qualquer oscilação, mas apenas aquela que, aos olhos da comunidade historicamente situada, é tida por insuportável.[79]

É através desta fundamentação de reconstrução da relação onto-antropológica que a pena encontra o seu limite e fundamentação e, no pensamento de Faria Costa, precisamente por isso que não pode ser considerada como um mal. Isto porque o mal, por sua natureza, independentemente da forma que tome corpo, é infinitamente expansivo, sendo que os seus limites não são racionalizáveis, é inexplicável e incompreensível. Sucede que, conforme o penalista português, historicamente, consagrou-se para o mal da pena um limite. Desta forma, o limite do mal seria a sua própria negação.[80] Por isso "se não houver a pena é impossível reconstruir a primitiva relação de cuidado-de-perigo. A pena, se quisermos, assume, assim, o papel da reposição, da repristinação e, por

78. D'Ávila, Fábio Roberto. O inimigo no direito penal contemporâneo: algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: Gauer, Ruth Maria Chittó. *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 102-103.

79. Idem, ibidem.

80. Faria Costa, José Francisco de. *Linhas de direito penal*... cit., p. 219, nota 31.

conseguinte, da eficácia de um bem. Ou, se ousarmos ser ainda mais radicais, ela é um *bem*".[81] A pena é, assim, também, uma manifestação da responsabilidade em relação ao rompimento com o cuidado-de-perigo. A quebra da relação de confiança de que um indivíduo é corresponsável, neste ponto, deve ter sempre um tratamento igualitário, sob pena de desagregação social total, sendo que a retribuição é o meio pelo qual esta responsabilidade e igualdade material se realizam no direito a imposição de uma pena justa (que nada tem a ver com o direito a ser punido de Hegel).[82]

3. Crítica das posições absolutas apontadas

Colocados os pressupostos teóricos da teoria absoluta retributiva da pena, pode-se fazer a análise da (im)pertinência de sua aplicação as alterações contemporâneas descritas anteriormente, quais sejam, os deslocamentos do pensamento penológico hodierno. Por isso, tem-se que a leitura penologica sugere que tal fenômeno ganhou força também pela mudança na ideologia que conduzia a correição (ocasião que será analisada junto à crítica da prevenção especial positiva), partindo-se para uma visão de que o "sistema penal somente está aqui para ferir pessoas, não para ajudar ou curar".[83] Busca-se, assim, um modelo que busque a dureza e a eficiência do controle, acompanhando o resto da política penal contemporânea denominada de *just diserved* (bem merecido). Mesmo que este pensamento pareça oferecer uma mínima proporcionalidade da punição, o foco no merecimento e na "culpabilização" restabelece a legitimidade do discurso retributivo e o aumento da solicitação de respostas punitivas. Isto ocorreu quando a política penal torna-se menos preocupada em alcançar a redução do crime através de condenações individuais e focou em simplesmente aplicar a punição do modo mais radical possível.[84]

Pensa-se, como já descrito anteriormente, que esta mudança na forma de busca da retribuição pode estar ligada com o que Garland

81. Idem, p. 224.

82. Idem, p. 232-233.

83. Christie, Nils. Limits to pain. Disponível em: www.jus.uio.no/ikrs/forlag/limits-to-pain/limits-to-pain.pdf. Consultado em: 06.11.2008.

84. Pizarro, Jesenia M. et al. Supermax prisons: myths, realities, and the politics of punishment in American society. *Criminal Justice Policy Review* 17/7-8. Indiana, mar. 2006. vol. 6.

denominou alteração da sensibilidade, uma vez que tal está ligado a fatores históricos e culturais mutáveis. Isto porque a questão de como as sensibilidades se estruturam e como mudam ao longo do tempo tem importância na visão de como a punição é direcionada, na medida em que crime e castigo são questões que provocam respostas emocionais no público em geral e nas pessoas envolvidas.[85] Por um lado, por força de ser o sofrimento, nas formas de punição atuais, mental e emocional, não sendo físico, por serem corrosivos por um longo período e não imediatos, por terem sido removidos da visão do público em geral, e porque são simplesmente tidos como um mero meio de "menos liberdade", não ofendem de maneira determinante a sensibilidade contemporânea e são permitidos para ser parte das políticas públicas. Porque o público não ouve as reclamações dos presos e de suas famílias, porque o discurso da imprensa e do senso comum criminológico representa o criminoso como diferente, e menos do que completamente humano, e porque a violência penal é geralmente sanitarizada, situacional e de baixa visibilidade, o conflito entre a sensibilidade civilizada e as rotinas brutais da punição são minimizados e tornam-se mais toleráveis. As penalidades modernas são assim institucionalmente formadas e discursivamente representadas de forma a negarem a violência que continua inerente as suas práticas.[86]

Parte do motivo para isto é que outros aspectos do processo civilizatório[87] tendem a minar a operação de simpatização tirando o desviante do contato com o público em geral, escondendo a alienação e marginalização dos internos, limitando o conhecimento público sobre as circunstancias, e inibindo a extensão da simpatia e da identificação.[88] Soma-se a este processo o fato de que esta maior dureza buscada se deve a uma política criminal surgida da dramatização que sendo invocada

85. GARLAND, David. *Punishment and modern society*. Oxford: Chicago, 1990, p. 213.

86. Idem, p. 243.

87. Para David Garland, Idem, p. 215, a noção de civilização (com declarada inspiração no pensamento de Nobert Elias), neste caso, deve pode ser tida de forma muito neutra, não evolutiva, através de uma atitude analítica de descrever a particular configuração da sensibilidade e as atitudes características das sociedades ocidentais do período moderno e o que significa o longo processo de seu desenvolvimento/modificação cultural e psíquica.

88. Idem, p. 236.

pela violência contemporânea, e pretende afrontar de modo mais efetivo o crescimento do sentimento individual e social de insegurança.[89]

Este posicionamento, no entanto, não encontra qualquer possibilidade de aplicação enquanto legitimação destas instituições, seja por força de falhas na formulação teórica, seja por falta de coerência na forma de implementação fática de suas premissas. Em relação às limitações da teoria, Roxin assevera que uma execução da pena que parte do princípio da imposição de um mal não pode agir como reparadora de danos, mas apenas vê o sofrimento do indivíduo desviado.[90] Por isso, fracassa esta teoria diante da função de traçar limites em relação ao conteúdo do direito de punir afirmando, sem restrição, a faculdade estatal de penalizar formas de condutas culpáveis, restando insatisfatória a justificação da sanção da culpa.[91]

Ademais, com o conceito de imperativo categórico não se atinge qualquer clarificação da finalidade da pena. Na verdade, Kant permite, com isso, que com a pena se realize um objetivo – subsidiário e não intencional, mas bem aceito – que é o resultado da aplicação de uma pena merecida e infligida com base na justiça. Mas a atitude geral é de incompreensão relativamente à teoria absoluta de Kant. A retribuição é apresentada como uma teoria sobre os fins da pena em que a sua finalidade consistirá exatamente na retribuição do mal do crime com o mal da pena. Nesta perspectiva, avulta a consideração da pena como um fim em si mesmo, cuja legitimidade não lhe advirá de qualquer objeto que queira alcançar, mas da realização da ideia de justiça.[92]

No entanto, como descrito por Roxin, a ideia de uma justiça abstrata não pode realizar-se neste mundo. A tarefa do Estado é mais modesta: deve melhorar as relações sociais, isto é, a liberdade, a segurança e o bem estar de seus cidadãos, e a melhor forma possível de consegui-lo é orientar a finalidade da pena a evitar comportamentos delitivos mediante

89. Hassemer, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad.* Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Bogota: Temis, 1999, p. 44.

90. Roxin, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 85. Quanto ao caráter essencialmente aflitivo da execução da pena de fundamentação retributiva: Mantovani, Ferrando. Op. cit., p. 406.

91. Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 119.

92. Rodrigues, Anabela Miranda. Op. cit., p. 167-168.

a incidência no delinquente da consciência jurídica da comunidade.[93] Também de se notar que a ideia de vincular o direito penal a aplicação da pena justa desconsidera inteiramente o fato de que "não há pena justa, pois o próprio direito que a sustenta não é justo".[94]

Ademais, como lembra Bitencourt, se o poder estatal emana do povo, como nos casos do contrato social, a justificação da pena não pode ser feita sobre bases metafísicas, sob pena de se caírem contradição.[95] Aquilo que a ideia preventiva confere ao direito penal é, na verdade, uma "pragmaticidade", um sentido útil de si próprio e dos seus efeitos,[96] o que parece muito mais conforme uma fundamentação de limitação e legitimação da pena. Assim, o direito penal não pode ser tido como uma espécie de apêndice da teologia, mas sim como um recurso de ordenação.[97]

Roxin ainda disserta que a teoria da retribuição não pode se sustentar, hoje, cientificamente, pois, se a finalidade do direito penal consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos, então, para o cumprimento desta missão, não é permitido servir-se de uma pena que de forma expressa prescinda de todos os fins sociais. A ideia de retribuição exige também uma pena onde sobre a base de proteção de bens jurídicos não seria necessária, perdendo a pena a sua serventia para o direito penal, bem como sua legitimação social. Dito de outra maneira: o Estado, como instituição humana, não é capaz de realizar a ideia metafísica de justiça nem está legitimado para tanto. A vontade dos cidadãos o obriga a assegurar a convivência entre os homens em paz e liberdade, estando limitado a esta tarefa de proteção. A ideia de que se pode compensar ou suprimir um mal (delito) causando outro mal adicional (o do sofrimento pela pena), só é suscetível de uma crença de fé, a qual o Estado não pode obrigar a ninguém desde o momento em que já não recebe os seus poderes de Deus, mas do povo. Tão pouco a tese de uma culpabilidade individual que tem que ser retribuída pode fundamentar por si só a pena;

93. ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero et al. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 24.

94. TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: contribuição à teoria do crime culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 129.

95. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 120.

96. RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 307.

97. TAVARES, Juarez. Op. cit., loc. cit.

a culpabilidade individual está ligada a existência de uma liberdade de vontade, cuja indemonstrabilidade a faz inadequada como único fundamento das intervenções estatais.[98]

Em crítica direta ao pensamento kantiano, Bitencourt descreve que o imperativo categórico é uma forma vazia de conteúdo.[99] Curiosamente, é precisamente esta uma das principais críticas que outro retribucionista faz a Kant. Percebe-se que uma das críticas mais arrasadoras de Hegel a este é exatamente nos reflexos que a concepção abstrata de direito (bem como do formalismo do imperativo categórico) deste traz. Segundo Hegel, o Estado tem o seu ser-aí, isto é, o seu direito imediato não numa existência abstrata, mas concreta, sendo que somente esta pode se constituir como princípio do agir, excluindo, para tanto, os numerosos pensamentos universais que são tidos por pensamentos morais,[100] rejeitando, também por isso, o moralismo político de Kant.[101]

Contudo, esta visão não imuniza o pensamento hegeliano em relação à pena, pois, como dissertado por Bitencourt, "que a violência pode ser abolida pela violência não é uma conclusão inarredável. A cura de uma lesão seria um fenômeno sem sentido. E a negação da negação é nada, como construção, além de confusa. O paralelo lógico formal é inaceitável. A eliminação do dano causado pelo delito à ordem pacífica da sociedade pressupõe uma ação curativa positiva. A negação da negação, por sua vez, é só uma estrutura verbal e não é objetiva".[102]

Ademais, a estas advertências deve ser somado o fato de que tal forma de pensar trata, em efeito, de uma superveniência de antigas crenças mágicas que derivam de una confusão entre direito e natureza: a ideia da pena como restauração, remédio ou reafirmação da ordem natural violada; as visões religiosas do talião ou da purificação do delito

98. Roxin, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 84.

99. Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 114.

100. Hegel, Georg Wilehlm Friederich. Philosophy of right... cit., p. 57. É importante notar que Rawls, John. *Lectures on history of moral philosophy*. London: Harvard University Press, 2000, p. 163, discorda desta posição, asseverando que o procedimento pelo qual se chega ao conhecimento de um imperativo categórico não é meramente formal, tendo de encontrar suficiente estrutura de deliberação moral para se chegar à conclusão de se as máximas podem ou não ser consideradas universais.

101. Oliveira, Nythamar Fernandes de. Op. cit., p. 88.

102. Bitencourt, Cezar Roberto. Op. cit., p. 115.

a través do castigo; ou as não menos irracionais das negações do direito por parte do ilícito e da simétrica reparação de este através do direito. A única diferença reside em que, enquanto nas concepções arcaicas de tipo mágico-religioso a ideia da retribuição está ligada a objetividade do fato sobre a base de una interpretação normativista da natureza, nas modernas, tanto de tipo ético como jurídico, está conectada a subjetividade perversa e culpável do réu sobre a base de uma concepção naturalista e ontológica tanto da moral como do direito.[103]

Estas críticas, no entanto, não se aplicam ao pensamento retribucionista de Faria Costa, pois, com a ideia de que apenas nos casos de quebra mais grave da relação de cuidado de perigo é que deve a pena incidir mantém o caráter fragmentário do direito penal. Ademais, a reconstrução do equilíbrio desta relação citada deve se estender também ao cuidado do Estado com o indivíduo, diminuindo o caráter meramente aflitivo da pena. Por fim, a declaração da necessidade da avaliação da relação de cuidado-de-perigo, por sua natureza, não permite uma avaliação meramente metafísica, mas exige a transposição do "eu" para uma projeção de cuidado-para-com-o-outro, sendo que este exige a figura do ser-no-mundo do outro. Por esta visão inicial, o pensamento do penalista português foge das críticas tradicionais a teoria da retribucionista, mas, se visto com maior cuidado, é eivado da mesma falha de sua teoria de base, qual seja, a ontologia heideggeriana, na medida em que supõe que o "eu" se atire para fora de si mesmo, chegando ao outro e desvelando-o e possibilitando a formação de uma teia de cuidados.

A dificuldade disto é que este levar o "eu" ao Outro termina, na realidade, em uma redução do Outro ao Mesmo. Esta recondução promove anulação do Outro por sua alienação. Este acontecimento, conforme Levinas, é um dos traços que mais apareceram ao longo da filosófica ocidental, frente à influência marcante da ontologia, uma vez que esta, na relação do Outro com o Mesmo, exige a intervenção de um termo médio e neutro que assegura a inteligência do ser.[104]

Há, no específico caso, na ontologia heideggeriana, a necessidade de se partir de uma obediência ao ser, onde a dialética que concilia a liberdade e a obediência supõe a primazia do Mesmo, que termina por

103. Ferrajoli, Luigi. Op. cit, p. 254-255.

104. Levinas, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Trad. José Pinto Ribeiro. Coimbra: Edições 70, 2008, p. 30.

definir todo o pensamento de Heidegger. O problema é que neste pensamento, a relação com o ser, que atua como ontologia, consiste em neutralizar o ente para compreender ou captar, como fica claro nas relações de cuidado de perigo. Não é, portanto, uma ralação do Outro como tal, mas uma redução do Outro ao Mesmo. Neste sentido, descreve Levinas que, diante desta posição, "tal é a definição de liberdade: manter-se contra o Outro apesar de toda relação com o Outro, assegurar a autarcia de um eu. A tematização e a conceitualização, aliás, inseparáveis, não são paz com o Outro, mas supressão ou posse do Outro. A posse afirma de fato o Outro, mas no seio de uma negação da sua independência. 'Eu penso' redunda em 'eu posso' – numa apropriação daquilo que é, numa exploração da realidade".[105]

Por força disto a ontologia se converte em uma filosofia do poder, uma vez que não coloca em questão o Mesmo, tornando-se uma filosofia da injustiça. A ontologia heideggeriana que subordina a relação com Outrem a relação com o ser em geral mantém-se na obediência do anônimo e lava fatalmente a outro poder, a tirania, a um imperialismo, pois, a posse é a forma por excelência sob a qual o Outro se torna o Mesmo, tornando-se meu. Há, então, um poder que tornasse assassino do Outro, na em medida que tenta torná-lo o Mesmo. Desta forma, o pensamento ontológico da relação de cuidado de perigo torna-se impossível uma vez que a compreensão do ser não pode dominar a relação com o outro,[106] pois, do contrário, em relação a fundamentação da pena, não haveria limitação e legitimação do poder punitivo, mas a imposição de padrões de dominação e tirania, o que afasta por completo a possibilidade de adoção do sistema onto-antropológico adotado por Faria Costa.

Já em relação a uma aproximação maior com a abordagem proposta neste escrito, se for pensada a finalidade da pena a partir da ideia de uma pena justa, está-se tendo como postas duas situações: a de que todas as penas previstas são adequadas e justas *a priori*, ou seja, que sua aplicação, como descrito por Juarez Tavares, nada mais é do que a atualização concreta do sentimento ético; ou de que o direito penal só pode adquirir dignidade quando se situar dentro de uma ordem moral extrajurídica, sendo que esta daria a aquele uma orientação decisiva. No entanto, estas duas situações encontram-se muito dissociadas da realidade, pois, as penas previstas pelo campo penal não são eticamente

105. Idem, p. 31.

106. Idem, p. 33-34.

fundamentadas, seguindo, do contrário, razões de política do Estado; de outro modo, o direito penal, pode-se dizer, é muito mais produto de contradições sociais do que de realização ética.[107]

No caso concreto deste estudo, contudo, o problema é ainda maior, pois, sequer a conformação com os ideais retributivos há. Isto porque, esta teoria traz consigo a concepção liberal da proporção entre pena e delito, o que é, nesta visão, uma garantia para o cidadão. Não pode, assim, haver castigo além da gravidade do delito cometido, nem sequer por considerações preventivas ou de vingança, porque a dignidade humana se opõe a que o indivíduo seja utilizado como instrumento de fins transcendentes ao indivíduo.[108] Deste tipo de análise emerge, conforme Pavarini, uma questão de fundamental importância, qual seja, que o sistema jurídico-penal de natureza retributiva termina apropriando-se de uma prática marcada por uma qualidade não somente diversa, mas inconciliável com as práticas punitiva.[109] Desta forma, é do caráter consensual do caráter retributivo: a aflitividade da pena, enquanto sofrimento; a personalização da pena, enquanto não pode atingir a mais ninguém que não seja o autor; a proporcionalidade da punição, enquanto o mal sofrido corresponde ao correspectivo mal infligido.[110]

Assim, "bem mais além de toda essa confusão argumentativa, a constante referência à retribuição indica que nela se procura alguma coisa semelhante a um princípio regulador e isto parece ser, definitivamente, o resgatável do conceito: se com a criminalização primária o Estado confisca um conflito, sua intervenção – por excluir a vítima, bem como por ser de altíssima seletividade e grande violência – não pode ser apresentada como racional, mas sua irracionalidade reconhece graus, e chegaria ao limite intolerável quando não houvesse equivalência à magnitude da lesão (ou com esta mantivesse certa relação) que

107. Tavares, Juarez. Op. cit., p. 129. Para uma visão mais adequada das contradições referentes ao campo punitivo, ver Garland, David. Contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política* 12/59-80. Curitiba: UFPR, nov. 1999.

108. Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2 ed. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 50.

109. Pavarini, Máximo. Op. cit., p. 161.

110. Mantovani, Ferrando. Op. cit., p. 406.

o conflito seria apenas o pretexto para que o poder atuasse na medida de sua vontade omnímoda".[111]

Esta visão coloca em xeque, portanto, um dos principais primados retributivos: a da necessidade imperativa de proporcionalidade entre crime e pena, pois, busca-se não a visualização da ação desviante e a gravidade da punição, mas a avaliação da personalidade perigosa.[112]

Por isso "se a fundamentação é falsa, caí completamente no vazio o intento legitimador, sendo que a justiça termina sem conteúdo, passa a ser uma mera etiqueta imposta desde o poder. Em suma, o retribucionismo se converte em intento ideologizante, falsificador da realidade, cuja função é dar aparência de legitimidade ao controle penal do Estado. Poder e controle penal terminam assim tão perfeitamente imbricados, que não é possível conceber o direito penal como um controle a mais, de caráter formalizado, senão que se identifica direito penal com poder e, por isso, a relação se dá entre os demais controles e o direito penal (o Poder). O direito penal aparece como símbolo do poder e interpreta um papel puramente simbólico".[113]

Frente a todos os argumentos apresentados, tem-se que não há qualquer possibilidade de subsunção da teoria absoluta retribucionista da pena a alteração da sensibilidade social apresentada anteriormente. Isto porque, diante das questões dogmáticas gerais, não se admite uma teoria que leve em conta unicamente ideais metafísicos de justiça e nem mesmo uma que termine em imposição completa dos ideais do Mesmo sobre o Outro. Nesta esteira, o cambio do pensamento penológico social trouxe uma nova retribuição, não mais como limitação do poder punitivo, mas como incremento, pois levaria a volta de um estado de polícia sem limites em suas ações. Desta forma, resta apenas a análise das outras ideologias retribucionistas que possam estar implicadas no caso.

111. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. t. I, p. 143.

112. MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 428.

113. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción. *Prevención y teoría de la pena*. Santiago: Conosur, 1995, p. 21.

4. Neorretribucionismo: o renascimento da teoria retribucionista na polifuncionalidade da pena

Conjuntamente com as teorias que sustentam a retribuição como único meio de justificação da pena, existem outras que buscam flexibilizar esta forma de pensar e conjugá-la com as correntes denominadas relativas, ou seja, aquelas que apresentam como norte uma ação sua preventiva contra a atividade criminosa. Ocorre que, mesmo o pensamento relativo clássico da pena terminou por encontrar grande resistência diante do pensamento penológico e criminológico, sendo por isso que há a consolidação (pós-segunda guerra) de uma ideia polifuncional da pena.[114]

Em relação à visão do criminoso como sujeito doente que necessita ser tratado ou mesmo isolado, característica da prevenção especial, as investigações criminológicas (inicial e especialmente de cunho funcionalista, baseadas em Merton[115] e Durkheim)[116] vieram a mostrar os estudos que, em verdade, o fenômeno desviante é fato comum de toda sociedade, constituindo, muitas vezes, uma resposta normal frente aos estímulos desta, ou seja, agir de uma forma não conformista ao invés de uma conformista.[117] De outro lado, o efeito intimidador da pena (prevenção geral negativa) também não se mostrou factível, pois, como lembra Cohen, as pessoas que praticam atos de transgressão não constituem uma minoria sinistra, sendo que, mesmo que se limite o termo a pessoas que, de vez em quando infringem o Código Penal, quase todos são infratores,[118] ou seja, não há a realização do freio do impulso sensual originador do delito (para se utilizar a linguagem de Feuerbach).[119] Ademais, como já afir-

114. Palazzo, Francesco. Op.cit., p. 61. No mesmo sentido, Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro* cit., p. 140.

115. Merton, Robert K. Social structure and anomie. *American Sociological Review* 5/672-682. Washington, october 1938. vol. 3.

116. Durkheim, Emile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2008.

117. Merton, Robert K. Op. cit, p. 672-673.

118. Cohen, Albert K. *Transgressão e controle*. Trad. Miriam L. Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1968, p. 57.

119. Feuerbach, Paul Johann Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Iram Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 52.

mava Ferri, a própria prática do crime já traz consigo o atestado de falha da prevenção geral positiva.[120]

Não é por outra razão que, como modo de salvamento de um meio de justificação da pena, após a Segunda Guerra Mundial, a maioria da doutrina se estabilizou em torno de um pensamento eclético. Admitiu-se na pena uma natureza ou característica constitutiva de índole retributiva, mas, ao mesmo tempo, atribuindo a esta uma função preventiva. Neste pensar, a pena tem natureza retributiva, mas função preventiva.[121] É afirmado, assim, que o fim ou a razão de ser da sanção reage-se contra o passado e procura ao mesmo tempo evitar futuras violações (pune-se *quia peccatum ne peccetur*), e que poderão designar-se teorias mistas.[122]

Aqui, como lembra Mir Puig, cabe destacar que, apesar das grandes diferenças entre os seus defensores, todas as teorias mistas coincidem em dar a pena a função de proteção da sociedade. Uma vez admitido que a retribuição constitui um meio de luta contra o delito e não um fim em si mesma, foi abandonada a base que sustenta as teorias absolutas, qual seja, de que a função do direito penal se esgota na realização da justiça sobre a terra. As diferenças nascem na hora de precisar, por uma parte, a relação entre proporcionalidade com o delito e as necessidades de prevenção, e, por outra, a importância que corresponde, dentro da prevenção, a geral e a especial. Em relação às primeiras, a direção conservadora acredita que a função de proteção da sociedade deve basear-se na função de realização da justiça, enquanto que a direção "progressista" sustenta que a função do direito penal é somente a proteção de bens jurídicos,e a gravidade do fato e a culpabilidade de seu autor constituem unicamente o limite do exercício desta função. Para os primeiros o direito penal é chamado para cumprir uma dupla função, retributiva e preventiva; para os segundos, no entanto, somente de proteção.[123]

Por isso, conforme Merkel, a pena cumpre, em primeiro lugar, uma função de retribuir o crime. No entanto, assim como em outras espécies penais, se busca, entre outros, o efeito de fazer impossível materialmente

120. Ferri, Enrico. *Delinquente e responsabilidade penal*. Trad. Fernanda Lobo. São Paulo: Rideel, 2006, passim.

121. Morselli, Elio. Neo-retribucinismo y prevención general integradora en la teoría da pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1/265-266. Madrid, enero-abril 1995. t. XLVIII.

122. Correia, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almeida, 1997, p. 40.

123. Mir Puig, Santiago. *Introducción*... cit., p. 60.

ao criminoso realizar danos, ora de um modo permanente (privação de liberdade), ora dentro de um determinado território (banimento), ora dentro de uma determinada esfera de atividade. Neste sentido, haveria uma tendência geral preventiva que buscaria impedir que pessoas violem suas obrigações, uma tendência especial a impedir a violação concreta de uma obrigação. A pena serviria, no caso de delinquentes adultos, para colocá-los frente à impossibilidade de seguir causando danos, tendo uma tendência meramente segregadora. Ademais, a pena ainda possui a tendência a exemplaridade.[124]

Em relação ao retribucionismo, considera que, desde o momento que a pena seja uma reação ao delito, mesmo que busque a reestruturação da ordem normativo-social, deve-se aceitar um fim retributivo. E isto, para Merkel, não é uma qualidade acidental da pena, mas é indissolúvel de seus caracteres essencial. Considera, ainda, que a discussão de se a pena é aplicada como retribuição ao desvio ou para que não se desvie no futuro é infrutífera, uma vez que ocorrem ambas as assertivas. E mais, o fato da necessidade de proporcionalidade da pena não diz respeito ao fim retributivo, mas é um requisito para que ela possa cumprir o seu fim. A medição da proporção de pena aplicada deve se dar por força da valoração ética da ação. A necessidade, nesta perspectiva, de um castigo justo é um imperativo ético que vai dar existência a própria justiça no caso concreto.[125]

Conforme Von Hirsch, a divisão tangente entre teorias absolutas e relativas bloqueia as reflexões sobre a justificação da sanção penal, uma vez que conduziu o debate ou apenas as teorias voltadas as consequências (preventivas) ou apenas as fundementadas em considerações absolutas de caráter abstrato e universal. Neste sentido, aduz o autor que uma justificação convincente das finalidades da pena deve deixar de lado esta dicotomia, ou seja, deve estar fundamentada em valorações de cunho moral retrospectivo (incluindo aqui o sentido hegeliano de moral),[126] como em considerações atinentes a prevenção do delito. Assim, esta teoria deve contar com um elemento deontológico, uma vez que o autor deve ser considerado como um ser moral, mas ao mesmo

124. MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*. Trad. Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 191.

125. Idem, p. 195.

126. Sobre o assunto ver HEGEL, Georg Wilehlm Friederich. *A razão na história*... cit., passim.

tempo deve ser capaz de avaliar a utilidade da pena com o *telos* de evitar novos desvios.[127]

Neste ponto, o sentido retributivo viria como característica da reação penal como censura moral de um homem que responde por seus comportamentos. Um dos pontos de tal censura é uma espécie de referência a própria vítima, sendo que tal faz alusão não apenas de que esta sofreu um dano, mas que tal dano adveio de uma conduta culpável de um terceiro. Por isso, conforme Von Hirsch, não cabe apenas reconhecer o dano e demonstrar condolência ao afetado por ele (como ocorre em uma catástrofe natural), mas sim demonstrar a reprovação (moral e normativa) a ser demonstrada em relação a conduto do autor do desvio. Em segundo lugar, a reprovação demonstrada pela retribuição representa uma comunicação moral com o autor do delito, sendo que esta comunicação traz consigo um sentido normativo crítico em relação a algum de seus comportamentos. Desta forma, a comunicação diz respeito a que o autor, que atua moralmente, recebe uma crítica como consequência de seu comportamento injusto. Esta comunicação da sanção deve realizar, no autor, um refletir sobre os seus atos, sendo expressamente dito por Von Hirsh, contudo, que não se trata de uma teoria do arrependimento.

Tal sentimento diz respeito a qualquer reação que possa ser causada no autor (vergonha, arrependimento ou qualquer outro).[128] "A reprovação retributiva que se manifesta através da sanção esta justificada porque mostra um caminho eticamente adequado, através do qual o autor dirige a palavra como um ser capaz de realizar considerações morais. A mensagem de ilegitimidade do comportamento, tal qual se expressa na lei penal frente aos cidadãos, deriva de que se demonstre uma via ética apropriada, que correspondem com pessoas que atuam moralmente orientadas. Os possíveis efeitos preventivos integradores desta mensagem resultam como efeitos colaterais em relação a estas pretensões normativas".[129]

127. Von Hirsch, Andrew. Retribución y prevención... cit., p. 125.

128. Conforme Andrew von Hirsch, idem, p. 134, estes "tipos de sanciones negarían el status de personas al afectado, aunque fuesen eficaces desde el punto de vista de la intimidación. Una sanción neutral trataría al autor o a los posibles autores como animales de circo, como criaturas que deben ser enjauladas, intimidadas o amaestradas. Por el contrario, una sanción que implica reproche considera al autor como persona moralmente capaz".

129. Idem, 134-135.

No entanto, considera Von Hirsch[130] que aos elementos de retribuição como forma de reprovação podem se acoplar as necessidades prevenção geral precisamente por força do caráter de reprovação que a pena deve trazer. Para ele, através da reprovação incorporada à ameaça de pena, o direito penal expressa que o comportamento é equivocado, com o que uma pessoa que atua de acordo com critérios morais tem motivos para não realizá-lo. No entanto, devido à falibilidade humana, o indivíduo pode continuar querendo sua realização.[131] A razão para que na sanção o modo de expressar a desaprovação seja a imposição de um mal no lugar de utilizar mecanismos meramente simbólicos reside justamente na ameaça que este mal confere a pessoa uma razão prudencial ulterior, conforme seus próprios interesses, para não realizar o comportamento. O modelo proposto aduz que "mediante a retribuição se ao comunica que seu comportamento é censurado e deve ser evitado. Contudo, esta não é a única razão da pena: a reação de reprovação se expressa através de um mal que atua como *prudential reason* frente as tentações de executar o comportamento apesar de sua incorreção".[132]

Seguindo muitas linhas semelhantes, Correia vai ainda mais longe que Von Hirsch, agregando mais finalidades a retribuição e a prevenção geral, como é o caso das doutrinas de prevenção especial. Assim, disserta o autor português que a retribuição não é só retribuição do fato, mas retribuição de personalidade; desde não apenas se observe a culpa referida, mas a culpa do agente por possuir um determinado modo de ser perigoso, constituindo tal a chamada culpa na formação da personalidade. Trata-se de uma culpa do agente por não ter corrigido, educado, ou mesmo tratado o seu modo de ser de maneira a modelá-lo com o tipo de personalidade que os valores jurídico-criminais de certo sistema requerem.[133]

Ademais, ainda no pensamento do professor lusitano, a ideia de retribuição pode e deve ligar-se sempre com o pensamento da recuperação social do delinquente. De tal maneira que a retribuição não deve fechar os olhos a outros valores éticos que possam compensar ou evitar que ela entre em funcionamento. Mesmo em casos extremos, do que poderá

130. Idem, p. 138.

131. Nota-se, neste ponto, a aproximação do pensamento de Von Hirsch ao de FEUERBACH, Paul Johann Ritter von. Op. cit.

132. VON HIRSCH, Andrew. Op. cit, p. 143, tradução minha.

133. CORREIA, Eduardo, op. cit., p. 63.

então falar-se é de um conflito de deveres éticos: o dever de castigar o mal feito pelo criminoso; e o dever, ético também, de solidariedade para com este, que vem a traduzir-se no dever de recuperá-lo socialmente.[134]

De outra banda, também há o surgimento (ocorrido por força da derrocada das barreiras das disciplinas acadêmicas, ou seja, com a retirada dos limites da forma de pensamento compartimentado)[135] de novas formas de pensar as finalidades da pena, sendo que uma das mais ligadas ao neorretribucionismo e que recebe grande destaque é a elaborada por Morselli. O citado italiano, inspirando-se na psicologia dinâmica, observa que a pena constitui uma reação da sociedade ligada a profundas e inconscientes necessidades emotivas. Assim, surgiria frente a esta, em relação ao delito, uma profunda exigência de se descarregar sobre o réu as cargas agressivas que a frustração derivada do alarme social suscitou.[136]

Com esta teoria de necessidades emotivas de punição latente no seno da sociedade, a teoria retributiva recebe nova feição. Não se traz mais a ideia abstrata e mecânica de compensação do *malum actionis col malum pasionis*, mas em um fenômeno que tem suas raízes profundas na natureza humana e que, por isso, tem uma profunda e necessária justificação na natureza das coisas. A pena assume, aqui, a grande função de assegurar o profundo equilíbrio intrapsíquico entre as forças instintivas de satisfazer a exigências de defesa da ordem interior, ainda antes que aquela exterior e desta maneira impedir que da falta de controle destas forças instintivas derive o caos da vida psíquica, seja esta individual ou coletiva. "A pena, assim, realiza a manutenção da consolidação de uma série de sentimentos fundamentais, como aqueles da consciência ética, de justiça, de fidelidade a lei, da autoridade do Estado e da seguridade da ordem jurídica".[137]

134. Idem, p. 66.

135. Sobre uma narrativa deste câmbio, ver BAUMER, Franklin Le van. *O pensamento moderno europeu*. Lisboa: Edições 70, 1977. vol. 2, e SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13 ed. Porto: Afrontamentos, 2002. Quanto a uma visão crítica ao pensamento de superação e abandono de paradigmas, ver MARTINS, Rui Cunha. Portugal e Brasil: Modernidade e fronteiras. In: KERN, Arno Alvarez. *Sociedades ibero-americanas: reflexões e pesquisas recentes*. Porto Alegre: EDPUCRS, 2000.

136. MORSELLI, Elio. Op. cit., p. 268.

137. Idem, p. 270.

Conclui Morselli que isto significa que não é a prevenção geral integradora[138] que deve se falar propriamente, mas retribuição integradora, ou melhor, de restituição do significado positivo e construtivo que esteve presente sempre na ideia retributiva clássica. A prevenção geral não é outra coisa que a prevenção de futuros delitos, mas, por sua vez, esta prevenção não é outra coisa que um efeito induzido pela retribuição: efeito negativo de intimidação e efeito positivo de consolidação de sentimento coletivo de justiça.[139]

Trata-se, conforme o próprio teórico descreve, de uma releitura de Hegel, pois pensa-se que o delito perturba com seu alarde social o equilíbrio ínsito da consciência jurídica. Por isso, é aqui que a pena intervém para reconstruir a situação de estabilização anterior ao desvio, neutralizando os efeitos deste, mantendo ao longe o perigo de desequilíbrio intra-psíquico e a consequente ruptura da ordem interior. Esta neutralização não seria outra coisa que um dos mecanismos fundamentais de controle e defesa do "Eu", dirigido a finalidades vitais ao tal ponto que sem esse a vida do homem é impossível. Punindo o delinquente, o delito é eliminado da consciência coletiva.[140]

Portanto, esta concepção tem um caráter psicológico e não metafísico, procurando na psicologia das profundidades, funcionando como uma forma de reavivar a pena como satisfação das necessidades de retribuição da coletividade. Compensando os instintos vingativos e agressivos suscitado pelo cometimento de um crime, a pena reforça os poderes inibitórios do superego e contribui assim para estabilizar nos cidadãos os comportamentos conforme o direito. O que não se deve perder de vista é que a função de prevenção geral é conseguida só por via indireta e

138. Nas palavras de ROXIN, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 92, "na realidade, na prevenção geral positiva se pode distinguir três fins e efeitos claros: o efeito de aprendizagem, motivado social-pedagogicamente; o exercício da confiança do Direito que se origina pela atividade da justiça penal; o efeito da confiança que surge quando o cidadão vê que o direito se aplica; e, finalmente, o efeito de pacificação, que se produz quando a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção, sobre o quebramento da lei e considera solucionado o conflito com o autor. Sobre tudo, o efeito de pacificação, mencionado em último lugar, se alude hoje frequentemente para a justificação de reações jurídico-penais com o termo prevenção-integradora", tradução nossa.

139. MORSELLI, Elio. Op. cit, p. 271.

140. Idem, p. 272.

mediata, através do mecanismo psicossocial da retribuição. De qualquer forma, esta prevenção geral não é a tradicional, intimidatória, mas a de integração,[141] ou melhor, na linguagem de Morselli, uma retribuição de integração.

5. Falta de resposta adequada pelo neorretribucionismo

Cabe, neste ponto, fazer o questionamento de se a agregação de finalidades múltiplas a finalidade da pena pode realizar o revigoramento desta, devendo, contudo, a resposta ser negativa. Ocorre que, precisamente por aumentar o rol de finalidades da pena, bem como as possibilidades de reconhecimento de pelo menos alguma das facetas apontadas como argumento da mesma, termina-se por perder a principal função, qual seja, a limitação do poder punitivo do Estado. Isto porque a polifuncionalidade atribuída não serve como meio de legitimação, mas como forma de aumentar as possibilidades de ações do aparato punitivo. Perfeita, portanto, a crítica feita por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, ao descreverem que semelhante equivocidade discursiva conduz a arbitrariedade, pois implica propor aos operadores do *potestas puniendi* que assumam a decisão que bem lhes aprouver, racionalizando-a, depois, com a teoria de função manifesta que pareça mais adequada ao caso.[142]

Para Roxin, uma teoria mista deste teor parte do correto entendimento de que nem a teoria da retribuição nem nenhuma das teorias preventivas podem determinar justamente, por si só, o conteúdo e os limites da pena. Uma teoria unificadora aditiva, contudo, não supre as carências das diferentes opiniões particulares, senão que as soma e as conduz sobre tudo a um ir e vir sem sentido entre os diferentes fins da pena, o que impossibilita uma concepção unitária da pena como um dos meios de satisfação pessoal.[143] Por isso, as combinações teóricas incoerentes, em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das outras teorias puras, pois, somam as objeções de todas as que pretendem escolher a pior decisão em cada caso. Não se trata de uma solução político-penal, mas de uma entrega do direito penal à arbitrariedade e da consequente renúncia à sua função mais importante, qual

141. Rodrigues, Anabela Miranda. Op. cit., p. 194.

142. Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro* cit., p. 141.

143. Roxin, Claus. *Derecho penal...* cit., p. 94-95.

seja, de redução de irracionalidades e controle do sistema punitivo,[144] dando-se espaço ao chamado "espaço de jogo da teoria da pena".[145]

O que ocorre é que, na busca do entendimento da pena em toda a sua complexidade, termina-se por abrir mão da legitimação e limitação necessária, gerando a desformalização do controle penal. Não há de se olvidar que a pena é um fato complexo e que, de sua existência, irradiam os mais variados efeitos, mas isto não quer dizer que todos eles sejam a finalidade. É neste ponto que, por exemplo, assevera-se que a proporcionalidade que a retribuição traria não é o fim da pena, mas um critério de limite ou qualificação da mesma. De igual forma, o fim ressocializador enquanto redução de danos à pessoa presa não é ligado à prevenção de delitos, mas ao dever do Estado de tutelar, promover e desenvolver os direitos fundamentais. Por fim, a prevenção geral, embora possa trazer alguma finalidade à pena, peca por transformar o homem em mero objeto de política criminal, devendo assim ser tida como mero efeito, dizendo ironicamente, colateral.

Contudo, como já mencionado, tal constatação não afasta os problemas de legitimação desta teoria, fazendo com que, antes, acumulem-se todas as dificuldades das finalidades múltiplas que são agregados e não a sua superação.[146] Ou seja, sobre o pretexto de que a pena age de forma complexa, não se pode abrir as portas para todas as contradições inerentes a este fato, sob pena de se dar lugar a um poder total que não aceita limitação dada por qualquer que seja a fonte. Na busca de um consenso sobre um meio de legitimar a pena estariam, assim, ligados ao processo seletivo de valores que devem dar lugar em cada caso, mas como todos os valores são possíveis, todos são legítimos e, por esta razão, nunca a possibilidade de limitação e controle sobre a atividade punitiva.

Ainda de grande valia notar-se que os diversos fins atribuídos a pena não são compatíveis entre si, pois, como lembra Péres Manzano, na medida em que a prevenção geral exige uma pena superior à culpabilidade (nos casos necessários para a intimidação), funcionar com a culpabilidade como limite máximo implica na perda de eficácia preven-

144. Zaffaroni, Raúl Eugenio et al. *Direito penal brasileiro* cit., p. 141.

145. Rivera Beiras, Iñaki. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 211.

146. Roxin, Claus. *Derecho penal*... cit., p. 94-95.

tivo geral; em segundo lugar, enquanto a pena puder ser rebaixada a baixo do limite da culpabilidade, se produz a perda da eficácia preventiva geral e retributiva em favor da prevenção especial.[147] Na mesma direção, pode-se dizer que, por força disto, não se trata de uma teoria da adição de finalidades, mas de paralisação mútua do que foi reunido. Tomando-se emprestado um exemplo de Jakobs, pode-se considerar que se é buscada a ressocialização de um assassino para convertê-lo em uma pessoa pacífica (considerando-se que isso fosse possível), o tratamento dispensado a ele não pode ser ele considerado como um meio de retribuição/reprovação que diga respeito a culpabilidade/responsabilidade, uma vez que a culpabilidade é retribuída a um responsável, enquanto que o tratamento diz respeito a necessidades preventivas de um sujeito tido como defeituoso.[148]

Ainda no pensamento do jurista alemão, deve-se levar em conta a ausência de uma relação positiva entre retribuição e prevenção geral, pois, conforme esta última, o que deve ser prevenido, através da coação psicológica, é a gênese da intenção de cometer o fato delituoso, sendo que isto age conforme a intensidade da motivação. Contudo, a retribuição se refere tão somente ao fato enquanto perturbação social.[149] Isto poderia levar a que, em um crime com pouca danosidade social, mas grande incidência fática (como é o exemplo do furto) fosse exigida pela prevenção uma pena demasiadamente alta para que se cria uma coação eficiente, enquanto que, exatamente pelo mesmo fato, por falta de uma turbação social mais acentuada, a pena retributiva deve ser baixa.

Em relação à visão psicanalítica da finalidade da pena anteriormente relatada, não se pode esquecer que se apoia sobre a chamada projeção, na qual, como explica Freud, "os espíritos e os demônios, como demonstrei no último ensaio, são apenas projeções dos próprios impulsos emocionais do homem". O homem transforma as suas questões emocionais em pessoas, "povoa o mundo com elas e enfrenta os seus processos mentais

147. Pérez Manzano, Mercedes. Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. In: Silva Sánchez, Jesús-María (ed.). *Política Criminal y nuevo derecho penal. libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 75.

148. Jakobs, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 12-13.

149. Idem, p. 12-13.

internos novamente fora de si próprio".[150] A projeção, desta forma, ajuda a lidar com os conflitos mentais e com a confusão que o contato com o delito gera, descarregando-se sobre o réu toda a carga agressiva gerada na sociedade, servindo a pena como meio de se fazê-lo.

Esta teoria do "bode expiatório" significa que a violação do mandado, a satisfação ilícita conseguida por alguém, tem uma influência incentivadora nos desejos dos demais. A repressão das tendências criminosas latentes do homem e estimuladas por violação do direito só tem êxito se aquelas tendências, desejos e agressões forem desviados para bodes expiatórios por meio de projeções. Deste modo, a pena permite a transformação dos impulsos criminosos em agressões juridicamente legitimadas e transferidas para o Estado, a liberação da agressividade reprimida e uma satisfação substitutiva daqueles impulsos criminosos. Por isso a sociedade sente necessidades coativas de castigo, porque a pena logra restabelecer assim o equilíbrio psíquico da sociedade e manter as inibições individuais em relação ao cometimento de crimes que, de outro modo – pela impunidade dos criminosos –, se veriam ameaçadas.[151]

O que se destaca, assim, é que esta eficácia estabilizadora está diretamente ligada à aplicação da pena, na lógica do medo – canalizando para uma função aplicadora dos impulsos de imitação do comportamento criminoso – provocado pela punição dos outros; sendo exatamente devido à satisfação das necessidades de punição da sociedade, a que este alcance preventivo da pena está ligado, que se pode falar de componentes retributivos da prevenção geral. A pena dirige a sua ação aos indivíduos não delinquentes, restando o agente do crime como instrumento acidental de uma estratégia de política criminal que o ignora. O indivíduo acaba por ser instrumentalizado em função da satisfação dessas necessidades de punição e perde-se como ponto de referência de qualquer possibilidade de socialização que eventualmente se quisesse levar a cabo em seu proveito.[152]

150. Freud, Sigmunt. Totem e tabu. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1995. vol. 13.

151. Rodrigues, Anabela Miranda. Op. cit., p. 197.

152. Idem, p. 205-206.

6. Considerações finais

Percorridas as teorias descritas acima, é possível notar, primeiramente, um sério déficit referente à possibilidade de sua legitimação. Isto porque o pensamento retributivo absoluto da pena traz uma ideia metafísica de justiça e de anulação do mal causado (como nos casos de Kant e Hegel), o que não mais pode ser aceito diante das necessidades de sustentação empírica dos preceitos limitativos da liberdade no Estado Contemporâneo. Também de difícil aceitação a proposta que se baseie na chamada relação de cuidado-de-perigo, uma vez que traz consigo o risco de um pensamento de total subjugação do Outro pelo Eu, marca que sustenta com frequência os regimes autoritários.

No que diz respeito às chamadas teorias mistas (e aqui são tratadas as que dão especial relevo a retribuição diante de outras finalidades da pena), tem estas falham em cumprir a principal finalidade da teoria da pena, qual seja, a de limitar ao máximo o poder punitivo do Estado para que o mesmo somente seja exercido nos casos em que sua legitimidade não possa ser excluída. Isto porque, ao invés de diminuírem os casos em que possam ter seus fins utilizados para a punição, aumentam-nos ao máximo, sendo que qualquer decisão passa a poder ser sustentada sobre a extrema mobilidade de seus preceitos. De igual forma, esta polifuncionalidade ignora as contradições inerentes das diversas finalidades da pena entre si, sendo que, ao invés de ser uma teoria da pena, aparece como uma teoria da paralisação da fundamentação coerente da mesma. Nem mesmo uma teoria psicanalítica que traga como fundamento da pena as necessidades de projeção da sociedade sobre o indivíduo conseguem realizar uma legítima conjunção das finalidades, pois, no final, como é próprio da psique humana, dá uma resposta contraditória, na medida em que pugna pela prevenção geral, tornando o desviante um mero objeto de manutenção da ordem psíquica individual e social, contrapondo-se aos primados do pensamento retributivo que considera tal atentatório da dignidade humana.

No campo social, no que diz respeito à alteração da sensibilidade social, o discurso que busca promover uma visão pretensamente retribucionista sustenta que deve-se "condenar mais e compreender menos", realizando-se um esforço para assegurar condições de aprisionamento mais austeras possíveis.[153] Contudo, o que realmente se pretende não

153. Garland, David. *La cultura del control*... cit., p. 43.

é uma punição simplesmente maior, mas a anulação de riscos que são imaginados e representados sobre os desviantes, correndo-se atrás de um sentimento de ordem,[154] sendo que, para isso, busca critérios de prevenção geral negativa e prevenção especial negativa, e não retributivas. Não é por outra razão que a teoria retribucionista da pena, tal como pensada atualmente, não encontra respaldo nem em argumentos de legitimidades nem junto a questões dos conclames sociais.

7. Referências bibliográficas

Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

_____. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Themis, 1996.

Bauman, Jürge. *Derecho penal: conceptos fundamentales e sistemas*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

Baumer, Franklin Le van. *O pensamento moderno europeu*. Lisboa: Edições 70, 1977. vol. 2.

Beccaria, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo; Martin Claret, 2002.

Bitencourt, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Bobbio, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

Bustos Ramírez, Juan. Introducción. *Prevención y teoría de la pena*. Santiago: Conosur, 1995.

Christie, Nils. Limits to pain. Disponível em: [www.jus.uio.no/ikrs/forlag/limits-to-pain/limits-to-pain.pdf]. Consultado em: 06.11.2008.

Cobo Del Rosal, Manuel; Vives Antón, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. 4 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

Cohen, Albert K. *Transgressão e controle*. Trad. Miriam L. Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1968.

Correia, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almeida, 1997.

Cuello Contreras, Joaquín. La "ideologia" de los fines de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 2/423-440. Madrid, maio-ago. 1980. t. XXXIII.

D'Ávila, Fábio Roberto. O inimigo no direito penal contemporâneo: algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: Gauer, Ruth Maria Chittó. *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

154. Pacheco, Alcides Marques Porto et al. Ordem e globalização na sociedade da globalização e do consumo. *Revista de Estudos Criminais* 28. Porto Alegre: Notadez, 2009.

DURKHEIM, Emile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2008.

FARIA COSTA, José Francisco de. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

_____. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andreas Ibañes et al. Madrid: Trotta, 1995.

FERRI, Enrico. *Delinquente e responsabilidade penal*. Trad. Fernanda Lobo. São Paulo: Rideel, 2006.

FEUERBACH, Paul Johann Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Iram Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

FREUD, Sigmunt. Totem e tabu. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1995. vol. 13.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1952. vol. 1.

GARLAND, David. Contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política* 13/59-80. Curitiba: UFPR, nov. 1999.

_____. Editorial. Punishment and society today. *Punishment and society* 1/5-10. Sage, jan.-mar. 1999. vol. 1.

_____. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.

_____. *Punishment and modern society*. Oxford: Chicago, 1990.

_____. The culture of high crime societies. Some preconditions of recent law and order policies. *British Journal of Criminology* 3/347-375. London, jan.-mar. 2000. v. 40.

GOTTSCHALK, Marie. *The prison and the gallows: the politics of mass incarceration in America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Bogota: Temis, 1999.

HEGEL, Georg Wilehlm Friederich. *A razão na história: uma introdução geral a filosofia da história*. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2001.

_____. Philosophy of right. *Great books of the Western World*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1955.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. 2 ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. *Fundamentação de metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Coimbra: Edições 70, 1995.

_____. *O conflito das faculdades*. Coimbra: Edições 70, 1993.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Trad. José Pinto Ribeiro. Coimbra: Edições 70, 2008.

MANTOVANI, Ferrando. *Il problema della criminalità*. Padova: Cedam, 1984.

MARTINS, Rui Cunha. Portugal e Brasil: Modernidade e fronteiras. In: KERN, Arno Alvarez. *Sociedades ibero-americanas: reflexões e pesquisas recentes*. Porto Alegre: EDPUCRS, 2000.

MERTON, Robert K. Social structure and anomie. *American Sociological Review* 5/672-682. Washington, october 1938. vol. 3.

MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*. Trad. Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: B de F, 2006.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado democrático y social de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2 ed. Buenos Aires: B de F, 2002.

MOCCIA, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor*. Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F, 2003.

MORSELLI, Elio. Neo-retribucinismo y prevención general integradora en la teoría da pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1/265-274. Madrid, enero-abril 1995. t. XLVIII.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Prólogo. In: MAPPELI CAFFARENA, Borja. *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. Barcelona: Bosch, 1983.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes. *Tractus Ethico-Politicus*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

PACHECO, Alcides Marques Porto et al. Ordem e globalização na sociedade da globalização e do consumo. *Revista de Estudos Criminais* 28. Porto Alegre: Notadez, 2009.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PAUL, Wolf. Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Prevención y teoría de la pena*. Santiago: Conosur, 1995.

PAVARINI, Máximo. Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Prevención y teoría de la pena*. Santiago: Conosur, 1995.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. In: SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997.

PESSINA, Enrico. *Teoria do delito e da pena*. Trad. Fernanda Lobo. São Paulo: Rideel, 2006.

PINHEIRO, Celso de Moraes. *Liberdade e coação no direito de Kant* 1/15-24. Porto Alegre: Veritas, mar. 2007. v. 52.

PIZARRO, Jesenia M. et. al. Supermax prisons: myths, realities, and the politics of punishment in American society. *Criminal Justice Policy Review* 17/6-21. Indiana, mar. 2006. vol. 6.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1979.

RAWLS, John. *Lectures on history of moral philosophy*. London: Harvard University Press, 2000.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 2006. t. I.

_____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero et al. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13 ed. Porto: Afrontamentos, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. La funcion del principio de la culpabilidad en el derecho penal preventivo. *El sistema moderno del derecho penal: cuestinones fundamentales*. Trad. Jésus-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: contribuição à teoria do crime culposo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

VON HIRSCH, Andrew. Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfried; NIETO MARTÍN, Adán. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Vila, 1992.

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

_____ et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. t. I.

50570

2

O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matéria de penas

José Roberto F. Xavier

Mestre e doutorando em criminologia pela Université d'Ottawa. Pesquisador da Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale. Formado em Direito pela USP.

Área do Direito: Penal-Processo Penal

Resumo: Este artigo tenta compreender a dificuldade do sistema de direito criminal em aceitar soluções alternativas para os conflitos com os quais lida, soluções que fujam do quadro das modernas teorias da pena que exigem a imposição de um sofrimento. Para tanto, o trabalho está dividido em duas vertentes. Na primeira, a vertente teórica, desenvolvemos o conceito de racionalidade penal moderna de Pires e tentamos mostrar como esse conceito nos possibilita colocar em evidência o fechamento cognitivo da discussão em matéria de penas. Na segunda vertente, a empírica, mostramos como as comunicações do sistema de direito criminal, levantadas por meio de entrevistas com membros do ministério público e da magistratura, refletem essa dificuldade em conceber um sistema de direito criminal que possa pensar e agir para além da distribuição de sofrimento.

Palavras-chave: Racionalidade penal moderna – Teorias da pena – Sociologia da punição – Penas alternativas.

Abstract: This article tries to understand why the criminal justice system is so unwilling to accept alternative solutions to the conflicts that it deals with. More specifically, we try to understand its unwillingness to accept solutions outside the context of modern theories of punishment, which require the infliction of suffering. To do so, the article presents two different sections. In the first one, which is theoretical, we develop the concept of modern criminal rationality (Pires) and try to show how it allows showcasing the cognitive closeness of the discussion concerning punishments. In the second section, which is empirical, we show how communication within the criminal justice system – from our data collected through interviews with judges and prosecutors in Brazil – reflects this difficulty in conceiving a criminal justice system that can think and act beyond the infliction of pain.

Keywords: Modern criminal rationality – Theories of punishment – Sociology of punishment – Alternative punishments.

Sumário: 1. Introdução – 2. A racionalidade penal moderna: 2.1 A RPM, um sistema de pensamento; 2.2 A composição desse sistema de pensamento; 2.3 As teorias da pena: teorias da prática; 2.4 A RPM e sua atualização em diferentes circuitos de comunicação; 2.5 A distinção diretora – 3. A RPM nas comunicações do sistema de direito criminal: 3.1 Breves notas metodológicas; 3.2 Os indícios empíricos da RPM: 3.2.1 As teorias da pena; 3.2.2 A impossibilidade de penas alternativas, a obrigação de punir e a *ultima ratio*; 3.2.3 A impossibilidade de ouvir a vítima não punitiva; 3.3 As pistas empíricas para se escapar da RPM – 4. Breves notas conclusivas – 5. Bibliografia.

1. Introdução[1]

Como compreender a dificuldade do sistema de direito criminal em adotar soluções menos ou nada voltadas para a exclusão social do infrator? Como compreender a dificuldade dos movimentos de penas alternativas, dos defensores de soluções restaurativas e de vítimas não punitivas em ser levados a sério – de forma usual e regular, e não apenas como possibilidades marginais – por esse sistema? De onde vem a dificuldade em se considerar plausíveis as soluções penais que se distanciem das penas aflitivas, notadamente da pena de prisão?

Para responder a essas questões, propomos desenvolver neste artigo a ideia de uma teoria da racionalidade penal moderna proposta por Pires.[2] Segundo essa teoria, o sistema de direito criminal[3] se encontra preso num sistema

1. Nossos agradecimentos à Capes e à Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale pelo apoio financeiro a esta pesquisa. Agradecemos também ao Prof. Jean-François Cauchie, pela leitura atenta e pelas críticas à versão em francês deste texto, e à Prof.ª Maíra Machado, pela leitura atenta, pelas críticas e pela generosa acolhida que nos dispensou junto à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas em nosso período de pesquisa empírica.

2. Todo o desenvolvimento na próxima seção (infra 2) se apoia na nossa compreensão dos trabalhos de Pires (1998; 1999; 2001; 2002a; 2002b; 2004a; 2004b; 2006; 2007; 2008a; 2008b; Pires; Acosta, 1994; Pires; Cauchie, 2007; Pires; Garcia, 2007). E enquanto compreensão, ela não tem a pretensão de corresponder de forma exata ao pensamento do autor, pois nossas reflexões teóricas próprias acabam por interferir nessa "compreensão".

3. O uso da expressão "sistema de direito criminal" aqui não é acidental. Não se trata de um problema de tradução ou de falta de informação do autor sobre o ostracismo em que se encontra esse termo no Brasil. Acreditamos,

de pensamento – a racionalidade penal moderna (RPM) – que torna extremamente difícil a entrada de ideias alternativas no rol de possibilidades de soluções penais. Desenvolveremos a ideia segundo a qual essa RPM orienta e apoia certas maneiras de fazer, ao mesmo tempo em que desencoraja outras que lhe são incompatíveis, no que concerne às penas criminais. Pretendemos ver como esse sistema de pensamento, selecionado e estabilizado pelo sistema de direito criminal na passagem do século XVIII para o XIX, se apresenta como imprescindível para a solução de conflitos penais. Embora outras racionalidades sejam possíveis para se justificar uma pena criminal, a RPM parece ter tomado de forma tão abrangente e rígida o nosso imaginário penal que temos uma enorme dificuldade em conceber como a punição criminal moderna poderia ser diferente.

Devemos acrescentar que nosso objetivo neste trabalho é não apenas desenvolver teoricamente a ideia de RPM, mas também observar empiricamente como esse sistema de pensamento limita as opções dos juízes e promotores no momento de se pensar soluções para os casos concretos. Para tanto, dividimos o artigo em duas seções. Na seguinte (infra 2), desenvolveremos e organizaremos as ideias centrais da RPM, procurando ressaltar sua forma de agir enquanto armadilha cognitiva para o sistema de direito criminal (e também para o sistema político) no momento de determinar penas criminais. Na seção 3, utilizaremos certos dados empíricos para identificar a RPM a partir de discursos de membros da magistratura e do ministério público. Trata-se de dados recolhidos em diversos estados do Brasil, no contexto de nossa pesquisa de doutorado.[4]

seguindo Pires, que a expressão "sistema de direito criminal" tem duas vantagens importantes sobre a expressão corrente "sistema penal". Em primeiro lugar, esta induz a uma ontologização da pena como resposta ao ato infracional selecionado pelo direito criminal (ou "penal", nessa visão ontologizada). Ou seja, quando falamos em sistema penal e direito penal fica quase impossível não ver a pena como solução "natural" para os conflitos de que se ocupa esse ramo do direito. Em segundo lugar, a expressão "sistema de direito criminal" parece mais favorável do que "sistema penal" para as tarefas de distinção entre o que é político e o que é jurídico no campo da resposta ao ato infracional (não nos aprofundamos aqui uma vez que esta característica é menos importante neste trabalho).

4. O objetivo da coleta não era diretamente ver a RPM empiricamente, mas esta constituía uma parte importante de nossa grade de entrevista. Nossa tese de doutorado trata do problema das relações entre a opinião pública e o sistema de direito criminal, a RPM sendo apenas uma parte do quadro teórico.

Tentaremos mostrar a força de coerção dessa racionalidade quando os operadores do sistema de direito criminal são chamados a justificar suas decisões e pontos de vista.

2. A RACIONALIDADE PENAL MODERNA

Quando falamos de uma teoria da racionalidade penal moderna, falamos de uma teoria que tenta descrever o sistema de pensamento do sistema de direito criminal, o qual seria formado pelas teorias da pena criminal e que teria tomado sua forma moderna com as reformas da penalidade que aconteceram na passagem do século XVIII para o XIX. Trata-se, em outras palavras, de uma teoria que pretende colocar os holofotes sobre as teorias da pena, que pretende descrever – para além das diferenças entre essas teorias – como elas se harmonizam numa função justificadora e de motivação das decisões em matéria de penas, como elas formam juntas um quadro decisório que orienta (e obriga) a tomada de decisão do sistema de direito criminal no momento de atribuir uma pena. A teoria sobre a RPM pretende ser uma teoria descritiva desse arcabouço teórico saído das teorias da pena criminal, mais do que uma descrição normativa das próprias penas criminais (PIRES, 2008b: 11). Trata-se portanto de uma perspectiva que se distancia das abordagens deontológicas sobre a pena de juristas e filósofos do direito.

2.1 A RPM, um sistema de pensamento

Como podemos definir essa RPM? Pires vai dizer que se trata de um *sistema de pensamento*: este compreenderia "todos os discursos *filosófico-científicos* (savants) que foram *selecionados, estabilizados* e *generalizados* pelo sistema social em questão" (PIRES, 2004b: 183).[5] Ou seja, um sistema de pensamento é um conjunto de discursos filosófico-científicos (savants) apropriados por um sistema social, que funciona, para este, como fonte de cognição em relação ao que ele é (sua identidade) e quais são suas atribuições. O sistema de pensamento funciona como um par de lentes, por assim dizer, por meio do qual o sistema social observa o mundo (incluindo ele próprio), compreende-o e formula suas comunicações. Esse sistema de pensamento, como já dissemos, é composto de

5. Aqui, como em todas as outras citações de referências em francês ao longo deste texto, a tradução é nossa.

discursos filosófico-científicos (savants) que, ainda que não coerentes uns com os outros, formam no seu conjunto uma unidade.

O sistema de pensamento não é todavia a soma das teorias que o compõem. Ele está mais para uma "resultante de forças": um conjunto de ideias que não são sempre convergentes e que não se propõem necessariamente a formar um todo harmônico, mas que é capaz de no conjunto emanar diretrizes para guiar a ação.

Tentando ver a questão por um outro ângulo, podemos dizer que o sistema de pensamento é ao mesmo tempo *mais* e *menos* que as teorias que o compõem. Aproveitando os comentários de Morin (1977), diríamos que o sistema é menos que uma teoria porque ele não tem a coerência lógica das teorias que o compõem. A racionalidade penal moderna não é capaz de dar uma razão universal e coerente para se punir, como, por exemplo, as teorias da retribuição e da dissuasão. A razão punitiva da RPM é o resultado da aglomeração das teorias da pena, que dessa forma resulta em algo que é *menos lógico* e *menos articulado* que suas teorias consideradas de forma isolada.

Por outro lado, podemos também dizer que a RPM é *mais* do que as teorias que a constituem. Morin (1977: 106) dirá dessa forma que "o sistema possui alguma coisa a mais que seus componentes considerados de forma isolada ou justaposta: – sua organização; a própria unidade global (o 'todo'); – as qualidades e propriedades novas que emergem da organização e da unidade global". O conjunto do sistema de ideias apresenta "qualidades emergentes" (Morin): uma novidade, uma importância aumentada, uma força de orientação das decisões (pensando aqui na RPM) que as teorias isoladas não têm. Podemos ver essas qualidades emergentes em várias decisões dos tribunais (incluindo alguns de nossos dados empíricos neste trabalho): alguns operadores do direito têm dificuldade em justificar uma punição simplesmente com a retribuição ou com a reabilitação, o que faz com que eles acabem por misturar várias teorias em suas justificações (em que pese as incompatibilidades entre elas) com o objetivo de apoiar de forma mais efetiva uma obrigação de causar um sofrimento.

Morin (1977: 105) vai dizer que um sistema é uma *unitas multiplex*: do ponto de vista da totalidade, ele é um conjunto homogêneo; mas do ponto de vista de cada parte que o constitui, ele aparece como uma heterogeneidade inconciliável. Olhando a partir de cada unidade – o que nos parece ser o caso dos observadores da penalidade e das teorias da

pena – veem-se apenas diferenças em relação às outras unidades. O olhar deve ser colocado em outro lugar, num nível que ultrapassa o valor de face dos próprios enunciados das teorias, para que possamos ver, para além das diferenças, a unidade do sistema.

De qualquer forma, devemos precisar que esta teoria do sistema de pensamento é aqui uma *construção analítica*: somos nós, enquanto observadores externos de certas teorias e ideias, que construímos uma categoria sistêmica a partir de certos elementos da realidade. Nós vemos uma certa coerência e pertinência nesse procedimento (que tentaremos justificar ao longo deste trabalho), pois consideramos que é possível ver, nesse "todo heterogêneo", uma homogeneidade de conjunto que orienta de forma suficientemente coerente a tarefa de determinação da pena no sistema de direito criminal.

Com relação a eventuais críticas dirigidas a tal tarefa, algumas reflexões de Foucault referentes à sua análise em "Vigiar e Punir" podem nos ser úteis. Para alguns críticos da "história" do nascimento da prisão que Foucault pretendia realizar, tratava-se de um estudo que não captava o "real". Tratava-se na melhor das hipóteses de "uma história das ideias e ainda assim uma história bem "por cima", pois o contexto real nunca aparece" (FOUCAULT, 1980: 33). Os críticos lhe censuravam o fato de fazer uma história que não captava nada da realidade, que deixava de lado as contradições mais concretas das disputas de poder no nível das práticas cotidianas, os elementos mais palpáveis que contradiziam com bastante frequência os "traços gerais" de sua análise. Na sua resposta, Foucault vai dizer que essas críticas vêm daqueles que não entenderam o objetivo do seu livro. Enquanto reprovavam-lhe o fato de não ter prestado atenção na "poeira" (o nível concreto, as disputas cotidianas, as relações mais visíveis entre os atores etc.), Foucault se defende dizendo que o que lhe interessava era a "névoa". Seu olhar está em outro lugar, está na passagem ou, melhor dizendo, na emergência de um novo regime penal, que não pode ser observado com um olhar micro que se lhe pedia. Era preciso trabalhar com a "névoa", nos traços gerais das transformações, nos períodos mais longos, para poder ver essas mudanças macro. Acrescenta ainda, defendendo-se da crítica do "não realismo", da "não concretude" de suas observações, que:

"Um tipo de racionalidade, uma maneira de pensar, um programa, uma técnica, um conjunto de esforços racionais e coordenados, objetivos definidos e perseguidos, instrumentos para alcançá-los etc., tudo

isso é real, ainda que isso não pretende ser a própria 'realidade' (...)" (FOUCAULT, 1980: 34-35).

Retornando ao nosso caso, é preciso dizer que para falar de RPM devemos olhar para a névoa. Mas, se a névoa pode ser às vezes mais vaga e imprecisa que a poeira, ele nem por isso é menos real. E acreditamos que essa névoa vai tomar contornos bem palpáveis quando veremos, logo mais adiante (seção 3), como ela vincula o raciocínio e a prática dos atores jurídicos quando necessitam justificar uma punição criminal.

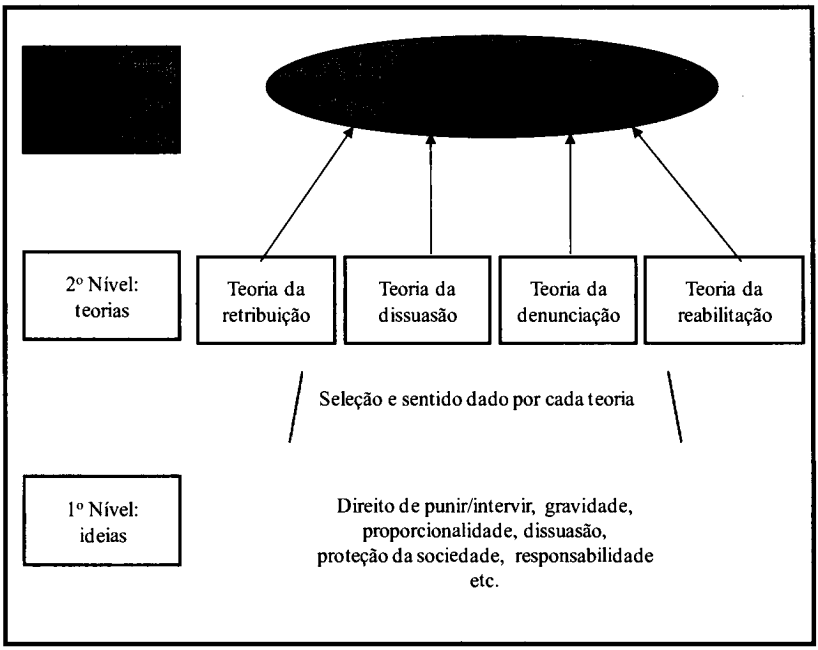
Em resumo, quando falamos de RPM estamos nos referindo a um sistema *bem real* que foi selecionado como sistema de pensamento dominante do sistema de direito criminal. Trata-se desse todo harmonioso do ponto de vista da totalidade, mas bastante heterogêneo do ponto de vista de suas unidades, que engloba as teorias da pena e que é dificilmente prescindível quando se trata de justificar uma pena criminal. A RPM: a) determina o que é e o que não é uma pena, b) determina para quê ela deve servir e qual forma ela deve (ou não deve) tomar para ser efetivamente uma pena, c) serve de fundamento para o direito de punir e d) serve para construir um discurso identitário para o sistema de direito criminal. Trata-se do sistema de pensamento que determina o *status*, o papel e as possibilidades da punição no contexto do sistema de direito criminal.

2.2 A composição desse sistema de pensamento

Mas em quê consiste esse sistema de pensamento? Do que ele é composto? Como as teorias (dos discursos filosófico-científicos (*savants*)) e as ideias sobre a pena se combinam na constituição dessa racionalidade punitiva que Pires chama de RPM? Começaremos com uma representação gráfica de como percebemos a questão para na sequência explicitar as razões para vermos o problema dessa forma.

Seguindo os argumentos e o quadro de Garcia (2009),[6] acreditamos poder representar o sistema de pensamento dominante do sistema de direito criminal da seguinte maneira:

6. Ideias e quadro que se basearam em Pires (2008b).



(Adaptado de Garcia, 2009: 313)

Para resumir a ideia, as teorias modernas da pena criminal, a despeito de todas suas diferenças e aparentes oposições, dividem um conjunto de ideias comuns que, quando colocadas em evidência por um olhar analítico, podem ser vistas como constituindo um terceiro nível que vai além das diferenças mais aparentes. Dito de outra forma, a observação das comunicações do sistema de direito criminal em matéria de penas pode ascender a um nível macro onde os elementos compartilhados e convergentes de cada teoria se combinam numa categoria que supera as disputas e contradições entre elas.

Essa ideia que as teorias da pena têm semelhanças que ultrapassam a sua aparente oposição já foi explorada por outros autores. Nils Christie nos menciona, por exemplo, o caráter intercambiável da reabilitação e da dissuasão: na Noruega, com o declínio daquela, esta veio ocupar todo o espaço institucional de justificativa de uma pena criminal. Isso só foi possível porque, no final das contas, elas são bastante semelhantes:

"(...) esta substituição do tratamento pela prevenção geral é (...) bastante natural. As duas ideologias são frequentemente apresentadas como fundamentalmente diferentes. Elas são todavia bastante próximas

em vários pontos. Ambas, no seu estado atual, são produtos de uma época marcada pelo pensamento racional e utilitário. Elas têm em comum uma dimensão manipuladora. O tratamento é destinado a mudar o criminoso; a dissuasão tenta mudar o comportamento dos outros. Em ambos os casos, infligimos deliberadamente uma dor. Em ambos os casos, supõe-se que uma modificação do comportamento acontecerá" (CHRISTIE, 2005 [1981]: 30).

Um outro autor que segue no mesmo sentido é Van de Kerchove (1981), que teve esta intuição – que depois foi desenvolvida por Pires – sobre o que ele chama de correntes positivistas e idealistas:

"[A] hipótese seria que, para além das controvérsias – sem dúvida alguma reais – que as opõem, essas correntes compartilham secretamente certos pressupostos comuns e [também] que se definindo sempre em oposição uma à outra, elas conseguem ocultar o 'fechamento' no qual se inscreve o seu debate e fazer perder de vista o que ambas excluem" (VAN DE KERCHOVE, 1981: 291).

Com essa ideia agora em mente, retomamos Garcia para ver o que ela diz, apoiando-se em Luhmann, sobre a observação desse sistema de pensamento:

"De um ponto de vista analítico, (...) podemos dizer que a descrição da RPM pode se elaborar a partir dos três diferentes níveis indicados. Podemos dirigir nossa observação para um nível micro, o nível das ideias (...), para um nível meso, o das teorias (...) ou para um nível macro, aquele no qual as teorias se articulam umas com as outras para formar um sistema de pensamento" (GARCIA, 2009: 312).

Em resumo, sustentamos aqui que as teorias tradicionais da pena (a dissuasão, a retribuição, a reabilitação e a denunciação), que constituem o esqueleto da punição moderna, se articulam entre si formando um sistema de pensamento do qual os atores do penal (juízes, advogados, promotores e mesmo os políticos quando se debruçam sobre a legislação penal) não podem escapar (ou ao menos não podem escapar sem que seus pontos de vista pareçam esdrúxulos, equivocados) no momento de justificar suas escolhas de penas criminais.

Mas então a questão que se coloca é a seguinte: o que vemos, quais são os elementos, que vão além das divergências e que nos permitem afirmar a existência desse sistema de pensamento? Na sequência, exporemos uma lista de ideias que foram selecionadas pelas teorias da pena e que constituem *princípios diretores* desse sistema de pensamento que

chamamos aqui de RPM. Alguns desses princípios vão aparecer na próxima seção (infra 3) na condição de indícios empíricos: são elementos que nos permitirão, no plano empírico, afirmar a presença desse sistema de pensamento nas comunicações do sistema de direito criminal.

a) o direito de punir

Lançando mão do conceito de Luhmann (2007 [1998]: 149 e ss.) de forma e meio,[7] podemos dizer que a expressão "direito de punir" é um meio. Com isso queremos dizer que a expressão pode tomar várias formas distintas numa comunicação e que ela por si só é apenas um envelope vazio. Ela não tem um conteúdo fixo, "ontologizado": a forma que ela toma depende do conteúdo que se lhe associe. Podemos conceber o direito de punir como uma simples *autorização para se dar uma sanção*, ou como uma *obrigação de reagir* (de forma bastante ampla) a um crime, ou ainda como uma *obrigação de infligir um sofrimento*. O que "direito de punir" quer dizer depende sempre da "forma" que criamos. E eis aqui o lugar onde as teorias da pena se encontram: *a forma que elas criam é exatamente a mesma*. Tanto para a reabilitação e a dissuasão, quanto para a retribuição e a denunciação, o direito de punir é colocado na forma de uma *obrigação de punir em sentido estrito*[8] (Pires, 1998, 2008b). Não se pode não punir, esquecer ou perdoar, pois a forma atualizada por essas teorias da pena é a *obrigação de causar um sofrimento*, e isso mesmo considerando que as possibilidades de atualização desse meio "direito de punir" sejam várias.

7. Por um uso semelhante desse conceito, ver Garcia (2009) e Possas (2009).
8. Seguindo por um caminho bastante diferente do nosso, Foucault (1975) traz uma explicação bastante importante para a compreensão do estabelecimento de uma obrigação de punir na modernidade. Com efeito, ao demonstrar o declínio da punição dos suplícios e a emergência da punição moderna da sociedade disciplinar, Foucault mostra como era importante para os reformadores limitar o poder absoluto do soberano no momento de punir. Se por um lado isso significava "racionalizar" e "humanizar" a punição dando um fim aos castigos demasiado violentos, por outro – e é essa parte menos conhecida que nos interessa aqui – era questão também de limitar também o arbítrio do soberano no seu poder de graça. Para se alcançar um sistema penal "eficaz", como pretendiam os reformadores, a punição deveria ser "moderada", mas ela deveria também ser "infalível". Isso significa excluir toda possibilidade de perdão e de composição entre as partes.

Dessa forma, se observarmos somente as justificações para essa obrigação de punir, notamos que elas variam enormemente dependendo da teoria escolhida. As justificações de uma podem ser questionadas pelas outras (o que é bastante evidente com uma punição utilitarista por uma retributivista), mas nunca se questiona a forma segundo a qual *o direito de punir é uma obrigação de punir em sentido estrito quando há crime*. Sem punição, não se faz justiça (retributivismo); sem punição, a sociedade vira um caos, pois nada nos impedirá de transgredir a norma (dissuasão); sem punição, não se pode estabelecer medidas terapêuticas para o infrator (reabilitação); sem punição, não se reafirma a norma, não se responde às expectativas da sociedade (denunciação). A justificativa varia, mas não a forma criada no meio "direito de punir".

b) a pena como meio do sofrimento

Não somente as teorias da pena investem o meio "direito de punir" com a ideia de uma obrigação de punir, mas elas também generalizam a ideia de que a punição criminal é a imposição de um sofrimento. Para um operador do sistema de direito criminal, qualquer pena que tenha um lado positivo ou reconciliador (no lugar do sofrimento, e não apenas como complemento) é vista como uma pena "inapropriada", como uma "sanção civil". A "sanção criminal" deve infligir sofrimento em vez de reparar (embora a reparação seja "aceitável" num papel secundário); deve fazer sofrer e não tentar uma composição entre as partes. O meio "punição" é investido do conteúdo "sofrimento": para verdadeiramente punir, é preciso fazer sofrer.

Christie (2005 [1981]: 52) também notou de forma crítica essa valorização do sofrimento (no seu caso, a crítica se dirige à legitimação do sofrimento pela dissuasão e pela reabilitação) que anda junto com a impossibilidade de outras soluções para o conflito penal:

"Existe coisa pior que a importância dada ao crime e à condenação individual: é a legitimação dada ao sofrimento. O sofrimento infligido intencionalmente é elevado ao *status* de resposta legítima ao crime. Eu, no entanto, aprendi na escola (...) que a melhor reação era dar a outra face para aquele que me agrediu. As simplificações neoclássicas deixam na obscuridade soluções altamente apreciadas como a não reação, o perdão e a bondade. (...) O neoclassicismo apresenta a pena como solução inevitável, como uma evidência, fazendo dela uma alternativa única e impreterível."

Concluindo, devemos apenas acrescentar que, mais uma vez, se a imposição do sofrimento é unanimidade para as teorias da pena, as razões para tanto variam. A distribuição de sofrimento é uma condição necessária para o cálculo custo/benefício (pelo infrator) do qual nos falam os adeptos da dissuasão, ela é necessária porque a pena deve ser a exata resposta ao mal do crime (retributivismo), ela é necessária para reforma o indivíduo etc.

c) a proteção da sociedade

Uma outra ideia presente nas teorias da pena e que parece bastante enraizada na punição moderna é a concepção que elas têm da proteção da sociedade pelo penal. Essa concepção implica antes de tudo um raciocínio segundo o qual deve-se conceber um bem futuro para justificar um mal atual (PIRES, 2004b: 43-44): a imposição do mal concreto, tangível e imediato é justificável pois ela acarretará um bem futuro e imaterial.

Diferentemente do que acontece em outros ramos do direito, o penal, para proteger a sociedade, deve convocar a resposta mais contundente. O direito penal, na concepção da RPM, é o último guardião, a última instância de defesa da sociedade, e por essa razão ele tem as respostas mais duras. Mas essa concepção do direito penal, o argumento bastante conhecido da *ultima ratio*, parece implicar duas coisas diferentes. A primeira (e aqui se trata de um discurso bastante difuso, mas que parece carecer de força na prática),[9] é que o penal só pode ser chamado como último recurso, quando as soluções de outros ramos do direito não são suficientes, quando a sociedade não pode prescindir do direito penal para resolver um problema. A segunda, que nos parece bem mais forte teoricamente, é que a punição do penal, por ser o último instrumento de defesa da sociedade, deve bater mais forte. Ainda que as duas ideias pareçam fazer parte do discurso do direito penal atualmente, o segundo nos parece bem mais importante quando pensamos na forma de proteção da sociedade concebida pelas teorias da pena.

A ideia de proteção da sociedade comporta também uma visão hostil do infrator (PIRES, 2004b). Este é concebido como o inimigo do grupo, como elemento a ser excluído. Ele ofendeu um bem caro à socie-

9. O caráter pouco vinculante – isto é, a dificuldade desse discurso de acarretar efeitos para além da teoria – nos parece bastante evidente quando pensamos na proliferação de criminalizações de comportamentos banais, comportamentos dificilmente defensáveis como "socialmente perigosos".

dade, e o valor desse bem ofendido deve então se traduzir na quantidade de sofrimento imposta.

Devemos acrescentar, além disso, que a proteção da sociedade concebida pelas teorias da pena, com sua visão hostil do infrator e sua concepção punitiva da *ultima ratio*, contribui com a noção do direito de punir da RPM na sua tarefa de exclusão de possibilidades alternativas de resolução de conflito. Como para proteger a sociedade é necessária uma pena *certa* e *aflitiva*, encontramos aqui mais um obstáculo cognitivo para se pensar em alternativas à pena que permitam a recomposição do vínculo social rompido com o crime.

E, por fim, devemos ressaltar que a concepção da proteção da sociedade na RPM comporta um lado atomista (Pires, 2004b): a preocupação das teorias da pena se limita ao indivíduo transgressor. As consequências para pessoas próximas ao infrator, todos os problemas decorrentes para terceiros de uma pena etc., não são e não devem ser, segundo essa concepção, uma preocupação ou um obstáculo para a imposição de uma pena.

d) outras características da RPM

A RPM vai também se apropriar de outras ideias, ideias/meio que assumem uma forma específica quando são selecionadas pelas teorias da pena, para exprimir sua forma de conceber a punição. É o caso, por exemplo, da proporcionalidade. Assim como o direito de punir, a ideia de proporcionalidade por si só não tem um sentido preciso. Trata-se de uma ideia vaga que no interior da RPM toma uma forma específica. A ideia de proporcionalidade, estimada pelas teorias da retribuição e da dissuasão, não parece assumir a forma nem de uma nem de outra exatamente (a exata quantidade de mal para os retributivistas, e um excedente de mal para os utilitaristas), mas parece manter duas características propostas por ambas: um quantum mínimo e máximo de sofrimento para ser uma pena justa, além de uma gradação entre as punições para os diferentes crimes (os crimes mais leves não devem ser punidos como os mais graves). É a questão do mínimo e do máximo que nos interessa aqui: temos a impressão que, considerada no contexto da RPM e de sua obrigação de causar um sofrimento ao infrator, a questão do mínimo nos parece ter um apoio teórico bem mais sólido do que o máximo.[10]

10. Sobre a força teórica das penas mínimas e a dificuldade de se pensar o penal sem elas, ver Machado et al (2009).

Da mesma forma, ideias como a de gravidade, de responsabilidade, de dissuasão, de retribuição etc., não são ideias com uma forma rígida dada, mas ideias/meio que circulam em vários sistemas sociais e que tomam uma forma específica no interior do sistema de direito criminal em virtude da colonização de sentido promovida pelo sistema de pensamento dominante (a RPM). O exemplo da responsabilidade/responsabilização de Pires (se apoiando em Klaus Günther) nos parece bastante eloquente:

"(...) o conceito de 'responsabilidade' ou a ideia de 'responsabilizar' parece estar presente em todo lugar e goza atualmente dessa pressuposição. Os discursos portadores desses termos atravessam assim diversos sistemas sociais, emergem facilmente, são evidentes e fazem pensar em uma espécie de slogan. Ele [Günther] assinala que tudo está dito e no entanto nada é suficientemente dito. Nessas circunstâncias, a palavra, escreve esse autor, não suscita assim nenhuma objeção direta, ou mesmo muito pouca reflexão sobre a diversidade de sentidos que ela toma em cada sistema. (...) Pode-se supor, por exemplo, que o sentido dado a essas palavras pelos diversos sistemas de recepção é o mesmo e que as consequências lógicas que cada sistema dá à transferência que ele opera são parecidas (e positivas) em todo lugar. No entanto esses pressupostos me parecem bastante questionáveis. Devemos em vez disso supor, a título de hipótese, que cada sistema social trata essas palavras de forma diferente, ou seja, segundo sua própria maneira de pensar. Isso quer dizer que a despeito de um mínimo de sentido compartilhado, que nos impede por exemplo de confundir 'responsabilidade' com 'liberdade' (...), o sentido da palavra 'responsabilidade' se modifica e se constrói de forma diferente quando passamos de um sistema a outro" (Pires, 2006: 217-218).

Em resumo, o conceito de responsabilidade, no sistema de direito criminal, toma uma forma específica, forma dada pelas teorias da pena, e forma que prega a distribuição de um sofrimento como tradução dessa responsabilização. Contudo, não se trata da única possibilidade de construir essa "responsabilização": é importante ter sempre em mente que essa forma é apenas uma possibilidade atualizada entre várias possíveis. O sistema de direito criminal poderia muito bem tê-la concebido de outra maneira.

2.3 As teorias da pena: teorias da prática

Até este ponto falamos bastante em teorias da pena, explicamos como elas se combinam numa racionalidade comum que sustenta o edifício da punição moderna e mencionamos as ideias/meio que elas selecionaram para colocar em prática sua concepção de punição. Mas ainda não definimos o que são essas teorias da pena.

Para realizar essa tarefa, vamos dar uma olhada no que Durkheim expõe a propósito do seu conceito de *teorias práticas* quando ele se refere ao sistema pedagógico:

"O objetivo delas [das teorias práticas] não é de descrever ou de explicar o que é ou o que foi, mas de determinar o que deve ser. Elas não são orientadas nem para o presente, nem para o passado, mas para o futuro. Elas não se propõem a expressar fielmente as realidades dadas, mas a editar preceitos de conduta. Elas não nos dizem: 'eis o que existe e o seu porquê', mas 'eis o que é preciso fazer'" (DURKHEIM, 1922 [1966]: 67).

Essa definição das teorias práticas é bastante conveniente para explicar as teorias modernas da pena criminal. Trata-se de teorias que não pretendem explicar a realidade, mas dizer o que se deve fazer, o que a prática deve ser. Podemos dizer que suas características fundamentais são:

a) Não se trata de teorias científicas nem da arte de decidir. De certa forma, Durkheim nos dirá que elas estão no meio do caminho entre essas duas. Ele nos dirá que, por um lado, a arte é um "sistema de maneiras de fazer que são ajustadas para fins especiais e que são o produto seja de uma experiência tradicional comunicada pela educação, seja da experiência pessoal do indivíduo" (DURKHEIM, 1922 [1966]: 69). A arte não quer explicar, mas colocar em prática: é a "prática pura sem teoria" (idem, 68-69). Por outro lado, uma teoria científica visa a explicar a realidade, a "descrever coisas presentes ou passadas", a compreender as questões que circundam um objeto determinado. As teorias práticas fazem parte de uma outra categoria. Elas não são arte pois, como a ciência, elas são teorias. Mas elas não são ciência pois, como a arte, elas não visam a explicar uma realidade presente (ou passada). Elas se propõem a guiar a ação, a dizer o que fazer. Se aproximando da arte, "[e]las não são movimentos, mas bastante próximas do movimento que elas têm por função orientar" (idem, ibidem).

b) Como diz Pires (2008b), essas teorias práticas têm uma relação de conflito com as práticas em si. Elas querem orientar a ação, mas sempre existe um fosso entre as práticas e seus comandos. Elas são a favor de certas práticas e contra outras, elas valorizam umas ao mesmo tempo em que "sabotam" outras. Se o sistema social tenta adotar uma nova prática, e esta não é conforme às orientações dessas teorias, vários observadores podem "denunciar" que a nova prática não está de acordo com a teoria, que ela não é a "correta" maneira de se fazer.

c) Ainda que se trate de programas de ação que querem orientar a prática, essa orientação, sendo sempre teórica, não pode determinar exatamente a configuração prática de seus comandos. Ou seja, as teorias práticas determinam o que fazer, mas elas não podem determinar exatamente o fazer prático. A ideia se torna mais clara quando pensamos nas teorias da pena: elas determinam um objetivo e várias condições para se chegar a esse objetivo (existência de um crime anterior, proporcionalidade, obrigação de punir etc.), mas elas não podem garantir que a pena concreta vai seguir o programa que elas prescrevem.

d) Ainda com Pires (2008b) e Durkheim (1922 [1966]), podemos acrescentar que as teorias práticas são intermitentes, enquanto a prática em si é contínua. Ainda que não pensemos sobre a ação ou a maneira de fazer, a prática persiste na ausência de teorias.

e) Podemos também dizer, seguindo Pires (2008b), que as teorias práticas servem para motivar e justificar a tomada de decisão. As teorias da pena servem então para as autoridades (no nível político ou jurídico) darem um embasamento e um sentido para suas escolhas de penas.

f) Por fim, podemos resumir, como faz Garcia (2009), que as teorias práticas são combinações de ideias articuladas a programas de ação, ou seja, *diretivas* de quando, quem e como punir.

Tendo feito toda essa caracterização das teorias da pena enquanto teorias práticas, faz-se necessário agora tratar do conteúdo dessas teorias que formam a racionalidade penal moderna. Quando falamos aqui de teorias da pena que constituem a RPM, pensamos em quatro teorias que parecem constituir o eixo principal para a tomada de decisão em matéria de punição criminal: a teoria da dissuasão, a teoria da retribuição, a teoria da denunciação e a teoria da reabilitação.[11]

11. Para os que esperavam ver nessa lista a teoria da neutralização, Pires vai dizer que ela não é uma teoria de alcance geral, que abrange todas as categorias de

Resumindo-a de forma bastante breve, podemos dizer que a teoria da dissuasão defende uma pena que comunique um mal para desencorajar potenciais criminosos de transgredir a lei ou, se for o caso, para impedir a recidiva daquele que já transgrediu a norma. A pena deve ser certa e intimidante para que ela possa cumprir essa função de dissuasão. Além disso, Beccaria, um dos pais da teoria da dissuasão, vai nos dizer que a pena deve comportar sempre um excedente de sofrimento em relação ao crime para que ela seja verdadeiramente eficaz.

A teoria da retribuição visa a fazer um mal ao condenado a fim de se fazer justiça. Só se faz justiça se o transgressor da lei recebe uma resposta do Estado que seja equivalente ao mal que ele causou. A pena deve sempre existir e deve sempre ser portadora desse mal/sofrimento, pois somente este tem a possibilidade de apagar o mal do crime.

A teoria da reabilitação propõe que o indivíduo deva ser punido, que ele sofra uma consequência negativa pelo ato criminoso, para a seguir passar por uma intervenção "terapêutica ou educacional" (PIRES, 2008b) com o intuito de ceifar-lhe o desejo de cometer outros crimes. A teoria da reabilitação[12] pede que o indivíduo seja "colocado à disposição em um local segregado" e durante um certo tempo para que ele possa ser punido/tratado.

A teoria da denunciação, por sua vez, defende a ideia de que a pena criminal deve infligir sofrimento para reafirmar a norma penal. A punição se faz necessária para mostrar que o comportamento é inaceitável para a sociedade, para orientar o público sobre o que não é tolerável e para confortá-lo ao mesmo tempo com uma "resposta" ao ato que coloca problema. Poderíamos também dizer que a teoria da denunciação "pede à autoridade que expresse a indignação ou a busca [coletiva] da culpa, pela imposição de uma pena, (...) pois se trata de uma maneira de expressar energicamente a desaprovação ao crime" (LACHAMBRE, 2008: 4).

crimes (PIRES, 2008b).

12. Pires vai fazer uma distinção entre duas versões da teoria da reabilitação. A primeira, tirada dos modelos penitenciários e dos criminólogos positivistas, propõe uma reabilitação em meio prisional. A segunda, tributária dos movimentos de reforma penal dos anos 60, fala de reabilitação fora da prisão. Neste último caso, está-se fora do contexto da RPM (PIRES, 2008a, 2008b).

Grosso modo, podemos dizer que as teorias da pena são "ensinamentos" sobre a função de uma pena, sobre o sentido que uma pena deve tomar, que se destinam a certos atores sociais (especialmente os juízes e os políticos) (PIRES, 2008a: 18). A questão do sentido aqui é fundamental: "as teorias da pena são atribuições de sentido a maneiras de fazer" (PIRES, 2008a: 19). Assim, o juiz, atribuindo uma pena (ou um político quando a cria), pode ficar seguro do bom fundamento do seu proceder: ele não está apenas infligindo um sofrimento a um transgressor de uma norma penal; ele participa do projeto de reabilitação do indivíduo, da dissuasão de criminosos potenciais, da retribuição a um comportamento indesejável para a sociedade ou ainda de sua denunciação. Não se trata mais, com o apoio das teorias da pena, de uma simples atribuição de sofrimento, mas sim de comunicar um mal necessário no momento para um bem futuro para a sociedade (o bem variando segundo a teoria que se escolhe).

2.4 A RPM e sua atualização em diferentes circuitos de comunicação

Até aqui desenvolvemos a ideia segundo a qual a RPM é o sistema de pensamento dominante do sistema de direito criminal. Mas podemos de fato limitá-la somente a este sistema social? Observando o problema um pouco mais de perto, não podemos ignorar a relevância do sistema político na atualização dessa racionalidade penal. Todavia, o que ocorre é que a RPM é bem mais importante no sistema de direito criminal do que no político, pois ela é fator chave numa atividade identitária fundamental para o primeiro, qual seja a determinação da pena. No sistema político ela é apenas uma parte não essencial e marginal (afinal, o sistema político tem inúmeras outras atividades além da criação de crimes e penas).

Algumas operações, tanto do sistema político quanto do de direito criminal, atualizam a RPM. No primeiro caso, os políticos, no momento de justificar mudanças nas normas penais, vão invocar as teorias da pena. Um aumento da pena, a criação de um crime, as modificações na forma da execução das penas etc., todas pedem uma motivação, uma justificativa teórica. E essa justificativa teórica, para não ser surpreendente e problemática para o sistema político, deve atualizar a RPM. Pode-se dessa forma criminalizar certos comportamentos problemáticos porque eles "estão na moda" e é preciso uma resposta para esses novos problemas; pode-se aumentar as penas dadas para crimes de natureza sexual porque se trata hoje em dia de comportamentos menos toleráveis que antes, que devem portanto ser denunciados; pode-se colocar em prática cada vez mais o *truth in sentencing* (a supressão dos benefícios na

aplicação das penas) pois os condenados devem "pagar integralmente" o mal que fizeram. Eis aí então algumas justificações "naturais" para os políticos preocupados em justificar suas decisões em matéria de políticas penais. Em resumo, o sistema político é fundamental para a atualização da RPM: ele é um núcleo forte de reprodução de todos esses discursos em torno da pena criminal.

Da mesma forma, o sistema de direito criminal também atualiza a RPM em suas operações. A condenação penal, justificada com as teorias da pena, é também um momento forte de reprodução desse sistema de pensamento nas operações concretas. Mesmo quando a motivação da pena não é explicitada, quando se pergunta aos operadores do sistema de direito criminal sobre suas razões para uma tal pena (o que discutiremos na seção seguinte – infra 3), vemos aparecer todas as razões coercitivas da RPM. Ou seja, o sistema de direito criminal reproduz esse sistema de pensamento continuamente ao colocar em prática repetidas decisões que lhe (do sistema de pensamento) são tributárias e integralmente conformes. Pelo raciocínio contrário, o sistema de direito criminal também atualiza a RPM quando se opõe a decisões que escapam às diretivas desta.

De certa forma, podemos dizer que a RPM é um ponto de acoplamento estrutural[13] entre o sistema político e o sistema de direito criminal. Não se trata de teorias ligadas a um único sistema, pois elas aparecem em ambos. Trata-se de um sistema de ideias compartilhado cuja evolução não pode ser explicada sem qualquer um dos dois.

13. Essa ideia da teoria dos sistemas de Luhmann remete a uma concepção segundo a qual uma mesma estrutura serve para as operações de dois sistemas, sem, no entanto, servir de passagem para a intrusão de um sistema no outro. Pode-se falar em acoplamento estrutural como um tipo particular de ponte. Essa ponte conecta um sistema ao outro, mas ela não permite a interpenetração de um sistema no outro. Os elementos que estão na ponte podem ser utilizados pelos dois sistemas, mas um sistema não pode "atravessar" a ponte. Dito de outra forma, os sistemas mantêm seu fechamento operacional, mas eles permanecem codependentes: não se pode explicar a evolução de um sem o outro. O acoplamento permite assim uma "irritação mútua constante", numa espécie de interrelação, mas cada sistema reagindo a sua maneira a essa irritação, sem interdependência (King; Thornhill, 2003). Poderíamos pensar, como exemplos possíveis de acoplamento estrutural, na publicação de anúncios (sistemas de mídia e econômico), nas leis (sistemas político e jurídico), ou ainda na opinião pública (sistemas de mídia e político).

Todavia, ainda que a existência e a atualização permanente da RPM sejam tributárias do sistema político e do sistema de direito criminal, elas não são os únicos espaços de atualização desse sistema de pensamento. As teorias da pena, embora de fato tomem forma e sejam principalmente atualizadas nos dois sistemas sociais referidos, podem também circular e ser atualizadas em outros "espaços comunicacionais" da sociedade (PIRES, 2008b: 16). Dessa forma, para além dos espaços comunicacionais que são o seu lugar por excelência (decisões em matéria de pena no político e no jurídico), podemos ver essas teorias serem atualizadas em documentos político-administrativos de reforma de prisões, em relatórios de comissões de reforma do direito, em comunicações das ciências sociais sobre os "problemas da punição" e dos procedimentos do sistema de direito criminal, nas comunicações do sistema de mídia que pedem "soluções" para escândalos, para violações das normas, para crimes de repercussão etc. (PIRES, 2008b: 17). Notemos que essas comunicações não fazem necessariamente referências explícitas às teorias da pena, mas estas estão presentes quando, por exemplo, pedem-se penas mais severas para "proteger a sociedade" (implicando que essa defesa passa por uma dissuasão penal de potenciais deliquentes). De qualquer forma, em todos esses circuitos de comunicação vemos ideias serem reproduzidas, ventiladas e constantemente atualizadas sobre o sentido a ser dado para a punição, ideias essas que estão no contexto da RPM.

2.5 A distinção diretora

Para concluir esta seção teórica, parece-nos importante afirmar que subjaz à nossa observação sobre as teorias da pena uma distinção diretora diferente daquela que caracterizou os debates em filosofia e doutrina penal ao longo dos dois últimos séculos. A distinção fundamental com a qual os operadores do sistema de direito criminal estão habituados opõe os defensores do retributivismo penal aos defensores das diferentes formas utilitaristas (sobretudo a dissuasão).

A distinção que orienta a observação que permite inferir a existência da RPM é de outro tipo. Pires (2008a) fala de teorias "indiferentes à inclusão social do infrator" em oposição a teorias que se preocupam com essa inclusão. Essa distinção diretora, que podemos representar de forma resumida com os termos inclusão/exclusão, permite-nos ao mesmo tempo:

a) fazer uma distinção entre as teorias da pena que apoiam a RPM (o lado exclusão) e as que não o fazem e que são marginais;

b) ressaltar os pontos em comum entre as teorias que fazem parte da RPM.

Observando dessa forma, podemos ver que outras possibilidades de justificações teóricas para as penas existem, mas elas não chegam a exercer um papel fundamental nas operações do sistema de direito criminal uma vez que elas se opõem à racionalidade dominante. Podemos pensar, por exemplo, em ideias sobre a pena como as de Montesquieu[14] no século XVIII, ou ainda nas ideias que formam uma teoria da reabilitação mais recente e que se opõem à exclusão do infrator antes de defender a ideia de sua inclusão (tal como a teoria de reabilitação do século XIX).

Além disso, essa distinção permite, como acabamos de dizer, melhor observar os pontos em comum das teorias que formam a RPM (a obrigação de punir, a sobrevalorização do sofrimento, das penas aflitivas, sobretudo, das penas de prisão, a oposição fundamental ao perdão e a desconfiança em relação às sanções alternativas etc.). Podemos assim compreender por que o sistema penal se vê de uma forma tão radicalmente diferente em matéria de penas com relação a outros ramos do direito: a "ontologização" da distinção entre o direito civil e o direito penal está inscrita no coração da RPM, em cada ponto em comum das teorias da pena "indiferentes à inclusão social".

Para terminar, podemos dizer que a RPM torna tão "natural" a atribuição de um retrato punitivo ao sistema de direito criminal que temos dificuldade em ver atualmente que a representação que este sistema faz da pena é apenas uma possibilidade entre várias possíveis para se responder às transgressões consideradas criminais. A RPM não é uma consequência natural do processo de diferenciação do sistema de direito criminal. Ela era, repetimos, uma possibilidade entre outras tantas que acabou sendo selecionada em fins do século XVIII quando da formação do referido sistema, e desde então atualizamos a mesma maneira de conceber a

14. "Em Montesquieu (...), a paz entre as partes parece uma solução bastante aceitável em direito criminal e, para ele, 'tudo o que lei chama de pena é efetivamente uma pena' (...): a simples condenação pode ser vista como uma pena (...), pode-se dar conselhos (...) e pode-se também indenizar (...) a vítima. A ideia de pena está portanto presente mas não é de forma alguma substancializada, assim como a de punição também não é"(Pires; Cauchie, 2007: 13).

pena criminal. Todavia, o fato de termos em mente que era apenas uma possibilidade entre outras permite que tenhamos hoje a clareza que o seu destino permanece contingente: outras possibilidades de conceber a punição no futuro são sempre possíveis, embora a RPM permaneça como um enorme obstáculo cognitivo para inovações criativas em matéria de solução de conflitos penais.

3. A RPM NAS COMUNICAÇÕES DO SISTEMA DE DIREITO CRIMINAL

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que nosso objetivo aqui, tendo em vista nossos propósitos, limitações de espaço e possibilidades do material empírico, é apenas ilustrar certos aspectos da RPM que foram desenvolvidos na seção anterior (supra 2). Acreditamos poder extrair de nossas entrevistas várias passagens em que o peso do sistema de pensamento do sistema de direito criminal se faz sentir a partir das comunicações do sistema veiculadas pelos entrevistados. Debruçamo-nos sobre estes dados agora, mas não sem antes tecer algumas breves notas metodológicas.

3.1 Breves notas metodológicas

Uma dificuldade metodológica deve ser superada antes de passarmos aos nossos dados empíricos. O problema que se coloca é o de ter acesso às comunicações do sistema de direito criminal a partir das informações dos operadores desse sistema. Reconhecemos que se trata de um procedimento um tanto inusitado.

A primeira ideia que parece vir à mente para se ter acesso às comunicações do sistema é buscar as comunicações "oficiais". No nosso caso, falando do sistema de direito criminal, bastaria procurar a jurisprudência em matéria criminal para tentar ver como a RPM emerge a partir desses textos. Todavia, acreditamos que também é possível fazer emergir essas comunicações do sistema a partir das manifestações individuais dos operadores. Mas a questão que se coloca então é a seguinte: como podemos ter acesso a um sistema de pensamento a partir dos dados de uma entrevista? Eis a hipótese à qual aderimos:

"Com efeito, o que dizer se o indivíduo agisse, em um bom número de casos, mais como uma correia de transmissão da observação e do conhecimento dos sistemas? E se o indivíduo observasse por um sistema, ou seja, com os esquemas e as distinções propostas por esse sistema? E se ele conhecesse por um sistema, comunicando-nos as teorias, a forma

de pensar os problemas e o autorretrato identitário desse sistema (...)?" (PIRES, 2004a).

Nas páginas que seguem, assumimos que nossos entrevistados falam enquanto *porta-vozes* de um sistema e não somente como simples informantes de suas próprias experiências. Consideramos que mais do que uma visão pessoal do sistema de direito criminal, esses atores têm em comum toda uma formação – podemos mesmo dizer uma socialização – numa cultura jurídica impregnada de certas ideias comuns. Essas ideias comuns constituem um ponto de vista que ultrapassa o ponto de vista individual de cada ator. Assumimos assim a perspectiva segundo a qual o sistema social tem um ponto de vista, e que podemos ter acesso a esse ponto de vista a partir das comunicações feitas por esses atores.

Uma única precaução foi necessária para distinguir as comunicações que não podiam ser atribuídas ao sistema de direito criminal: em certas ocasiões, alguns de nossos entrevistados dizem claramente que pensam diferente da forma que julgam, e justificam essa disparidade dizendo que a forma que julgam é a "mais recomendável", ou a da "maioria", embora diferente de suas visões pessoais. Nessas ocasiões, a opinião dos entrevistados é considerada como uma posição estritamente pessoal que não chega a se tornar comunicação do sistema de direito criminal.

3.2 Os indícios empíricos da RPM

3.2.1 As teorias da pena

Se se trata de observar a atualização da RPM a partir das informações fornecidas pelos nossos entrevistados enquanto porta-vozes do sistema de direito criminal, uma das primeiras tarefas nos parece ser a de verificar a presença das teorias da pena no discurso desses atores. Se nossa hipótese segundo a qual o referido sistema não pode escapar das quatro teorias da pena que compõem a RPM (retribuição, dissuasão, denunciação e reabilitação) no momento da pena (sem que isso seja visto como uma "anormalidade") estiver bem formulada, devemos encontrar várias menções em nossos dados ao papel das teorias da pena enquanto elementos justificadores de uma punição criminal. Em resumo, interrogados sobre a função que eles dão a uma pena, seja de forma abstrata seja num caso concreto, nossos entrevistados deveriam "normalmente" lançar mão dessas teorias.

Com efeito, a atualização da RPM pela utilização das teorias da pena esteve bastante presente. Primeiramente, é preciso dizer que a preferência

por uma teoria ou outra não parece se produzir muito claramente nos discursos de vários juízes. Uma certa mistura de justificativas aparece nos dados, mesmo quando se trata de justificativas contraditórias (voltaremos a essa questão). Por ora, basta dizer que certas teorias da pena aparecem claramente tanto no momento em que pedimos a esses juízes para falar de forma geral da função da pena quanto quando eles falam de um caso específico (real ou hipotético).

Nesse sentido, vê-se claramente aparecer a retribuição quando um de nossos juízes invoca de forma geral a função de uma pena:

N. 1 | "É função punitiva apenas, sancionatória. É apenas pagar o mal pelo mal. Para mim, eu não tenho ilusão com relação a isso" (juiz 3).

Afirmando que ele não tem ilusão, ele se refere aqui a uma "função positiva" (no sentido de um bem futuro, como propõem os utilitaristas) da pena, ou que a pena possa "servir" ao que quer que seja. Para ele, trata-se simplesmente de causar um mal em razão de um mal que foi cometido. Certo da inutilidade das outras funções da pena, punir se transforma em uma simples questão de não deixar o mal que foi feito sem resposta: punir é apenas infligir um sofrimento retributivo para se fazer justiça. Ele não é o único com essa visão kantiana da pena:

N. 2 | "Só existe pena se ela for de um caráter negativo de retribuição. Sem ser negativa ela não é pena. Eu acho que ela tem um caráter retributivo – uma função retributiva – e uma finalidade preventiva. Então é algo que ela busca, ela nem precisa atingir isso, mas é um dever ser, ela procura atingir uma finalidade preventiva que não necessariamente precisa ser atingida. (...) Função é um alvo em si mesmo; ela [a pena] existe por isso. Então a função da mesa é ficar numa certa altura e receber coisas em cima, prato, livro pra estudo, seja o que for. Essa é a própria função, ela é em si mesmo. [Mas] ela pode ter várias finalidades, além disso. Então a função da pena é retribuir um mal: se ela não for mal ela não é pena, se ela não estiver retribuindo para a pessoa que praticou o mal, não é pena. Então isso é a função porque é da própria essência dela. A finalidade é algo que ela vai buscar atingir, é algo que é externo a ela. (...) Se ela for retributiva ela é pena, se ela não tiver a finalidade de prevenção, ela continua sendo pena (...)" (juiz 2).

Esse juiz faz uma interessante distinção entre dois níveis da pena. Um nível fundamental, intrínseco, e um nível externo. A pena é intrinsecamente um mal; ela deve fazer mal ao infrator para ser de fato uma pena. Ela pode, no entanto, buscar outras finalidades, mas o fato que ela não as atinge é, na pior das hipóteses, lamentável. Mas isso não tira sua legitimidade, seu status e sua função de mal em si.

Podemos de certa forma afirmar que nessa passagem encontramos a concepção de pena mais "ontologizada" possível: a pena *é* assim; não se trata de uma contingência, de uma possibilidade entre outras ou de uma criação teórica constantemente atualizada. A RPM parece encontrar um ponto de apoio bastante importante numa tal concepção: aqui não se pode nem mesmo cogitar em pensar a pena de forma diferente. Sim, está-se aberto a diversas "finalidades" exógenas, talvez mesmo algumas que escapem do contexto da RPM. Mas, não nos enganemos, a pena *é* uma mal e como tal ela deve fazer sofrer.

Mas a retribuição não é a única teoria da pena atualizada no discurso de nossos entrevistados. Podemos ver também que outras teorias da pena se fazem presentes. Vamos olhar, por exemplo, o próximo trecho, no qual o entrevistado fala de um caso de homicídio cometido por um jovem sem antecedentes criminais e que se mostrava arrependido, caso no qual o elemento mais inusitado era o perdão da família da vítima:

N. 3 | "(...) [O] conflito que se estabelece é entre o Estado e o indivíduo, não o Estado e a vítima. Porque o homicídio (...) embora atinja o bem jurídico pertencente individualmente a uma pessoa, mas de uma maneira indireta atinge toda uma coletividade. A função da pena (...) a função da pena não como função de vingança, mas ela tem a função de ressocializar o autor do fato (...), mas a pena também tem uma outra função de se evitar outras práticas, mas não outras práticas por esse agente, mas outras práticas por quaisquer outros agentes. (...) Eu acredito que a função da pena não é tão somente a ressocialização, mas é uma função inibitória também, a sociedade precisa acreditar que quem quer que seja que uma vez tenha praticado um crime (...) será alcançado pela sanção. (...) Mas inclusive é um dos vícios do Estado brasileiro, ou seja, o autor do crime às vezes tem a convicção de que não vai ser sancionado porque a norma não vai alcançá-lo. Eu acho que é muito importante que o cidadão tenha consciência de que uma vez praticado o

> crime (...) será alcançado pela sanção. (...) Mas inclusive é um dos vícios do Estado brasileiro, ou seja, o autor do crime às vezes tem a convicção de que não vai ser sancionado porque a norma não vai alcançá-lo. Eu acho que é muito importante que o cidadão tenha consciência de que uma vez praticado o crime ele será alcançado pela norma e poderá ser sancionado, ou seja, se no caso concreto o Estado retrocede na sanção porque acredita que não vai haver nenhuma reincidência por parte desse cidadão ele está simplesmente abrindo mão e permitindo que (...) outras pessoas cometam crime (...) desde que se arrependam no futuro. É uma abertura muito perigosa porque na realidade por melhor que seja a impressão que os familiares da vítima tenham [do agressor], eu tenho absoluta convicção de que eles não têm a certeza absoluta de que ele não possa voltar a delinquir (...)" (promotor 17).

Nesse trecho, podemos ver que são colocados juntos tanto um objetivo de reabilitação do indivíduo quanto de dissuasão de potenciais infratores. Ressaltemos que o promotor reage aqui à informação que dizia que se tratava de um agressor sem antecedentes criminais e que estava arrependido do crime, arrependimento que gerou o perdão da família da vítima. Insurgindo-se contra essa informação, ele é bastante firme: a) jamais podemos estar certos que esse indivíduo não reincidirá; b) o arrependimento posterior não pode desculpar o infrator pois isso significaria "uma permissão" à infração para outras pessoas e c) o conflito não pertence à família da vítima.

Nessa passagem podemos ver também, fato comum nas entrevistas, que mais do que uma teoria (no caso aqui, a dissuasão e a reabilitação) pode ser mobilizada para justificar uma punição. As incompatibilidades entre as teorias da pena não se fazem sentir nessas comunicações: tudo se passa como se o uso que se faz dessas teorias da pena não considerasse de fato cada teoria em si, mas simplesmente *enunciados dessas teorias que possam justificar a distribuição do mal*. Se nos debruçarmos um pouco mais sobre cada teoria, podemos levantar as divergências entre um objetivo de reabilitação e um objetivo de prevenção geral. Esta, nas suas versões mais conhecidas (as de Beccaria e Bentham), pede que uma pena tenha sempre um excedente de punição em relação à infração. Para a teoria da reabilitação (ao menos na sua versão de final do século XVIII, contemporânea ao nascimento da prisão, e desenvolvida pela

escola positiva italiana), uma pena é um projeto de "reforma" do indivíduo e deve durar o tempo necessário para que isso se produza. Mas essas incompatibilidades entre uma pena de reabilitação e uma pena de dissuasão não estão presentes nas reflexões de nossos entrevistados. "Superam-se" essas incompatibilidades de face, pois as duas teorias atualizadas servem para um objetivo final de justificar uma punição "que é necessária". Em resumo, nossas razões (teorias) acabam por ser num certo sentido menos importantes: seus enunciados específicos terminam por ser menos pertinentes, salvo aqueles que pedem uma pena. Elas são, levando o argumento ao extremo, "intercambiáveis", pois elas todas reafirmam essa necessidade de uma pena se combinando nessa racionalidade penal que ultrapassa as incompatibilidades aparentes.[15]

No trecho seguinte, vemos uma outra justificativa da pena ser utilizada, aqui também contribuindo para a atualização da RPM. Observemos o trecho no qual o juiz fala de um crime que acabara de acontecer no Brasil:[16]

15. A utilização de teorias em tese incompatíveis é também bastante visível na citação n. 2 um pouco mais acima. Ali o entrevistado tentava conciliar a retribuição e a prevenção geral, ainda que priveligiando a primeira. Se pensarmos nas formas clássicas dessas duas teorias – as de Kant e Beccaria, não podemos encontrar duas teorias mais incompatíveis. Uma, o retributivismo, que julga imoral que a pena tenha uma utilidade e que acredita que o mal da pena não pode ultrapassar o mal do crime; a outra que acredita que a pena deve ter um objetivo (a dissuasão) e que, para tanto, deve ser mais forte do que o crime. Mais uma vez, essas diferenças de face não são notadas pelo entrevistado: as duas podem muito bem ser colocadas juntas para justicar uma punição.
16. Trata-se de um duplo homicídio de um jovem casal que passeava na mata no litoral do Paraná. Abordados por um indivíduo armado, o rapaz foi assassinado com um tiro e a moça foi levada para um lugar ermo para ser estuprada. Consumado o estupro, o agressor atira na moça. Ela foi encontrada viva no dia seguinte. O crime havia ocorrido uma semana antes da entrevista.

N. 4 | "Então esse tipo de conduta (...) gera na sociedade uma repercussão (...) de exigir uma maior apenação, uma maior rigidez da aplicação da lei penal como uma resposta, como uma espécie de satisfação de um sentimento coletivo de justiça. E justiça (...) nesse caso como uma reprimenda retributiva, uma retribuição do mal, uma retribuição com outro mal que seria a aplicação da lei penal (...). E essa função de satisfação dessa ânsia por retribuição aos atos ilícitos, sobretudo, de natureza criminal, ela é uma função que tem a ver em grande parte com a legitimidade também, ou melhor, com a percepção da legitimidade da atuação do poder judiciário na seara criminal. Quer dizer, um poder judiciário que se colocasse completamente ao longe dessa ânsia de justiça que certos fatos delituosos de maior gravidade geram (...). Ele seria um poder judiciário que perderia legitimidade na sua atuação se ele não levasse em consideração de forma alguma essa maior repercussão social. E aí talvez ele prejudicasse ou diminuísse a importância social da atuação substitutiva do Estado em relação a essa aplicação da retribuição. Eu acho que um dos grandes elementos de demonstração de civilidade de uma sociedade é a facilidade com que nós atribuímos às nossas instituições a prática de atos que às vezes nós gostaríamos de praticar. E nessa seara da atividade criminal, sobretudo, violenta, (...) as pessoas indiretamente atingidas, mas [sobretudo as] mais diretamente atingidas – os familiares etc. –, por uma questão cultural, eles têm uma tendência a querer retribuir (...) a fazer justiça com as próprias mãos. Então, à medida que o judiciário (...) se distancia dessa necessidade de dar uma resposta mais dura a determinados fatos, ele estimula a tendência da sociedade a perder a confiança nessa atividade substitutiva e ele estimula que a sociedade queira fazer justiça com as próprias mãos (...)" (juiz 16).

Eis aí uma outra "boa" justificativa para punir. Além de uma necessidade de retribuição, a punição se faz necessária para *preservar a legitimidade* do sistema de direito criminal, para *proteger sua imagem junto ao público*.[17] Um sistema que não pune "severamente" esses "crimes graves"

17. Sobre a questão do público e da opinião pública em relação à justiça penal, ver Xavier (2005, 2008). Trata-se de uma questão bastante complexa na

é um sistema que não responde às "expectativas de justiça" do público. É preciso punir pois é isso que esperamos do sistema de direito criminal; é preciso punir pois o público clama por justiça; é preciso punir porque punindo preservamos o papel de carrasco do Estado e evitamos a proliferação de uma violência retributiva na sociedade.

Embora esse juiz fale explicitamente em retribuição, podemos ver aí também claramente a atualização da teoria da denunciação. Segundo Stephen,[18] o principal teórico da denunciação, uma pena criminal deve "denunciar" o crime, isto é, ela deve comunicar a ideia que o crime é um comportamento inaceitável para a sociedade. Para tanto, ela deve infligir um sofrimento ao infrator, sofrimento que seja por sua vez suficiente para satisfazer (ou ao menos não se chocar com) as expectativas do público. Dessa forma, punir é uma questão de comunicar a não aceitabilidade do comportamento para o público e de satisfazer suas expectativas.

Na citação 4, nosso juiz está claramente preocupado com a imagem da justiça, com a sua legitimidade junto ao público. É preciso segundo ele exprimir claramente que não se pode aceitar esse comportamento e que é preciso responder às expectativas do público, sob pena do sistema de direito criminal perder sua legitimidade enquanto instituição que substitui a vingança privada na sociedade. Stephen não fala especificamente de legitimidade, mas me parece que a preocupação com esta é um desdobramento inevitável de seu raciocínio.

Em resumo, encontramos nessa última citação uma outra "boa" razão para justificar uma pena criminal. A teoria da denunciação – ao mesmo que a da reabilitação, da dissuasão e da retribuição – exerce um papel importante de reprodução da RPM ao trazer para o cenário da punição motivos bastante fortes para justificar, do ponto de vista do sistema de pensamento, o caráter incontornável da atribuição de sofrimento enquanto pena criminal.

qual trabalhamos atualmente em nossa pesquisa de doutorado. Evitamos discutir aqui as implicações dessa visão do juiz sobre uma pena que deve se preocupar com a legitimidade e a imagem do sistema de direito criminal pois ela foge ao nosso objetivo neste trabalho, mas queríamos apenas ressaltar que uma tal concepção abre uma porta para várias possibilidades de se levar em conta estímulos externos ao sistema de direito criminal que podem ser bastante problemáticos.

18. Baseamo-nos aqui no artigo de Lachambre (2008) sobre os trabalhos de Stephen e a teoria da denunciação.

3.2.2 *A impossibilidade de penas alternativas, a obrigação de punir e a* ultima ratio

A capacidade da RPM de estruturar um raciocínio jurídico-penal nos parece emergir com toda força quando pedimos aos operadores do sistema que considerem uma possível abertura do leque de penas. Nesse momento, toda uma construção teórica é colocada em prática para sustentar o caráter incontornável de uma obrigação de punir com penas aflitivas. Podemos ver por exemplo a construção teórica do juiz 8:

N. 5 | "Isso [a alargamento do leque de possibilidades do direito penal] é um problema pela própria estrutura filosófica do ramo do direito e do direito penal. Bom, o direito penal (...) é um direito de exceção, é um direito que chega a uma condição crítica da regulação social. No cível você tem toda a liberdade do direito alternativo porque a regra é a da criatividade. No cível então eu posso ter a liberdade de forma (...). No crime não tem essa liberdade. Muito pelo contrário: ele trabalha com a restrição. Então ele trabalha com a restrição porque ele é a última barreira para que haja possibilidade de vida em sociedade (...) A peneira mais fina de defesa da sociedade é a do direito penal. Então o direito penal (...) só consegue ter razão de ser quando você olha que situações fariam que ocorresse uma desagregação do grupo (...). Ora, o direito penal ele se restringe a examinar isso, ele entra na frequência de corte do tecido social no momento em que sem que haja uma resposta, sem que haja uma ação diante de um comportamento deletério coletivamente, então a própria sociedade está em risco. Ele entra pra proteger essa dimensão final. Logo a justificativa até filosófica pra que ele adote uma restrição ou uma punição mais intensa do que as outras é porque ele é a última barreira de defesa da sociedade. Se não se defender aqueles interesses, se não defender aqueles bens, a sociedade se desintegra. Ora, se ele então é (...) a última defesa da sociedade, então é necessário que ele tenha uma diferenciação de tratamento compatível com a gravidade do objeto sobre o qual ele se debruça. Daí é que essa sanção ela tem que ser basicamente a restritiva de liberdade, não há dúvida" (juiz 8).

Nessa passagem podemos ver a mobilização do argumento do direito penal como *ultima ratio* para justificar não apenas a obrigação de punir, mas também de fazê-lo com uma pena de prisão. Esse argumento nos parece bastante interessante para mostrar a ambivalência de certas posições ditas progressivas em matéria criminal.[19] Com efeito, podemos frequentemente observar juristas bastante críticos em relação ao direito penal se apoiarem nesse argumento da *ultima ratio*: o direito penal só deveria ser utilizado como último recurso, somente em casos de ilícitos graves, em situações em que o controle por outros ramos do direito é insuficiente. Em resumo, o direito criminal só poderia, em virtude de sua virulência, entrar em cena de forma extraordinária. Todavia, a armadilha dessa concepção dita progressista é que ela torna natural a relação entre direito criminal e resposta aflitiva. Como o sistema penal só se ocupa (ou deveria se ocupar) dos casos mais graves, sua resposta *deve* (ou *deveria*) "naturalmente" ser *obrigatória* e *mais violenta*.

A criminologia já trabalhou[20] com essa ideia segundo a qual o direito criminal se ocupa apenas dos casos mais graves. Se, por um lado, é inegável que vários comportamentos que são tratados pelo sistema de direito criminal são bastante problemáticos para a sociedade, é possível também fazer o argumento que certos comportamentos de que se ocupam o direito administrativo e o direito civil são tão ou até mesmo mais problemáticos que alguns outros que passam pela malha do penal. Assim, por exemplo, um caso de negligência em relação a normas de segurança do trabalho pode acarretar várias mortes e ser apenas gerido pelo direito administrativo ou pelo direito civil. Da mesma forma, a atividade de certas empresas pode acarretar danos muito graves para a sociedade e mesmo assim não ser incluída no penal: um vazamento de óleo pode arruinar a atividade econômica de uma região sem no entanto se transformar num caso criminal. Em resumo, o discurso do penal como *ultima ratio*, no sentido que é ele que se ocupa dos casos mais nocivos para a sociedade, é um argumento que em muitos casos não se verifica empiricamente.[21] E isso tanto pelas criminalizações exageradas (que é

19. Nesse sentido, ver Pires (2002).

20. Nesse sentido, ver Acosta (1988).

21. Tendo em vista a onda de criminalização de vários comportamentos nos anos 80 e 90 no Brasil, esse argumento deve ser até um certo ponto mitigado quando se pensa na realidade jurídica local. Parece cada vez mais difícil, encontrar comportamentos altamente problemáticos para a sociedade

de fato o alvo da crítica dos defensores da *ultima ratio*) quanto pelo fato que o civil e o administrativo, em que pese esse discurso, sempre lidaram com comportamentos bastante problemáticos para a sociedade.

Por outro lado, e é aqui a parte que nos parece mais complicada, a parte do conceito de *ultima ratio* que carrega o sentido de que o penal deve ter os *instrumentos de repressão mais fortes* e que *não pode fazer nada além de punir em sentido estrito*, parece-nos bem mais presente empiricamente e, no contexto de um sistema de direito criminal colonizado pela RPM, com um apoio teórico bem mais sólido.

Mas há também outras maneiras de sustentar essa obrigação de punir a partir de uma distinção em relação a outros ramos do direito.

N. 6 | "[S]e o cidadão for condenado no direito penal, é um direito indisponível do juiz, da sociedade. O juiz aí (...) enfim, o Ministério Público representando a sociedade tem que fazer (...) o indivíduo cumprir essa pena (...). Agora, se é no direito civil, (...) se for um título executivo judicial de direito disponível entre cidadãos (...) aí, se eu quiser renunciar, eu renuncio a minha execução. Agora o Estado não dá pra renunciar" (juiz 21).

Aqui vemos a construção de outro importante argumento para apoiar a obrigação de punir: a distinção entre um direito disponível e um indisponível. A pena criminal, em oposição a créditos civis, é um direito indisponível: o título executivo oriundo de uma condenação criminal *deve* ser executado. Se no direito civil uma condenação dá ao credor

que escapam do penal. Todavia, podemos ainda assim sustentar – com o apoio de uma distinção clássica da criminologia – que mesmo que a criminalização primária (a seleção do comportamento enquanto crime pela legislação penal) seja cada vez mais presente, uma criminalização secundária (percorrer todas as etapas de um processo penal até uma condenação) é com muita frequência bastante improvável nos casos tradicionalmente problemáticos para o penal (acidentes de trabalho, problemas ambientais etc.). A dificuldade de levar um processo jurídico até o final parece ser de uma tal dificuldade que ações cíveis e administrativas vão ser bem mais eficazes no que toca à punição do comportamento. Velloso (2006) nos dá o exemplo da exploração do trabalho escravo no Brasil, onde as opções administrativas parecem bem mais dissuasivas que as opções penais, em parte porque estas dificilmente chegam a uma condenação.

um *direito*, no sentido de uma *autorização* de exigir uma compensação, no direito criminal essa mesma condenação dá um *direito/obrigação* ao Estado de punir. Essa construção da RPM[22] está profundamente arraigada no discurso de nossos entrevistados, e ela aparece, sobretudo, nessa oposição entre direito disponível/indisponível. E parece-nos que dessa oposição decorre a apropriação do conflito e a exclusão da vítima de que falaremos na seção seguinte (3.1.3).

Essa ideia de direito indisponível, ligada à obrigação de punir com uma pena aflitiva, aparece de forma bastante clara no discurso do nosso juiz 21 quando ele é perguntado sobre o caso da família de uma vítima que havia perdoado o homicida:

N. 7 | "[E]le cometeu uma conduta gravíssima e é um bem indisponível que é a vida enfim do seu semelhante (...). Ele tem que ser punido, tem que receber uma consequência por isso. Porque eu (...) – eu vejo os juízes às vezes na hora de quantificação das penas (...) eu sempre fui um juiz de uma linha assim mais rigorosa na dosimetria da pena – às vezes digo aos colegas: 'mas vocês estão fixando pena baixa' (...). É como se a gente fosse fazer cortesia com a vida dos outros. Como é que eu vou fazer cortesia com a vida dos outros? Aí porque a família perdoou, a família falou 'não, eu estou bem, já aceitei o erro que ele fez, ele "tá" perdoado' (...). Crime doloso! Nós não estamos falando de crime culposo. Culposo é outra história, vale até o perdão judicial. Mas o crime doloso (...). 'Não, já está tudo bem, nós já aceitamos já entendemos as circunstâncias que ele cometeu o delito' (...) Ou seja, eu estaria fazendo cortesia para ficar de bem talvez perante o Criador com a vida da outra pessoa (...). Ninguém perguntou pra vítima se ela daria a ele delinquente, ele infrator, esse perdão" (juiz 21).

Tentando interpretar o seu ponto de vista, podemos dizer que a clemência da justiça é vista aqui como um humanismo fora de lugar, como uma caridade perigosa pois não podemos transigir com esse direito indisponível. Os juízes mais clementes estariam fazendo "caridade" com o que não lhes pertence, com o que eles não têm "o direito" de transigir. Trata-se de uma caridade às custas da vítima.

22. Ver, nesse sentido, Pires (1998).

No entanto, se não podemos transigir "à custa da vítima", o que acontece quando é a própria vítima que decide abrir mão desse direito indisponível?

3.2.3 A impossibilidade de ouvir a vítima não punitiva

Questão delicada, a vítima (assim como o público) emerge no discurso penal nos últimos anos como um personagem que deve ser ouvido.[23] A vítima, retratada como figura que sofre injustiças não apenas pelo crime de que foi vítima mas também do sistema de direito criminal que não lhe dá quase nenhum espaço, parece ganhar uma nova legitimidade enquanto ator que deve ter um papel junto à justiça penal. As vítimas se tornaram, retomando a expressão de Erner (2006), "uma categoria social incontornável", inclusive para o sistema de direito criminal.

Uma vítima punitiva parece ser um personagem problemático pela extensão que seu novo papel social toma, assim como pelo desconforto que um ator tradicionalmente excluído e não previsto pelo sistema de direito criminal traz com suas reivindicações de justiça. Ao mesmo tempo em que ela suscita compaixão, ela suscita também um mal-estar por não querer se limitar ao seu espaço marginal tradicional, por querer ter uma opinião sobre o andamento de um caso penal e sobre o destino de seu agressor. Esse problema parece ser bastante visível para nossos entrevistados, assim como para a literatura.

Mas a preocupação com esse novo papel da vítima "opinativa", tanto na literatura quanto no discurso de nossos entrevistados, se caracteriza por ser uma inquietação com uma "derrapada punitiva" do penal, com uma justiça muito dura e muito centrada na vingança e no sofrimento do infrator. Preocupação justa, assim nos parece, tendo em vista o caráter bastante punitivo de vários pedidos de punição de movimentos de vítimas (e de membros do público em geral).

No entanto, também nos parece legítimo perguntar: mas e quando se trata de uma vítima que não quer uma punição? De uma vítima que ou perdoe ou que seja capaz de chegar a um acordo com seu agressor

23. Nesse sentido, Garland vai dizer: "The dominant voice of crime policy is no longer the expert or even the practitioner but that of the long-suffering, ill-served people – especially of the 'the victim' and the fearful, anxious members of the public" (2001: 13).

sem recorrer ao sistema de direito criminal? Em resumo, esse sistema é capaz de sair da RPM para responder ao critério de justiça de uma vítima não punitiva?

Com essa questão, tentamos ver como esse problema se apresentava para o sistema de direito criminal a partir das respostas de nossos entrevistados. Um desconforto, até mesmo uma certa hostilidade, em relação a uma vítima que se imiscui nos "assuntos da justiça" parece ser um resumo justo das respostas que aparecem em nossos dados.

Convidado a se pronunciar sobre um caso de homicídio involuntário no qual a família da vítima perdoara o infrator, o promotor é bastante direto:

N. 8 | "Eu vou dizer para o senhor o seguinte: 'tô' pouco interessado no que a vítima quer. Porque o direito da vítima, o direito de opinião da vítima, é uma coisa individual. Eu fico preocupado é com o coletivo. Você pode perdoar quem você quiser, é um direito seu. (...) Acho até melhor para você, porque você vai crescer como pessoa, você vai atingir o nirvana, você vai o que você quiser. Só que eu aprendi (...) [que] se você não repreende você não se acerta. Não basta você dizer pra mim: 'Não eu estou, olha eu estou arrependido'. Sim e daí? E aquela coisa que a gente aprende desde que o mundo é mundo que todo ato gera uma consequência. Eu mato você num acidente de trânsito, um acidente de trânsito em que eu tive culpa. Eu nunca quis matar você, eu estava em velocidade excessiva, mas eu jamais pensei em matar você. Eu sou uma boa pessoa, eu sou pai de família, crio os meus filhos, de repente os seus pais vão até me perdoar, eu não tive vontade de matar você (...). Mas eu cometi um crime, está ali na lei que aquilo é crime. Por que eu não vou ser responsabilizado?"[24] (promotor 9).

Outros entrevistados também se manifestaram sobre a questão do papel de uma conciliação ou composição entre vítima e agressor.

24. Apenas retomando brevemente o que já expusemos (supra 2.2, d), a ideia de responsabilizar no contexto em que ela foi utilizada por esse promotor é sintomática da presença da RPM. Responsabilizar, como bem mostrou Pires (2006), é apenas um meio que só toma forma quando associado a um conteúdo específico. Dito de outra forma, a

N. 9 | "Bom, primeiro eu questiono que o conflito é entre as partes: o conflito não é entre o acusado e a vítima, o conflito é entre o acusado e o Estado. E como o conflito é entre o acusado e o Estado eu não vejo como a vítima possa se interpor entre o acusado e o Estado e dar a solução para o conflito" (promotor 17).

N. 10 | "Bom, eu entendo, eu continuo dizendo por princípio e filosofia que a característica do direito penal é a de defesa máxima social e, assim sendo, a condição de que a vítima possa interferir no processo é e deverá permanecer sendo mínima. Então a movimentação da máquina e a imposição da pena é uma característica do Estado, transcende em muito os interesses pessoais da vítima e de seus familiares. (...) Então, [o discurso que diz] 'olha pra mim na verdade "ta" tudo bem, pra mim acabou, foi uma tragédia, uma infelicidade' (...). Me desculpe, mas não. Continua não havendo uma relevância na sua posição. A posição aí é uma posição da sociedade. Se isso ficar ao bel prazer isso cria distorções e corrupções, e aí sim vai mostrar um direito penal ineficiente" (juiz 8).

Certas construções teóricas parecem emergir com uma certa força desses trechos: a) o conflito não pertence ao agressor e à vítima; b) o interesse do Estado prevalece sobre o das partes; c) o que a vítima não punitiva deseja enquanto resultado para o conflito é amplamente não pertinente e d) escutar as vítimas cria "distorções" e torna o direito penal "ineficaz".

Se a vítima punitiva já é um problema para o sistema de direito criminal, fazemos aqui a hipótese que a vítima não punitiva é ainda mais incômoda. Se aquela é um problema pelo seu caráter "estrangeiro" a esse sistema, além do excesso de punitividade e do caráter vingativo que se atribuem aos seus pedidos, ela pelo menos se manifesta numa direção familiar para o sistema de direito criminal: pedidos de pena, de penas que sejam cada vez mais duras. Em resumo, seu desacordo com o sistema

palavra responsabilizar pode adquirir sentidos diversos. Mas aqui, no contexto do sistema de direito criminal, numa comunicação colonizada pela RPM, responsabilizar parece ser apenas atribuir a culpa de um crime *por intermédio de uma pena*.

de direito criminal viria não apenas do grau de intensidade da punição desejada, mas também – e principalmente – de seu *status* inusitado. Seus pedidos "exagerados", embora problemáticos e incômodos, seguem no entanto uma fórmula de solução – a imposição do sofrimento como modo de resolução do conflito – conhecida e familiar para o sistema de direito criminal.

A vítima não punitiva, bem menos estudada pela literatura, coloca por sua vez um problema de outro tipo. Sua "inconveniência" para o sistema de direito criminal não vem apenas de sua reivindicação de ser ouvida, mas vem, sobretudo, do fato de que seus pedidos se chocam com toda uma tradição não apenas de interposição do Estado no conflito (o que também ocorre com as vítimas punitivas), mas também de "resolução de conflitos" a partir da imposição de um sofrimento ao agressor. Com efeito, confrontado a vítimas não punitivas, o sistema em questão vai sustentar que o conflito pertence à "sociedade" para assim lançar mão de suas teorias da pena: "Não podemos permitir que isso se reproduza", "se não se pune, não se corrige", "a sociedade pede uma punição" etc.

Além disso, a vítima não punitiva coloca em xeque um dos argumentos-chave da apropriação do conflito pelo sistema de direito criminal. Como diz nosso juiz 16 (citação 4), a "atividade substitutiva" da justiça penal seria necessária para frear a tendência a se fazer justiça com as próprias mãos. Mas como sustentar esse argumento em face de uma vítima que não deseja a punição? Como sustentar esse papel de "pacificador" do sistema de direito criminal frente a um conflito já pacificado, sobretudo, quando consideramos que a "pacificação" desse sistema passa pela imposição de uma dose considerável de sofrimento?

3.3 As pistas empíricas para se escapar da RPM

Em que pese a presença dominante da RPM nas comunicações do sistema de direito criminal, outras racionalidades, outros discursos teóricos e outras possibilidades de atualização concernentes à forma que a punição moderna deve tomar estão sempre presentes. Trata-se de discursos marginais, que não chegam a ser estabilizados e generalizados no sistema, mas que ainda assim não deixam de marcar presença.

Eis aqui, por exemplo, a formulação de um juiz que acredita em outras possibilidades de afirmação da norma para além da pena:

N. 11 | "Sim, sim, eu creio que (...) mesmo as respostas não punitivas (...) podem reafirmar a validade da norma (...). Mesmo naquelas situações onde há uma absolvição (...) [por] uma circunstância meramente de natureza acessória (...) tanto do direito penal como do direito processual penal (...). Mesmo nesses casos o processo é um elemento de afirmação da validade da norma. Quer dizer, não é só a pena que afirma. (...) Bom, então acho que há uma afirmação inclusive na própria ação judicial e mesmo na absolvição pode e deve haver por parte da justiça uma função, uma atuação de afirmação na validade da norma, de reforço da consciência social em relação a isso" (juiz 16).

Em sua opinião, a existência de um processo jurídico para responder a uma suposta infração à norma basta para que esta seja afirmada. A constatação da existência de outras possibilidades de "validar" a norma, de "reforçar a consciência social", que vão além da obrigação de aplicar uma pena aflitiva parece ser um primeiro passo para que se possa pensar fora do quadro dominante da RPM. Se um processo judicial basta para afirmar a norma, pode-se eventualmente considerar que o perdão também afirma a norma, assim como a composição e/ou uma reparação podem também ter esse efeito. E tudo isso sem que a sociedade esteja "em perigo", que ela esteja ameaçada de "desintegração", em virtude da ausência de uma sanção penal (típica da RPM).

Nosso promotor 10 parece também nos mostrar outras possibilidades de raciocínio para sair da armadilha do sistema de pensamento dominante:

N. 12 | "Eu acho que a princípio (...) o Ministério Público e o Estado não podem ser mais realistas do que o rei. Eu acho que o direito penal, o direito na sua totalidade, ele existe para compor conflitos. Se o conflito pode ser composto de uma forma que não exija ou que prescinda ou [com uma] solução melhor do que a solução penal, eu acho que o Ministério Público tem que ouvir a vítima nesse sentido sim, eu acho que deve prevalecer a vontade da vítima sim. (...) Eu acho que tem que ser considerado quais são os danos das punições porque às vezes a emenda é pior do que o soneto" (promotor 10).

Eis aí outro exemplo da presença de ideias minoritárias e não estabilizadas, mas que fazem parte das possibilidades do sistema de direito criminal. Na sequência do reconhecimento que por vezes a punição causa problemas suplementares, o promotor admite que a vítima deveria poder fazer valer sua opinião para um acordo que fuja às soluções tradicionais do referido sistema.

4. Breves notas conclusivas

Para terminar, nosso objetivo aqui foi simplesmente de mostrar empiricamente como um sistema de pensamento dominante limita as possibilidades de agir e de pensar em matéria de penas criminais. Parece-nos claro que a criatividade no penal é amplamente deficiente pois os limites da ação e do pensamento são definidos de forma bastante rígida: uma obrigação de impor um sofrimento, uma impossibilidade de considerar soluções alternativas, uma impossibilidade de ouvir as partes implicadas no conflito (e mesmo de considerar que a vítima possa ser parte do conflito). E esse sistema de pensamento mostra toda sua força quando se revela impermeável e mesmo invisível para as críticas dos juristas e sociólogos mais críticos. Com efeito, estes podem ser bastante críticos em relação aos efeitos nocivos do sistema de direito criminal para a sociedade, mas eles vão, por exemplo, rapidamente convocar o penal para responder a ameaças aos direitos fundamentais, aos direitos das minorias etc.[25] Como bem notou um de nossos entrevistados, os juízes são pelo direito penal mínimo; a OAB é pelo direito penal mínimo; as donas de casa e os homossexuais também; "mas apenas quando o comportamento criminal não atinge esses grupos: (...) são grupos de direito penal mínimo, mas que no entanto são radicalmente a favor do endurecimento das penas para a criminalização dos comportamentos quando esses comportamentos afetam esses grupos específicos: isso é um outro paradoxo da modernidade no campo do direito penal" (juiz 13).

25. Para uma análise das relações problemáticas entre o direito criminal e os direitos humanos, ver Garcia (2009).

5. Bibliografia

Acosta, Fernando. À propos des illégalismes privilégiés. Réflexions conceptuelles et mises en contexte. *Criminologie* 21/7-34, 1988.

Cauchie, Jean-François. *Peines de travail: justice pénale et innovation*. Bruxelas: Larcier, 2009.

Christie, Nils. *Au bout de nos peines*. Bruxelas: Larcier, 2005 [1981].

Durkheim, Émile. *Éducation et sociologie*. Paris: Presses Universitaires de France, 1922 [1966].

Erner, Guillaume. *La société des victimes*. Paris: La découverte, 2006.

Foucault, Michel. La poussière et le nuage. In: M. Perrot (org.). *L'impossible prison*. Paris: Seuil, 1980, p. 29-63.

_____. *Surveiller et punir*. Paris: Gallimard, 1975.

Garcia, Margarida. *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation*. Tese de Doutorado em Sociologia. Montreal: Université du Québec à Montréal, 2009.

Garland, David. *The culture of control*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

King, Michael; Thornhill, Michael. *Niklas Luhmann's: theory of politics and law*. London: Palgrave MacMillan, 2003.

Lachambre, Sébastien. *À propos de la théorie de la dénonciation*. Trabalho não publicado. Ottawa: Département de Criminologie, Université d'Ottawa, 2008.

Luhmann, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2007 [1998].

Machado, Maíra et al. A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas. *Projeto Pensando o Direito* 19. Brasília: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009.

Morin, Edgar. *La méthode. La nature de la nature*. Paris: Éditions du Seuil, 1977.

Pires, Alvaro. La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII e siècle. In: C. Debuyst; F. Digneffe; A. Pires (org.). *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine*. Bruxelas: De Boeck Université, 1998. vol. 2.

_____. Alguns obstáculos a uma mutação "humanista" do direito penal. *Sociologias* 1/64-95, 1999. vol. 1.

_____. La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *Sociologie et societe* 1/179-204, 2001. vol. 33.

_____. La ligne maginot en droit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince. In: R. De Giorgi (org.). *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*. Lecce: Edizioni Pensa Multimedia, 2002a.

_____. Codifications et réformes pénales. In: L. Mucchielli; Ph. Robert (org.). *Crime et Sécurité: État des Savoirs*. Paris: La Découverte, 2002b.

_____. La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux? In: D. Kaminski; M. Kokoreff (org.). *Sociologie pénale: système et expérience*. Ramonville Sainte-Agne: Éditions Érès, 2004a.

_____. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia. *Novos Estudos* 68/39-60, CEBRAP, 2004b.

_____. Tomber dans un piège? Responsabilisation et justice des mineurs. In: F. Digneffe; T. Moreau (org.). *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*. Bruxelles: Larcier, 2006, p. 217-241.

_____. Une «utopie juridique» et politique pour le droit criminel moderne? *Criminologie* 2/9-18, Les Presses de l'Université de Montréal, 2007. vol. 40.

_____. Théories de la peine: introduction générale. Apresentação Powerpoint. Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale. Ottawa: Université d'Ottawa, 2008a.

_____. Théories de la peine: introduction générale. Documento não publicado. Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale. Ottawa: Université d'Ottawa, 2008b.

_____; Acosta, Fernando. Les mouches et la bouteille à mouches: utilitarisme et rétributivisme classiques devant la question pénale. *Carrefour* 16/8-39, 1994.

_____; Cauchie, Jean-François. Un cas d'innovation «accidentelle» en matière de peines: une loi brésilienne sur les drogues. *Champ Pénal. Seminário disponível em:* [http://champpenal.revues.org/document1541.html]. Consultado em: 03.08.2009.

_____; Garcia, Margarida. Les relations entre les systèmes d'idées: droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort. In: Y. Cartuyvels et al (orgs.). *Les Droits de l'Homme, Bouclier ou Épée du Droit Pénal*? Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007.

Possas, Mariana. *Système d'idées et création de lois criminelles: le cas de la loi contre la torture au Brésil*. Tese de Doutorado. Département de Criminologie. Ottawa: Université d'Ottawa, 2009.

Van de Kerchove, Michel. Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité, In: C. Debuyst; F. Tulkens (orgs.). *Dangerosité et Justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*. Genève: Masson, Médecine et Hygiène, 1981, p. 291-309.

Velloso, João Gustavo Vieira. Sobre o tratamento jurídico dado ao trabalho escravo: o movimento de descriminalização. *RBCcrim* 59/90-127. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2006.

Xavier, José Roberto. *L'opinion publique au sein du système pénal: l'affaire James Bulger*. Tese de Mestrado. Département de Criminologie. Ottawa: Université d'Ottawa, 2005.

_____. *Les rapports entre l'opinion publique et la détermination de la peine du point de vue de la science*. Documento não publicado. Ottawa: Université d'Ottawa, 2008.

50571

3
Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas

MARIANA SALOMÃO CARRARA

Graduada em Direito pela USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Constitucional

RESUMO: Este artigo traz ponderações acerca da criminalização de condutas homofóbicas, tendo em vista também a proposta legislativa concreta já encaminhada, à luz dos princípios que norteiam a tutela penal. A garantia constitucional à liberdade e igualdade foi confrontada com as principais polêmicas massivamente sustentadas na Internet, em manifestações populares e religiosas, buscando a percepção da resposta social às conquistas LGBTT e a apuração de intervenções já promovidas nas esferas prioritárias de atuação estatal. Discute-se, ainda, a utilização do direito penal com finalidade pedagógica, tendo em vista a experiência da criminalização do racismo, bem como o recurso a exorbitantes penas de prisão. A ideia de bem jurídico penal é aqui evocada junto à necessidade de uma nova concepção de bens jurídicos relevantes, que supere – e em alguns casos abandone – a tutela do patrimônio.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalização – Homofobia – Discriminação – Liberdade – Religião.

ABSTRACT: This article addresses the criminalization of homophobic behaviors also taking into account the concrete legislative proposal, which has already been submitted, based on principles that guide criminal protection. The constitutional rights to freedom and equality have been confronted by major controversies that have been given massive support on the internet, by means of popular and religious demonstrations seeking the perception of social responses in relation to GLBT conquests and the inquiry on interventions that have already been promoted by the state. It also discusses the use of criminal law with a pedagogical objective, taking into account the experience of the criminalization of racism, as well as the appeal to excessively long prison sentences. The idea of criminal legal interest is evoked here with the need of a new concept of relevant legal interests, which exceeds and in some cases abandon- asset protection.

KEYWORDS: Criminalization – Homophobia – Prejudice – Freedom – Religion.

Sumário: 1. Introdução – 2. Orientação sexual e discriminação: 2.1 Identidade sexual e personalidade; 2.2 Homossexualidade na sociedade brasileira; 2.3 Previsão constitucional e tutela penal – 3. Função simbólica e função promocional do direito penal – 4. A sociedade e a criminalização de condutas homofóbicas: 4.1 O pioneirismo da esfera penal na busca pela igualdade; 4.2 O racismo e o direito penal promocional; 4.3 O polêmico PL 122/2006: 4.3.1 Demissão por homossexualidade e censura de demonstração pública de afeto; 4.3.2 Ação constrangedora ou vexatória; 4.3.3 Liberdade religiosa e homossexualidade; 4.3.4 Luta antidiscriminatória; 4.3.5 A pena privativa de liberdade; 4.4 O exemplo espanhol – 5. Conclusão – 6. Bibliografia – 7. Documentos em endereço eletrônico.

1. Introdução

Este artigo científico tem o intuito de tecer ponderações a respeito de uma possível criminalização de condutas homofóbicas, consistentes na discriminação em virtude de orientação sexual e identidade de gênero, atualmente em voga principalmente nos meios de comunicação digitais em razão do PL 122/2006 (PL 5.003/2001), de autoria da ex-Deputada Iara Bernardi, já aprovado na Câmara e aguardando votação no Senado Federal. Foram selecionadas críticas populares e de ordem jurídica para serem estudadas à luz da bibliografia coletada.

As ponderações foram feitas em cima das principais polêmicas levantadas em torno do projeto, principalmente protestos populares. A escolha pela opinião popular deu-se pelo fato de que a criminalização de condutas deve estar associada à mentalidade da sociedade submetida à lei penal.

As principais críticas foram identificadas a partir da recorrente incidência em *sites* de pesquisa na Internet, elencadas também em *sites* de campanha que procuravam rebater os principais impasses levantados pelos dissidentes. As mesmas críticas também configuram como quesitos para elaboração do parecer favorável da Conad,[1] da OAB-SP, sobre o PL 122/2006 (PL 5.003/2001). Embora sem quaisquer pretensões estatísticas, a pesquisa simples com determinadas palavras traz robusta amostra de opiniões que permitem a identificação dos pontos controvertidos mais levantados no meio eletrônico. A escolha pelo escritor evangélico Julio

1. Conad – Comissão do Negro e Assuntos Antidiscriminatórios.

Severo se deu pela sua influência e representatividade na luta contra o projeto, sendo frequentemente citado e reverenciado em outros *sites* religiosos.

A discriminação em virtude de orientação sexual foi aqui considerada como a afronta injustificada à igualdade, direito fundamental garantido constitucionalmente. A liberdade sexual – o livre exercício da sexualidade – foi aqui entendida como direito do indivíduo a viver de acordo com a sua identidade sexual sem que por isso sofra sanções sociais, lembrando sempre que o consentimento dos parceiros é elemento básico para o exercício legítimo desta liberdade. Desse modo, não foram abordadas aqui as frequentes associações da homossexualidade à pedofilia, uma vez que este argumento leigo não influencia a tipificação criminal. A criminalização da homofobia evidentemente não autoriza condutas já tipificadas como crime (Abílio, 2008, p. 17). Também não se abordou a tão exaltada questão da violência física e assassinatos perpetuados por conta da orientação sexual porque a lesão provocada pela própria discriminação já é argumento a suscitar a hipótese de intervenção penal, independentemente de quantos indivíduos o preconceito e o ódio continuam matando.

Adotou-se a teoria da pena fundamentada na prevenção geral positiva, considerados os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal como o fator limitante positivo da estipulação de bens jurídicos penais.[2] Nesta linha, as posturas aqui tomadas partem da concepção de que a reafirmação constante de determinados valores eleitos é mais forte e eficaz para a prevenção de condutas do que a constante ameaça de um mal, uma vez que o medo do mal, não incorporado à consciência como um valor adotado, perde qualquer persuasão toda vez que o sancionador não está vigilante.

A discriminação infundada de determinados grupos humanos já é tutelada pelo direito penal, de modo que foi levada em consideração, para fins comparativos, a tutela penal do chamado racismo. Esta comparação se dá porque a proteção da igualdade na esfera penal é bastante contestada no meio jurídico, não porque se aprove a discriminação racial, mas por razões ligadas aos princípios norteadores do direito penal, que são

2. Para aprofundamento na questão da Constituição como limite positivo do direito penal, numa visão geral de vários autores acerca do bem jurídico penal, ver: Paschoal, 2003, capítulos 1 e 2.

igualmente aplicáveis para o caso de uma criminalização de condutas homofóbicas.

O objetivo deste trabalho é refletir, à luz dos princípios do direito penal e diante da situação da homossexualidade no contexto social contemporâneo, se a criminalização de condutas homofóbicas é viável e legítima – em relação ao ordenamento jurídico brasileiro e ao Estado Democrático de Direito – e oportuna – em consideração às medidas até então tomadas nas demais áreas de atuação estatal e resposta da sociedade à ascendente visibilidade dos movimentos LGBT.

Sem a pretensão de esgotar a polêmica temática da proposta de criminalização, ponderou-se aqui brevemente sobre bens jurídicos tutelados na prevenção da discriminação em virtude de orientação sexual, sobre liberdade religiosa e sobre princípios do direito penal – como a noção de *ultima ratio*, intervenção mínima e proporcionalidade.

A reflexão principal por trás de todas as ponderações está na eventual existência de um defensável efeito simbólico e promocional do direito penal na luta antidiscriminatória, a partir da bibliografia coletada.

2. Orientação sexual e discriminação

2.1 Identidade sexual e personalidade

Rafael[3] é professor do ensino fundamental de uma escola particular de São Paulo. Tomava café no balcão da cantina após uma reunião de pais e mestres quando sua amiga, secretária do coordenador, anunciou indignada: uma mãe de aluno acabara de passar na secretaria e pediu a transferência do filho para outra escola o mais rápido possível, pois percebera, durante a reunião, que o professor era homossexual. A secretária teria indagado a relação entre a orientação sexual do professor e sua capacidade didática, mas a mãe do aluno apenas retrucara que não era este o modelo que ela e o marido desejavam para o filho em desenvolvimento, e que era um absurdo uma escola colocar uma pessoa assim para ocupar um papel tão influente na vida daqueles adolescentes. De saída, acrescentou que não duvidava que ele ainda fizesse "apologias" durante as aulas, e chegou a levantar o perigo da pedofilia. Todo o preparo para o magistério e a vocação para a pedagogia de nada valiam, no ideal de educação daqueles pais, porque algo o enquadrava como pertencente

3. Caso hipotético e personagens fictícios

a um limbo impróprio para menores, cuja influência seria perniciosa e completamente desaconselhável.

Se Rafael não fosse homossexual – ou se a mãe do aluno não desconfiasse disto –, mas fosse negro, o pedido de transferência sob tal argumento seria uma atitude de extrema agressividade, tipificada no código penal e carregada de todo o peso advindo da ideia de crime. A mãe poderia, sim, retirar seu filho da escola dizendo que não gostou do professor. Nenhuma lei vai proibi-la de pensar o que quiser ou nutrir os preconceitos que lhe parecerem mais saudáveis. Porém, em respeito à dignidade humana e à igualdade, não seria aceitável que ela expressasse suas motivações, ofendendo não somente o professor, mas aos negros em geral.

A mulher estaria discriminando com base em critérios alheios ao profissionalismo, propagando em pleno século XXI um histórico inacreditável de segregação e sofrimento. Quando questionada pelo diretor se o pedido teria alguma relação com o fato de o professor ser negro, a mãe deveria mentir, desviar o assunto, criar outras várias justificativas absurdas, tudo em plena consciência de que seu pensamento vai de encontro aos valores da sociedade, de modo que deve escondê-los a todo custo. Curioso observar que, se Rafael, além de homossexual, fosse negro, a reação imediata da mãe ao ser questionada se seu pedido tinha motivação de cunho racista seria afirmar peremptoriamente que sua ojeriza advinha apenas da orientação sexual do professor.

É completamente compreensível – diante do atraso cultural e da pouca naturalidade com que se abordam as questões dessa matéria nos meios de comunicação populares,[4] além da demonização promovida por muitas religiões – que uma mãe e um pai não desejem que o filho seja educado por um professor homossexual, e nenhuma lei penal – que exigiria a presença explícita do dolo – tolherá esse tipo de liberalidade do poder familiar. O problema reside na expressão dessa discriminação, ou seja, a comunicação expressa à secretaria de que um professor homossexual é uma contradição em termos, com a nítida intenção de ofender não somente o professor Rafael, mas a todos os homossexuais do mundo,

4. Sobre essa questão, interessante lembrar a extensa polêmica e excessiva cautela da Rede Globo quando se cogitou veicular beijo do casal de rapazes na novela "América". Para comentários mais extensos a respeito, ler: Colaço, Rita. Afeto censurado – Rede Globo e as heteronormas. Disponível em: www.abglt.org.br/port/artigos_d.php. Acesso em: 22.03.2009.

colocando-os no seu *devido lugar*, sem visibilidade e sem qualquer papel de influência, para que possam, então, ser tolerados.

Casos como esse são extremamente comuns em diversas profissões, e ainda mais comuns nos diversos ambientes da vida social. Inúmeros cidadãos são inferiorizados e expressamente humilhados por uma razão de foro íntimo que em absolutamente nada interfere na vida dos demais cidadãos.

Orientação sexual, nas palavras de Roger Raupp Rios, é a "identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade)" (2001, p. 388).

Conforme preconiza Maria Berenice Dias, a sexualidade integra a natureza humana. "Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual" (2000, p. 163-164). A resistência social na aceitação da homossexualidade faz com que as necessidades básicas do homem para estruturação da personalidade sejam frustradas.

Segundo a teoria da personalidade de Erich Fromm, o homem tem necessidade de transcendência, relacionamento, segurança, identidade e orientação. Ao analisar a condição da grande maioria dos homossexuais, verifica-se que carecem de compreensão da família e do meio social (*relacionamento*), falta sensação de ser parte do mundo, levando ao isolamento em redutos "gays" (*segurança*), não podem ser autênticos e não se incluem no quadro das referências que pautam sua própria conduta (*orientação*). Assim, não têm satisfeitas as reais necessidades para compor o ideal de personalidade, e uma sociedade que permite este tipo de privação está doente (Fromm apud Medeiros, 2000, p. 260, 265).

Assim, o desenvolvimento da personalidade, que abrange a identidade sexual, depende da relação que o indivíduo estabelece com a sociedade. "Se esta faz exigências contrárias à sua natureza, tais necessidades essenciais e básicas serão frustradas, sendo o homem levado a conduta antissocial ou a processos de autodestruição" (Medeiros, 2000, p. 265).

O homossexual geralmente é reduzido à sua orientação sexual, estigmatizado e desprovido de quaisquer outras características. Nesse sentido, Roger Raupp Rios, a respeito das discriminações perpetuadas entre as partes processuais pela própria Justiça, explica que a igualdade

perante a lei "(...) só alcançará a universalidade do direito mediante a ruptura do modelo abstrato do sujeito de direito como pessoa heterossexual. Ao invés da cristalização da *normalidade heterossexual* revelada tanto na invocação de *direitos homossexuais* como no apelo ao *direito à diferença*, é necessário afirmar o *direito à indiferença*, pelo respeito às diversas modalidades de orientação sexual, todas sob o pálio de uma mesma regulação geral" (2001, p. 391, grifos nossos).

2.2 Homossexualidade na sociedade brasileira

Em texto sobre o crime homofóbico, Luiz Mott (1997) relata que grande parte dos crimes bárbaros cometidos contra homossexuais, inseridos na noção de crimes de ódio, não chega a compor as estatísticas, uma vez que, por vergonha, as vítimas deixam de prestar queixa ou os familiares pressionam os jornalistas para omitirem a orientação sexual do parente assassinado. Mesmo após mais de uma década, percebe-se que as pessoas continuam extremamente resistentes em aceitar a homossexualidade de seus familiares e conhecidos. Mott afirma, ainda, que a maioria da população, inclusive entre os acadêmicos, ignorava o significado do termo homofobia, àquela época já popular nos Estados Unidos e Europa. Ainda no mesmo texto, o autor menciona:

"Pesquisas realizadas pelas mais confiáveis agências de opinião confirmam que os homossexuais representam o segmento social mais discriminado e odiado pelos brasileiros (...), contando com uma rejeição de 78% entre a população em geral e 82% entre formadores de opinião (políticos, juristas, executivos, comunicadores). É neste *continuum* de violência dentro de casa, apedrejamento na rua, exclusão *ad limine* nos exames de seleção profissional e nas forças armadas, perseguição e tortura policial, que ocorrem os assassinatos de homossexuais no Brasil. Uma triste e cruel faceta de nossa violência urbana que urge denunciar, diagnosticar e erradicar" (1997, p. 123).

Nessa passagem pode-se perceber a noção de que a perpetuação da discriminação por meio de condutas não criminalizadas contribui para a persistência da segregação ocasionadora do ódio, propulsor de atrocidades contra aqueles que não são vistos como seres humanos.

Mott (1997, p. 122) relata ainda que o Brasil tem dois lados no que diz respeito à homossexualidade: um, cor-de-rosa, que elegeu a transexual Roberta Close como a modelo de beleza da mulher brasileira, capa das principais revistas nacionais; outro, sombrio e atroz, que trazia o

índice de um homossexual assassinado a cada três dias. Neste contexto, foi um gay brasileiro o primeiro estrangeiro a receber o *status* de asilado homossexual nos Estados Unidos, porque o juiz do Departamento de Imigração e Naturalização de São Francisco considerou que seu retorno representaria grave risco à sua vida.

Na tentativa de compreender a implicância dirigida a uma condição que não diz respeito a ninguém a não ser ao indivíduo e seus parceiros, pode-se dizer que a sociedade elege inimigos para explicar seu próprio mal, na permanente procura de um responsável sobre quem recaia o estigma. Nesse sentido, é confortável a possível identificação imediata e o reconhecimento desse responsável graças à sua diferença. Para gerenciar um conflito é preciso apelar a uma dimensão espiritual que seja capaz de compreender o outro como congênere, como igual em necessidades, igual em direitos e deveres. Mas alguns modos de vida são eleitos como ilegítimos por que não são universalizáveis (GIMÉNEZ-SALINAS et al, 2004, p. 798).

Essa afronta a todo o grupo identificado como não heterossexual está presente em evidência nos crimes bárbaros narrados por Mott, pelos quais o indivíduo pretende, com 80 tesouradas no mesmo corpo provavelmente já falecido, espiar todo o seu ódio e exterminar todos os demais homossexuais naquele gesto. Da mesma forma, a discriminação por orientação sexual, perpetrada na relação de emprego, no restaurante, hotel ou festa, não ofende apenas à vítima específica, como no caso do crime de injúria, mas a todos os que se encontram na mesma condição de discriminados.

2.3 Previsão constitucional e tutela penal

Os estudos de Roger Raupp (2001, p. 392) a respeito da igualdade trazem a ideia da existência de um princípio geral de não discriminação, cuja afronta deve estar fundada em motivações razoáveis, seja em ações afirmativas ou em tratamentos desiguais destinados a promover igualdade material. A necessidade de elencar as proibições de diferenciação jurídica é tão mais premente quanto forem nocivos os preconceitos e as discriminações vividas por pessoas e grupos. Assim, aos poucos, firmou-se o rol expresso no inc. IV do art. 3.º da CF/1988, que veda a diferenciação em virtude de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A igualdade formal, prevista no *caput* do art. 5.º da CF/1988, também dá guarida ao princípio geral de não discriminação.

Raupp (2001, p. 392-393) comenta que, numa sociedade em que a discriminação por orientação sexual é disseminada como no Brasil, é preciso entender qual a resposta do ordenamento a esta realidade, analisando suas proibições de diferenciação. Para o autor, embora não haja qualquer necessidade de uma menção expressa na Constituição, que veda quaisquer formas de discriminação, o tratamento diferenciado com base no sexo abrange aquele que se dá em razão da orientação sexual. Isto porque essa orientação é definida tomando por base o sexo do indivíduo e o sexo daquele a quem dirige seu desejo sexual. Impossível determinar a orientação sexual sem levar em conta o sexo dos envolvidos, o que caracteriza a situação como discriminação em razão do sexo.

Com isso, assevera a inconstitucionalidade explícita de qualquer discriminação propagada nas decisões que versem sobre diferenciação entre homossexuais e heterossexuais que esteja fundada em preconceitos e juízos mal fundamentados, como aquelas que negam a existência da união estável homoafetiva, ou negam benefícios ao companheiro do mesmo sexo, por exemplo. Explica que, mesmo com o princípio constitucional de não discriminação, a igualdade material e a formal estão longe de serem alcançadas com todos os preconceitos e estereótipos que permeiam as instituições administrativas, policiais e judiciais.

Flávia Medeiros coloca a não diferenciação com base na orientação sexual como respeito à dignidade humana, garantida no art. 1.º da CF/1988, reforçada pelos princípios da igualdade e da liberdade (2000, p. 267). O impedimento discriminatório está previsto na Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (dos quais o Brasil é signatário), e, além disso, a ONU repudia interferência na vida privada de homossexuais adultos, por considerar afronta à dignidade humana e igualdade (Dias apud Medeiros, 2000, p. 267). Por tudo isso, fica evidente que muitas decisões judiciais ligadas à família e algumas interpretações legais estão na contramão dos avanços na questão da igualdade, ou seja, a Justiça continua promovendo a discriminação que vem cogitando criminalizar.

A igualdade, além de princípio fundamental, está garantida no art. 5.º da CF/1988, como direito fundamental. Os direitos fundamentais não são garantias do indivíduo apenas perante o Estado, mas entre os próprios indivíduos. Esse chamado efeito horizontal dos direitos fundamentais manifesta-se de duas formas:

"Primeiramente, tem-se que o Estado não deve apenas se abster de interferir nos direitos dos indivíduos e fornecer-lhes condições materiais para gozarem tais direitos, estando também obrigado a proteger referidos direitos dos demais indivíduos. Assim, não basta que o Estado não viole as liberdades individuais em geral, fazendo-se necessário que garanta que os outros indivíduos também não as violem. Em segundo lugar, tem-se que os próprios particulares, nas relações diretamente estabelecidas entre si, devem observar os direitos fundamentais (...), podendo-se citar, como exemplo, o direito à igualdade, ou ao sigilo de correspondência em relações trabalhistas" (PASCHOAL, 2003, p. 137).

Dessa forma, adotando-se a Constituição como parâmetro positivo para a aferição de bens jurídicos penais, encontra-se a permissão para a tutela penal da igualdade. Nessa linha, podem-se identificar duas visões: a do direito penal como espelho da Constituição, e a do direito penal como instrumento de proteção apenas dos direitos fundamentais, limitando-se a tutela penal apenas à proteção destes direitos (PASCHOAL, 2003, p. 60) – e somente quando constatada a real necessidade da tutela criminal.

Conforme reflexão de Maria Berenice Dias, a livre orientação sexual pode ser considerada como um direito de segunda geração. As diversas orientações sexuais e identidades de gênero dão origem a uma categoria social considerada hipossuficiente devido às inúmeras situações cotidianas de opressão, trazendo a necessidade de proteção de seus direitos.

Entende, ainda, que o direito à sexualidade se encaminha no sentido de ser incorporado aos direitos de terceira geração.

"Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém genericamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo a todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana. (...) [O respeito ao livre exercício da sexualidade] é um direito de todos e de cada um, que deve ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos, solidariamente. É um direito de solidariedade, sem cuja implementação a condição humana não se realiza, não se integraliza, fica tolhida, fracionada" (2000, p. 163-164).

Maria Berenice atribui à sexualidade uma noção não apenas individual, mas também genérica. Assim, pode-se detectar um prejuízo e um tolhimento transindividual em cada ofensa. Acrescenta que, sem liberdade sexual, não apenas o indivíduo humano, mas o próprio gênero

humano não se realiza, tal como quando falta qualquer outra liberdade ou direito fundamental.

A respeito das precisões de casos de discriminação no Código Penal espanhol, que tutela também a discriminação por sexo e orientação sexual, Copello explica que existem dois tipos de discriminação. O primeiro, que chama de tratamento desigual genérico, consiste na falta de razoabilidade e fundamentação no trato diferenciado de dois cidadãos – uma arbitrariedade na diferenciação. O segundo, criminalizado na Espanha, é o tratamento discriminatório baseado em certas particularidades, perpetuando ou mesmo aprofundando as diferenças de fato existentes.

"(...) Quando se constata que o motivo da desigualdade de tratamento é objecto de rejeição e menosprezo no seio da sociedade, é que estaremos, pois, perante um autentico comportamento discriminador" (1999, p. 62-63).

Citando Rodrigues Piñero, Fernández López e De Lucas, Copello (1999, p. 61) explica que os grupos protegidos penalmente contra a discriminação "partilham determinados elementos de identidade alheios aos que são próprios do grupo dominante e que, precisamente por essas diferenças, são objecto de desvalorização social". De Lucas traz, ainda, a ideia de minorias, aceita hoje na doutrina, como um conceito que não se identifica com a inferioridade numérica, mas com a posição desvantajosa que certos grupos ocupam na estrutura social por conta de características diferentes do grupo dominante.[5]

A respeito da tutela penal, Copello explica que, ao se reconhecer que a marginalização e a desvalorização sociais de certos grupos originam um real perigo de ver ignorados os seus direitos básicos, é lógico que o direito penal considere este risco adicional. Trata-se de tutelar grupos sujeitos a perigos a que outros grupos não estão. Afirma que o direito penal deve permanecer atento aos efeitos específicos que derivam dessa subordinação, porque somente quando apresentam um caráter espe-

5. Aqui, vale observar que a visão de Maria Berenice Dias, exposta anteriormente, não promove o respeito à liberdade sexual como um direito de minorias, mas como liberdade individual necessária ao pleno desenvolvimento do gênero humano.

cialmente grave e de difícil prevenção por outros mecanismos é que se legitima a intervenção penal.[6]

Pastora García Álvarez (2004, p. 53-54), a respeito do pensamento de Copello, afirma que o fato de que as situações de marginalização e discriminação são um caldo de cultivo para posteriores enfrentamentos não pode ser considerado como a razão da tutela criminal. Afirma, ainda, que a ideia de Copello, bastante aceita no meio acadêmico, de que são dois os bens tutelados – um, individual, consistente no direito a ser tratado de forma igual; outro, supraindividual, consistente no modelo de convivência plural e multicultural previsto constitucionalmente –, também não é suficiente para justificar a tutela penal. Afirma que o bem jurídico tutelado não é a igualdade genericamente, mas o direito subjetivo de não ser discriminado, de não ter negado a si algo que a lei permite por razões de ordem discriminatória.

Com todas as considerações acerca da relevância do direito fundamental ao tratamento igualitário, demonstrada a importância da proteção contra certas condutas discriminatórias – seja com o intuito de tutelar a própria igualdade, a liberdade sexual, a dignidade humana etc. – percebe-se irrefutável a ideia de que se trata de bem jurídico passível de tutela penal. No entanto, entendendo a lei penal como instrumento para a proteção de direitos fundamentais, e não como espelho da Constituição, resta auferir se a criminalização de condutas homofóbicas é oportuna e se estaria, atualmente, condizente com o que se espera de um direito penal democrático e subsidiário.

Pesquisa[7] realizada pelo Núcleo de Opinião Pública da Fundação Perseu Abramo, em junho de 2008, com o intuito de auxiliar nas polí-

6. A autora faz essas ressalvas para argumentar que a discriminação da mulher atualmente não possui a mesma lesividade e o mesmo caráter violento das demais discriminações a que foi equiparada. Este é um possível aspecto problemático do PL 122/2006 (que não será abordado aqui). Na opinião da autora: "(...) não é menos certo que a situação de desvantagem em que ainda se encontra este sector da população é dificilmente comparável com a de outros grupos a que a legislação penal sempre o pretende equiparar – v.g. algumas raças ou nacionalidades ou o grupo dos homossexuais" (1999, p. 67).

7. Venturi, Gustavo. Pesquisa Perseu Abramo mostra preconceito contra comunidade LGTB, Fundação Perseu Abramo. Disponível em: www.abglt.org.br/docs/FPA_Pesquisa.zip. Acesso em: 04.04.2009.

ticas públicas de conscientização, obteve de 92% dos entrevistados a resposta de que os homossexuais ainda sofrem preconceito no Brasil, mas apenas 26% deles assumiram compartilhar deste preconceito. Após, foram repetidas algumas frases sobre homossexualidade, retiradas do senso comum, e concluiu-se que 84% dos entrevistados têm convicção de que Deus fez o homem e a mulher com sexos diferentes para juntos cumprirem seu papel de procriação; 29% concordam totalmente (acompanhados de 12% que concordam em parte e 7% que discordam apenas em parte) que a homossexualidade é uma doença que precisa ser tratada; e 26% concordam totalmente (junto a 11% que concordam em parte e 10% que discordam em parte) que a homossexualidade é "safadeza" e "falta de caráter". Desta pesquisa, a informação mais alarmante para o caso da criminalização é a de que 52% dos entrevistados concorda totalmente, 12% concorda em parte e 7% discorda em parte que os casais de gays ou lésbicas não deveriam andar abraçados ou se beijar em público.

Numa sociedade em que possivelmente mais da metade da população desaprova a manifestação pública de afeto entre pessoas do mesmo sexo, o que pretende o direito penal ao criminalizar este tipo de discriminação? Uma das grandes razões evocadas para a criminalização são os efeitos simbólicos e pedagógicos que adviriam da dignidade penal conferida à causa.

3. Função simbólica e função promocional do direito penal

Novos valores que se firmam pouco a pouco na sociedade enfrentam a resistência daqueles que ainda não os aceitaram ou não compreenderam, obstando as novas demandas sociais. Nestes casos, vale cogitar de um possível efeito simbólico, com eventual função promocional, do direito penal.

"O efeito simbólico não pode ser ignorado, simplesmente porque ele é inerente ao Direito Penal. Sempre esse ramo do Direito se valeu de efeitos simbólicos, em menor ou maior grau, para se fixar no âmbito social. (...) Toda vez que uma escola penal sustenta a prevenção geral (negativa ou positiva) como finalidade da pena, ela está se logrando dos efeitos simbólicos da sanção" (Anjos, 2007, p. 2).

Esse efeito, porém, é severamente criticado na doutrina, como desvio e extrapolação das funções do direito penal. O efeito simbólico, no caso da criminalização de condutas homofóbicas, seria em tese conferido pela demonstração a toda a sociedade que o valor é tão fundamental

e sua lesão é tão nociva às vítimas e ao grupo a que pertencem que foi adotada a medida mais enérgica para protegê-los. Desse modo, por meio da prevenção geral positiva alcançada com os efeitos simbólicos – não apenas ou necessariamente da pena privativa de liberdade, mas da tipificação em si e do estigma criminal –, busca-se reafirmar os valores fundamentais. Esta promoção de valores pode estar imbuída de alguma capacidade pedagógica, de modo que a noção de que é crime discriminar indivíduos por conta de sua orientação sexual poderia imprimir pouco a pouco na sociedade a ideia de que é de fato repugnante e nocivo promover discriminação com intuito de menoscabo desta parcela da população.

Pode-se cogitar que essa função promocional, com o surgir de novas gerações, terá atingido suas metas, quando a maioria da população tiver crescido sob a égide de uma lei que "sempre" elencou tal conduta como crime. No caso do racismo, por exemplo, mais profundamente abordado adiante, as últimas gerações não vivenciaram qualquer polêmica legislativa, qualquer protesto de dissidentes: sempre viveram com a plena noção de que racismo é incontestavelmente crime.

O direito penal utilizado com esse intuito simbólico, porém, conforme mencionado anteriormente, é caracterizado como ilegítimo por grande parte da doutrina. Dulce María S. Vega (2001, p. 146), a respeito da tipificação não apenas instrumental, mas também simbólica, no sentido de combater lesões que infringem os umbrais de tolerância ética da comunidade, assevera que o direito penal simbólico carece dos princípios fundamentadores jurídico-penais, convertendo-se em referência de si mesmo. Explica que a função simbólica é a negação do princípio da intervenção mínima, convertendo o direito penal em *prima ratio*.

Quanto à função promocional, define a autora: "la función promocional o propulsiva del derecho penal es aquélla por virtud de la qual se concibe al mismo como un medio más para conseguir el progreso económico o cultural de una sociedad" (Vega, 2001, p. 152). Embora setores militantes não percebam ou não assumam, essa ideia serviu tanto para o nazismo como para o Estado Social, para promover os valores que convinham ao poder sancionador. Welzel, por exemplo, pregava a função ético-social do direito penal, que levou o projeto de Código Penal de 1962 na Alemanha a considerar a inquestionável pureza e a salubridade da vida sexual uma condição para a existência do povo, criminalizando a homossexualidade masculina (Vega, 2001, p. 157).

No Estado Social afirma a autora que o grande argumento a favor da função promocional é que o direito penal não pode ser concebido como um sistema meramente sancionador, como um instrumento de controle social que se limite à conservação de uma situação social preestabelecida. Deste modo, busca-se a utilização do direito penal com função educativo-informativa, para fazer com que os cidadãos absorvam as novas necessidades sociais.

A autora explica, porém, que: "(...) el pretendido carácter conservador del Derecho Penal que mediante la función promocional se quiere combatir, puede acabar generando un modelo represivo omnipresente que acaba por reproducir todo lo característico de esse modelo conservador que se queria superar" (VEGA, 2001, p. 154).

Acrescenta, ainda, que quando essas tentativas de promoção de novos valores vêm acompanhadas de fracassos na aplicação das leis, a intenção de conformação da consciência jurídica se transforma em desencanto (e consciência de desencanto para os que resultam conscientizados). Tal situação é de fácil visualização no exemplo brasileiro: quando a criminalização primária não vem acompanhada da criminalização secundária, cria-se uma lei morta, cuja falta de aplicação é contraproducente. No caso da homofobia, se as autoridades policiais e judiciais em sua maioria nutrirem os mesmos preconceitos e compartilharem os mesmos valores daqueles indivíduos que precisariam perseguir, processar e condenar, o crime em tela permaneceria mudo no código como tantas tipificações meramente simbólicas. Consequentemente, a igualdade material almejada não será garantida pela igualdade formal.

O texto de Vega (2001, p. 153) ainda atenta para o fato de que a tentativa de conformação do ideário coletivo, quando não condizente com o pensamento da maioria, pode ter caráter arbitrário e autoritário. Uma condenação de um réu acusado de conduta homofóbica, quando sua atitude ainda não é reprovável por um consenso majoritário, ou seja, quando parcela significativa da população se admitiria tomando a mesma atitude e compartilhando o mesmo sentimento do réu, corre-se ainda o risco de gerar mártires, o que seria extremamente contraproducente para a luta contra a homofobia.

Giménez-Salinas, Román e Garcia (2004, p. 806-807), chamando a discriminação contra grupos como homossexuais e mendigos de "racismo moderno", a respeito da agravante inserida no Código Penal espanhol para os delitos cometidos por motivos discriminatórios (raça,

religião, ideologia, crença, etnia, nacionalidade, sexo, orientação sexual, enfermidade ou deficiência da vítima), explicam que se trata de uma proteção aos valores constitucionais de igualdade e dignidade humana. Acrescentam, porém, que se tratou de uma resposta imediata a um alarme social e às reivindicações dos grupos oprimidos. O problema, aqui, como quase sempre, não seria a tipificação dos delitos, mas a luta pela prevenção, e a necessidade extrema de que, quando a prevenção falhar, a Justiça intervenha com toda a sua eficácia, sob pena de transformar-se a norma em letra morta.

Para os autores, a tipificação penal não mitiga a discriminação. O indivíduo deve percorrer seu próprio caminho rumo à superação das diferenças e aceitação do outro. "Si lo moralmente bueno es lo que uno quiera, y este es un deseo convencido, autônomo, no sería bien si es impuesto: un bien moral impuesto ni es bien ni es moral" (GIMÉNEZ-SALINAS et al, 2004, p. 798).

É possível dizer, contudo, que a igualdade e a dignidade humana são valores consensuais da sociedade brasileira, de modo que não se estaria tentando promover nenhuma conscientização por meio do direito penal com a criminalização de condutas homofóbicas. No entanto, percebe-se que essa conclusão não se generaliza e não se aplica ao caso concreto. Tem-se que, infelizmente, grande parcela da população não entende ainda que os homossexuais devam ser tratados com igualdade e devam fruir dos mesmos direitos de exposição e participação na vida social – possivelmente porque de alguma forma essas pessoas acham que o indivíduo que se "entrega ao homossexualismo" está fugindo de sua condição natural humana, escapando aos conceitos merecedores de igualdade e dignidade.

Resta compreender, porém, se o direito penal, largamente utilizado para tutelar com severidade bens jurídicos menos caros ao desenvolvimento humano do que a liberdade sexual, igualdade e dignidade humana, poderia ter o seu papel na promoção de uma sociedade tolerante e plural. É preciso compreender se a criminalização poderia ser, com eficácia, mais um elemento de combate à mentalidade repressora da sexualidade alheia, conforme pretende a militância de inúmeras entidades e programas protetores da causa.

Objetiva-se com uma série de medidas, dentre elas a criminalização, chegar ao dia em que milhares de jovens entrarão em sintonia com sua identidade e orientação sexual sem passar pelos traumas absolutamente

atentatórios à dignidade e liberdade por que passam praticamente todos os indivíduos que começam a questionar se sentem atração por pessoa do mesmo sexo. O direito penal, exercendo suas famigeradas funções simbólica e promocional, poderia atuar em alguma medida para a conquista de tal transformação na sociedade?

Em absolutamente todos os setores da vida social, talvez com exceção de dogmas religiosos ligados unicamente à noção de pecado, deve haver empreendimento no sentido de, como mencionado anteriormente, *romper o modelo abstrato do sujeito de direito como pessoa heterossexual*. "Tudo isso se torna urgente quando preconceitos, costumes e visões de mundo se voltam contra cidadãos pelo simples fato de não se identificarem ou não serem percebidos como heterossexuais" (Rios, 2007, p. A3).

O direito penal, como instrumento de tutela de bens jurídicos essenciais, pode ter papel importante na mitigação de condutas sociais responsáveis, por exemplo, pela histórica existência lamentável de homossexuais egodistônicos, que nunca chegam a viver de forma autêntica e a conhecer seus próprios anseios, muitas vezes chegando a promover o ódio aos homossexuais como próprio mecanismo de combate a questões interiores jamais elaboradas. "Deixar a homofobia fora da lista de discriminações que a lei penal sanciona é atentar gravemente contra a democracia, a liberdade e a dignidade humanas, relegando um sem número de cidadãos a uma cidadania de segunda classe" (Rios, 2007, p. A3).

Segundo Raupp Rios, autor que, de tempos em tempos, tem a chance de promover a igualdade como juiz federal no Rio Grande do Sul em questões de família e previdência,[8] "(...) as funções que a legislação penal cumpre são insubstituíveis: além de possibilitar a punição de atentados graves contra a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade humana, a lei penal tem caráter pedagógico e simbólico. Ela aponta quais são os bens jurídicos mais relevantes, dentre os quais se inclui, sem dúvida, numa sociedade democrática e pluralista, o respeito à diversidade" (Rios, 2007, p. A3).

8. Um exemplo bastante completo desse avanço pode ser acessado no endereço: www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/pesquisa.php, procurando pela ApCiv 2001.71. 00.026279-9/RS, decisão de 14.08.2007, sobre a inclusão na tabela SIH-SUS de procedimentos médicos de transgenitalização para transexuais.

O próprio entendimento comumente expressado a respeito do direito penal revela que as condutas escolhidas para sua tutela adquirem um *status* de altamente lesivas ao indivíduo e à sociedade, além de extremamente reprováveis. Conforme reflexão de Baratta, normalmente é dada uma explicação tautológica do que são bens jurídicos penais.

"Define-se o direito penal como um instrumento que tutela os interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, definem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo Direito Penal"[9] (Baratta apud Aguirre, 2004, p. 146).

A função simbólica, inerente ao próprio direito penal, mas considerada ilegítima por grande parte do meio acadêmico, pode ser aqui chamada de poder, ou efeito simbólico. Neste sentido, não se sugere que o direito seja utilizado com a *função* de simbolizar o reforço de um valor, sem qualquer instrumentalização. O que se afirma, sim, é que o direito penal, por meio de sua função instrumental de proteção de bens jurídicos, transmite um efeito simbólico, elencando valores fundamentais e atribuindo a certas condutas o caráter de reprováveis. Neste sentido, pode-se imaginar a indignação que causaria uma lei que, sob qualquer pretexto, ainda que possivelmente alinhado aos princípios do direito penal, descriminalizasse o racismo. A sensação de que se deixa de considerar a afronta como altamente lesiva é nítida expressão do poder simbólico da tutela criminal.

Díez Ripollés afirma que o rechaço generalizado ao simbólico no direito penal deveria ater-se às situações de legislações meramente formais que visam a refletir, a todo o momento, todos os consensos, compromissos, e estados de ânimo sobre problemas sociais relevantes (2002, p. 553). Este tipo de legislação não leva em consideração nenhuma atuação instrumental da norma, apenas demonstrando à população indignada que, por exemplo, embora esteja frequente o número de sequestros relâmpagos, o Brasil não está conivente com isto, e está demonstrando sua reprovação agravando ainda mais a pena prevista para tal conduta.

Esse não é, em absoluto, o caso da criminalização da homofobia. Embora seja uma reivindicação de um grupo da sociedade, organizado em entidades e campanhas públicas pela proteção penal, não se trata de promover certa tranquilização popular pelo arrocho penal, mas de

9. Tradução do próprio autor na rodapé.

abrir os olhos a esta parcela significativa da população que muito lentamente vem sido acolhida pelo direito civil e previdenciário. Trata-se da garantia do valor da igualdade para aqueles que são tratados de forma arbitrariamente desigual inclusive nos altos escalões da Justiça. Trata-se de reconhecer o poder simbólico do direito penal para, utilizando consciente e racionalmente sua função instrumental de tutela, garantir o desenvolvimento saudável e a vida digna de pessoas que possivelmente prefeririam ser frequentemente furtadas a permanecerem no limbo ideológico de excrescência e impudicícia a que o direito continua permitindo que a sociedade as condene.

O autor considera que o descrédito dirigido aos efeitos simbólicos é apressado, pois estes efeitos não só têm condições de efetivamente proteger bens jurídicos por meio da prevenção de comportamentos, como também são imprescindíveis para tal fim. Díez Ripollés decide por designar um termo que traga carga menos negativa a esses efeitos, chamando-os expressivo-integradores. Dessa forma, "(...) consideraríamos efecto expresivo al que suscita emociones o sentimientos en las consciências; y estaríamos ante un efecto integrador cuando se generan determinadas representaciones valorativas en las mentes" (2002, p. 556).

Afirma o autor, então, que sustentar que os efeitos expressivo-integradores não são capazes de proteger bens jurídicos por meio da prevenção de comportamentos é supor que a produção de determinados estados de ânimos ou representações mentais nos cidadãos não têm consequências diretas sobre seu atuar. Para ele, esses efeitos constituem, na verdade, um dos pilares fundamentais da utilização legítima da pena, já que eles constituem o núcleo da prevenção intimidadora (individual e coletiva), relacionando-se também a determinadas teorias preventivas, que buscam promover socializações ou *confirmar a vigência dos conteúdos básicos da ordem social entre os cidadãos.*

Cabe observar que, ao se asseverar que a tipificação penal e a própria pena não provocam quaisquer efeitos de ordem simbólica e pedagógica, nem mesmo de caráter intimidador, está-se assumindo que a pena cumpre única e exclusivamente a função de vingança, aliviando um sentimento etéreo de lesão pela imposição de outro mal àquele que produziu um mal. Se for apenas essa vingança o que se pretende com o direito penal, é chocante que se tenha arrastado por séculos, porque a sociedade não ganha absolutamente nada com a produção duplicada de seus males.

O autor explica que o uso legítimo do efeito simbólico depende da fundamentação de pena. O fundamento advém da produção de graves lesões a bens jurídicos fundamentais para a convivência, bem como da existência de cidadãos a quem se pode responsabilizar por tais danos sociais. O fundamento da pena, assim, é um conjunto escalonado de decisões político-criminais, baseadas nesses pressupostos, que pretendem legitimar-se por motivos utilitários (2002, p. 557). Para ele, um dos motivos legitimadores da pena consiste no efeito de impedir comportamentos, alterar pautas de conduta, produzir representações mentais ou transmitir informação relevante (2002, p. 559).

O autor acrescenta que esses efeitos podem se desenvolver nas três fases da sanção penal, na cominação, na imposição e na execução da pena. Isto porque, em todas elas, o cidadão percebe que o respeito a determinadas condutas está sendo tutelado pelo modo de intervenção social mais enérgico, o que o motiva, de um modo mais ou menos consciente, a interiorizar os padrões valorativos contidos nessas normas, para não correr o risco de ver-se confrontado, algum dia, com um processo penal. Neste aspecto, vale ressaltar que o processo penal possui premente aspecto estigmatizante, e pode vir a restringir ou prejudicar a atuação em alguns setores da vida civil, de modo que não é sequer necessário falar em pena privativa de liberdade – como não seria para inúmeros crimes já tipificados.

Vê-se que renunciar a todos os efeitos que vão além da mera intimidação do delinquente real ou potencial é abdicar dos meios mais eficazes, na atual sociedade de difundida comunicação, para lograr de uma maneira legítima o objetivo de manter a ordem social primária. A sociedade atual vive a proliferação de mecanismos de transmissão de mensagens normativas e sua influência sobre comportamentos, de modo que é pouco realista sustentar que o controle social penal deva se limitar ao uso de efeitos materiais, reforçados por um único efeito expressivo-integrador: a intimidação (Díez Ripollés, 2002, p. 575).

Fernando Vernice dos Anjos (2007, p. 3) ressalta a necessidade de inserir o efeito simbólico, de maneira construtiva, no debate das finalidades da pena, intentando legitimá-lo no Estado Democrático de Direito. Explicando o pensamento de Roxin, afirma que a prevenção geral positiva agrega três fins distintos, mas entrelaçados entre si:

"O primeiro é o efeito de aprendizagem, motivado sociopedagogicamente. O segundo é o exercício de confiança do Direito que se origina

na população pela atividade da justiça penal (efeito de confiança que surge quando o cidadão vê que o Direito se aplica). O terceiro efeito é o de pacificação, que se produz quando a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção sobre a quebra da lei e considera solucionado o conflito social com o autor do crime."

Com isso, o autor afirma que, com a teoria da prevenção geral positiva, não se nega que a pena deva cumprir efeitos instrumentais, objetivando a proteção de bens jurídicos, mas para tanto ela usufrui de efeitos simbólicos. Conclui que não se pode continuar acomodado em relação ao tema do direito penal simbólico, buscando combatê-lo ou ignorá-lo. É preciso entender seus modos de operar, inclusive para poder rechaçar seus frequentes excessos, além de poder adequar seu uso – inevitável – aos parâmetros do Estado Democrático de Direito.

No entanto, Díez Ripollés (2002, p. 565) faz importantes ressalvas que devem ser aqui transpostas para o caso da criminalização da homofobia: afirma que as representações mentais evocadas pelo direito penal, para serem legítimas, devem coincidir materialmente com o pensamento da maioria dos cidadãos. Explica que é injustificável a pretensão de modificar as crenças e valores por meio da intervenção penal, configurando um uso dos efeitos simbólicos como primeiro plano.

Díez Ripollés entende, também, que toda a atuação do direito penal deve focar somente os delinquentes reais ou potenciais próximos, ou seja, os cidadãos que estejam ao menos planejando delinquir. Assim, assevera que devem estar sujeitas a especial controle as intervenções que priorizem a atuação penal frente a outras atuações sociais na hora de resolver o problema, que sejam especialmente ambiciosas em seus objetivos ou em seu âmbito de aplicação, ou que descuidem de forma patente das exigências de correção técnica (2002, p. 576).

Com isso, importante ponderar se, embora aceitando a existência e eficácia dos efeitos simbólicos do direito penal sobre os cidadãos, seria plausível utilizá-lo antes que as outras esferas de atuação estatal tenham oferecido real potencial transformador sobre os valores discriminatórios patentes na seara sexual. Além disso, a correção técnica mencionada por Díez Ripollés, bem como a excessiva ambição em seus objetivos e âmbito de atuação, podem ser eventuais problemas constantes do atual projeto de criminalização.

4. A SOCIEDADE E A CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS HOMOFÓBICAS

4.1 O pioneirismo da esfera penal na busca pela igualdade

Conforme ensinamento de Vega (2001, p. 155), comentado anteriormente, o direito penal não pode ser a única via e nem a mais importante para o desenvolvimento socioeconômico, deve apenas cuidar para não obstaculizá-lo. Não pode dirigir nenhuma política social, econômica ou cultural, uma vez que está destinado a atuar depois destas medidas. O direito penal não se presta a ser instrumento de transformação social, destinado à aquisição de bens jurídicos futuros. Ao contrário, sua natureza é de garantia ou reforço da tutela de bens já existentes na consciência social (FIDANCA E MUSCO apud VEGA, 2001, p. 154-155).

Marta Machado e José Rodriguez (MACHADO et al, 2007, p. A3), afirmando categoricamente que as condutas homofóbicas não devem ser criminalizadas, explicam que criar crimes produz a sensação falsa de que alguma coisa está sendo feita pela causa. "Essa estratégia tem alimentado o populismo penal, agravado a situação dos presídios brasileiros e reforçado o discurso da impunidade."

Copello ressalta que é muito mais cômodo para o Estado apenas produzir tipificações penais do que empreender ações positivas destinadas a promover de forma autêntica a igualdade. Acrescenta que, se os próprios setores militantes acolhem esse tipo de solução, "dificilmente se poderá censurar o poder público por optar pelo caminho mais fácil e menos comprometido" (1999, p. 71).

Marta Machado, José Rodriguez (2007) afirmam, ainda, que a reprovação de atos discriminatórios é importante para a construção da igualdade, mas é necessário buscar esta reprovação fora da linguagem das penas. "Não devemos subestimar o poder simbólico da sentença condenatória, que em si mesma já comunica a reprovação da conduta discriminatória". Os autores sugerem medidas de reparação de caráter extrapatrimonial, bem como estratégias que promovam o encontro de vítima e ofendido, visando a reconhecer a responsabilidade do ofensor.

Copello ressalta o papel significativo da educação no processo de combate à discriminação. Mas, em nota de rodapé, faz um desabafo acerca de sua opinião sobre a tutela penal da discriminação: explica que, embora o direito penal não seja o instrumento idôneo para subverter os valores sociais preponderantes, não possui opinião radicalmente contra a intervenção. O caminho da educação, explica, é uma estratégia

de longo prazo. Diante da realidade opressiva e violenta a que estão submetidos certos grupos, o direito penal, se ficasse indiferente, "estaria a dar mostras, uma vez mais, de sua própria tendência discriminadora, limitando-se a actuar ali onde a maioria dominante sente e padece as possíveis agressões aos seus direitos básicos" (1999, p. 66).

A questão da utilização do direito penal como primeira medida real e formal de combate à discriminação por orientação sexual ganha outro viés quando se atenta ao projeto global encabeçado pelo governo, lançado em 2004, sob o nome "Brasil sem homofobia".[10] O programa nacional busca o combate à discriminação, mas também a promoção da cidadania homossexual, por meio de uma série de medidas elencadas e justificadas no projeto.

Entre as inúmeras frentes da campanha, encontram-se, por exemplo, a melhora da imagem das transexuais no ideário popular e a profissionalização das travestis – buscando alternativas à prostituição. Na introdução do projeto, consta o histórico do extenso trabalho de toda a organização civil, apoiada pelo governo nacional, na promoção da igualdade em escala internacional, trazendo o tema a uma série de conferências entre nações. Uma das conquistas no âmbito administrativo foi o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, conferindo-se o visto temporário ao companheiro ou companheira. A introdução termina com um apelo à paz, pelo fim da violação de direitos fundamentais em virtude de orientação sexual, raça, etnia, idade, credo religioso ou opinião política.

A justificativa do projeto explica que a luta contra a homofobia já apresentou resultados concretos (Conselho Nacional de Combate à Discriminação, 2004, p. 15-18). Exemplo relevante foi a retirada da homossexualidade da relação de doenças pelo Conselho Federal de Medicina, em 1985, anos antes de a OMS também retirar. O Conselho Federal de Psicologia também determinou, em 1999, que o profissional da área jamais exercerá ação que associe comportamentos ou práticas homoeróticas à noção de patologia e perturbação.

Diversos Estados e Municípios do Brasil possuem legislação própria contra a discriminação por orientação sexual, e mesmo o Judiciário vem

10. Todo o texto da campanha encontra-se disponível no endereço eletrônico: [http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/004_1_3.pdf]. Acesso em: 06.08.2010.

fazendo avanços na promoção da igualdade. O projeto, ainda na justificativa, apresenta dados de uma pesquisa realizada com base nas ligações feitas ao "Disque Defesa Homossexual", no Rio de Janeiro, constatando alto número de agressões físicas e assassinatos, mas também a existência massiva de agressões não criminosas e cotidianas, que envolvem familiares, vizinhos, colegas de trabalho, ou mesmo instituições públicas como a escola, as forças armadas, a Justiça e a polícia. Pesquisas constataram também, conforme relata o Programa, que não só os pais, mas também os professores silenciam diante da homofobia, ou colaboram para sua propagação.

Em suma, desde 2004, o Programa encampa uma série de frentes de militância, com razoável repasse do governo – verba esta alvo de críticas de todo tipo por parte daqueles que não suportam a visibilidade homossexual[11] –, trazendo uma série de medidas em diversas áreas de atuação, desde publicidade educativa à capacitação de profissionais para atendimento nas unidades do "Disque Defesa Homossexual". Na área legislativa, diversas propostas fora da seara penal visam à promoção da igualdade e dignidade humanas. Os objetivos do projeto na área da educação apresentam nítido potencial transformador, incluindo o preparo especial de professores na área da sexualidade, bem como avaliação do material didático.

No projeto estão traçados também diversos objetivos na área da cultura, do trabalho, da saúde, juventude – associada ao apoio aos adolescentes, vítimas extremamente vulneráveis a todo o universo escolar homofóbico –, e estipula pontos de apoio especializado às mulheres. O

11. Apenas a título exemplificativo, notícia sobre a aprovação de verba para assessoria jurídica gratuita a homossexuais em Minas Gerais, aprovada em edital lançado pelo Programa Brasil sem Homofobia, traz como primeiro comentário popular a indignação diante de tal política afirmativa. Disponível no endereço [http://mixbrasil.uol.com.br/mp/upload/noticia/11_101_54876.shtml]. Acesso em 30.03.2009. Pesquisa simples no *site Google*, sem aspas, com as palavras – *Brasil sem homofobia verba governo absurdo* – traz em sua maioria *sites* propagando opiniões agressivamente contrárias ao programa. Destaca-se também a passagem de artigo jurídico veiculado na Internet: "O grande complicador disso tudo acaba sendo o pérfido governo Lula que tem todo interesse nesse tipo de aprovação pelo Congresso e ainda financia e promove, como já dissemos, a homossexualidade. O governo Lula tem empregado maciçamente dinheiro público para a formação do homossexualismo." (Costa Jr., 2007) Disponível em: www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.12122&hl=no. Acesso em: 04.04.2009.

PL 122/2006 (PL 5.003/2001), que criminaliza a discriminação com base na orientação sexual, sexo, gênero e identidade de gênero[12], é focado pela campanha "Não à Homofobia",[13] mas representa apenas uma dentre as inúmeras medidas programadas.

No campo da educação e cultura, podem-se vislumbrar diversas medidas que contribuiriam para a mudança gradativa da imagem da homossexualidade e do cidadão homossexual. A começar pela mídia, pode-se seguir a mesma linha das históricas reivindicações do movimento negro pela inserção de personagens negros, em novelas e propagandas, que não cumprissem o estereótipo de marginalização, subemprego e delinquência reproduzido diariamente na televisão. Do mesmo modo, o universo homossexual foi sumariamente ignorado, condenado à invisibilidade total nas emissoras populares durante todos esses anos. Mais recentemente, o *mundo gay* vem sendo retratado, na forma estereotipada e asséptica razoavelmente aceita pelo público – ainda protestando contra qualquer veiculação de manifestações de afeto –, mas poderia ganhar muito mais visibilidade e pouco a pouco mitigar o *modelo abstrato do cidadão heterossexual.*

Campanhas públicas também podem fazer com que a homossexualidade chegue ao cidadão brasileiro de forma sutil, mas autêntica. Até mesmo em outras campanhas que digam respeito a causas e questões diversas, pode-se utilizar também casais homossexuais nas imagens que evoquem amor, paz, convívio (por exemplo, em mensagens de ano novo, cidadania, evocações nacionalistas, doações, etc.), do mesmo modo como se procurou romper, há muitos anos, o modelo abstrato de cidadão branco utilizado em propagandas, novelas, campanhas e afins.

Acompanhando a programação televisiva noturna, pode-se perceber que a população já aceita sem protestos, e se diverte com alusões explícitas de caráter exclusivamente sexual, piadas a respeito da intimidade de casal, narrações detalhadas e humorísticas de relações sexuais, sem

12. O substitutivo do projeto, aprovado em novembro de 2009 pela Comissão de Assuntos sociais, acrescenta a tutela da discriminação contra idosos e pessoas com deficiência, além de buscar enunciados mais simples e precisos. O parecer da referida Comissão está disponível em: [http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/67401.pdf].

13. Informações detalhadas no endereço eletrônico: www.naohomofobia.com.br. Acesso em: 30.03.2009.

que nada disso cause detrimentos à *moralidade*.[14] Entretanto, é de se imaginar a comoção pública que causaria o mesmo programa utilizando-se de elementos do relacionamento homossexual, com duas mulheres, ou, principalmente, dois homens,[15] narrando comicamente suas questões sexuais na televisão aberta. Vê-se que, se a questão nitidamente deixou de residir na exclusividade do sexo para a reprodução, o estranhamento, o medo e mesmo a ojeriza ao relacionamento amoroso ou erótico entre pessoas do mesmo sexo[16] vêm de uma série de mitos sustentados até mesmo pela invisibilidade homossexual, muitas vezes combatida de maneira contraproducente por meio de exposições ostensivas de sexualidade que buscam dirimir o rechaço e ignorância pelo choque.

A intolerância trouxe a formação de redutos gays, guetos, comunidades, culturas, constituindo o que comumente é chamado de *mundo gay*. Na explicação de Flávia Medeiros, os *gays* vivem tamanha opressão

14. Um bom exemplo era o quadro "Sexo Oposto", com os atores Fernanda Torres e Evandro Mesquita, exibido em 2008, na Rede Globo. Vale lembrar a polêmica suscitada no episódio em que, para interpretar uma empregada doméstica, Fernanda Torres apareceu pintada de negra (PADIGLIONE, 2008). Atualmente, com os mesmos atores, o quadro "Bicho-homem", exibido durante o programa "Fantástico", aos domingos, na Rede Globo, também fala aberta e detalhadamente sobre sexo entre homem e mulher, e entre animais.

15. No caso de sexo entre duas mulheres, se as duas cumprirem o padrão de feminilidade e sensualidade que convém ao público masculino, o sexo é mais popularmente aceito, como forma de entretenimento erótico para os homens heterossexuais. Sobre esse aspecto, bem como sobre a aparição homossexual em novelas, sobre mitos relacionados à homossexualidade e sobre o afeto dificilmente associado ao relacionamento homossexual, conferir: QUEIROZ, 2008.

16. Vale conferir na íntegra a promoção de arquivamento da representação instaurada por telespectadores contra o programa "Beija Sapo Gay", da emissora MTV, uma versão esporádica do programa "Beija Sapo" visando à formação de casais homossexuais. "Evidentemente, o que motivou a indignação das representantes (...) [foi] o fato de ter sido um beijo entre pessoas do mesmo sexo. (...) O direito não pode ser simples reação a sentimentos e emoções humanos e, igualmente, não pode impor condutas ou comportamentos a todos, baseado tão somente no costume, na tradição ou na religião". BRASIL. Procuradoria da República em São Paulo, Promoção de Arquivamento, Representação 1.34.001.000696/2006-44 – vol. I, São Paulo, 24.11.2006, Procurador da República Sérgio Gardenghi Suiama. Disponível em: www.prsp.mpf.gov.br. Acesso em: 02.04.2009.

durante o dia, que acabam vivendo uma catarse noturna, promovendo a proliferação de casas noturnas dedicadas exclusivamente ao extravasamento de uma sexualidade contida (2000, p. 260). Essa visão excessivamente sexualizada promovida pela adolescência tardia que muitos homossexuais vivenciam quando finalmente torna-se viável conhecer, entender e encarar sua sexualidade, e mesmo a realidade de prostituição a que estão condenadas as travestis e muitos transgêneros pela ausência de alternativas no mercado formal, propagam uma imagem hostil à moralidade familiar vigorante, sem que nada seja feito para que todos enxerguem o cidadão homossexual como seu semelhante.

É preciso que a mídia colabore para levar às casas a imagem da igualdade. Do homossexual inteligente, culto, que se apaixona, que ama, que faz compras no mercado, que veste pijama, que enxerga uma família no seu companheiro e numa criança eventualmente adotada. Não que estes valores sejam necessários para que o homossexual seja respeitado, assim como não o são para o heterossexual, mas sua visibilidade, a mostra de sua existência, contribuiria para a aproximação desse mito distante e noturno à realidade cotidiana de grande parte das pessoas que não compreendem e não aceitam sexualidade diversa do que foi convencionado como natural ou normal. É preciso, acima de tudo, transferir a questão da sexualidade para um plano secundário,[17] até que gradualmente se atinja a total indiferença com relação à anatomia genital dos indivíduos que constituem um casal.

A observação simples e aleatória de *sites* na Internet traz a nítida noção de que o relacionamento heterossexual é encarado como relação interindividual, de troca, carinho, brigas, questionamentos, confiança e crescimento mútuo, enquanto as opiniões agressivas, contrárias ao *homossexualismo* – como se fosse absolutamente admissível se colocar contrário à orientação sexual do outro – enxergam o relacionamento homossexual exclusivamente como prática de sexo depravado. Entre essas opiniões, cabe ressaltar a divulgada no *blog* de Julio Severo, doutrinador evangélico famoso por suas manifestações extremamente homofóbicas no meio digital e editorial:

17. Para explicações terminológicas e bibliografia a respeito, dentre outras questões, do preconceito que associa a homossexualidade ao objetivo exclusivo da prática sexual, ver [http://consciencialesbica.blogspot.com/2007/11/diversidade-sexual-parte-03.html]. Acesso em: 05.04.2009.

"No mundo inteiro, por ano são martirizados 200 mil cristãos: evangélicos, católicos, etc. Eles são mortos por amor ao Evangelho. Nunca na história humana 200 mil homossexuais foram mortos por ano, por amor a sodomia. Afinal, vale a pena morrer pelo sexo anal?" (SEVERO, 2009).[18]

Fica evidente o olhar sobre o relacionamento homossexual exclusivamente sob o ponto de vista do coito. As manifestações do escritor chegam a tal agressividade que a ABGLT[19] conseguiu iniciar contra ele processo criminal em 2006,[20] porque as ideias propagadas são tão lesivas que, de algum modo, parecem (ou deveriam) estar ferindo gravemente a lei penal. O sentimento de menoscabo transmitido por diversos *sites* e comentários de populares na Internet é suficiente para gerar crises de autoestima nos adultos mais bem resolvidos.

A relevância conferida à vida sexual alheia, no intuito de classificá-la como imoral, depravada, bestial ou demoníaca – à parte a questão de dogmas religiosos brevemente comentada no item 4.3.3 – pode ser fruto de uma culpa dirigida à própria sexualidade. Ao identificar entre as modalidades de relacionamento um tipo especial que foge à aprovação e aceitação – seja divina, seja meramente social –, está-se automaticamente classificando os outros relacionamentos como normais e livres de qualquer reprovação. A mídia poderia abraçar o papel de demonstrar que a sexualidade homossexual é cercada dos mesmos elementos que legitimam a relação amorosa heterossexual.[21]

No campo da educação, as medidas são de difícil implantação enquanto os pais não alcançarem a tolerância e consciência necessárias. O rompimento do modelo abstrato heterossexual é fundamental para

18. Disponível em: [http://blogsemmascara.blogspot.com/2009/03/gays-perseguicao-e-mentiras-novela-de.html]. Acesso em: 04.04.2009.
19. Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais.
20. Informação disponível em: [http://holofote.net/2007/11/30/homossexualismo-julio-severo-escritor-evangelico-e-denunciado-ao-ministerio-publico-por-ativistas-homossexuais]. Acesso em: 04.04.2009.
21. "(...) Como acontece com todos os humanos, a sexualidade dos gays, por mais radical que ela possa ser, é somente mais um componente de suas vidas. Os gays (...) também amam, odeiam, trabalham, frustram-se, divertem-se e constroem amizades verdadeiras com outros gays ou com heterossexuais". Considerações de Jean Wyllys Mattos, professor homossexual que foi campeão no programa "Big Brother Brasil", exibido pela Rede Globo (2005, p. 37).

promover o desenvolvimento saudável dos adolescentes, para poderem se compreender com mais liberdade e orientação. É necessária a presença também de professores homossexuais, e não a ausência, como buscam os pais ávidos por ocultar dos adolescentes a existência e a possibilidade da diferença, como se com isso garantissem a futura orientação heterossexual de seus filhos. É preciso mitigar a invisibilidade e o tabu da homossexualidade nas escolas, pois o fato de que o mundo adulto e as autoridades pedagógicas procuram ocultar e evitar o assunto faz com que a homossexualidade invariavelmente adquira o caráter de anomalia, distúrbio, um problema do qual todos se envergonham. É necessária, ainda mais, a abordagem natural das questões relativas às diversas orientações e identidades de gênero nos livros didáticos, paradidáticos e nas aulas de sexualidade. Tudo com vistas a promover uma noção saudável de que liberdade sexual não é um direito de minorias, mas uma liberdade individual de se orientar de forma autêntica.

Medidas como essas, no entanto, enfrentam extrema resistência social. Em parte porque persiste o mito de que *visibilidade gay*, respeito, explicações esclarecedoras acerca da homossexualidade e aceitação gerariam um crescimento da população homossexual, ou seja, mais pessoas decidiriam por serem homossexuais ao longo da vida. Este pensamento pode gerar duas reações diversas, ambas válidas: uma, a noção de que a homossexualidade existe desde que existe a natureza, mesmo entre inúmeras espécies animais, e ninguém optará por sentir atração por pessoa do mesmo sexo simplesmente porque sua mãe ou seu vizinho não o recriminariam por isto, apenas haveria, possivelmente, um número maior de indivíduos que viveriam de forma autêntica, sem reprimir sua própria sexualidade; outra, a ideia de que, se de fato aumentasse o número de homossexuais, o mundo não teria nada a perder com isto, não há nada no sexo do outro com seus parceiros que seja determinante na vida dos demais.

Como se vê pelo "Programa Brasil Sem Homofobia", cujos objetivos abarcam projetos em diversas áreas de atuação, a criminalização atualmente não configura um pioneirismo do direito penal no combate à discriminação, e nem pretende por si só atingir o valor de igualdade almejado.[22] Entretanto, como mencionado anteriormente por Patrícia Laurenzo Copello, a educação atinge suas metas a muito longo prazo.

22. Para mais informações sobre as medidas teoricamente adotadas durante o último governo na promoção da igualdade, ver: Reis, 2006. Disponível

Mesmo que algumas das medidas elencadas no "Programa Brasil Sem Homofobia" já estejam em prática, seus efeitos na conscientização da sociedade e até mesmo no apoio aos adolescentes desorientados não serão sentidos de imediato pela população.

Nesse contexto, está-se diante de um paradoxo. Esperar que todas as áreas de atuação não criminais atinjam resultados satisfatórios de modo a legitimar uma atuação penal residual pode ser extremamente deletério às pessoas que continuam vivendo graves sanções sociais diárias por conta de sua identidade e orientação sexual, lesões consideradas de *menor monta* pelo direito penal. Esperar a permissão social para a tipificação é determinar que até mesmo os adolescentes que estão atualmente, ou que estarão daqui a alguns anos, passando por grave crise por conta das pressões social e familiar exercidas sobre a sua própria sexualidade devem aguardar a evolução *lenta*, *gradual* e *segura* da sociedade, até que possam ser protegidos pelo mesmo sistema que protege de forma inquestionável bens jurídicos de menor relevância na saúde psíquica do indivíduo.

Ao mesmo tempo, determinar a criminalização com o intuito de promover os valores que ainda não foram satisfatoriamente assimilados pela maioria da população é atentatório aos princípios do direito penal democrático, é autoritário, e pode ser extremamente contraproducente.[23] Como mencionado anteriormente, a criminalização primária que visa a estabelecer a igualdade deve ser acompanhada da secundária. A polícia, "(...) mediadora entre a lei e as demais instituições de controle social" (LEMGRURBER apud SCHRITZMEYER, 2004, p. 69), bem como as autoridades judiciais devem estar prontas para efetivar essa criminalização, sob pena de se gerarem absolvições, de simbolismo negativo para a luta pela igualdade, ou simples arquivamentos de inquéritos.

O Brasil vive um histórico de violência policial contra homossexuais e de discriminação quando da apuração de agressões e assassinatos de ódio.

"(...) um rapaz foi vítima de violência recentemente no Parque da Cidade, no Plano Piloto, em Brasília. Quando procurou ajuda na delegacia, foi novamente agredido. Levou um tapa do policial. Esse tipo

em: www.soninha.com.br/pivot/entry.php?id=1047&w=soninha__noticias. Acesso em: 03.04.2009.

23. Como já dito, a tipificação penal em desacordo com o pensamento majoritário pode gerar mártires, ou permanecer como lei "que não vingou".

de situação é comum, principalmente quando se trata de travestis. É a cultura do machismo, da homofobia. Existem casos muito fortes de violência, como o do travesti esquartejado que o assassino, que não foi preso, foi ao enterro rir. (...) [O delegado] comentou que esse comportamento já havia mudado muito. Disse que, na verdade, eram os homossexuais que deveriam tomar mais cuidado" (MATTAR).

É preciso promover intensa sensibilização das autoridades policiais e mesmo judiciais a respeito da homossexualidade, desmistificando o estereótipo (MATTAR). A Secretaria de Segurança do Paraná, por exemplo, recebeu representantes da comissão organizadora da "I Conferência Paranaense GLBT – Direitos Humanos e Políticas Públicas", e agendaram um encontro em Curitiba para desenvolver ações que a polícia poderia empreender para diminuir a violência contra homossexuais.

"Um dos principais objetivos é sensibilizar policiais civis e militares contra a discriminação, aprimorando orientações sobre direitos humanos que abordem minorias e diversidade. A ideia é levar a temática homossexual a todos os cursos de formação e aperfeiçoamento de policiais" (PARANÁ, 2008).[24]

4.2 O racismo e o direito penal promocional

Marta Machado, José Rodriguez, opinando contrariamente à criminalização de condutas homofóbicas, questionam se, após quase 20 anos de sua promulgação, a Lei 7.716/1989, considerada uma conquista do movimento negro, contribuiu efetivamente para a diminuição da discriminação e o preconceito. Questionam se a luta de um movimento social contra a desigualdade pode ser "traduzida para a língua da pena, excludente e limitadora de direitos de liberdade" (MACHADO et al, 2007, p. A3).

Kátia Silva assevera que o próprio dispositivo constitucional que prevê a imprescritibilidade do crime de racismo está em descompasso com a proposta constitucional como um todo, é um retrocesso para o direito penal brasileiro e deve ser repudiado em nome do Estado Social, em nome do cidadão que não pode jamais ser perseguido por tempo indefinido (2001, p. 159). Explica que, ao prever a imprescritibilidade, o legislador constituinte ignorou a proporcionalidade, já que crimes tão

24. Notícia disponível em: www.seguranca.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=400. Acesso em: 04.04.2009.

ou mais graves – por exemplo, matar a pessoa negra num assalto, ou por vingança de jogo ou dívida, em vez discriminá-la por sua cor – estarão regidos pelo instituto da prescrição (2001, p. 59).

É compreensível a intenção do constituinte, uma vez que a discriminação atinge a esfera de direitos de todos os indivíduos pertencentes ao grupo da vítima, vilipendiados historicamente e sancionados socialmente em vários âmbitos da vida civil pela perpetuação do preconceito. Ainda assim, a proporcionalidade não pode ser simplesmente ignorada em nome da valorização simbólica de um ideal.

O texto de Kátia Silva (2001, p. 98) transmite a ideia de que a criminalização do racismo, desde sua inserção entre as contravenções penais, consistiu num uso promocional do direito penal, ou seja, não com o intuito de sancionar os dissidentes, neutralizá-los ou socializá-los, mas com o intuito de extirpar coercitivamente o racismo de uma sociedade racista.

"Como vimos, apesar de ser antigo o problema dos preconceitos, estereótipos e discriminações injustificadas e injustas, o entendimento, o enfrentamento e a busca de soluções sociais e legislativas para estas situações, pelo menos no Brasil, é muito recente, sendo que chama a atenção o fato de o legislador ter utilizado inicialmente, de forma isolada, a área penal para esse combate (...)" (2001, p. 97).

Na década de 50, a Lei Afonso Arinos transformou em contravenção penal a discriminação racial. Porém, para Kátia Silva, observou-se, então, que a criminalização só é recomendável quando a sociedade já assimilou o caráter prejudicial da conduta. Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, as leis antidiscriminatórias foram praticamente ineficazes, desmoralizando-se o próprio controle social penal. Citando Alberto Silva Franco, a autora afirma que, em verdade, "o Direito Penal não comanda e, muito menos, impulsiona as transformações sociais" (Franco apud Silva, 2001, p. 98-99).

No caso do racismo, o Estado não procurou enfrentar efetivamente a questão da desigualdade e focou toda a carga legislativa no direito penal, que deveria estar cercado pelos conceitos de subsidiariedade e da *ultima ratio* na solução de tais conflitos. A autora completa que, após a Lei Afonso Arinos, de 1951, a discriminação "só piorou": em vez de "pessoa branca" nos anúncios de emprego, passou-se a usar "pessoa de boa aparência" (Silva, 2001, p. 99).

Entretanto, pode-se vislumbrar essa involução constatada pela autora como um progresso no convívio social. Embora o preconceito tenha persistido, principalmente à época, é preferível viver num país em que as pessoas têm consciência de que discriminar o negro é errado, é lesivo, e de que podem ser punidas por expor despudoradamente o fato de que só contratam pessoas brancas. É evidente que, logo após o enquadramento como contravenção penal, o preconceito continuou, e continuou agindo veladamente, como um inimigo de difícil combate; porém, passou a ser um preconceito que se reconhece proibido, que se sabe reprovável, e que não se pode revelar em declarações explícitas e agressivas como são as que se propagam contra os homossexuais.

4.3 O polêmico PL 122/2006

Em linhas gerais, o projeto atual estipula a inserção da discriminação em virtude de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero ao lado dos grupos já tutelados (raça, cor, etnia, religião, procedência nacional).[25] A tabela a seguir facilita a visualização das alterações propostas pelo projeto (não há proposta de alteração no que concerne às penas).

Lei 7.716/1989*	Com o PL 122/2006
Art. 1.º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.	Art. 1.º Serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.
Art. 3.º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos: Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.	Sem alteração (apenas passa a valer para os casos em que o impedimento se dá devido à orientação sexual, ao sexo ou à identidade de gênero do ofendido, em vista da alteração no art. 1.º).

25. Projeto na íntegra disponível em: [www.naohomofobia.com.br/lei/index.php]. Acesso em: 04.04.2009.

Art. 4.º Negar ou obstar emprego em empresa privada: Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.	Art. 4.º-A. Praticar o empregador ou seu preposto, atos de dispensa direta ou indireta.
Art. 5.º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.	Art. 5.º Impedir, recusar ou proibir o ingresso ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público.
Art. 6.º Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau: Pena – reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos. Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de 18 anos a pena é agravada de 1/3 (um terço).	Art. 6.º Recusar, negar, impedir, preterir, prejudicar, retardar ou excluir em qualquer sistema de seleção educacional, recrutamento ou promoção funcional ou profissional.
Art. 7.º Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar: Pena – reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.	Art. 7.º Sobretaxar, recusar, preterir ou impedir a hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares.
Art. 8.º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.	*Acrescenta os seguintes artigos:* Art. 8.º-A. Impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público, em virtude das características previstas no art. 1.º desta Lei: Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Art. 8.º-B. Proibir a livre expressão e manifestação de afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos ou cidadãs. Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Art. 9.º Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos. Art. 10. Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimentos com as mesmas finalidades: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos. Art. 11. Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos. Art. 12. Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três)anos. Art. 13. Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas: Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Art. 14. Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social: Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.	Sem alteração (apenas passa a valer para os casos em que o impedimento se dá devido à orientação sexual, ao sexo ou à identidade de gênero do ofendido, em vista da alteração no art. 1.º).

Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a 3 (três) meses.	Art. 16. Constituem efeito da condenação: I – a perda do cargo ou função pública, para o servidor público; II – inabilitação para contratos com órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou fundacional; III – proibição de acesso a créditos concedidos pelo Poder Público e suas instituições financeiras, ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos; IV – vedação de isenções, remissões, anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária; V– multa de até 10.000 (dez mil) UFIRs, podendo ser multiplicada em até 10 (dez) vezes em caso de reincidência, e levando-se em conta a capacidade financeira do infrator; VI – suspensão do funcionamento dos estabelecimentos por prazo não superior a três meses. § 1.º Os recursos provenientes das multas estabelecidas por esta Lei, serão destinados para campanhas educativas contra a discriminação. § 2.º Quando o ato ilícito for praticado por contratado, concessionário, permissionário da Administração Pública, além das responsabilidades individuais será acrescida a pena de rescisão do instrumento contratual, do convênio ou da permissão. § 3.º Em qualquer caso, o prazo de inabilitação será de doze meses contados da data da aplicação da sanção. § 4.º As informações cadastrais e as referências invocadas como justificadoras da discriminação serão sempre acessíveis a todos aqueles que se sujeitarem a processo seletivo, no que se refere à sua participação.
Art. 18. Os efeitos de que tratam os arts. 16 e 17 desta Lei não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.	Sem alteração.

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. § 1.º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo: Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 2.º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 3.º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: I – o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; II – a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas; § 4.º Na hipótese do § 2.º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.	Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero: *Acrescenta o seguinte parágrafo:* § 5.º O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica. *Acrescenta os seguintes artigos:* Art. 20-A. A prática dos atos discriminatórios a que se refere esta Lei será apurada em processo administrativo e penal, que terá início mediante: I – reclamação do ofendido ou ofendida; II – ato ou ofício de autoridade competente; III – comunicado de organizações não governamentais de defesa da cidadania e direitos humanos. Art. 20-B. A interpretação dos dispositivos desta Lei e de todos os instrumentos normativos de proteção dos direitos de igualdade, de oportunidade e de tratamento, atenderá ao princípio da mais ampla proteção dos direitos humanos. § 1.º Nesse intuito, serão observadas, além dos princípios e direitos previstos nesta Lei, todas disposições decorrentes de tratados ou convenções internacionais das quais o Brasil seja signatário, da legislação interna e das disposições administrativas. § 2.º Para fins de interpretação e aplicação desta Lei, serão observadas, sempre que mais benéficas em favor da luta antidiscriminatória, as diretrizes traçadas pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, devidamente reconhecidas pelo Brasil.

Código Penal	Com o PL 122/2006
	O Projeto insere no § 3.º do art. 140 do CP a questão da discriminação sexual, passando a vigorar com a seguinte redação: § 3.º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.
Consolidação das Leis do Trabalho	Com o PL 122/2006
Art. 5.º A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.	*O projeto acrescenta o parágrafo único ao art. 5.º da CLT:* Art. 5.º (...) Parágrafo único. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, orientação sexual e identidade de gênero, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inc. XXXIII do art. 7.º da CF.

* Texto legal retirado do site: www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L7716.htm. Acesso em: 04.03.2009.

Chamado pelos seus opositores de *Lei da Mordaça Gay*, o projeto foi responsável por trazer ao grande público o "Programa Brasil sem Homofobia", que já tinha sido lançado desde 2004. A polêmica é tamanha que o *site* do Senado Federal informa que 80% das ligações que a Casa recebe são manifestações contrárias à aprovação do projeto (Abílio, 2008, p. 11). As críticas mais severas dizem respeito à liberdade religiosa – questão cuja delicadeza e profundidade exigiriam um trabalho específico de análise – e às liberdades individuais que a lei restringiria em prol da igualdade e dignidade humana.

4.3.1 Demissão por homossexualidade e censura de demonstração pública de afeto

A mudança trazida aos arts. 4.°, 5.°, 6.° e 7.° da Lei 7.716/1989 trouxe à Internet uma profusão de críticas emocionadas,[26] entendendo que a minoria homossexual estaria angariando direitos que os demais não compartilham. Afirma-se erroneamente – embora o projeto de fato peque por diversas imprecisões e faltas técnicas – que se "um funcionário for dispensado de uma empresa, pode alegar homofobia e o dono da empresa vai ser preso por crime hediondo, inafiançável" (RODORVALHO apud LIMA, 2008).[27]

Raupp Rios explica, no entanto, que a reivindicação de tratamento igual, em obediência ao princípio geral de não discriminação em virtude de orientação sexual, não significa a determinação de uma série de direitos especiais aos homossexuais. Como exemplo, afirma que o homossexual, quando vai tentar tirar carteira de motorista, não pode ser reprovado por sua orientação sexual, o que não significa que esteja aprovado, uma vez que precisa demonstrar as habilidades que todos os demais precisam mostrar (2001, p. 388). Apenas se garante à parcela discriminada que partirá do mesmo ponto que os demais nos desafios da vida civil, e que, em todas as ocasiões em que se comportar como os demais, receberá o mesmo tratamento.[28]

Ao determinar que ninguém pode ser discriminado com base na sua orientação sexual, o projeto não cria uma "casta privilegiada", como

26. Pesquisa simples no *site Google* com as palavras *demissão homossexual 122/2006* (sem aspas) traz uma série de manifestações de opiniões nesse sentido, afirmando que aqueles que praticam *atos de homossexualismo* ganharão agora *estabilidade no emprego*.

27. Afirmação do Deputado Robson Rodorvalho (DEM/DF), exposta em abordagem do jornalista Valter Lima, disponível em: [http://valterlima.blogspot.com/search/label/Reportagem]. Acesso em: 04.04.2009

28. O funcionário Carlos Alberto Honório foi demitido da prefeitura de Colombo por ser homossexual, condição que ia de encontro às normas do Estatuto do Servidor. Apenas sete anos depois, em 2008, decisão judicial determinou seu retorno ao trabalho. Em 2009, foi assassinado. Notícia disponível em: [http://revistanuance.wordpress.com/2009/10/27/gay-e-morto-em-curitiba/]. Acesso em: 06.08.2010. Na mesma linha, vale mencionar os inúmeros casos de demissão de homossexuais por "justa causa", como o do bancário Antônio Ferreira dos Santos, Disponível em: [www.ggb.org.br/projetode_lei_homofobia_racismo.htm]. Acesso em: 06.08.2010.

vem sendo difundido no meio televisivo e eletrônico. Determina que homossexuais, bissexuais e heterossexuais terão sua orientação sexual respeitada (Abílio, 2008, p. 5-6).

Percebe-se, assim, que esse receio em relação ao projeto é descabido, uma vez que o direito penal não abarca condenações duvidosas. O empregador pode demitir, obedecendo às leis trabalhistas, qualquer trabalho, desde que não seja em virtude de sua cor, etnia, procedência nacional, e, com uma eventual aprovação do projeto, sua orientação sexual, identidade de gênero, seu sexo ou gênero. O dolo específico nesses casos é de difícil comprovação, o que demonstra justamente a pouca instrumentalidade da lei, e não a condenação generalizada.[29] Ou seja, os "empregados" já podem alegar discriminação quando são demitidos (seja por raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional), não é uma novidade trazida pelo projeto.[30] Pode-se concluir que as pessoas que compartilham esse medo têm consciência de que demitiriam seu funcionário se descobrissem que é homossexual, o que só demonstra a necessidade da proteção. Esta ideia se revela nas próprias críticas ao projeto, que enfatizam, por exemplo, o fato de que, se um diretor de escola informa que não contrata homossexuais, ele está sujeito à sanção penal.

"No dia a dia, poderemos visualizar a seguinte cena: o pai ou mãe não quer que na escola dos seus filhos, crianças ou adolescentes, se promova o homossexualismo, a princípio direito deles. O diretor/coordenador da escola pensa da mesma forma. Mas aí algum jovem homossexual se candidata para a seleção como professor. Na entrevista,

29. No caso da homofobia, a comprovação talvez seja um pouco mais viável do que nos casos de racismo, uma vez que muitos homens estão acostumados a dar mostras de seu repúdio à homossexualidade até como exibição de virilidade. É possível até que, mesmo ciente de uma lei penal aprovada, um dono de bar, por exemplo, nervoso e revoltado com a súbita descoberta de que seu atendente é homossexual, vocifere humilhações durante a rápida demissão de um emprego informal. Em casos como este exemplo, pode-se deduzir que a afronta à lei penal não se daria por ignorância da lei, mas por uma emoção que leva à ofensa consciente da proibição. É possível que um indivíduo escolha impulsivamente ser punido a deixar de propagar um desvalor cuja repetição reafirma sua própria masculinidade.

30. Mais esclarecimentos, como esse, sobre o PL 122/2006 e suas polêmicas em [http://plc122.blogspot.com/2008/06/evanglicos-cometem-gafe-em-manifestao.html]. Acesso em: 04.04.2009.

revela a sua condição 'social'. O diretor diz que por princípios a escola não aceita homossexuais. Em reunião com os pais, todos concordam, dizendo que existem outras escolas que admitem, mas essa em particular não. Conclusão: todos, o diretor e os pais, incorreram em crime e podem passar de três a cinco anos num dos presídios do nosso Estado" (COSTA JR., 2007).

Uma clara demonstração de que o direito reivindicado consiste exatamente no direito de discriminar o indivíduo homossexual dos demais são as condutas elencadas como indevidamente proibidas pelo PL 122/2006 (PL 5.003/2001):

"A lei petista vai mais longe, prevendo cadeia, com pena de até cincos anos, para diversos tipos de pessoas inocentes:

• A mãe que, preocupada com a segurança moral e física de seu filho, despedir uma babá por causa da descoberta de comportamento lésbico.

• O diretor de seminário teológico que excluir um estudante por causa da descoberta de conduta homossexual.

• O patrão que demitir um funcionário que manifestar assédio homossexual ou outras atitudes sexuais impróprias ou ameaçadoras.

• O pastor ou padre que pregar contra o homossexualismo.

• Os diretores de escolas católicas e evangélicas que se recusarem a aceitar alunos e professores que demonstrarem problemas de conduta homossexual.

• Um cristão que tentar ajudar um homem a sair do homossexualismo poderá ser enquadrado na categoria de crime de preconceito contra o homossexualismo.

• Se um menino sofrer a influência homossexual de más amizades, más tendências ou simplesmente da propaganda pró-homossexualismo disfarçada de educação nas escolas públicas, um pai ou mãe que tomar medidas para ajudar o filho poderá ir para a cadeia por crime de discriminação.

• Um psicólogo que tentar ajudar um homem a sair do homossexualismo.

(...) Pela primeira vez na história do Brasil, uma lei protegerá totalmente uma conduta que a Bíblia sempre classificou como abominação

e que a medicina sempre considerou como ameaça à saúde" (SEVERO, 2007).[31]

Outra polêmica ferrenha, sustentada por argumentos de notável inconsistência jurídica, refere-se ao art. 8.º da Lei 7.716/1989 reformado pelo projeto e acrescido dos arts. 8.º-A e 8.º-B, a respeito da manifestação pública de afeto. Novamente, a Internet é povoada de manifestações de pessoas indignadas[32] com a *ditadura gay*, todas afirmando peremptoriamente que a aprovação do projeto fará com que casais homossexuais possam se beijar e transar até mesmo dentro da igreja sem que o padre possa censurar.

Numa análise jurídica sobre a redação proposta para o art. 8.º-A, encontra-se:

"Imagine que um padre, pastor ou monge queiram repreender um casal de lésbicas que estejam se beijando dentro do santuário ou capela. O que aconteceria com eles? Poderiam ir para a prisão também, como nos casos anteriores (dois a cinco anos de cadeia!). Se estivéssemos falando de um casal de heterossexuais, os eclesiásticos ou pastores poderiam repreender, chamar a atenção, mas como é um casal homossexual, não pode"[33] (COSTA JR., 2007).

No entanto, a interpretação do art. 8.º-A é única: impedir manifestações de afeto *com base* na raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero dos envolvidos pode gerar a punição, desde que evidente e comprovado o dolo específico. Ou seja, o elemento discriminatório deve estar presente. Já o art. 8.º-B é explícito: exige igualdade no tratamento, ou seja, não podem ser reprimidas manifestações de afetividade "do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos". O padre da igreja pode, evidentemente, coibir qualquer manifestação de afeto erótico dentro da sacristia!

31. Segundo informação do autor em: www.juliosevero.com.br, o artigo todo foi publicado, também em versão impressa, pelo *Jornal Integração*, disponível em: [http://igeva.com.br/ojornalinteracao/?dinamico/1278//1390]. Acesso em: 05.04.2009

32. Pesquisa simples no *site Google* com as palavras *igreja homossexual 122/2006 beijando* (sem aspas) traz diversos exemplos da errônea interpretação desses artigos.

33. Disponível em: www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.12122&hl=no. Acesso em: 04.04.2009.

4.3.2 Ação constrangedora ou vexatória

Já o § 5.º acrescido ao art. 20 é realmente problemático quanto à técnica normativa e o princípio da taxatividade do direito penal. A referência a "qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica" abrange uma ampla gama de condutas.

Quais ações são constrangedoras ou vexatórias de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica? Importante lembrar que o riso e a piada são maneiras típicas brasileiras de lidar com as diferenças (SILVA, 2001, p. 95). Essa realidade, embora responsável pela perpetuação de estereótipos e ofensas, não poderia ser criminalizada, porque é de difícil distinção entre o ofensivo e o socialmente adequado ao que se aceita por humor. Mesmo que a piada e o riso devam ser coibidos, não apenas por serem lesivos às vítimas ou àqueles que se identificam no objeto ridicularizado, mas por ressaltarem a cisão entre dois mundos pautada na orientação sexual e identidade de gênero, estes hábitos estão de tal maneira difundidos no dia a dia do brasileiro que criminalizá-los de repente seria inócuo ou preocupante.

Se o insistente hábito entre adolescentes e mesmo entre adultos de propagar ofensas jocosas relacionadas à orientação sexual for entendido como exposição *vexatória* ou *constrangedora* – porque, de fato, o são –, restarão *criminalizados*, de uma hora para a outra, praticamente todos os meninos e homens que diariamente gritam, em tom depreciativo, palavras como "viadinho", "gazela" e "bicha" repetidas vezes uns para os outros. Ainda que reprovável, a conduta já está arraigada como um vício vocabular que não pode ser criminalizado. Pode, no máximo, ser abarcada pela injúria, na forma qualificada prevista pelo projeto, avaliando-se caso a caso. Mas esta linguagem deve ser combatida gradualmente no processo de quebra dos tabus relacionados à homossexualidade.

Até certo ponto, pode-se enxergar o riso como um processo de aceitação, partindo da negação extrema e total invisibilidade, passando para a percepção e propagação das observações na forma do riso, até que os tabus se desmanchem e as piadas percam a graça. Até mesmo porque se percebe o uso da estratégia do riso por parte de muitos homossexuais que brincam com sua própria condição, no intuito de se aproximar de um grupo de heterossexuais.

Essa faceta do vexatório e constrangedor, embora possa tomar proporções extremamente deletérias, não pode ser abarcada na tipifi-

cação, que deve ser objetiva e delimitada. Mas as ações civis individuais ou coletivas, que vêm tomando espaço no contexto midiático, devem fazer seu trabalho por enquanto, tolhendo toda a forma de *humor* lesiva à imagem da homossexualidade.[34]

"(...) O humor abre um espaço para a incerteza, tanto que um estrangeiro não compreende inúmeras piadas brasileiras. Em face disto, é extremamente difícil no âmbito do direito penal provar-se o dolo do contador de piadas, justamente por esta incerteza sobre a mensagem não dita no discurso da piada" (SILVA, 2001, p. 95).

4.3.3 Liberdade religiosa e homossexualidade

A grande polêmica, no entanto, reside no embate entre a liberdade religiosa e o direito à igualdade e dignidade humana tutelados pela criminalização da homofobia. Prega-se a inconstitucionalidade de uma tipificação que criminalize um dogma religioso, uma crença, que passa a ser censurada sob pena de condenação criminal.

A democracia acaba permitindo a existência de ideias antidemocráticas e discriminatórias, porque todos podem falar o que quiserem. Por isso a liberdade de expressão e pensamento deve ser tolhida pelo limite da convivência, paz e tolerância, ou seja, pela necessidade de pluralismo (GIMÉNEZ-SALINAS et al, 2004, p. 799). Superficialmente, pode-se dizer que, ao sopesar os direitos na busca do equilíbrio justo, conclui-se que estão todos livres para acreditar e propagar o que quiserem, desde que no limite da dignidade humana e sem ferir a igualdade, sobretudo no Estado laico.

"A proibição de discursos e práticas discriminatórias não inviabiliza as liberdades de opinião, crença e manifestação. Ao contrário, a prática das liberdades no mundo plural requer seu exercício sem violência ou intolerância (como, aliás, legitimamente ocorre na criminalização do escárnio público de alguém por crença religiosa)" (RIOS, 2007, p. A3).

Para que o indivíduo desenvolva sua sexualidade com saúde, liberdade, autoaceitação e autoestima, é razoável que se restrinja o

34. Em 2005, ação civil pública contra a Rede TV por conta do programa do apresentador João Kleber foi respaldada no Judiciário em liminar e trouxe ao ar 30 programas produzidos pela sociedade civil como direito de resposta ao humor agressivo e estereotipado propagado pelo programa. Disponível em: www.reporterbrasil.com.br/exibe.php?id=448. Acesso em: 06.08.2010.

direito de outro a expressar o seu desprezo pela homossexualidade. Da mesma forma que não é permitido às religiões pregarem uma eventual monstruosidade de pessoas de determinada etnia, não podem continuar propagando livremente suas maldições, determinando que um enorme segmento da humanidade é possuído pelo demônio, é abjeto, é inumano. A revolta reside no fato de o direito penal estar protegendo ou até promovendo o *homossexualismo* em detrimento do que prega, por exemplo, a Bíblia. Neste aspecto, não há dúvida de que a Bíblia será respeitada pelo Brasil, respeito este já protegido pela lei penal, mas não ditará diretamente quaisquer regras de conduta normatizadas no país. O Estado laico deve "distanciar-se de princípios religiosos para emanar suas decisões" (ABÍLIO, 2008, p 12).

O cidadão pode cultivar suas crenças, pode inclusive manter preconceitos e desejos de destruição no seu íntimo, mas há certas ideias que ninguém pode exteriorizar, sob pena de lesar de forma indelével a esfera de direitos de outros. Assim, é legítima e não será criminalizada jamais a crença de que o envolvimento amoroso ou sexual entre pessoas do mesmo sexo é pecado, da mesma forma como o sexo antes do casamento é considerado pecado para algumas religiões. O que não se pode permitir é que, em nome das religiões, continuem sendo propagadas agressões explicitamente movidas de ódio, repulsa e desejo de limpeza e exorcismo.

A discriminação baseada na religião já está criminalizada, nos mesmos termos, e isto não impediu que as diversas religiões continuassem existindo sem que pudessem pregar eventual "estupidez" ou "primitivismo" das demais, nem associar os seguidores de determinada crença à posse pelo demônio ou perpetrar qualquer alusão que deslegitimasse as outras religiões de forma agressiva. No entanto, a crítica pôde persistir, sem que os dogmas religiosos fossem abalados pelo mandamento de tolerância e respeito.

Em nome da liberdade religiosa, no Estado laico, não se pode permitir que se perpetue a ideia de doença ou loucura associada ao *homossexualismo*, depois de a medicina nacional e mundial já haverem decretado a sua natureza não patológica.

"(...) tal como está, a lei não proíbe a crítica. Proíbe a discriminação. Não pune a opinião. Pune a manifestação do preconceito. Uma coisa é ser contra o casamento gay, por razões de qualquer natureza.

Outra coisa é humilhar os gays, apontá-los como filhos do demônio, doentes ou tarados" (PETRY apud LIMA, 2008).[35]

Dessa forma, as inúmeras pregações, escritos, artigos e *sites* que fazem associação direta entre *homossexualismo* e bestialidade, incesto, pedofilia, promiscuidade, doença e demônio não deveriam existir mesmo sem a aprovação do projeto. É parte da cidadania e mesmo do amor e da paz tão exaltados no mundo religioso que nenhum ser humano tenha que ver sua própria condição (que a ninguém prejudica) retratada desta forma, todos os dias, nos meios de comunicação.[36] Vale ressaltar que os próprios fiéis, e seus filhos, podem ser homossexuais, podem estar na adolescência lutando de forma desumana contra si mesmos. Isto porque acreditar em uma força divina benevolente não é de forma alguma incompatível com a homossexualidade, tanto que existem diversas vertentes das religiões voltadas para a tolerância, algumas inclusive levam a palavra homossexualidade ou a sigla GLBT no nome.[37]

O conflito entre religião e homossexualidade, entretanto, mesmo fora da esfera penal, é extremamente delicado e envolve uma série de nuances que um legislador descuidado e um juiz positivista poderiam massacrar enxergando apenas a evidente necessidade de tolerância e

35. Comentário do jornalista André Petry. Disponível em: [http://valterlima.blogspot.com/search/label/Reportagem]. Acesso em: 04.04.2009.

36. Exemplo, entre tantos outros encontrados com extrema facilidade no *site Google*: "Não se trata de discriminação tratar de forma diferente o que é diferente visualmente, às vezes. Os ativistas do movimento interpretam que a homossexualidade se equipara ao casamento. Contudo, as relações homossexuais, assim como a promiscuidade, pedofilia, incesto e bestialidade, não são nem nunca foram equiparadas à família (...)" (COSTA JR., 2007). Disponível em: www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.12122&hl=no. Acesso em: 04.04.2009.

37. Este *site*, que visa a ajudar as pessoas a assumirem sua homossexualidade, fez um pequeno apanhado sobre a relação de algumas religiões com a homossexualidade, buscando conciliar as crenças religiosas de cada um com sua orientação sexual sem que nenhuma das duas facetas se prejudique na formação da personalidade. Em: www.armariox.com.br/conteudos/religioes.php. Acesso em 04.04.2009. Outro exemplo dessa religiosidade são *blogs* como o *Gospel LGBT*, que se descreve como "Blog de entretenimento para *homossexuais evangélicos* que desejam estreitar sua comunhão com Deus através de informações, estudos bíblicos, troca de experiências pessoais e auxílio teológico e psicológicoQ. Disponível em: [http://gospelgay.blogspot.com]. Acesso em: 04.04.2009.

igualdade. No final de 2008, na Grã-Bretanha, um policial foi demitido por enviar por *e-mail* aos colegas críticas religiosas, pautadas na Bíblia, contra a homossexualidade, recomendando a cura como forma de salvação (HOFFMAN, 2008). O policial afirmou que era "bombardeado" diariamente por *e-mails* que promoviam a "Agenda Gay", inclusive incentivando o uso de uma fita rosa no "mês da história gay". As autoridades policiais afirmam que ele violou as normas de "cortesia e tolerância", sendo que sua conduta foi incompatível com o esperado pela instituição. O policial afirma que o preconceito contra a opinião cristã é avassalador e que é obrigado a ficar calado sobre suas convicções. Percebe-se, assim, que a tarefa de conciliar a moral e a crença religiosas à dignidade e à igualdade humanas na questão da homossexualidade é complexa e exige uma ponderação cuidadosa de fatores.[38]

4.3.4 Luta antidiscriminatória

Outro aspecto controvertido do projeto, que não atinge os protestos de Internet porque está mais relacionado à técnica jurídica, é o disposto no § 2.º do art. 20-B que o projeto pretende acrescentar à Lei 7.716/1989.

É legítimo que se leve em consideração as diretrizes traçadas pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos devidamente reconhecidas pelo Brasil. No entanto, o parágrafo traça um mandado interpretativo dispondo que, para fins de *interpretação* e *aplicação* da lei contra a discriminação, o juiz deve *observar tais diretrizes sempre que mais benéficas à luta antidiscriminatória.*

É evidente que o lado da vítima do racismo ou da homofobia, por exemplo, ou mesmo de discriminação por religião, é o lado da luta antidiscriminatória, o que implica que o agente da discriminação terá contra si obrigatoriamente a interpretação mais severa da norma, em conformidade com a diretriz que mais fortalecer a luta antidiscriminatória. Essa imposição ao juiz de seguir a linha interpretativa que mais prejudique o réu é de constitucionalidade duvidosa. É certo que o direito não exige que o juiz adote sempre a tese ou interpretação de dispositivos que mais favoreça o réu, porém, não parece possível que o legislador possa obrigá-

38. Para um apontamento geral, sem humilhações ou lesões à dignidade humana, sobre o cerceamento que a criminalização traria às religiões, ver: [http://zenobiofonseca.blogspot.com/2008/04/crime-de-homofobia-aspectos-jurdicos.html]. Acesso em 05.04.2009.

lo a fazer o contrário, ou seja, a buscar sempre o entendimento mais severo contra o réu.

4.3.5 A pena privativa de liberdade

Na área acadêmica, a maior resistência à tutela da discriminação pelo direito penal, independentemente dos termos e atecnias do projeto, reside na ideia de se estar somando a um mal outro mal, esperando sanar todos os problemas do convívio social por meio da sanção penal. Mesmo porque fica evidente que, pensando em uma hipotética prevenção especial positiva, a pena privativa de liberdade não possui qualquer potencial socializante para o indivíduo que sustenta e propaga desvalores, sejam homofóbicos ou racistas.

Na crítica de Marta Machado e José Rodriguez (MACHADO et al, 2007, p. A3) evidencia-se o fato de que o projeto não se abre a inovações, respondendo com penas que vão de um a cinco anos de reclusão. No entanto, usa-se esse problema do projeto, e da própria pena privativa de liberdade – que por muitos estudiosos é considerada uma instituição falida que deve aos poucos ser abandonada –, para argumentar que a discriminação por orientação sexual não deve ser criminalizada. É quase como dizer que não se devem produzir mais programas televisivos porque a programação atual é de má qualidade.

O projeto não inovou, e se inovasse seria ainda mais ousado, porque mexeria nas penas atribuídas às outras discriminações e poderia sofrer o ataque dos outros grupos, inclusive dos religiosos, que então não gostariam de ver sua proteção alterada. A pena privativa de liberdade não deveria ser prevista em diversos tipos penais em que persiste, em previsões desproporcionais e aflitivas, muitas vezes tutelando bens exclusivamente patrimoniais de particulares. Ao pensar na realidade das cadeias, nos malefícios da prisionização, no contrassenso do isolamento como solução para os problemas da sociedade, é sintomático que se refutem todas as propostas que ampliem a incidência da prisão sobre o indivíduo.

A leitura do dispositivo que tipifica, por exemplo, a demissão pautada na orientação sexual, faz sentir a Justiça na reprovação desse tratamento desigual humilhante. No entanto, a sanção de dois a cinco anos de reclusão traz sinceras dúvidas quanto ao sentido desta punição. Se fosse minimamente crível que um cidadão homofóbico seria algum dia condenado no Brasil a pelo menos dois anos de reclusão, o máximo

que se estaria produzindo é mais ódio contra a população protegida. Ódio pessoal do cidadão enclausurado, e ódio produzido em todos os que se identificam com sua causa.

Mas esse é um mal inerente à pena privativa de liberdade, e não à tutela penal em si. Cury, ao comentar a nova condição legal do usuário de entorpecentes trazida pela Lei 11.343/2006, explica que "a pena de prisão é apenas uma modalidade das cinco espécies de penas previstas constitucionalmente. Ainda que não penalizado com a pena de prisão, o dependente químico continua sendo alvo de uma sanção criminal" (2009).

A exemplo do crime de porte de entorpecentes para consumo próprio, o crime de conduta discriminatória – não apenas com base na orientação sexual, mas mesmo nos demais elementos já previstos na lei penal – deveria, no mínimo, prever um tempo prisional bastante inferior, priorizando a proporcionalidade e evitando o sentimento de injustiça e revolta provocado pelas sanções radicais. Mais ainda, poderia abdicar completamente da pena privativa de liberdade e promover uma execução engajada, com o envolvimento de toda a sociedade civil organizada, trazendo penas restritivas de direito que, além de cumprirem sua função simbólica na prevenção geral positiva, poderiam colaborar na difusão do ideal de igualdade, ao invés de prejudicá-lo com os malefícios da prisão.

Além das multas revertidas à sociedade civil, a pena de prestação de serviços à comunidade, principalmente no caso de delitos de discriminação, movidos por preconceitos e estereótipos, pode ser extremamente producente. O indivíduo que propagou a discriminação com a intenção evidente de menoscabar o outro por sua orientação sexual, poderá deverá passar parte de seu tempo colaborando com uma entidade ligada à causa, auxiliando nas denúncias, em contato com as atividades, com os dramas, convivendo diariamente com as pessoas que enxergava provenientes de um mundo distinto do seu próprio, num ambiente em que ele é a minoria, mas é respeitado, é valorizado pelo seu trabalho, e é visto como alguém a quem é necessário demonstrar algo. A prestação de serviços poderia vir acompanhada de comparecimento obrigatório a palestras educativas, eventos, filmes, tudo envolvendo a mobilização da sociedade civil organizada, de modo a manter o caráter criminoso da discriminação, sem que se perca de vista a noção de punição necessária e proporcional.

4.4 O exemplo espanhol

O art. 510.2 do Código Penal espanhol de 1995, que criminaliza a provocação à discriminação, ao ódio e à violência, inclui o sexo e a orientação sexual entre os outros fatores tutelados. Mas Giménez-Salinas, Román e Garcia, como já mencionado, afirmam que se tratou de legislação emergencial, para atender a demanda popular, gerando uma lei imprecisa e ambiciosa. "Determinar qué es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio permite un amplio margen de discricionalidad al Juez" (2004, p. 807).

O art. 22.4, do Código Penal espanhol prevê a agravante de motivação discriminatória, também mencionando explicitamente o sexo e a orientação sexual. Para Dopico Gómez-Aller, é incoerente penalizar mais severamente o agente que cometeu o mesmo crime que o outro, mas com motivação racista, xenófoba ou homofóbica. Penalizar com base no motivo seria um retorno ao direito penal do autor, além de trazer complicações práticas frente às demais tipificações espanholas (2006, p. 144-145, 160). Por mais repugnância que inspirem, os sentimentos não podem ser objeto de penalização (p. 151). Para o autor, deve-se buscar igualdade no trato, e não motivação igual no trato (p. 155).

No entanto, para o direito brasileiro, mensurador da culpabilidade e atento aos motivos fúteis e torpes, por exemplo, a agravante poderia ser uma solução interessante. Tutela-se a igualdade, protege-se um grupo discriminado historicamente. Reprova-se com mais severidade aquele que, além de causar a lesão corporal, por exemplo, causou-a para propagar ideal discriminatório ou para negar o valor de igualdade estatuído.

A motivação discriminatória, em relação aos grupos explicitados no Código Penal espanhol, protege um valor coletivo de igualdade. Deste modo, tratar de forma desigual os funcionários é atentatório ao direito do trabalho, e negar a alguém uma prestação a que tem direito é um ilícito civil ou administrativo, mas, se a motivação for discriminatória, são delitos penais (Dopico Gómez-Aller, 2006, p. 164).

5. Conclusão

"Sabe que o menino que passar debaixo do arco-íris vira moça, vira
A menina que cruzar de volta o arco-íris rapidinho vira volta a ser rapaz
A menina que passou no arco era o
Menino que passou no arco
E vai virar menina
Imagina
Imagina
Imagina..."

(*Imagina*, Chico Buarque de Holanda)

Antes do início deste estudo, a extrema relevância do bem jurídico em tela fazia com que a confirmação da hipótese de que a criminalização de condutas homofóbicas é compatível com os princípios do direito penal democrático e é oportuna para que a luta antidiscriminatória fosse a conclusão indubitável para este trabalho. Porém, as ponderações acerca da relação atual da sociedade com a homossexualidade e a análise de produções acadêmicas sobre o direito penal simbólico e promocional demonstraram a necessidade de um olhar mais cuidadoso sobre a busca de soluções sancionatórias no âmbito da promoção de valores.

O PL 122/2006 (PL 5.003/2001) persiste na desproporcionalidade das penas trazida pela Lei 7.716/1989, e descreve condutas cuja abrangência traz a incompreensão e indignação de grande parte da sociedade, podendo inclusive provocar diversas dúvidas na hora de sua aplicação, principalmente no que diz respeito às opiniões religiosas, que, conforme o tom e escolha das palavras, podem oscilar pela tênue fronteira entre a liberdade religiosa e a discriminação de caráter criminoso. Mesmo porque, é inegável que a proibição a uma escola exclusivamente cristã tradicional, por exemplo, de demitir professor que assuma aos alunos e aos pais sua homossexualidade é uma restrição à liberdade religiosa. Muitas religiões gostariam de pregar livremente a necessidade de cura do *homossexualismo*, ou mesmo associá-lo às artimanhas do *demônio*, e jamais aceitariam para seus pupilos um homossexual na condição de professor, como modelo de sabedoria e conduta a ser por eles seguido.

Resta saber se ao cidadão deve ser garantida a liberdade religiosa até esse ponto. Entendendo-se a orientação sexual como parte da identidade do indivíduo, enxergando-a como condição análoga à cor ou etnia (ou mesmo como *opção*, tal qual a própria religião, protegida pelo mesmo tipo penal), conclui-se que não: nenhuma religião está autorizada a pregar a inferioridade de pessoas de determinada etnia. O problema é que a convicção religiosa mais comum é a de que o *homossexualismo* é depravação que deve ser evitada, a todo custo, com todo o tipo de auxílio psicológico e transcendental, sem o que o indivíduo está perdido. Pode o direito penal determinar que as religiões devam alterar esse dogma?

Embora a conformação de determinadas mentalidades ao bem comum não seja precipuamente a tarefa do direito penal, entende-se aqui que opiniões enraizadas e propagadas de forma radical são combatíveis apenas de forma radical, sob pena de a evolução rumo à igualdade caminhar no mesmo passo arrastado com que muitas religiões vêm atingindo, aos tropeços, as questões contemporâneas que desafiam a moralidade secular que regula o sexo – principalmente o sexo alheio. Além disso, é menos lesivo ao indivíduo ver negada a possibilidade de enxovalhar a sexualidade do outro do que são a repressão sexual, a humilhação e o tratamento prejudicial com base na orientação sexual e identidade de gênero para o discriminado. Por mais que os religiosos protestem asseverando que o PL 122/2006 (PL 5.003/2001) é antidemocrático, conclui-se que em verdade são seus dogmas que são autoritários, impondo formas padronizadas de conduta, e somente regras coercitivas poderão atenuar a expressão agressiva de tais crenças. A homossexualidade, por seu lado, não impede a religiosidade, e é acolhida por diversas vertentes religiosas que já se abriram ou se adaptaram às demais formas de amor diversas do padrão heterossexista.

Conclui-se aqui que, com muita cautela, precisão técnica, previsão objetiva de condutas – que não deixe tamanha margem de dúvida à população sujeita à lei –, e estipulação proporcional de penas – em especial atenção ao potencial positivo da pena de prestação de serviços à comunidade neste âmbito –, a discriminação com base na orientação sexual é lesiva a bem jurídico com dignidade penal, devendo ser criminalizada, desde que a tutela penal não seja a única atuação estatal na promoção da igualdade. Mesmo porque, uma vez tipificada a discriminação por raça, cor, procedência nacional e religião, seria extremamente deletéria à luta por igualdade do movimento GLBT a afirmação peremptória, com efeito

simbólico, de que, no caso da orientação sexual, a dignidade humana e igualdade não são bens jurídicos penais.

Entretanto, do modo como previu o PL 122/2006 (PL 5.003/2001), a sociedade brasileira não parece preparada para obedecer e aderir ao mandamento penal proposto, de modo que não se pode prever o tipo de impacto que adviria de uma criminalização imediata, podendo-se apenas supor, com base na experiência do racismo, que a lei cairia no esquecimento como tantas outras leis penais simbólicas, após inúmeros inquéritos arquivados ou absolvições por falta de comprovação do dolo. Ou, pior, condenações desproporcionais gerariam mártires, levando cidadãos de diversas localidades do Brasil às prisões sem que as outras áreas de atuação estatal tenham tentado a promoção da consciência popular por medidas educativas e conciliatórias – o que não seria, infelizmente, nenhuma novidade no direito penal, habituado a punir antes da atuação de todas as outras obrigações estatais.

Assim, apenas com grandes reformas no PL 122/2006 (PL 5.003/2001), prevendo penas restritivas de direitos e abrandando as penas privativas de liberdade, mantidas apenas para os casos mais severos, acompanhada das diversas medidas já programadas desde 2004 pelo "Programa Brasil sem Homofobia", a criminalização será, sim, possível e oportuna.

No âmbito acadêmico, a resistência generalizada a criminalizações de toda sorte, sob a evocação cega ao direito penal mínimo e alusão indiscriminada ao inchaço legislativo acaba por gerar um engessamento do ordenamento penal avesso à própria busca de uma sociedade igualitária, que protegeria bens jurídicos comuns a todas as classes sociais. O inchaço legislativo não pode ser entrave a que se supere o núcleo duro do que se entende por bem jurídico penal, que tutela bens jurídicos de interesse de determinada parcela da população, sempre invulnerável ao sistema penal. Muitos artigos do Código Penal, formulados na primeira metade do século XX, não são empregados há décadas, porque definitivamente incompatíveis com a realidade brasileira atual. Assim, extirpe-se o crime de escrito obsceno, por exemplo, e proteja-se um bem jurídico verdadeiramente caro à sociedade do século XXI.

O direito penal está historicamente associado à tutela e prisionização de uma mesma população vulnerável ao sistema, enquanto uma parcela da população o enxerga como alheio à sua realidade, projetando-se sempre na condição de vítima – já que não vislumbra sequer oportuni-

dade ou razão para o cometimento da maioria dos delitos já tipificados. Quando a transformação da sociedade sugere a tipificação de conduta que não escolhe classe social ou nível acadêmico, a vulnerabilidade é sentida por todo indivíduo que ainda vislumbre possibilidade de, com facilidade e naturalidade, vir a promover, por exemplo, a discriminação com base na orientação sexual. Então, a criminalização de condutas que possam levar à seleção do indivíduo que nunca pretendeu delinquir – na noção tradicional que o sistema penal ainda sustenta de delinquência –, desperta uma resistência que enferruja a lei penal, promovidas pelo elogio quase irretorquível no meio acadêmico ao Direito Penal Mínimo. Pergunta-se, porém: mínimo para quem?

Se é verdade, como se compreendeu durante este estudo, que "no se aprende a convivier con el outro por Real Decreto" (GIMÉNEZ-SALINAS et al, 2004, p. 800), é fundamental que se alcance o mais rápido possível a consciência popular suficiente para autorizar a tutela penal da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. E quanto àqueles que já têm consciência de que promovem um injusto e reivindicam seu direito fundamental de continuar discriminando, que silenciem sobre a vida do outro por *Real Decreto*. Até que, finalmente, atinja-se a meta de garantir a igualdade, liberdade sexual e dignidade humana, pois são os homofóbicos, e não os homossexuais, que deveriam manter-se enrustidos no armário.

6. BIBLIOGRAFIA

AGUIRRE, Eduardo Luis. Baratta y el bien jurídico penal. In: PÉREZ ÁLVARES, Fernando (ed.). *Serta* – in memoriam *Alexandri Baratta*. Salamanca: Cise/ Universidad Salamanca, 2004. p. 149-164.

ÁLVAREZ, Pastora García. *El derecho penal y La discriminación – especial referencia AL extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito penal simbólico e finalidade da pena. *Boletim IBCCRIM*, n. 171, ano 14, São Paulo, fev. 2007, p. 2-3.

BARRETO, Margarette. O combate aos crimes raciais e delitos de intolerância. *MPD Dialógico: Revista do Movimento do Ministério Público Democrático*, vol. 5, n. 9, São Paulo, jun. 2008, p. 30-31.

COPELLO, Patricia Laurenzo. A discriminação em razão do sexo na legislação penal. Trad. Alberto Esteves Remédio. *Revista do Ministério Público – Série Estudos*, vol. 20, n. 78, Lisboa, jun. 1999, p. 55-72.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e os direitos humanos. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, vol. 3, n. 5, Franca, nov. 2000, p. 163-165.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, vol. 7/8, n. 11, Lima, 2002, p. 551-577.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales del Ministério de Justicia e Boletín Oficial del Estado*, vol. 57, Madrid, 2006, p. 143-176.

GIMÉNEZ-SALINAS, Esther; ROMÁN, Begoña; GARCÍA, Marc. Delitos de odio: de la filosofía al derecho penal. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.). *Serta* – in memoriam *Alexandri Baratta*. Salamanca: Cise/Universidad Salamanca, 2004. p. 795-809.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis; RODRIGUEZ, José Rodrigo; RIOS, Roger Raupp. O Senado deve aprovar projeto que prevê a criminalização de condutas homofóbicas? *Folha S. Paulo*, 25.08.2007, Caderno Tendências e Debates, p. A-3.

MATTOS, Jean Wyllys. *Ainda lembro*. São Paulo: Globo, 2005.

MEDEIROS, Flávia Alves. Direitos da personalidade e orientação sexual. *Intertemas. Revista do Curso de Mestrado em Direito*, vol. 1, n. 1, Presidente Prudente, dez. 2000, p. 259-270.

MOTT, Luiz. O crime homofóbico: viado tem mais é que morrer. *Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, n. 4, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997, p. 121-130.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Orientação sexual e discriminação no emprego. *Revista do Curso de Direito da Unifacs*, vol. 1, Porto Alegre, 2001, p. 63-76.

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

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Direito e Democracia – Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 2, n. 2, Canoas: Ulbra, ago.-dez. 2001, p. 383-408.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Sortilégio de saberes: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros (1900-1990)*. São Paulo: IBCCrim, 2004.

SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VEGA, Dulce María Santana. Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos. *Actualidad Penal – Revista Semanal Tecnico-juridica de Derecho Penal*, n. 9, Madrid, fev. 2001, p. 141-162.

7. DOCUMENTOS EM ENDEREÇO ELETRÔNICO

ABÍLIO, Adriana Galvão Moura. A questão da tipificação do crime de homofobia – PL 122/06. Conad – Comissão do negro e assuntos antidiscriminatórios da OAB-SP. Set. 2008. Disponível em: [http://www2.oabsp.org.br/asp/comissoes/conad/pareceres/homofobia.pdf]. Acesso em: 05.04.2009.

BARBOSA, Bia. Justiça obriga Rede TV! a transmitir programas sobre direitos humanos. 16.11.2005. Disponível em: [http://www.reporterbrasil.com.br/exibe.php?id=448]. Acesso em: 06.08.2010.

BRASIL. Lei 7.716, de 05.01.1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, *DOU* 06.01.1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L7716.htm]. Acesso em: 04.03.2009.

_____. PL 5.003/2001 (122/2006). Altera a Lei 7.716, de 05.01.1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3.º do art. 140 do Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940 – Código Penal – e ao art. 5.º da CLT, aprovada pelo Dec.-lei 5.452, de 01.05.1943, e dá outras providências. Deputado Antonio Carlos Biscaia (Presidente), Brasília, 03.08.2005. Disponível em: [https://www.naohomofobia.com.br/lei/PROJETO%20DE%20LEI%20plc122-06.pdf]. Acesso em: 04.04.2009.

_____. Procuradoria da República em São Paulo, 3.ª Região, Promoção de Arquivamento, Representação 1.34.001.000696/2006-44 – vol. I, São Paulo, 24.11.2006, Procurador da República Sérgio Gardenghi Suiama. Disponível em: [http://www.prsp.mpf.gov.br]. Acesso em: 02.04.2009.

_____. TRF-4.ª Reg., ApCiv 2001.71.00.026279-9/RS, rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, j. 14.08.2007 (sobre a inclusão na tabela SIH-SUS de procedimentos médicos de transgenitalização para transexuais). Disponível em: [http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/pesquisa.php]. Acesso em: 04.03.2009.

COLAÇO, Rita. Afeto Censurado – Rede Globo e as heteronormas. Disponível em: [http://www.abglt.org.br/port/artigos_d.php]. Acesso em: 22.03.2009

CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO. Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e Promoção da Cidadania Homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/004_1_3.pdf]. Acesso em: 04.04.2009.

COSTA JR., Emanuel de Oliveira. PLC 122/2006: Os homossexuais e as garantias inconstitucionais por via ilegal, imoral e totalitária. Brasília, 06.12.2007. Disponível em: [http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.12122&hl=no]. Acesso em: 04.04.2009.

CURY, Matheus Guimarães. A falácia em torno das penas alternativas para o dependente químico. 02.04.2009. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 05.04.2009.

HOFFMAN, Matthew Cullinan. Policial é demitido por expressar opiniões cristãs acerca do homossexualismo. Trad. e adaptado por Julio Severo. 14.12.2008. Disponível em: [http://www.overbo.com.br/portal/2008/12/14/policial-e-demitido-por-expressar-opinioes-cristas-acerca-do-homossexualismo]. Acesso em 05.04.2009.

LIMA, Valter. Homofobia – Projeto de Lei 122/06 provoca polêmica entre religiosos e ativistas homossexuais. Aracaju, 22.08.08. Disponível em: [http://valter-lima.blogspot.com/search/label/Reportagem]. Acesso em: 04.04.2009.

LISBOA, Daniel. Grupo Gay da Bahia. Projeto de lei equipara homofobia a racismo. 30.07.2006. Disponível em: [http://www.ggb.org.br/projetode_lei_homofobia_racismo.htm]. Acesso em: 06.08.2010.

MATTAR, Flávia. Brasília mostra seu lado homofóbico (entrevista). Disponível em: [http://www.ibase.br/modules.php?name=Conteudo&pid=301]. Acesso em: 04.04.2009.

PADIGLIONE, Cristina. Sexo oposto, longe do racismo. 13.05.2008. Disponível em: [http://blog.estadao.com.br/blog/padiglione/?title=sexo_oposto_longe_do_racismo&more=1&c=1&tb=1&pb=1]. Acesso em: 04.04.2009.

PARANÁ. Secretaria de Estado da Segurança Pública. Segurança recebe homossexuais para discutir segurança. 02.05.2008. Disponível em: [http://www.seguranca.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=400]. Acesso em: 04.04.2009.

QUEIROZ, Jandira. Não quero sexo, quero afeto. 15.07.2008. Disponível em: [http://www.paroutudo.com/materias/redacao/080823.php]. Acesso em: 06.08.2010.

REIS, Toni. A vitória do Lula e os Direitos Humanos de GLBT. 01.11.2006. Disponível em: [http://www.soninha.com.br/pivot/entry.php?id=1047&w=soninha__noticias]. Acesso em: 03.04.2009.

REVISTA NUANCE. Gay é morto em Curitiba. 27.10.2009. Disponível em [http://revistanuance.wordpress.com/2009/10/27/gay-e-morto-em-curitiba/]. Acesso em: 06.08.2010.

RICARDO. Evangélicos cometem gafes em manifestação. 25.06.2008. Disponível em [http://plc122.blogspot.com/2008/06/evanglicos-cometem-gafe-em-manifestao.html]. Acesso em: 04.04.2009.

SEVERO, Julio. Gays, perseguição e mentiras: a novela de sempre – Mídia sem máscara. 27.03.2009. Disponível em: [http://blogsemmascara.blogspot.com/2009/03/gays-perseguicao-e-mentiras-novela-de.html]. Acesso em: 04.04.2009.

_____. Quando os que não aceitam o comportamento homossexual são tratados como criminosos. 28.05.2007. Disponível em: [http://igeva.com.br/ojornalinteracao/?dinamico/1278//1390]. Acesso em: 05.04.2009.

TEIXEIRA, Paulo (Redação do Holofote). Homossexualismo: Julio Severo, escritor evangélico, é denunciado ao Ministério Público por ativistas. 30.11.2007. Disponível em: [http://holofote.net/2007/11/30/homossexualismo-julio-severo-escritor-evangelico-e-denunciado-ao-ministerio-publico-por-ativistas-homossexuais]. Acesso em: 04.04.2009.

VENTURI, Gustavo. Pesquisa Perseu Abramo mostra preconceito contra comunidade LGTB. Fundação Perseu Abramo. Disponível em: [http://www.abglt.org.br/docs/FPA_Pesquisa.zip]. Acesso em: 04.04.2009.

50512

IV SISTEMA PRISIONAL

1
Etnografía, espacio y tiempo de prisión

PABLO ANDRÉS VACANI

Doctorando de la Facultad de Derecho de la UBA. Investigador proyecto UBACyT D 010 2008-2011 y de Culminación de Doctorado 2010-2012 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto Gioja. Becario Conicet Postgrado Tipo II (2006-2008). Universidad de Buenos Aires.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMEN: Este trabajo intenta abordar el modo en que el derecho conserva ciertas funciones políticas sobre sus fines jurídicos, lo que se representa como "violencia legítima" en su matriz epistemológica, aspecto que lo aleja del impacto que esa sanción tiene en diversas prácticas sociales. Parto de la hipótesis que a esto ha contribuido la producción doctrinaria, que llamo saber teoricista, entendiendo por ello aquel saber penal que se construye en función a teorías que reproducen usos anteriores, las cuales se integran sobre ciertas nociones conceptuales que se distancian de la función que en las acciones prácticas asume el objeto teórico. Sostengo que la indagación empírica debe ser condición de la producción teórica. La etnografía es una de las mejores posibilidades por las que el derecho penal pueda enfrentarse a objetos nuevos, pues sobre dichas formas de percepción y acción que se desarrollan en el proce-

ABSTRACT: This paper looks at not only the problem of the effectiveness of human rights, but also the manner in which the law preserves certain political functions for legal purposes, a practice represented by the "legitimate violence" in its epistemological matrix. I start from the assumption that this has been influenced by the doctrinarian effect, which I call theoretical knowledge, understood as penal knowledge founded on theories that reproduce previous uses and which are integrated into certain conceptual beliefs that distance themselves from function, and assumes the theoretical object in practical measures. I put forth that empirical inquiry is the condition of theoretical production that requires criminal law against the forms of legitimate violence like those the State has instituted, subsequently obstructing their true value in the social accountability process. Ethnography is the only option held by

so de investigación, es posible corregir aquella doctrina vigente como también poner a punto aquellos principios penales, relevando aquello que el espacio remite a cada objeto teórico. En este caso se pretende incorporar la relación fundamental que las prácticas de prisión tienen sobre el tiempo y la pena. En este sentido el proceso etnográfico que presento se constituye como condición de una construcción teórica, cuyo objeto permite sostener como tesis que el tiempo transcurrido en prisión preventiva, constituido sobre una serie de acontecimientos lesivos a distintos derechos individuales, resulta un tiempo distinto y mayor a aquel que representa la unidad abstracta de medida de pena formal.

Palabras-clave: Prisión – Tiempo – Cuantificación.

criminal law to face new objects, given that through the forms of perception and action carried out in research it is possible to correct the doctrine in force and to refine the criminal principles in terms of what space remits to each theoretical object. Here we take up the fundamental connection between the practice of imprisonment and time and punishment. In this sense, the ethnographic process I present is a condition of a theoretical construction whose object allows holding that the time elapsed in custody, made up of a series of events injurious to various individual rights, becomes a time that is different from and greater than the abstract unit of measurement allotted in formal punishment.

Keywords: Imprisonment – Time – Quantification.

Sumario: 1. Introducción – 2. La etnografía como producción teórica – 3. ¿Por qué un proceso etnográfico sobre la medida de pena? – 4. Las etnografías de violencia como relaciones en el campo de prisión – 5. La adecuación del proceso de indagación al saber penal – 6. La incidencia teórica en el ámbito del derecho – 7. Conclusiones – 8. Bibliografía.

"Es necesario introducir un método estructural, un modo de pensamiento relacional que permita caracterizar todo elemento por las relaciones que lo unen a los otros en un sistema del que obtiene su sentido y función". Pierre Bourdieu.

1. Introducción

Una de las principales funciones que ha tenido la falsedad de este discurso legitimante ha sido justamente delimitar el saber de la pena buscando su racionalidad con el tiempo, traduciéndola en tiempo, fuente de la "estética razonable de la pena".[1]

1. "¿Cómo podría dejar de ser la prisión la pena por excelencia en una sociedad en la que la libertad es un bien que pertenece a todos de la misma manera

La consecuencia sustancial de este tiempo lineal que recepta las legislaciones locales ha sido la de *perpetuar la falsedad* de ese discurso jurídico, cuya particularidad ha consistido en pensar en la pena e incluso analizarla y definir sus consecuencias alejado del espacio de prisión, sin considerar que el principio de legalidad también se extiende directamente a la aplicación de la violencia punitiva.[2] El antecedente inmediato de esta problemática sin dudas parte de la obra que Rusche y Kirchheimer publicaran en 1939, quienes formulan una contundente crítica al enfoque jurídico hegemónico que expresaban no sólo las teorías clásicas de la pena sino también la perspectiva utilitarista del tiempo moderno, considerando que en esa relación entre pena y tiempo se impide comprender y explicar las formas específicas del castigo en el conjunto de la dinámica social. Afirman de ese modo que las teorías jurídico penales "no sólo han contribuido escasamente a dilucidar la problemática socio-histórica de los métodos punitivos, sino que ha ejercido una influencia negativa sobre aquella, en tanto han considerado la pena como una entidad eterna e inmutable".[3] En este sentido es que proponen "despojar a las institu-

y al cual está apegado cada uno por sentimiento "universal y constante"? Su pérdida tiene pues el mismo precio para todos; mejor que la multa, la prisión es el castigo "igualitario". Hay una forma-salario de la prisión que constituye su "evidencia" económica, y que le permite aparecer como una reparación" FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, 1989 (1976), p. 234.

2. En la actualidad Alberto Binder expone esta situación con suficiente claridad en su trabajo *Introducción al derecho penal* advirtiendo que la reacción violenta no es una abstracción, tal como suele parecer cuando se estudian las "teorías de las penas". Significa algo bien concreto que va mucho más allá de la privación de libertad. Significa ingresar a un lugar edificado de un modo determinado (y esa edificación tendrá consecuencias muy notorias en la vida carcelaria) donde se convive con otras personas también de carne y hueso (y esa convivencia también será determinante), sometido a cierto tipo de disciplina, a un modelo u otro de organización carcelaria. Lo que llamamos a veces tangencialmente "condiciones carcelarias" constituyen el contenido concreto de la pena. Así que cuando hablamos de las condiciones carcelarias estamos hablando de la pena misma, no de algo agregado a ella. La justificación de la pena – si ello es posible- es la justificación de las condiciones carcelarias concretas, no de una entidad distinta a ellas. BINDER, A., *Introducción al derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 304.

3. RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *Pena y estructura social*, Temis, 2004 (1939), introducción, p. 2.

ciones sociales dedicadas a la ejecución de las penas, de su velos ideológicos y apariencias jurídicas y descubrirlas en sus relaciones reales".[4]

El desarrollo evidenciado a partir de la década del 60, en particular, por la sociología del castigo, valiéndose de métodos y aportes propios de múltiples disciplinas antropológico-sociales,[5] no ha trascendido aún a la teoría penal, ni tampoco la criminología crítica ha tenido una real incidencia en las prácticas judiciales, siendo únicamente relevante en el análisis y definición de nuevos objetos teóricos. Por ello, la intención de este trabajo es aunar un saber penal que invierta esta sensación de incompatibilidad entre tiempo, espacio y derechos humanos. Desde una indagación de los métodos punitivos actuales se procura definir nuevos medios conceptuales que permita a los operadores no sólo interpretar y explicar estas propiedades del espacio, sino ofrecer un sistema clasificatorio que facilite una relación entre esos conceptos, atribuidos en el conocimiento de la temporalidad misma de las prácticas de encierro, con las funciones teóricas que se proponen sobre el tiempo de prisión.

El trabajo define un modo de integrar esta comprensión del trato punitivo en prisión -sus dinámicas o contingencias durante el tiempo que va transcurriendo- al valor que el tiempo objetivo del derecho tiene en el texto legal, cuando esto es lo que reduce la medida a una representación de un deber ser de la violencia legítima que no es. Asimismo es a través de cuyos datos que se construyen las nociones o rendiciones teóricas que delimitan el problema de la efectividad de los derechos o el *status* jurídico de los detenidos durante el cumplimiento del tiempo de prisión. Ante ello se prevalece un proceso de representación de lo negado por el texto legal –el espacio de prisión– y la comprensión de otras redes de significado y coerciones invisibles que constituyen no sólo las reglas en juego de ese espacio social, sino donde particularmente está en crisis el ámbito de protección de los derechos humanos.

4. Ibidem.

5. Cloward, R., *Theoretical studies in social organisation of the prison*, 1960; Morris, T. y Morris, P., *Pentonville: A Sociological Study Of An English Prison*, Routledge and Kegan Paul, London, 1963. Mathiesen, T., *The Defences of the Weak: A Sociological Study of a Norwegian Correctional Institution*, Tavistock Publications, London, 1965. Clemmer, D., *The Prison Community*, New York, 1958; Fitzgerald, M, *Prisoners in Revolt*, Penguin, Londres, 1977.

2. La etnografía como producción teórica

La noción de pena como medida abstracta de tiempo, ha sido objeto de múltiples referencias teóricas, sin que dicho amalgamiento de teorías haya realizado referencia alguna al espacio en que dichas prácticas de prisión se constituyen, negando así las referencias teóricas que dichos procesos pueden tener sobre los principios de aplicación del derecho penal. Sobre tantos debates teóricos, la pena continúa escindida de las condiciones de prisión. Más aún, debe tenerse en cuenta, desde el proceso de internacionalización de derechos humanos,[6] que distintas normativas delimitan claramente cuales son las pautas por las cuales el Estado sólo esta condicionado a ejercer un encierro legítimo, o sea, no pasible de tratos arbitrarios como inhumanos, crueles o degradantes. Sobre este punto tantos otros teóricos acuerdan en efectivizar adecuadas condiciones de encierro, pero esa realidad tampoco ha tocado la punición. Ante ello, su matriz epistemológica aún no ha estado sujeta a comprometer sus apuestas teóricas a objetos empíricos bien precisos, representando al producto teórico como un objeto que es suficiente asímismo. Este saber teoricista, objeto de un saber penal que se construye en función a teorías que reproducen usos anteriores, se distancia de la función que en las acciones prácticas asume el objeto teórico.

Se intenta que la teoría sea el resultado emergente de un programa de acción y percepción que sólo se devele en el trabajo empírico que la actualiza. La teoría debe ser parte de esa construcción temporal que toma forma por y para el trabajo empírico. En este sentido, la etnografía es una posibilidad para que el derecho penal pueda enfrentarse a objetos nuevos, y de este modo permitir la exclusión de cualquier referencia conceptualista que contribuya a sustituir aquella temporalidad que define la dinámica misma del espacio.[7]

6. Este proceso data desde el término de la segunda guerra mundial, en 1948, cuando la ONU formula la Declaración Universal de Derechos Humanos, como primera normativa internacional que en el desarrollo de los años alcanzara las distintas constituciones políticas, sumadas a otras normativas sustanciales en materia penal, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aquí dicha adecuación al texto constitucional se produce en la reforma constitucional de 1994.

7. El conceptualismo es una de las herramientas más importantes de la cosmovisión jurídica, a través de la cual se inserta la forma del discurso

En este trabajo tomamos la relación fundamental que las prácticas de prisión tienen sobre el tiempo y la pena. El proceso etnográfico que presento se constituye como condición de una construcción teórica, cuyo objeto permite sostener como tesis que el tiempo transcurrido en prisión preventiva, constituido sobre una serie de acontecimientos lesivos a distintos derechos individuales, resulta un tiempo distinto y mayor a aquel que representa la unidad abstracta de medida de pena formal.

Para ello la investigación toma por objeto aquella población que se encontraba cumpliendo prisión preventiva, abarcando distintos penales de la provincia, mediante la realización de entrevista no directivas y en profundidad, análisis de archivos, datos disponibles relevantes (denuncias, informes de inspecciones a unidades, datos de agencias del Estado y ONGs) y entrevistas a informantes claves. Busco que dicho proceso de indagación tenga el efecto de acortar la distancia entre aquello que el derecho –por intermedio de la doctrina– representa como medida de pena, aquello que las normas internacionales protegen –como garantías al encierro ilegítimo– y aquello que las prácticas de prisión producen –como regularidad de un espacio social determinado–. El modo de indagación constituye una serie etnográfica de violencias en el ámbito del encierro de prisión, que permitirá representar qué relaciones integran la producción de dichas prácticas de prisión, como identificar que la configuración de dichas relaciones determinan por sí una condición de arbitrariedad, a que estructura pertenece esa productividad, y que reglas y regularidades hacen eficientes las prácticas de prisión.

3. ¿Por qué un proceso etnográfico sobre la medida de pena?

Una de las explicaciones a este interrogante tiene que ver con aquella función que la teoría penal cumplió desde mediados del siglo

jurídico. Este imaginario se define por la comprensión meramente acrítica de un efecto jurídico sólo respecto al modo planteado por el concepto de ley o análisis jurisprudencial, y no por la actualización de los problemas de efectividad que acarrean estos términos legales en la práctica social, o sea en las condiciones de un lugar o espacio determinado por otras variantes o relaciones de fuerza. Este conceptualismo se caracteriza por la neutralización de todo lo contingente mediante la prevalecencia del concepto como instancia de previsibilidad en las decisiones jurídicas. Al respecto, v. Bourdieu, P., *Elementos para una sociología del campo jurídico*, en Fuerza de ley, Siglo del Hombre, Bogotá, 2000.

XVIII, en el proceso que inaugurara la pena de prisión durante el auge del proceso de revolución industrial. La clase burguesa que luchaba por el ascenso al poder, procuró por medio del derecho penal cambiar las relaciones de violencia que se cumplían en el encierro con las monarquías absolutas, mediante las herramientas de la época, que eran la previsibilidad, la certeza y la proporcionalidad. Hay un cambio en la representación de esas formas de violencia que integra la penalidad, pero tal cambio garantizaba un distanciamiento al modo en que esas formas de violencia operaran en el encierro. Lo importante de esto no eran los fines de la pena sino conservar la función política de la cárcel sobre el valor de la fuerza de trabajo, que debía venderse en el mercado a cambio de un salario, sobre la idea del hombre abstracto medido en el tiempo.[8] Se pone en práctica el principio de retribución equivalente,[9] es decir, "se vende" instrumentalizar una forma de represión bajo el nombre de las garantías de igualdad, proporcionalidad y certeza, que el derecho penal representa como medida de pena, garantizándose que ésta no pueda relacionarse con el modo de cumplimiento, en tanto la pena se expresa como expropiación de una medida de tiempo como valor atribuible a la fuerza de trabajo. Así se neutraliza como medida de pena toda localización del detenido en la prisión respecto de las condiciones en que se cumplen esos fines que fundan la sanción.

Esto continúo sobre diversos instrumentos teóricos que si bien profundizaran sobre los fines de la pena, nunca pusieron en cuestión la medida de pena como criterio de retribución. Se asumió así en los textos penales y resulta reproducido en la práctica jurídica, mediante dos expresiones. La primera como condición de una medida prefijada de tiempo mínimo y máximo, que garantizar el principio de legalidad en relación al delito que se consigna mediante los distintos tipos penales. La medida de pena resulta un tiempo abstracto previamente asumido en una escala penal, cuyo proceso de determinación es considerado en razón de un principio de proporcionalidad.[10] Pero agrava más esta abstracción,

8. V. PAVARINI, M. y MELOSSI, D. *Cárcel y fábrica*. México: Siglo XXI, 1983. p. 228.
9. Bajo la noción de proporcionalidad v. FEUERBACH, A. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989; PAGANO, F. *Principios del código penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002; ROMAGNOSI, G. *Génesis del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982.
10. El derecho penal moderno ha atribuido a la fuerza legal de castigar una expresión de racionalidad traducida en la operación de medir aplicando un

la particularidad del art. 24 del Código Penal, que integra esa medida abstracta de tiempo, a otro que fue ejecutado, vivido, circunstanciado, con el objetivo de equipara cuantitativamente ambos tiempos, cuando por su naturaleza son distintos. Estas dos condiciones no determinan una relación entre el tiempo de pena y el modo de su cumplimiento, lo que permite decir que en el derecho penal rige una medida de pena abstracta equivalente a una dimensión cuantitativa. Del otro lado, está la prisión que compone ese tiempo, precisamente un tiempo que no es igual que aquel que puede traducir nuestro transcurrir en un tiempo social.[11]

Desde el nacimiento de la prisión misma que la cárcel sólo recoge críticas de sus funciones negativas,[12] y así es comprendida en el mundo académico, y en la sociedad en sí misma. Esto caracteriza su medida excesiva, su intolerable inhumanidad. Sin embargo la penalidad continúa expresándose en una dimensión cuantitativa que omite el contexto en que ese tiempo transcurre. Diría que es el mismo derecho que –esquizofrénicamente– nos dice, que esa pena es ilícita –respecto del conjunto de normas que prescriben el deber ser del cumplimiento de la pena–[13] pero por otro lado se encarga en impedir que sea pena, o sea que esos padecimientos, estén atribuidos a su cuantificación. Se presenta así la distancia del texto, del acto jurídico que consagra la violencia, y la acción que ésta

criterio cuantitativo, cuyo logro se encauza a través de un razonamiento de proporcionalidad entre delito y pena. V. BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*. Madrid: Alianza, 1988, entre otros.

11. El tiempo es expresión de derivadas definiciones de identidad y vivencias subjetivas. Las experiencias distintas de la detención implica una deformación extrema de aquellos principios que derivan de la organización social del tiempo, extremándose de modo dramático al interior de la cárcel. V. MOSCONI, G. Tiempo social y tiempo de cárcel. En: *Secuestros institucionales y derechos humanos*. Barcelona: Bosch, 1997.

12. En nuestro medio, v. BALLVÉ, A. El primer censo carcelario de la República Argentina. En: *Archivos de Psiquiatría, Criminología y ciencias afines*. Buenos Aires, 1908.

13. Esta "medida" de pena "justa" es representada por las pautas de aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso, en reglamentación a la diversa normativa que excluye encarcelamientos arbitrarios (art. 7.3 CADH) ó penas crueles, inhumanas y degradantes (CADH, 5.2 entre otros) constitutiva del deber del Estado de preservar las libertades y seguridades personales en ámbitos dispuestos para su privación de libertad ambulatoria.

asume al reproducir otro contexto, cuyas formas de empleo de fuerza actúan de manera independiente al ámbito del derecho.

Lo expuesto toma un ejemplo claro del saber teoricista que continúo con las formas del saber teórico penal ilustrado. Algo que se intentara en ese momento como solución a las relaciones de violencia para la sociedad industrial, no sólo que fue constituida sobre otros fines, sino que pretende continuar su vigencia hoy, cuando la prisionización ha aumentado sus niveles de conflictividad, sin que los procesos teóricos pensaran qué efectos formular sobre aquellas prácticas de prisión, al cual todos concuerdan, resultan arbitrarias, en consonancia a las normativas internacionales. Si esto es así ¿dónde está el mayordomo asesino? Si se asume la falsedad existente del principio de retribución, que implica representar que el Estado garantiza en el ámbito de la prisión igual goce efectivo de derechos individuales ¿por qué no asumir un cambio teórico al respecto?

Mi respuesta es que la teoría penal, tal como se la ha asumido hasta hoy, no tiene capacidad para ello, en tanto no tiene posibilidad de producir sobre procesos de indagación. Trabaja deductivamente, reproduciendo nuevos usos a nociones conceptuales anteriores, produciendo esto un exceso de conceptualismo, que distancia entre aquello que la doctrina dice y la práctica penal actúa sobre acciones prácticas, que incluso no trabajan en función de esa producción teórica. Esta fragmentación garantiza la instrumentalidad que les vengo señalando ¿Por qué? Justamente, porque el saber teórico no es el resultado de procesos de indagación que permitan poner a prueba el funcionamiento de las propiedades de las nociones teóricas formuladas, para "a partir de allí", construir aquellas nociones útiles al problema que se plantea.

Es necesario renunciar a la complacencia un tanto fetichista con la que se aborda el proceso teoricista en la penalidad. La teoría penal debe aprehender verdades sobre el mundo social, y trabajar en el acortamiento de la distancia que produce el discurso en las prácticas jurídicas, poniendo en juego hipótesis bien construidas, fundadas en teorías y en la experiencia, en esa especie de movimiento hermenéutico y circular de la confrontación de fines jurídicos y rectificación de terreno-teoría. Para ello, entiendo conveniente entender la teoría como parte de un trabajo empírico que refleja al objeto teórico mediante formas concretas de percepción y acción. Y esto es tan así, que mucho objetos teóricos pueden definirse diferenciados según se circunscriban en procesos diferentes, pues lo potencial de ello es que la producción teórica sea

una localización transformadora, y de siempre posible corrección de la doctrina penal, cuya variación depende del equilibro o la distancia existente entre aquello que la práctica circunscribe en el contexto que se indaga, y aquello que las normas garantizan como condición de legalidad.[14]

Dentro de este proceso la etnografía es uno de los *modus operandi* que permite orienta un proceso de investigación, permitiendo durante este proceso evaluarse las nociones teóricas resultantes al contexto que se analiza. En este caso tomamos el sentido de "cualidad" que integra el tiempo de prisión, como oposición a la reducción aritmética del principio de retribución, relacionándolo al modo en que ese tiempo se cumple en razón a las prácticas que integran la cárcel.

Esta indagación integra dos métodos teóricos que expresan el cómo y el para qué de la tesis que sostengo. El primero, en relación a las nociones empleadas en el proceso empírico, tomamos las herramientas sociológicas de Pierre Bourdieu, cuyas propiedades resultan de utilidad para analizar la prisión como campo, noción cuya utilidad permite representar sus formas de estructuras objetivas capaces de condicionar la arbitrariedad de las prácticas –un sistema de coacciones estructurales cuyo espacio se configura de por sí arbitrario (bajo ciertas condiciones de posiciones de relaciones objetivas)–,[15] que provoca una experiencia dóxica, que implica naturalizar ese arbitrario mediante las acciones prácticas, en tanto su eficacia se determina sobre un sistema de reglas independientes de aquellas que formula la tutela de derechos individuales. La prisión se caracteriza por esa autonomía. Comprender sus prácticas implica descubrir su estructura como los diversos mecanismos de producción y reproducción, donde cierta arbitrariedad en el trato, implica la condición de ciertos factores de intereses que el Estado

14. Ferrajoli ha demostrado esta crisis con la brecha que diera en llamar normatividad y efectividad, que se manifesta bajo la forma de antinomias entre normas y principios de nivel superior y normas y praxis del nivel inferior. V. FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1999, p. 698.

15. La teoría de los campos representa una teoría general de las prácticas que ha sido orientada por Pierre Bourdieu por la multiplicidad de investigaciones empíricas, permitiendo pensar el mundo social como espacio de diferencias, estructurado según la distribución del volumen global y de la proporción de los distintos tipos de poder o capital –posesión de los intereses en juego, capacidad de acumulación, de inversión– que circulan en el espacio social sobre el que se trabaja.

asume. Por ello la comprensión del método de indagación que se realiza tampoco está despojada al efecto contrario, o sea, a la relación entre las estructuras objetivas del campo y al sistema de derechos que el Estado está obligado a proteger, y que es responsable por acción u omisión del personal penitenciario.

El segundo modelo teórico constituye el resultado del proceso de indagación como método que permite tener funciones prácticas en el campo jurídico, esto es, establecer, sobre la noción de campo de prisión, un sistema de clasificación de las formas de violencia –planteables como practicas de prisión arbitrarias– que producen la operatividad de un sistema de nociones teóricas –que llamaré "condiciones cualitativas de prisión", "objetos empíricos", "cualidad aflictiva"– con el objeto de representar qué prácticas de prisión pueden ser objeto de encarcelamiento arbitrarios, como comprender estos acontecimientos durante el plazo de prisión preventiva, las normas de derecho que se ven afectadas en razón de esa identificación, y teniendo en cuenta los derechos individuales afectados, se determinará la forma de hacer cuantificable a la pena esas condiciones de encierro, como tiempo real y no aritmético. En resumen, este modelo teórico procurar representar y poder cuantificar aquellas afectaciones gravosas resultantes de las prácticas de la prisión preventiva a la pena que se imponga.

4. Las etnografías de violencia como relaciones en el campo de prisión

Sobre el problema que cierne a la violencia me he visto impulsado a indagar una de sus máximas representaciones que asume en el ámbito penal, y que remiten a aquellas condiciones de existencia que impone la prisión como resultado del dictado de una medida de privación de libertad. Esta indagación atribuye al contexto de la provincia de Buenos Aires, e incluyó fuentes primarias –basadas en entrevistas no dirigidas ó abiertas– que integran mi acción participación como trabajador jurídico frente a demandas relacionadas con aquellas condiciones de encierro. A ello he sumado el empleo de distintos datos disponibles, particularmente en el registro de informes de inspecciones a distintas prisiones, de las cuales también he tenido participación directa.

La relación con Bourdieu fue más que apropiada en la medida que el planteo implica perfilarnos a aquellas condiciones subjetivas que propician las distintas afectaciones de la prisión, y por otro lado, integrar ello a un método que indique que esas lesiones son producto del funcio-

namiento de unas prácticas concretas, cuya regularidad sólo pueden ser entendidas en el modo en que el Estado garantiza cierta configuración de su estructura. La pretensión de afirmar que aquellas victimizaciones, como experiencias concretas del encierro, son condición de un modo de estructuras objetivas que constituyen la pena en un campo de prisión, requirió previamente indagar si estamos en condiciones de analizar la prisión como campo, para señalarlo como un espacio donde se ejerce un efecto de campo, un modo a la vez de señalar sus límites.[16]

16. La noción de campo se ubica en el desarrollo de una larga tradición de reflexiones sociológicas y antropológicas sobre la diferenciación histórica de las actividades o las funciones sociales y sobre la división social del trabajo. Tomando esto último, indudablemente, de la reflexión durkheimiana sobre la división del trabajo social, Pierre Bourdieu tomó gran parte de los esquemas interpretativos para formulación dicha noción operatoria. En ese trabajo, básicamente, Durkheim piensa el proceso de evolución a posteriori de las sociedades occidentales tradicionales caracterizadas por un "estado de indistinción y de homogeneidad" original, y especialmente por la omnipresencia englobadota de lo religioso. Esa relativa indistinción original de lo económico, de lo político, lo religioso, lo cognitivo, etc., plantea al analista un problema mayor, en la medida en que el conjunto de las categorías de las que dispone para hablar del mundo social ("economía", "política", "religión", "cultura") es el producto de la autonomización de los ámbitos de prácticas sociales. "La división del trabajo –escribe– varía en razón directa del volumen y la densidad de las sociedades, y si progresa de una manera continua en el curso del desarrollo social es porque regularmente las sociedades se tornan más densas y por lo tanto más voluminosas". Esa densidad y volumen, han planteado a la sociología un problema de lugar social y simbólico a los diferentes individuos que componen la formación social. Se pensó el modo en que todo microcosmos social constituye competencias específicas, diferenciadas, con reglas particulares. Asimismo, no sólo Durkheim, sino particularmente la aproximación de Max Weber, fue sustancial en la función heurística y epistemológica que Pierre Bourdieu tomara sobre la noción de campo. En su presentación de la Sociología de las religiones, Weber encara claramente la cuestión de la autonomía relativa de las diferentes maneras de vivir religiosamente y de las distintas concepciones religiosas, y es la diferenciación de los registros de acción la que conduce a la progresiva toma de conciencia de lógicas propias de cada uno de ellos. Este esquema interpretativo de la "lógica interna", "propia", "inmanente", utilizada por Pierre Bourdieu ha sido sustancial en ocasión de su reflexión por la sociología de las religiones de Max Weber (v. "Une interprétation de la sociologie religieuse de Max Weber", en Archives européennes de sociologie, vol. XII, n. 1, 1971, p. 3-21) mientras analizaba en 1971 la problemática del campo intelectual, para en ese año publicar "Génesis y estructura del campo

La indagación implicó relevar si esas formas de trato no sólo resultaban ser producto que integra las condiciones de su estructura de funcionamiento (o gobernabilidad), sino también cuales son aquellos mecanismos que determinan las disposiciones de los detenidos a determinados actos de fuerza, como condición del campo a ese transcurrir del tiempo.[17] Pero para analizar a que configuración de estructura del campo (ya sea el sistema de límites, de fuerzas que lo integran) se constituye ese tiempo, resultó de importancia remitirnos a la noción de capital. Esta es una herramienta sustancial para poder representar de qué manera se configura el tiempo de prisión y a su vez entender las determinaciones que la gestión del capital impone a sus ocupantes;[18] asimismo, identificar la estructura del campo implicó tomar como referencia el tipo de capital específico y sus transformaciones, y en razón a esto último, como influye esa configuraciones de poder,[19] o sea, en la capacidad de acumular los intereses en juego, la forma en que ello permite establecer en el campo ciertas relaciones recíprocas, que formas de contratos existen, que bienes constituyen esos intereses. Sobre esta estructura del campo como actúa

religioso" y "Campo del poder, campo intelectual y habitus de clase". Sin embargo, previamente, en 1966, Bourdieu intentaba ya hacer análisis en términos de campo, en su trabajo "Campo intelectual y proyecto creador" donde allí propone ya casi todos los elementos constitutivos de un campo como el pensamiento en términos de relaciones sistemáticas, la idea de la autonomía relativa, utilizando la metáfora de un campo magnético como "un sistema de líneas de fuerza donde los agentes o el sistema de agentes que forman parte de él pueden ser descriptos como otras tantas fuerzas que, posicionándose, oponiéndose y componiéndose, le confieren su estructura específica en un momento dado del tiempo", Bourdieu, P., *Champ intellectuel et projet créateur, en Les temps modernes,* n. 246, 1966, p. 865, trad. Ana Teresa Martinez.

17. La praxeología social entrelaza este abordaje "estructuralista" y "constructivista", que recalca la articulación dialéctica de la teoría de Pierre Bourdieu.
18. La distribución de los diferentes formas de capital configura las distintas posiciones en el campo y da sentido al espacio de las relaciones objetivas entre los agentes, ya sea en forma de subordinación, dominación, homologías, etc. cf. Bourdieu, P. La lógica de los campos. En: *Respuestas para una antropología reflexiva.* México: Grijalbo, p. 64.
19. Me refiero a la capacidad de acumular los intereses en juego, la forma en que ello permite establecer en el campo ciertas relaciones recíprocas, que formas de contratos existen, que bienes constituyen esos intereses, etc...

la distribuciones de los espacios, que relación tiene con el cuerpo como objeto, como se producen y reproducen las relaciones de fuerza, que mecanismos formales e informales forman parte de esa gestión.

Esta indagación implicó establecer ciertas diferencias. Un primer nivel que limita *la estructura del campo en relación con el campo general de poder*, fundamental para fijar la posición del Estado, principal responsable de asegurar que el campo esté en condiciones de preservar los derechos individuales no afectados por la medida de coerción dictada. Se percibió, contrariamente a esa función, la directa participación del Estado en un sistema previsible de acuerdos adecuadamente regulados por instancias formales e informales de la administración –mecanismos administrativos (carterización, licitaciones, cotización de precios de insumos)–, que actúa sobre actos recíprocos estimulados entre sí, o sea entre el poder político y las empresas proveedoras, y entre éstas y la jefatura penitenciaria –disposición que implica garantizar actuales y potenciales acuerdos–, en la modalidad de distintos intercambios económicos implícitos y disputados entre distintas empresas relacionadas al campo general de poder[20] –factor que delimita las funciones específicas del poder político respecto del sistema penitenciario– de acuerdo a las

20. De los datos obtenidos se puede enumerar a estas agencias empresariales, como Yaco S.R.L. (número de legajo 8390), n. de Cuit: 30-63884698-1; Farmacia Caruso Silvia Susana Odoguardi de Galarza (número de legajo 8217), n. de Cuit: 30-51909868-3; Distribuidora Elite S.R.L. (número de legajo 8461), n. de Cuit: 30-64273646-5; Opin S.A. (número de legajo 11.072), n. 30-69374955-3; Drogueria Confar S.R.L (número de legajo 12.814), n. de Cuit: 30-70757575-8; Científica Médica S.R.L. (número de legajo 9678), n. de Cuit: 30-64434687-7; Runner S.R.L. (número de legajo 12.555), n. de Cuit: 30-79798239-6; Dasem S.R.L. (número de legajo 12.580), n. de Cuit: 30-70802788-6; Giaver S.A. (número de legajo 11.830), n. de Cuit: 30-70286636-3; Delle Done y Cia. (número de legajo 42), n. de Cuit: 30-53880228-6; Grupo Colonia S.R.L. (número de legajo 11.763), n. de Cuit: 30-68482910-1; Escudo de Armas S.R.L. (número de legajo 12.232), n. de Cuit: 33-61617551-9; El Chacal S.A. (número de legajo 412), n. de Cuit: 30-55459925-3; Distribuidora Comercial S.R.L. (número de legajo 12.495), n. de Cuit 30-70772056-1; Servicios Gonnet S.R.L. (número de legajo 11.753), n. de Cuit: 30-68492744-9; Dieber S.A. (número de legajo 9464), n. de Cuit: 33-66571311-9; Elmos S.A. (número de legajo 12.778), n. de Cuit: 33-70839580-9; Frigolar S.A. (número de legajo 9255), n. de Cuit: 30-56565401-9; Suarez, Luis Alberto (número de legajo 7536), n. de Cuit: 20-04524709-1; Carzallo Hnos. S.A: (número de legajo 5752), n. de Cuit: 30.53131968-7.

necesidades inherentes de lo carcelario, o sea, distribución de insumos, refaccionamientos y construcción de nuevas unidades carcelarias.

Es precisamente en los rubros alimentos y medicamentos, en los que en definitiva se constatan la mayor cantidad de irregularidades, cuya producción reiterada y sistemática vulneran los derechos de la población carcelaria. El principal mecanismos administrativo que se ha utilizado para que los agentes penitenciarios puedan acordar las relaciones de porcentaje en la descarga con la agencia proveedora –que luego librar la forma de distribución de ese capital–, ha sido sobre la base de la existencia y uso del "Libro de Depósito" o libro de racionamiento. Otra práctica común es ingresar en el libro contable mercadería que nunca entra en la unidad, canjeando la mercadería no utilizada por otra que se utiliza para fines particulares o para su reventa en comercios. También se alterna con el mecanismo consiste en generar stock de insumos –de mayor comercialización como medicamentos– que suelen ser depositados o almacenados en un segundo depósito de la unidad, para luego ser negociados con el proveedor, vía ingreso sólo de remitos y no de mercaderías.

El capital que determina esta configuración específica y que regula las instancias de fuerza, es preponderantemente "económico"[21] tanto respecto a la asignación presupuestaria asignada al Estado, al sistema de relaciones entre la agencia ejecutiva con la jefatura del servicio penitenciario, y entre ésta y la asignación respecto a la diferentes situaciones de emergencias económicas que demandan los diferentes jefes de las unidades penitenciarias respecto de los conflictos existentes en cada una de ellas. Lo sustancial de este sistema de relaciones que constituyen este interés específico como económico, es dar cuenta que su condición de reproducción garantiza cierta distribución escasa de bienes destinados a la efectivización de derechos individuales, como la adecuada alimentación, la debida atención médica. Por otro lado permite establecer *una relación directa entre esas posiciones objetivas sobre ganancias recíprocas con la condiciones de las acciones prácticas constitutivas de las violencias intramuros*, en tanto a mayores condiciones de producción de ésta últimas,

21. Ampliamos la noción de Bourdieu que define al capital económico como directa e inmediatamente convertible en dinero, que resulta especialmente indicado para la institucionalización en forma de derechos de propiedad. Cf. Bourdieu, P. Las formas del capital. En: *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée de Brouwer, Palimpsesto, 2000, p. 135.

aumenta las condiciones de reproducción del capital penitenciario como económico y en función de la producción de estos mecanismos, mayor es el resultado de disposiciones en detenidos que buscan la estrategia de protección dentro de los muros sobre esos intereses en juego. En el proceso de indagación se relevó que estos intereses se convierten, sobre cierta conformación de las relaciones intramuros, en la distribución de *bienes simbólicos* que determina un segundo proceso de relaciones objetivas como posiciones entre agentes penitenciarios y detenidos, y entre éstos, en tanto la distribución y acumulación de objetos determina las fuerzas activas en el campo, estableciendo las distancias de jerarquías, subordinación y disputas.

La condición de posición en el campo es la posesión de estos bienes relacionados a objetos suntuosos como ropa, zapatillas, colchón, televisión, tarjetas de teléfono. Estos bienes incorporan fuerza, un principio de jerarquización que permite tener posibilidad de contrato y distintos privilegios por la acumulación de esos bienes; como a su vez, organizar y formalizar distintas reglas de disputas por la consagración de dichos bienes. Un privilegio es ser "limpieza" de pabellón. Esto define una red de relaciones objetivas indistintas y fragmentadas entre posiciones que distribuyen el espacio carcelario, y lo constituyen en prácticas "segregativas", al determina las posibilidades concreta de enfrentamientos y luchas entre detenidos por el dominio simbólico de sus posiciones que se jerarquizan en relación a la posesión de bienes simbólicos distribuidos entre la agencia penitenciaria y determinados detenidos denominados "limpieza".[22]

22. Según datos de la Secretaría de Derechos Humanos, la cantidad de personas fallecidas en 2003 fue de 139. De estos fallecimientos 112 fueron muertes por causas no traumáticas y 27 por causas violentas. Con relación a estas últimas corresponden: por caída en tentativa de evasión 1; suicidios 8; heridas de arma blanca 14 y quemaduras 4. En 2004 se registraron 171 fallecimientos, 106 de los cuales se produjeron por causas no traumáticas y 65 fueron muertes violentas. En 2005, hasta el 22 de febrero, se han producido 29 muertes por causas traumáticas y 20 por causales no violentas. De las 29 muertes traumáticas 17 fueron resultantes de reyertas entre personas privadas de libertad; 3 por aparentes suicidios y 9 por quemaduras. En el año 2006, las muertes hasta el mes de septiembre ascendieron a más de 56 casos. De ellos, 36 corresponden estrictamente a personas muertas carbonizadas o asfixiadas (33 en el incendio de Magdalena, 3 en Los Hornos). Otras diez se suicidaron con serias sospechas de que fueron ayudados ajustando el nudo. Y otras ocasiones, se logró demostrar que murieron por enfermedades

La productividad de este capital pertenece a este nuevo proceso, culturalmente identificado con lo "joven hegemónico". La capacidad de exceso como distinción marca el dominio de la violencia como factor preponderante y articulador de la administración penitenciaria. Las formaciones de las relaciones intramuros no se compensan estables, sino que se desplazaron, tendientes a formar parte de una fórmula precaria de relaciones que circulan por distintos espacios del campo. En esa circularidad está el valor dado a la posesión como material simbólico (zapatillas –sólo aquellas con capsulas de aire–, vestimenta deportiva) y el ejercicio estratégico puesto en los traslados intramuros, siendo esto el motor que reproduce la apropiación y la distribución de estos bienes como fuerzas administrables en el campo. Los objetos suntuarios no sólo son vestidos sino, particularmente, cambiados por otra mercancía de consumo (por lo general pastillas, tarjeta de teléfonos), generando un proceso de circulación cuyo gerenciador de esos bienes simbólicos es la agencia penitenciaria directa e indirectamente por intermedio de determinados presos. Estos objetos pasan a ser incorporados a las relaciones intramuros. El efecto que se tiene sobre la circularidad de estos bienes simbólico es doble: alianzas y disputas entre detenidos.

De este modo podemos apreciar una correspondencia entre distribución del espacio social y articulación de la distribución de propiedades en el campo. Es decir por un lado se caracteriza la participación activa ó mediata de la agencia penitenciaria en la intercambiabilidad de esos *bienes simbólicos por derechos*, ya sea para hablar con la familia, para dormir en un lugar adecuado, para poder convivir adecuadamente. Por otro lado, se distribuyen determinadas posiciones en el campo, articulándose los mecanismos que pone en marcha el circuito reglado de violencia, mediante un sistema que determina otro sistema de fuerzas en el campo, implicadas en la posición y toma de posiciones de los agentes penitenciarios.

Lo importante de esto es dar cuenta de aquella función que cumple la conservación del interés específico como económico mediante cierta conformación de acciones prácticas que determinan los límites de la estructura de la relaciones intramuros, implicando ello una condición de arbitrariedad que se "hace cuerpo" en los detenidos, en tanto que

nulas o deficiente asistencia médica. Estos datos oficiales no implica que realmente el número de muertos sea ese, sino que, por contrario, las muertes en cárceles ascienden dicho número.

su conservación depende de las buenas estrategias de actuación en esa distribución de bienes como formas de poder. Remitimos la noción de capital al poder atribuido por la agencia penitenciaria respecto de las formas de gestión y distribución de las formas admisibles de violencia, implicando ello *la transformación del capital económico en uno de coerción*. De esta manera el capital y las formas de su distribución –que constituye la estructura misma del campo–, implicó el modo de representar que las condiciones de "lucha" o las configuraciones de las "fuerzas" sean su propia condición reproductora de poder, delimitando el sentido de apreciación y percepción sobre las condiciones impuestas adecuadas a determinadas prácticas. El poder simbólico que se instaura en las prácticas asume una característica disciplinar donde la formación social de ese cuerpo produce "para la cárcel". Así asumimos la noción de *habitus* que viene a representar la in-corporación de estas formas de violencia como condición de una posición de lucha y conservación en el campo.

Esta indagación trata de comprender las prácticas arbitrarias de prisión como campo que se constituye sobre otras reglas, que aquellas que define el derecho. La comprensión de esta conformación de las prácticas, permite develar una primera arbitrariedad, que determina un primer nivel de ganancias específicas como capital económico, implicando una inadecuada distribución de recursos materiales (medicamentos, alimentos, colchones, refacciones sanitarias, edilicias) y un segundo proceso, cuya implicancia directa determina cierta configuración de las relaciones intramuros, mediante la regularidad de formas de violencia, que asume –como segunda arbitrariedad– las acciones prácticas en el campo, en la transformación a un capital social, mediante la inculcación de ciertos intereses asumidos por detenidos como bienes simbólicos, que permiten a la agencia penitenciaria no sólo el dominio en la producción de espacios y posiciones –de aceptación, de jerarquía, de reconocimiento y subordinación–, sino la producción de las demandas propias por el cual se aseguran los mecanismos disciplinares que reproducen el capital específico del campo.

5. La adecuación del proceso de indagación al saber penal

Lo más factible es que tras el ensayo de este método cualquier trabajador jurídico podría preguntarme ¿para qué utilizar esta teoría de la práctica? Pero ¿qué relación tiene todo esto con el derecho penal? Puedo ofrecerle algunas respuestas, porque en definitiva, se trata de destinar ese método al trabajo jurídico pudiendo ofrecer otras herra-

mientas cognitivas sobre aquellas teóricas que actualmente rigen en el ámbito de la punibilidad.

Como he dicho el motivo de ésta indagación resulta en integrar a la medida abstracta de tiempo de pena aquellas condiciones ilícitas de su cumplimiento durante el plazo de la prisión preventiva. La indagación sobre la representación del campo de prisión sobre todo permite evitar el distanciamiento entre aquel "que está allí" y el operador jurídico que "impone ó requiere la pena", y particularmente el defensor que lo representa, en tanto sea posible establecer una comunicación entre ambos agentes. Esta *reflexividad* requiere del letrado un ejercicio de comprensión, descripción y explicación de las prácticas de prisión,[23] para con ello formar teoría en función a esos objetos empíricos del campo.[24] Una de las principales formas de reducir estas diferencias es ofrecerle un método dogmático al jurista para que pueda plantear al caso distintos agravamientos a las condiciones legales de detención, que antes escuchaba y que no podía representarlo como medida de pena, sino sólo haciendo presentaciones para corregir esa situación en la cárcel (habeas corpus, pedidos de traslados, comparendos al tribunal) ó considerarlas como meras cuestiones anecdotarios que necesitaba expresar el detenido. Ahora se le está diciendo que *eso constituye pena*, y que puede representarla como ilícita, pudiendo ser descontada al momento de cuantificarla, para que la pena formal resulte adecuada a los requisitos constitucionales impuestos.[25] Esto explica un modo de integrar al conocimiento

23. La reflexividad en el ámbito de la penalidad implica una forma de generar conocimiento derivado de unas formas de indagación empírica, descriptivas que permitan cuestionar y produce nuevas formas de aplicación, para integrar una interpretación hermenéutica del texto de ley. Se propone así una oposición a la reducción formalista de la cultura jurídica que garantiza la automonía con la realidad social que integra. Respecto de la idea central de reflexividad de la ciencia v. BOURDIEU, P. La práctica de la sociología reflexiva. En: *Una invitación a la sociologia reflexiva*. México: Siglo XXI, p. 307.

24. No se trata aquí de construcciones teóricas grandes como vacías, sino tomar las prácticas de la prisión con el propósito de erigir un modelo teórico que permita compensar a la pena esas victimizaciones por responsabilidad del Estado.

25. Me remito a las bases de este trabajo, v. ZAFFARONI, E. R. Las penas crueles son penas. En: *Lecciones y Ensayos*, n 56. Secretaría de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1996. Originalmente, Possible measures to improve the implementation of the Rules and Standards of the

jurídico que el funcionamiento del campo de prisión no responde a las condiciones legales de detención, y que pueden representarse jurídicamente esos efectos, en oposición a la medida de la pena abstracta, al computarse el tiempo total de prisión preventiva.[26]

Entiendo que para reemplazar la medida temporal-cuantitativa por su entidad espacial-cualitativa, es necesario indagar el modo de funcionamiento de las prácticas que determina las relaciones del campo, pues la arbitrariedad no está necesariamente representada en las lesiones "visibles" representadas (marcas en el cuerpo, enfermedades contagiadas) sino en toda una estructura que determina regularmente las condiciones de existencia. La importancia de esto deriva en que no sólo hay que atender a las "disposiciones empiristas de lo demostrable"[27] sino dar cuenta que *las condiciones de detención resultan de las estructuras en que éstas prácticas del campo se realizan*, y para ello hay que brindar herramientas para representar de otro modo las fuerzas constitutivas de la prisión como arbitraria o cruel, inhumana o degradante.

Esto implicó el trabajo de indagar las prácticas y representarlas mediante un sistema de clasificación que luego pueda traducirse a un saber teórico, permitiendo representar esa dinámica de las prácticas a aquellos derechos individuales afectados en distintos acontecimientos que cubren el tiempo de prisión preventiva. Por ello trabajamos sobre *ese tiempo que integra la pena en su "cualidad"*, o sea, todos aquellos acontecimientos que como prácticas del campo implica a la prisión como transcurso del tiempo.[28] Decirle al juez que ese tiempo de prisión aplicado durante el proceso penal *no tiene una igualdad cuantitativa* correspondiente a la medida de pena impuesta por el delito que lo condenara, la que no se ejecutara aún.

UN referring to Criminal Justice and prevention en Latin America. *Criminal Prevention Branch*. ONU, Viena, 1989 (inédito).

26. A los efectos de computarse el tiempo de prisión aplicado anticipadamente al tiempo de pena impuesto, el texto del artículo 24 del Código Penal establece "la prisión preventiva se computará así (...) por un día de prisión preventiva uno de prisión".

27. Distinción que Bourdieu realiza entre interacción y estructuras o entre espacio social y espacio real, v. BOURDIEU, P. Espacio social y poder simbólico. En: *Cosas dichas*. Barcelona: Gedisa, 1988.

28. V. RICOUER, P. *Tiempo y narración I*. México: Siglo XXI, 1992; MESSUTI, A. *El tiempo como pena*. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2001.

Se permite así, por un lado diferenciarse del avance que la doctrina penal ha tenido durante el siglo pasado acerca de las distintas formas de regularse la "cantidad" como medida de pena a imponerse. Y segundo, otorgar algunas funciones dogmáticas a las condiciones dignas de detención que exige la Constitución Nacional, para sostener que la medida del tiempo de prisión debe ser adecuada en relación al contexto en que esa pena se ejecutara, diferenciándose adecuado o no a las normas constitucionales.

En este sentido otorgar como efecto jurídico aquello que la pena causa en dolor a la pena misma, representa *una oposición a las divisiones y modos de pensar la penalidad*, no sólo por su desdén por las fronteras disciplinarias, sino a su vez, por la condición de multiplicar formas de saber, que en razón a ciertos fines, colocan a las formas de violencias legítimas, aisladas una a las otras. Tomando algunos ejemplos, las estructuras de los campos de prisión, se han significado como "condiciones carcelarias" implicado a un problema de derechos humanos ó de la criminología, constituyendo una inteligibilidad, como que nada tuviera que ver ello con las condiciones de aplicación del derecho penal ni procesal, ni menos con la pena. Se fortaleció así *un saber que no releva problemas de la realidad social* sino que está servicio de ciertos capitales simbólicos, que organizan las agendas teóricas, generando un tipo de saber escolástico,[29] lejos de lograr que el derecho sea un instrumento de indagación y producción teórica en oposición a las manifestaciones del poder punitivo del Estado. Una explicación a esta función que ha reducido el saber penal, ha sido la configuración de una cultura jurídica que ha equiparado derecho penal con ley penal, sin ampliar aquello que antecede a la ley penal que es el "saber penal".[30]

Este saber debe implicar una construcción teórica para la interpretación de esa "ley". O sea el principal trabajo del jurista es una labor interpretativa. Creemos que esa labor puede buscar todo tipo de herramientas para que ese saber interpretativo, incorpore otras formas de representación, de búsquedas de herramientas, de correcciones y postulaciones teóricas continúan, destinadas a oponerse a determinado modo de funcionamiento del poder punitivo del Estado. Necesariamente

29. V. Binder, A. Cultura jurídica, entre la tradición y la innovación. En: *Política criminal bonaerense*. Buenos Aires: Loujaune, 2007.

30. V. Zaffaroni, E. R. Pensamiento y saber penales. En: *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

ese saber penal requiere de información que indague ámbitos de poder cuya referencia hace la teoría. El propósito es generar herramientas jurídicas en donde el derecho pueda regular esas condiciones de producción en la corrección de los elementos de su doctrina, en formas de enseñanzas y nuevas formas de inculcación del trabajo jurídico. En modo contrario, volveríamos a adecuar el derecho a las funciones legítimas de la violencia.

Este saber se integra aquí como método que constituye *un doble sistema conceptual*, derivado por un lado, en otorgar significado a aquellas prácticas de prisión que resultan sin significado en el ámbito de la punibilidad, y luego, en segundo lugar, derivar de éstas representaciones del campo las posibles rendiciones teóricas, mediante un sistema conceptual que pueda ser orientador en representar aquellas prácticas, que definan ciertos afectaciones a derechos individuales, como penas ilícitas que deberá ser descontada a aquella medida abstracta de tiempo en relación al delito que se lo condenara. Lo que el trabajo ofrece es *un método posible de compensación* de ese tiempo de cárcel –respecto del contexto en que la prisión se cumple bajo determinadas modalidades– y aquel tiempo de pena abstracto, que corresponderá continuar ejecutando, para incorporar a esa dimensión cuantitativa, aquellas condiciones prescriptivas que indican la medida de cómo deben ser las penas,[31] cuando así no lo han sido durante el tiempo de su aplicación.

6. La incidencia teórica en el ámbito del derecho

He expuesto cierta configuración del campo de prisión, y precisado las razones que importaran optar por un sistema de clasificación de las prácticas del campo, muchas de las cuales responden a lo que legalmente puede definirse como pena ilícita, por no cumplir con las condiciones legales impuestas. Además de ello el método comprende otro sistema de clasificaciones derivadas de la estructura del campo de prisión. Se pretende integrar esa clasificación de las prácticas a una noción teórica

31. Esta "medida" de pena es representada por las pautas de aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso, en reglamentación a la diversa normativa que excluye encarcelamientos arbitrarios (art. 7.3 CADH) ó penas crueles, inhumanas y degradantes (CADH, 5.2 entre otros) constitutiva del deber del Estado de preservar las libertades y seguridades personales en ámbitos dispuestos para su privación de libertad ambulatoria.

denominada "condiciones cualitativas de prisión", que básicamente consiste en representar los acontecimientos derivado de la estructura del campo, mediante las formas de violencia indicadas con anterioridad, al ámbito de legalidad, con el objeto de establecer una correspondencia entre esa estructura del campo, y aquellos derechos que han resultado lesionados durante un tiempo parcial o total de la prisión preventiva cumplida. Por ejemplo, la categoría de violencia estructural comprende el derecho a la salud ó la categoría de violencia activa el derecho a preservarse la integridad física. Se pretende así una *unidad integral* que permita ofrecer un modo de análisis correspondido entre los derechos fundamentales protegidos con aquellas relaciones de fuerza que los vulneran en las prácticas que el campo asume.

Las representaciones aplicadas al campo de prisión integran un segundo proceso de individualización para comprender la *entidad de violencia arbitrarial* en relación a las prácticas que integran el tiempo de prisión evaluado. Este segundo proceso responde a la exigencia del derecho en admitir como prisión arbitraria o cruel, inhumana o degradante, aquellas prácticas que afectaran "gravosamente" a la persona por acción u omisión de algunos de los agentes penitenciarios que cumplen un rol de custodia.[32] Para conservar cierta coherencia metodológica la entidad del sufrimiento viene a integrar aquellos acontecimientos de victimización ocurridos durante el tiempo de prisión, y éstos deben ser analizados en razón a las prácticas del campo y no en forma aislada en el ámbito jurídico (el acontecimiento se desplaza a un rigor conceptualista). Pretendo sostener que esas afectaciones resultantes de una prisión arbitraria por sus condiciones de existencia no sólo resulta aislada a un mero acontecimiento en que dicha arbitrariedad pueda ser reducida, sino que tampoco, cabe reducir esa modalidad de afectaciones a un análisis subjetivo, respecto de qué lesiones o afectaciones ocurrieron, y en qué medida han resultado gravosas para el detenido. Es necesario establecer una tarea de *complementación de ambos aspectos*, en razón que los mismo sólo resultan combinados, en tanto que sólo es posible una comprensión de las prácticas, en la medida que el abordaje de lo subjetivo (en

32. Cf. art. 5.1 y 2, Convención Americana de Derechos Humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que la calificación de trato degradante o inhumano debe hacerse por cada caso, tomando en cuenta las particularidades del mismo, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y sus circunstancias personales. V. CIDH Informe 35/96 caso 10.832.

la narración, en las representación, en la posición en el campo) pueda ser complementado a una actividad jurídica que comprenda la forma estructural, objetiva, del campo de prisión (apreciando esa posición del agente en las categorías de violencia aplicadas).

En primer lugar individualizamos aquellos acontecimientos que, por medio de los relatos del victimizado resulten comprendidos a algunas de las categorías de violencia aplicadas al método de indagación de las prácticas de prisión. Ubicamos así la disposición del detenido en el campo, y en razón de ello comprendemos ese tiempo de prisión con el objeto de poder representar jurídicamente la entidad del mal que se haya causado. Representamos esos acontecimientos como *objetos empíricos* definiéndolos como noción que permite traducir las prácticas del campo en acontecimientos localizados en un tiempo de prisión, con el objeto de analizar la entidad de esas lesiones, para significarlas jurídicamente como pena ilícita. Esta condición temporal sobre la medida de la pena es el resultado que el método favorece.

Pero no obstante la interpretación de estas condiciones arbitrarias respecto del tiempo aplicado de prisión ilícita es comprensiva de la categoría de espacio.[33] En esta perspectiva el método jurídico propuesto se define, en primera instancia, en la construcción del espacio de prisión bajo el empleo de la noción de *campo* al poder emplearlo como una *estenografía conceptual* que, como un modo de construcción del objeto,[34] permita regir y orientar el conocimiento de la localización del detenido dentro de la estructura del espacio (sistema de relaciones objetivas, leyes, regularidades, probabilidades objetivas), y asimismo comprender las

33. Principalmente intenta representar ese carácter del mal, que puede ser representado en un cuerpo, en marcas de dolor, en pérdidas físicas, ó afectaciones serias en la salud, como una situación, como "un lugar" en que ese cuerpo "ha ocupado", como el espacio donde un agente "tiene lugar", como una "localización", que implica una posición, un rango dentro de un orden (analysis situs). LEIBNIZ, G. *Discurso de metafísica*, Aguilar, Madrid: 1962 (1686). También RENSOLI LAGILA, L., *El problema antropológico en la concepción filosófica de Gottfried Wilhelm Leibniz*, UPV, Valencia, 2002.

34. "Crear" un objeto de investigación equivale a delimitar un espacio de la realidad, establecer un límite –acotar un campo- a partir de un dato óntico, y en modo alguno, "inventar" un campo. Todo el contenido de lo delimitado está frente a nosotros y es su problematicidad la que nos coloca a esa necesidad de delimitarlo para ensayar su comprensión, ZAFFARONI, E. R., *Muertes anunciadas*, Temis, Bogotá, 1993, p. 3.

potencialidades inscriptas en el cuerpo de los detenidos y en la estructura de las situaciones que éstos deben actuar (disposiciones duraderas, modos de obrar sistematizados), ante la configuración particular del espacio de prisión.[35]

Esta posibilidad de descomponer ese tiempo cuantitativo en una instancia cualitativa está atribuido ineludiblemente a las prácticas del campo con el objeto de determinar si tales condiciones de prisión pueden ser consideradas arbitrarias. Para ello previamente hay que comprender que la condición de efectividad o la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales no resulta ser un fenómeno accidental o aislado de las prácticas del campo de prisión, sino el resultado de *un sistema de regularidades propias de las coacciones estructurales* que determinan las relaciones objetivas entre detenidos y de éstos respecto de los agentes penitenciario. No olvidemos que todo campo es un "campo de lucha y

35. Bourdieu lanza un desafío múltiple a las divisiones objetivistas y subjetivistas como modos de pensar en las ciencias sociales. El modo de conocimiento que puede llamarse fenomenológico tiene por objeto reflexionar sobre una experiencia acerca de la cual, por definición, no se reflexiona; no puede ir más allá de una descripción de lo que caracteriza como propio de la experiencia "vivida" del mundo social, es decir la aprehensión de ese mundo evidente, que se da por sentado. El objetivismo, en cambio, adopta como proyecto establecer regularidades objetivas, independiente de las conciencias y voluntades individuales. Su principal problema es que a falta de un principio que comprenda la generación de esas regularidades, tiende a deslizarse del modelo a la realidad, a deificar las estructuras que construye tratándolas como entidades autónomas dotadas de la habilidad de "actuar" a la manera de agentes históricos. Incapaz de captar la práctica si no es negativamente, como la mera ejecución del modelo construido por el analista, el objetivismo termina por proyectar en las mentes de los agentes una visión (académica) de su práctica. Su praxeología social tiene por objeto entrelazar el punto de vista objetivo (estructuralista) y subjetivo (fenomenológico). Primero, sobre la noción de campo piensa en términos de construcción de estructuras objetivas, para luego reintroducir la experiencia inmediata y vivida de los agentes en esas condiciones objetivas del espacio, y desde allí explicar las categorías de percepción y acción que se engendran, que están en movimiento, que conforman el "sentido práctico". v. Bourdieu, P. y Wacquant, L., *Hacía una sociología reflexiva,* Siglo XXI, Buenos Aires, 2005 (1995), p. 37; Bourdieu, P., *El sentido práctico,* Siglo XXI, Buenos Aires, 2007 (1980), p. 44; Bourdieu, P., *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción,* Anagrama, 2007 (1994), p. 7.

competencias".[36] La cárcel no representa justamente un mal sin constituir parte de un espacio social que integra un sistema de intereses, de competencia, de percepciones y de acciones que no son libres sino atribuidas a determinadas prácticas y a los intereses que estas condicionan como resultado de ciertas estructuras de poder.

Esta configuración del espacio toma relevancia en la entidad del tiempo de prisión respecto a hechos significativos que representan lesiones a determinados derechos. De aquí deriva la importancia de la *noción teórica de "cualidad"* pues la cuestión no está sujeta solamente a determinar qué derechos aparecen conculcados, sino como posibilidad de cuantificar esas lesiones, establecer un tercer proceso de individualización entre aquellos derechos fundamentales –resultantes de las categorías de violencia– y aquellos *bienes jurídicos* que permitan determinar esas lesiones a valores atribuibles por las normas penales, como *posibilidad de compensación* y responsabilidad concreta del Estado. La ley constitucional prescribe cómo deben ser las penas, pero lógicamente, admite como dato de realidad que las penas pueden ser crueles y, justamente, ese dato de realidad es el supuesto fáctico que da vida a *los tipos penales* como privación ilegítima de la libertad (CP, art. 141), lesiones leves, graves o gravísimas (art. 89 y ss.), abuso sexual (art. 119) etc.[37]

De esta manera tomamos la elaboración dogmática del tipo penal para representar como entidad del tiempo de prisión ilícita aquellas afectaciones a distintos bienes jurídicos que representa la propia protección del Estado de derechos individuales expresados en normas penales. Implica así la tutela del Estado frente a su incumplimiento por no garantizar un trato punitivo lícito. Asimismo es la única posibilidad de representar esa entidad en un tiempo penal atribuible a una medida de compensación. Entendemos que ésta es la condición que la pena debe asumir en el proceso de ejecución penal, pues de otra manera es una pena que no está compuesta de los requisitos legales que definen un encierro constitucional.

Extiende este tercer proceso de individualización la conflictividad que hayan derivado de esos hechos. Esa lesividad incorpora el dato temporal distinguiendo (1) la individualidad del acontecimiento (2) la reiteración de esos hechos o (3) el carácter prolongado de esa afectación.

36. V. Bourdieu, P. *La distinción*. Madrid: Taurus, 1979.

37. Cf. Zaffaroni, E. R., op. cit., p. 22.

Para éstos aspectos será de mucha utilidad no sólo las comunicaciones del detenido su familia y la defensa técnica, sino también, poder asignar los hechos conforme pueda surgir de presentaciones al Tribunal competente, y que éstos no hayan tenido respuesta positiva en el campo de prisión.

El resultado de la oposición a una violencia legítima resulta en el deber del Estado de responder por la ilegitimidad de sus fines. Desplazar la cualidad –condición que expresa la afectación de derechos fundamentales en un tiempo de prisión– a la noción de cantidad, que representa la medida de pena, es el único efecto jurídico admisible para imponer una mensura que integre este tiempo cumplido –de posible aplicación a las condiciones cualitativas de prisión– y aquel tiempo aún no ejecutado. Si el primero de éstos tiempos ha estado integrado de acontecimientos que puedan calificar como arbitrario dicho encierro no podemos hablar de una "equiparación cuantitativa", pues las lesiones o sufrimientos padecidos alteran la medida abstracta y lineal comprendida por el derecho penal moderno adecuado a los valores del sistema industrial.[38]

Lo que propone el método al modo de operar las violencias legítimas en el campo punitivo es dual. Por un lado, rompe con la medida aritmética del tiempo de pena, como tiempo no real, y subsume éste a la economía de las prácticas, representando esta condición del campo sobre un modelo teórico que permita determinar ese cuantum, al modo en que la pena de prisión fuera ejecutada arbitrariamente a las condiciones legales impuestas. Por otro lado logra invertir las funciones del derecho para la violencia legítima, que utiliza la fuerza como "remedio" para fines jurídicos, invirtiendo esta protección de bienes jurídicos, en las lesiones que causara en nombre de éste modelo "curativo", permitiendo significar a ese tiempo de pena aquel tiempo de prisión conforme a las lesiones que por acción u omisión del Estado afectaran gravosamente al detenido.

7. Conclusiones

La batalla está librada en la necesidad de hacer trabajar un método que adopte como principal foco de atención las funciones del campo de

38. V. Simon, J. *Punishment work, discipline and industrial time.* Conference ISA, Amsterdam, 1991. También v. Giddens, A. Il tempo, il lavoro e la città nella società capitalistica. En: *I loughi del tempo.* Roma: Janua, 1986.

prisión, para indagar sus estructuras objetivas y subjetivas, y proponer herramientas del derecho que se opongan a las formas de poder que ese sistema de relaciones objetivas e históricas determinan. Para alterar estas estructuras cognitivas es necesario achicar la brecha entre las formas del conocimiento del campo jurídico y aquellas funciones "escolásticas" que asumen las escuelas de derecho. Hay que procurar herramientas de trabajo sobre ambos frentes en mismo objetivos, en tanto que el saber penal resulta progresivo a las necesidades ó demandas de espacios sociales específicos. Para ello es necesario incurrir en un método de trabajo que resulte corrector de la doctrina poniendo en juego progresivamente sus instancias teóricas a objetos empíricos determinados. Este es el modo por el que Pierre Bourdieu procura una teoría científica que sólo se releva en el trabajo empírico donde se realiza.[39] Siguiendo esta línea, el derecho penal debe involucrar sus herramientas a objetos nuevos, y distinguir nítidamente sus funciones a un metadiscurso perpetuo. La práctica de la investigación determina el avance de éste camino, y permite comunicar la interpretación de la ley a una función hermenéutica,[40] que comunique el contexto de sentido indagado a los conceptos semánticos que integra dicha norma.

Propongo entonces estas herramientas como forma de abordar el campo de prisión integrado en afirmar como tesis que la medida de pena depende de la relación entre la dimensión aritmética del monto de pena que arribara la sentencia firme y el modo en que se ha cumplido ese tiempo el cual ante el supuesto de estar integrado sobre acontecimientos que implicaran tratos arbitrarios, deberá ser descontado al primero.

Al concluir intento sostener que aquellos procesos de etnografía de la violencia, como este, requieren de una toma de posición teórica y un punto de vista que releve la dimensión política del problema u objeto de la investigación, y también posibilite la instancia reflexiva de la posición del investigador sobre el problema. Todo ello debe penetrar en la elección metodológica, sin que ello excluya resultados sobre modelos teóricos necesarios de implementar sobre el espacio social que se indagara. En este caso, resulta más que sustancial establecer la integración entre el método propuesto y la práctica judicial, tomando como referencia las

39. V. Bourdieu, P. *Ciencia de la ciencia y reflexividad.* Barcelona: Anagrama, 1999.

40. V. Ricouer, P. *Del texto a la acción.* México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

formas de representación sobre las prácticas de prisión, siendo posible diagramar las diferentes conflictividades en diversos campos de prisión y, sus formas de representación posibles en la medida de pena.

8. Bibliografía

Ballvé, A. El primer censo carcelario de la República Argentina. En: *Archivos de Psiquiatría, Criminología y ciencias afines*. Buenos Aires, 1908.

Beccaria, C. *De los delitos y las penas*. Madrid: Alianza, 1988

Benjamín, W. Para una crítica de la violencia. *Iluminaciones IV*. Madrid: Taurus, 1991.

Bourdieu, P. *Ciencia de la ciencia y reflexividad*. Barcelona: Anagrama, 1999.

_____. *La distinción*. Madrid: Taurus, 1979.

_____. La lógica de los campos. En: *Respuestas para una antropología reflexiva*. México: Grijalbo.

_____. La práctica de la sociología reflexiva. En: *Una invitación a la sociologia reflexiva*. México: Siglo XXI.

_____. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée de Brouwer, Palimpesto, 2000.

_____; Wacquant, L. *Respuestas para una antropología reflexiva*. México: Grijalbo, 1995.

Ferrajoli, L. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1999.

Feuerbach, A. V. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

Giddens, A. Il tempo, il lavoro e la città nella società capitalistica. En: *I loughi del tempo*. Roma: Janua, 1986.

Leach, E. Cartografías: el tiempo y el espacio como representaciones recíprocas. En: *Cultura y comunicación: la lógica de la conexión de los símbolos*. México: Siglo XXI, 1985.

Leibniz, G. *Discurso de metafísica*. Madrid: Aguilar, 1962 (1686).

Messuti, A. *El tiempo como pena*. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2001.

Mosconi, G. Tiempo social y tiempo de cárcel. En: *Secuestros institucionales y derechos humanos*. Barcelona: Bosch, 1997.

Pagano, F. *Principios del Código Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

Pavarini, M.; Melossi, D. *Cárcel y fábrica*. México: Siglo XXI, 1983.

Rensoli Lagila, L. *El problema antropológico en la concepción filosófica de Gottfried Wilhelm Leibniz*. Valencia: UPV, 2002.

Ricouer, P. *Del texto a la acción*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____. *Tiempo y narración I*. México: Siglo XXI, 1992.

Romagnosi, G. *Génesis del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982.

Simon, J. *Punishment work, discipline and industrial time*. Conference ISA, Amsterdam, 1991.

Zaffaroni, E. R. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

_____. Las penas crueles son penas. En: *Lecciones y ensayos*, n. 56, Secretaría de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1996.

_____. *Possible measures to improve the implementation of the rules and standards of the UN referring to criminal justice and prevention en Latin America.* Criminal Prevention Branch, ONU, Viena, 1989 (inédito).

50513

V Seção Especial: Direitos Humanos

1
Laicidade e ensino religioso nas escolas públicas: o caso do Rio de Janeiro

Debora Diniz

Doutora em Antropologia pela UnB. Professora da UnB. Pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Antropóloga.

Área do Direito: Constitucional

Resumo: Este artigo discute as questões éticas e constitucionais envolvidas na ADIn 3.268/RJ, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação sobre ensino religioso. A ADIn contesta os arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei estadual 3.459/2000, do Estado do Rio de Janeiro, que preveem o ensino religioso confessional nas escolas públicas. A tese aqui defendida é que o Brasil é um Estado laico e, portanto, o ensino religioso nas escolas públicas deve ser secular. O ensino religioso no Brasil é assegurado constitucionalmente, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996) prevê o ensino religioso nas escolas públicas, atribuindo autonomia às instituições de ensino e às instituições religiosas quanto ao conteúdo a ser ministrado, vedando o proselitismo religioso. Os arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei estadual 3.459/2000, do Rio de Janeiro, devem ser considerados inconstitucionais, pois violam o direito à igualdade e à diversidade social, além da liberdade de consciência.

Abstract: This paper discusses the ethical and constitutional issues related to the Unconstitutionality Direct Action 3.268, proposed by the National Education Trade Union about the religious teaching at the state public schools. The case argues against the first three articles of the Rio de Janeiro State Act (3.459/2004), which allows confessional religious education at the public schools. This paper supports the thesis that Brazil is a secular state, as a consequence religious teaching at the public schools must be secular. The religious teaching is protected by the Federal Constitution, but the religious proselytism at public schools is forbidden by the Education National Act. The first three articles of the Rio de Janeiro State Act (3.459/2000) are unconstitutional, as they confront the right to equal representation and the pluralism, as the individual conscientious freedom.

Palavras-chave: Ensino religioso – Laicidade – Igualdade – Justiça religiosa – Brasil.

Keywords: Religious education – Secular State – Equality – Religious fairness – Brazil.

Sumário: 1. Ensino religioso no Brasil: 1.1 Constituição Federal de 1988 e a lei do Estado do Rio de Janeiro; 1.2 Lei de Diretrizes e Bases da Educação – 2. Fundamentos do ensino religioso nas escolas públicas: 2.1 Laicidade, ensino religioso e escolas públicas; 2.2 Ensino religioso nas escolas públicas – cenário internacional – 3. Proselitismo religioso e justiça religiosa: 3.1 Igualdade religiosa e justiça religiosa; 3.2 Proibição do proselitismo religioso – 4. Conclusões.

1. Ensino religioso no Brasil

1.1 Constituição Federal de 1988 e a lei do Estado do Rio de Janeiro

A educação é um bem público no Brasil. Por meio da educação se promovem princípios e valores centrais à democracia, tais como a liberdade de pensamento e crença, a cidadania e a igualdade. A escola pública é um dos espaços privilegiados para a plena vigência da laicidade do Estado, dada a centralidade da educação para a cidadania. O ensino religioso nas escolas públicas é previsto no Brasil desde a Constituição Federal de 1934, apesar de a separação entre a ordem legal e religiosa ter sido instituída na Constituição de 1891, quando teve início o ensino secular nas escolas públicas.[1] Atualmente, o ensino religioso é previsto pelo art. 210 da CF/1988.[2]

1. Cury, C. R. J. Ensino religioso na escola pública: o retorno de uma polêmica recorrente. *Revista Brasileira de Educação* 27/183-191, 2004; Costa, M. E. C. Apontamentos sobre a liberdade religiosa e a formação do Estado laico. In: Lorea, R. A. (org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97-116; Giumbelli, E. Religião, Estado, modernidade: notas a propósito de fatos provisórios. *Estudos Avançados* 18/47-62, 2004; Pauly, E. L. O dilema epistemológico do ensino religioso. *Revista Brasileira de Educação* 27/172-182, 2004.
2. Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 210. Brasília, 1988. Disponível em: www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf. Acesso em: 04.06.2009.

No Brasil, a presença do ensino religioso nas escolas públicas não é objeto de consenso democrático. Seja como um reconhecimento do humanismo pluriconfessional ou da autoridade católica na ordem política brasileira, o atual marco jurídico prevê o ensino religioso na grade da educação básica das escolas públicas: uma disciplina de oferta obrigatória, mas com matrícula facultativa a cada estudante.[3] Segundo a Constituição Federal, o ensino religioso, assim como qualquer outra disciplina, deve ser regulado por conteúdos mínimos para a formação básica comum dos estudantes.

Apesar da constitucionalidade do ensino religioso no Brasil, a legitimidade do ensino público religioso em um país laico é objeto de contestação. O principal argumento é o de que, ao abrir espaço para o ensino religioso nas instituições públicas de educação, o Estado se compromete com o reconhecimento de que a religiosidade haveria de ser um dado incontornável da boa vida. Este reconhecimento instaura, equivocadamente, o fenômeno religioso como fundamental à formação da cidadania. Além disso, a escola pode se transformar em um espaço proselitista para algumas religiões, como é o caso das tradições cristãs, ou de invisibilidade para as tradições minoritárias, como é o caso das religiões afro-brasileiras, orientais ou indígenas.

A ADIn 3.268/RJ, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), contesta a constitucionalidade dos arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei estadual 3.459, de 14.09.2000, do Estado do Rio de Janeiro. Este foi o primeiro Estado a regular o ensino religioso por

3. Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 210, § 1º. Brasília, DF, 1988. Disponível em: www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf. Acesso em: 04.06.2009. O Brasil assinou recentemente uma concordata com a Santa Sé, em que o tema do ensino religioso foi objeto de discussão. Diversos intelectuais, ativistas e representantes de outras religiões têm se manifestado contrariamente à concordata, sob o argumento de que o acordo fere o princípio da laicidade ao propor relação formal entre o Estado e a Igreja Católica (Cunha, L. A. A educação na concordata Brasil-Vaticano. *Educação & Sociedade*, vol. 30, n. 106, 2009; Fischmann, R. A proposta de concordata com a Santa Sé e o debate na Câmera Federal. *Educação & Sociedade*, vol. 30, n. 107, 2009, p. 563-583). A discordância em relação a essa iniciativa não se refere a uma postura avessa à religiosidade, mas justamente à reafirmação da laicidade e dos princípios constitucionais da igualdade e liberdade. O reconhecimento da diversidade de crenças e confissões religiosas como valor social é fundamental à justiça religiosa.

marco legal no país, pois grande parte dos Estados optou por resoluções dos Conselhos Estaduais de Educação.[4] A legislação do Estado do Rio de Janeiro foi também a primeira a oferecer concurso público para o provimento de cargos de professor de ensino religioso para as escolas públicas – o ensino deve ser confessional e a habilitação do professor necessita ser avalizada por uma liderança religiosa. Dada a impossibilidade de se garantir a diversidade religiosa da sociedade brasileira no concurso, optou-se por representar as religiões hegemônicas, um sinal das forças políticas mais atuantes neste campo no país. O pertencimento do professor à comunidade religiosa deveria ser atestado por liderança religiosa reconhecida, ou seja, além da aprovação no concurso público, o candidato deveria ser indicado por uma comunidade religiosa.

A exigência dessa dupla competência responde à expectativa de que, além do *conhecimento adquirido*, aquele passível de ser avaliado por concurso público, o futuro professor deteria também o *conhecimento iniciático*, aquele somente atestado pela autoridade religiosa. A tese da CNTE é a de que os artigos supramencionados da Lei estadual 3.459/2000 violam a separação entre a ordem normativa e a religiosa, em particular os arts. 5.º e 19 da CF/1988, pois o Estado estaria subvencionando as religiões para ações de proselitismo religioso e somente a partir das ideias de algumas confissões religiosas. Este artigo está de acordo com a interpretação da CNTE e oferece novos argumentos para a tese da inconstitucionalidade da Lei estadual 3.459/2000 do Rio de Janeiro.

1.2 Lei de Diretrizes e Bases da Educação

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996) foi o ponto de partida para o debate contemporâneo sobre o ensino religioso nas escolas públicas.[5] O texto original do art. 33 da Lei 9.394/1996 previa que o ensino religioso poderia ser oferecido nas modalidades *confessional* e *interconfessional*, dois conceitos que ainda estão presentes

4. Diniz, D.; Carrião, V. Ensino religioso nas escolas públicas brasileiras. In: Arilha, M.; Lapa, T. (orgs.). *Democracia, Estado laico e direitos humanos*. São Paulo: Comissão de Cidadania e Reprodução, no prelo. Em uma matriz confessional semelhante à lei do Rio de Janeiro, a lei do Estado da Bahia e a resolução do Conselho de Educação do Ceará poderiam ser objeto de contestação legal.

5. Dickie, M. A. S.; Lui, J. D. A. O ensino religioso e a interpretação da lei. *Horizontes Antropológicos* 13/237-252, 2007.

no campo do ensino religioso no Brasil.[6] O ensino confessional seria aquele oferecido por professores ou orientadores religiosos credenciados por igrejas ou entidades religiosas. Nesta definição, *ensino religioso confessional* se confundiria com educação religiosa, semelhante àquela oferecida pelas comunidades religiosas para a formação de membros de um determinado grupo. Já o *ensino religioso interconfessional* seria fruto de um acordo entre diferentes denominações religiosas para a definição do conteúdo a ser oferecido nas escolas.

A diferença entre o ensino confessional e o interconfessional é que o primeiro não previa o acordo inter-religioso, ao passo que o segundo seria o resultado de consensos entre as religiões. Há, entretanto, uma ambiguidade conceitual na fronteira entre estas duas modalidades de ensino religioso, pois todo ensino interconfessional é também confessional em seus fundamentos. A diferença entre os dois tipos de ensino estaria na abrangência da confessionalidade: o ensino confessional estaria circunscrito a uma comunidade religiosa específica, ao passo que o interconfessional partiria de consensos entre as religiões, uma estratégia educacional mais facilmente posta em prática pelas religiões cristãs, em detrimento de outras religiões, tais como as afro-brasileiras ou indígenas.[7]

Mesmo com essa explícita abertura confessional ao ensino religioso nas escolas públicas, o que favoreceria aos interesses dos grupos religiosos, a Lei 9.394/1996 foi alvo de discussões políticas.[8] A principal mudança no texto foi a retirada dos tipos de ensino religioso (não há mais menção ao ensino confessional ou interconfessional), a proibição da prática do proselitismo religioso e a delegação aos sistemas de ensino

6. Brasil. Lei 9.394, de 20.12.1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *DOU* 23.12.1996, Seção 1, Brasília, p. 27.833. Disponível em: www2.camara.gov.br/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=362578&seqTexto=1&PalavrasDestaque=. Acesso em: 28.06.2007.

7. Uma das previsões da Lei 9.394/1996 é que se estabeleçam entidades civis para garantir a oferta do ensino religioso. A tese de que seria inconstitucional a exigência de formação de entidades da sociedade civil para o provimento do ensino religioso nas escolas públicas não foi ainda superada (Borja, C. O ensino religioso e o artigo 33, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Revista de Direito*, vol. 2, n. 4, Rio de Janeiro, jul.-dez. 1998, 27p.).

8. Lui, J. A. Entre crentes e pagãos: ensino religioso em São Paulo. *Cadernos de Pesquisa* 37/333-349, 2007; Pauly, op. cit, 2004.

da tarefa de definir conteúdos e formas de habilitação de professores de ensino religioso.[9]

Apesar de não haver parâmetro curricular para o ensino religioso, a Lei 9.394/1996 reafirma o seu caráter facultativo, determinando que o conteúdo deve respeitar a diversidade cultural e religiosa do Brasil, sendo, por isso, vedado o proselitismo. O art. 33 da Lei 9.394/1996 determina que os sistemas de ensino estabelecerão o conteúdo e as formas de habilitação e admissão dos professores para o ensino religioso, em contraste com o art. 9.º da Lei 9.394/1996, onde se prevê que as diretrizes para a educação básica serão estabelecidas pela União, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A ideia de que o ensino básico deve garantir uma base comum nacional é novamente reafirmada no art. 26 da Lei 9.394/1996. Na mesma linha argumentativa, a Câmara de Educação Básica, pela Res. CEB 2/1998, estabeleceu as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental, que ditam princípios e fundamentos para a educação fundamental de forma a garantir a base comum.[10] Ou seja, um conjunto de artigos da Lei 9.394/1996 e de dispositivos da Câmara de Educação Básica reafirma a necessidade de diretrizes comuns para a educação básica, uma estratégia de planejamento e controle dos conteúdos a serem ofertados nas escolas.

2. Fundamentos do ensino religioso nas escolas públicas

2.1 Laicidade, ensino religioso e escolas públicas

Laicidade e secularidade são dois conceitos-chave para analisar a relação dos Estados com as religiões. A depender das tradições políticas e culturais dos países, é possível que uma sociedade seja secular, porém não normativamente laica; ou que haja a separação normativa entre Estado e religiões, apesar de pouco secularizada. Poucos países explicitaram a condição de laicidade em suas constituições, como é o caso da França

9. Brasil. Lei 9.475, de 22.07.1997. Dá nova redação ao art. 33 da Lei 9.394, de 20.12.1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *DOU* 23.07.1997. Seção I, Brasília. Disponível em: www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1997/9475.htm. Acesso em: 04.06.2009.

10. Brasil. Ministério da Educação. Câmara de Educação Básica. Res. CEB 2, de 07.04.1998. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental. Brasília, 1998. Disponível em: [http://federacaoescolaswaldorf.org.br/Juridico/legislacao/legislacao.htm]. Acesso em: 20.07.2009.

ou da Turquia.[11] A grande maioria assume o dispositivo da laicidade em consequência de outros princípios constitucionais e acordos internacionais de direitos humanos firmados por seus governantes, como ocorre no Uruguai ou no Canadá.[12] Alguns países enfrentam reformas constitucionais a fim de nomear o princípio da laicidade em suas constituições, como é o caso do México.[13] Há ainda países que, apesar de distantes dos movimentos políticos que deram origem à laicidade ou à secularização das sociedades de tradição cristã, enfrentam o tema da diversidade religiosa por meio de outras estratégias políticas, como é o caso da Índia ou do Japão.[14]

O Brasil é um país laico. A laicidade deve ser entendida como um dispositivo político que organiza as instituições básicas do Estado, tais como as cortes, os hospitais e as escolas públicas, e regula seus funcionamentos quanto à separação entre a ordem secular e os valores reli-

11. Akbulut, O.; Usal, Z. O. Parental religious rights *vs.* compulsory religious education in Turkey. *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 15, n. 4, 2008, p. 433-455; Baubérot, J. Cultural transfer and national identity in French laicity. *Diogenes*, vol. 55, n. 2, 2008, p. 17-25; Davison, A. T. A 'secular' State? The challenge of description. *South Atlantic Quarterly*, vol. 102, n. 2/3, 2003, p. 333-350.
A Constituição russa anuncia o caráter secular do Estado. Apenas para fins de precisão argumentativa, a referência exclusiva à França e à Turquia deve-se à presença do conceito de "laico" ou "laicidade" (Codevilla, G. Relations between church and State in Russia today. *Religion, State and Society*, vol. 36, n. 2, 2008, p. 113-138). No entanto, "laico" e "secular" vêm sendo utilizados como sinônimos no léxico ativo do russo.

12. Guigou, L. N. *A nação laica: religião civil e mito-práxis no Uruguai*. Dissertação de mestrado, Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2000. 200f.; Koussens, D. Neutrality of the State and regulation of religious symbols in schools in Quebec and France. *Social Compass*, vol. 56, n. 2, 2009, p. 202-213.

13. Na Constituição mexicana de 1917, apesar de reafirmado o princípio de separação entre o Estado e as igrejas, o termo "laico" só aparece no art. 3.º, onde é assegurada a educação laica.

14. Balagangadhara, S. N.; Roover, J. The secular State and religious conflict: liberal neutrality and the Indian case of pluralism. *Journal of Political Philosophy*, vol. 15, n. 1, 2007, p. 67-92; Fujiwara, S. Problems of teaching about religion in Japan: another textbook controversy against peace? *British Journal of Religious Education*, vol. 29, n. 1, 2007, p. 45-61; Shiose, Y. Japanese paradox: secular State, religious society. *Social Compass*, vol. 47, n. 3, 2000, p. 317-328.

giosos.[15] Não há religião oficial no Brasil, e as liberdades de consciência e de crença são garantias constitucionais, o que protege o direito de expressão tanto dos crentes religiosos como dos não religiosos. Não é permitido ao Estado estabelecer vínculos com grupos religiosos, uma exigência que estimula a neutralidade, a igualdade e a não discriminação no funcionamento das instituições básicas.[16] O dispositivo jurídico da laicidade está presente em nosso ordenamento constitucional, além de ser periodicamente reafirmado pelos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, entre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino; e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

A escola pública é um dos espaços em que se atualiza a controvérsia sobre os conteúdos da laicidade. Os temas do ensino religioso e da liberdade religiosa provocam os sentidos da laicidade em cortes nacionais e internacionais.[17] Discute-se desde o caráter compulsório do ensino religioso até a definição de conteúdos e materiais didáticos, além das fronteiras do direito individual à expressão religiosa, tais como o uso de adornos corporais por estudantes ou professores. Dada a repetição dos litígios e decisões, algumas tendências de julgamento começam a ser desenhadas pelos fóruns internacionais, em particular pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.[18] A mais significativa delas é a proibição do proselitismo religioso nas escolas.

15. Milot, M. *Laicité dans le nouveau monde: le cas du Quebec*. Quebec: Brepols, 2002. 177 p.

16. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 19. Brasília, 1988. Disponível em: www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf. Acesso em: 04.06.2009.

17. Akbulut; Usal, op. cit.; Gedicks, F. M. Religious exemptions, formal neutrality, and laïcité. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, n. 2, 2006, p. 473-492.

18. Akbulut; Usal, op. cit.

2.2 Ensino religioso nas escolas públicas – cenário internacional

Vários países enfrentam a questão da laicidade tendo a escola pública como ponto de partida das reflexões, dado seu papel para a formação da cidadania.[19] A França é um país onde a questão religiosa nas escolas públicas é central à noção de laicidade como neutralidade confessional da república.[20] A posição francesa é, ao mesmo tempo, considerada um caso-limite e um caso-modelo sobre como o diálogo "religião e sociedade" pode ser travado politicamente. Há mesmo quem sustente que o próprio conceito de laicidade deve ser considerado uma "exceção francesa", não havendo sentidos correlatos em outros países.[21]

Há autores que entendem a posição francesa como de desrespeito à diversidade e à liberdade religiosa, por impedir que estudantes compareçam à escola portando símbolos religiosos, tais como vestimentas ou adornos corporais ostensivos.[22] Nesta linha argumentativa, a França deveria ser entendida como um caso-limite onde a laicidade como neutralidade pode, ao invés de facilitar a convivência plural, aumentar as distâncias culturais e sociais pela política de assimilação coercitiva, em particular quando os conflitos são com as tradições islâmicas. Em nome

19. Idem; KOUSSENS, op. cit.

20. BAUBÉROT, J. *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*. Paris: Seuil, 2004. 288 p.; ESTIVALÈZES, M. Le contexte sociohistorique du débat. In: _____. *Les religions dans l'enseignement laïque*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005, p. 9-76; PENA-RUIZ, H. *Qu'est-ce que la laïcité?* Paris: Gallimard, 2003. 347 p.

21. BAUBÉROT, op. cit., 2008.

22. Não há ensino religioso nas escolas públicas francesas, exceto na região da Alsácia-Mosele, onde o ensino religioso é compulsório e tenta cobrir quatro grupos de estudantes (católicos, luteranos, calvinistas e judeus). Os estudantes que não desejam participar das aulas de ensino religioso têm aulas de moral. Após o *affair foulard* (questão do lenço) nos anos 2000, a Comissão Stasi sugeriu a inclusão do islamismo no programa de ensino religioso. Grande parte das estudantes expulsas pelo uso do lenço era da região de Mosele (SCOTT, J. W. Symptomatic politics: the banning of Islamic head scarves in French public schools. *French Politics, Culture and Society* 23/106-127, 2005; HANCOCK, C. Spatialities of the secular: geographies of the veil in France and Turkey. *European Journal of Women's Studies*, vol. 15, n. 3, 2008, p. 165-179; KANH, P. *La laïcité*. Paris: Le Cavalier Bleu, 2003. 123 p.; NUSSBAUM, M. *Liberty of conscience: in defense of America's tradition of religious equality*. New York: Basic Books, 2008. 412 p.

da neutralidade, o Estado francês imporia limites à liberdade religiosa na esfera pública, um espaço de monopólio político estatal.[23] Para os autores que entendem a posição francesa como caso-modelo, um Estado laico deve ser neutro em matéria religiosa, o que significa a separação radical entre religião e instituições básicas do Estado.[24] Como a educação é um bem público e religião é matéria de ética privada, crenças e valores religiosos deveriam ficar restritos às comunidades morais de que participam os cidadãos, portanto, ausentes das escolas públicas.[25]

A estratégia francesa é a de não reconhecer caráter primordial ou fundador à vida social no fato religioso, mas ao mesmo tempo em que o identificá-lo como um tema propício a conflitos morais. Na compreensão republicana francesa, o fato religioso deve ser entendido como qualquer outro fato social: não há caráter especial na sua expressão simbólica. Na busca por garantir um espaço público que possibilite *a priori* a liberdade de opinião e de pensamento, o fato religioso não compõe o currículo de escolas e universidades financiadas pelo Estado.[26] O debate em torno do uso do lenço ou do véu por estudantes muçulmanas, do solidéu por estudantes judeus e de cruzes por estudantes cristãos, bem como a decisão de proibi-los nas escolas públicas, é, certamente, o exemplo mais recente da política francesa sobre a separação entre educação e religiões.[27] A tese

23. Chelini-Pont, B. Religion in the public sphere: challenges and opportunities. *Brigham Young University Law Review*, 2005, p. 611-628.

24. Baubérot, op. cit., 2008.

25. Kanh, op. cit., 2003.

26. Kintzler, C. *Tolerancia y laicismo*. Buenos Aires: Del Signo, 2005. 64 p.

27. Na França o *affair foulard* foi certamente o de maior impacto internacional. Há, no entanto, casos judicializados semelhantes em diversos países, sendo que a Suíça, a Alemanha e a Turquia assumiram posições semelhantes proibindo o uso de símbolos religiosos nas escolas públicas. França. Loi 2004-228, du 15 mars 2004. "Encadre, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics". *Journal Officiel de la République Française [JO]*, 17 mars 2004. p. 5190, JCP G 2004, n. 13, Actu. 168. Disponível em: www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000417977&fastPos=1&fastReqId=450215875&categorieLien=id&oldAction=rechTexte. Acesso em: 10.03.2010; Roy, O. *La laïcité face à l'islam*. Paris: Stock, 2005. 171 p.; Werebe, M. J. G. A laicidade do ensino público na França. *Revista Brasileira de Educação* 27/192-197, 2004.

francesa é que a escola pública é um espaço de promoção da cidadania e, portanto, não pode ser disputada por crenças privadas.

A Turquia oferece um novo sentido à concepção de laicidade. Sendo este um dos poucos países em que a laicidade é explicitada na Constituição, tal dispositivo somente recentemente foi confrontado na escola pública. Historicamente, a laicidade na Turquia foi uma expressão de identidade, de pertencimento de classe e de constituição de nação, em particular com as reformas religiosas.[28] Diferentemente da França, o ensino religioso é compulsório na Turquia, havendo exceções para os estudantes não muçulmanos. No entanto, as aulas de ensino religioso, além de inspiradas no islamismo sunita, ignoram a diversidade religiosa. Se, na França, a laicidade é um dispositivo que se projeta como anterior ao pacto político, garantindo o funcionamento das instituições básicas pela neutralidade do Estado, na Turquia a laicidade institui a subordinação das religiões ao Estado.

Mesmo nos países europeus de tradição cristã, a laicização não se deu de forma homogênea. A experiência belga se distingue da francesa pelo compromisso estabelecido entre católicos e seculares na garantia do direito constitucional à liberdade de expressão, uma brecha para religiosos levarem seus pontos de vista aos debates e às instituições públicas.[29] A Bélgica estabeleceu um Pacto Escolar, garantindo o ensino religioso nas escolas públicas, além da oferta do ensino opcional do que denomina "moral não confessional ou laica". Houve um deslocamento processual do debate sobre laicidade de uma militância anticlerical para uma situação de pluralismo.[30]

A Espanha e a Itália instituíram a separação entre o Estado e a Igreja em 1978 e 1984, respectivamente. Nestes países, as disputas morais entre católicos e seculares são mais acirradas, decorrendo em leis que tratam da inexistência de Deus, na Espanha, e da tipificação da blasfêmia como delito, na Itália.[31] A laicização deve ser compreendida como um processo, havendo situações em que Estados laicos mantêm

28. DAVISON, op. cit., 2003; GULALP, H. Whatever happened to secularization? The multiple Islams in Turkey. *The South Atlantic Quarterly*, vol. 102, n. 2/3, 2003, p. 381-395.

29. HAARSCHER, G. *La laïcité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. 126p.

30. Idem.

31. HAARSCHER, op cit., 1996.

legislações avessas às liberdades seculares, como é o caso do Chile, que, apesar de ter instituído a separação entre o Estado e as religiões desde a Constituição de 1925, teve a lei do divórcio aprovada apenas em 2004.[32] No Brasil, ocorrem processos semelhantes, por exemplo, a resistência política à aprovação de leis que confrontem a moral católica, tal como a descriminalização do aborto, a criminalização da homofobia ou o direito à constituição de casamento por pessoas não heterossexuais.

Nas Américas de tradição cristã, o caso do México é significativo. A sociedade mexicana teve, por meio da laicização do Estado a garantia de liberdades que antes não existiam no país, tais como o direito ao registro civil, anteriormente condicionado ao batismo, o direito ao casamento civil e também o de ser enterrado nos cemitérios públicos independentemente da confissão católica.[33] Até o início do século XIX, a Constituição mexicana, de 1824, legitimava o catolicismo como religião oficial e proibia o exercício de outras confissões. Foi apenas com o posicionamento contrário da Santa Sé à independência do México que as Constituições passaram a assumir um caráter laico, sobretudo pela omissão de privilégios à Igreja Católica nas redações constitucionais. Em 1857, a Constituição do México estendeu o direito ao casamento e ao enterro a todos os cidadãos mexicanos, independente de serem católicos. Este processo, em 1917, culminou no fim do patrocínio estatal à Igreja Católica, na proibição da atividade política a ministros de culto religiosos e no veto a partidos políticos com referenciais religiosos.[34] Neste momento, o México enfrenta uma proposta de reforma constitucional para a inclusão da expressão "república laica" na Constituição Federal.

Com uma experiência muito diversa da dos países liberais de tradição cristã, a Índia enfrenta a questão da separação entre Estado e religiões, muito embora não no campo educacional.[35] O principal desafio à convivência pacífica entre as religiões na Índia é sobre como definir o fenômeno religioso para fins de organização política da sociedade. O

32. Blancarte, R. J. El porqué de un Estado laico. In: _____. *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*. México: El Colégio de México, 2008, p. 29-46.

33. Idem.

34. Idem. Para uma análise da situação das Américas, vide: Oro, A; Ureta, M. Religião e política na América Latina: uma análise da legislação dos países. *Horizontes Antropológicos*, vol. 13, n. 27, 2007, p. 281-310.

35. Balagangadhara; Roover, op. cit., 2007.

crescimento de religiões semitas, em particular do catolicismo e do islamismo, provocou a pergunta de se os direitos à conversão religiosa e ao proselitismo religioso seriam direitos fundamentais dos indivíduos, tais como propostos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ou se seriam ameaças à convivência pacífica entre os grupos religiosos. Como a possibilidade da conversão inexiste no hinduísmo, principal grupo religioso indiano, o desafio imposto pela noção de uma verdade única no campo religioso foi provocado pelas religiões monoteístas, em particular pelo catolicismo e islamismo. Há quem sustente que, em um contexto de grandes diferenças entre as religiões, uma posição de neutralidade do Estado indiano em matéria religiosa pode favorecer a desarmonia entre os grupos religiosos, ao invés de promover a tolerância.[36]

3. Proselitismo religioso e justiça religiosa

3.1 Igualdade religiosa e justiça religiosa

A liberdade religiosa se associa aos direitos constitucionais de liberdade de consciência, de crença e de expressão. Qualquer instituição religiosa razoável tem o direito de professar sua fé e de transmitir a sua doutrina. A liberdade religiosa, associada ao princípio da igualdade e ao reconhecimento da diversidade social e cultural, atualiza-se em um cenário social heterogêneo, marcado por disputas morais entre diferentes grupos e instituições, todos imbuídos do direito à liberdade de crença e de expressão. Neste sentido, cabe diferenciar *liberdade religiosa* de *igualdade religiosa*, dado que é responsabilidade do Estado brasileiro estabelecer condições de organização do espaço público de modo a não privilegiar uma posição religiosa em relação às demais.

A noção de justiça religiosa visa resgatar a pluralidade, a igualdade e a liberdade de consciência como direitos fundamentais e anteriores ao direito à educação religiosa, dado o risco do proselitismo no ensino religioso oferecido pelas escolas públicas estatais. O ensino religioso no Brasil requer a justiça religiosa, a despeito de as diferentes confissões religiosas poderem ser qualificadas como majoritárias ou minoritárias de acordo com a realidade nacional. O ensino religioso em um Estado laico não deve contribuir para a compulsoriedade do exercício de qualquer confissão religiosa, sendo tão importante quanto apresentar a

36. Idem.

diversidade das religiões também sinalizar para a existência de pessoas que não professam religião alguma, sem ônus moral para a significação social desses grupos. Este risco não se verifica com a mesma intensidade no ensino religioso oferecido pelas escolas privadas com determinada "orientação confessional", conforme o art 20, III, Lei 9.394/1996. Neste último caso, a preferência da família ou do estudante pela matrícula em escola privada confessional caracteriza-se como um exercício individual e particular de liberdade religiosa.

Nesse sentido, o ensino religioso em escola pública de um Estado laico não pode ser confessional, tal como exigido pela Lei estadual 3.459/2000, do Rio de Janeiro, pois esta é uma identidade moral que viola a igualdade religiosa e a justiça religiosa, isto é, o igual direito à representação das religiões na educação pública. Tão claramente houve violação da igualdade religiosa nessa lei que somente duas matrizes religiosas (católica e evangélica) foram especificadas no Edital para Concurso Público para Professor Docente I para o Ensino Religioso.[37] Somente o ensino religioso secular garantiria a justiça religiosa, dada a total impossibilidade de representação confessional de todos os credos existentes na sociedade brasileira.

A definição de uma entidade como grupo religioso é dada pelos próprios membros fundadores das religiões, ou seja, trata-se de uma definição estatutária da entidade registrada em sua missão e seus objetivos institucionais. Assim, a exigência de representação da diversidade religiosa para a oferta do ensino religioso nas escolas públicas pressupõe um paradoxo, dado o caráter permanentemente mutável e criativo de emergência de novas entidades com estatuto de comunidade religiosa dotada do direito a pleitear representação no conteúdo de ensino religioso.

O ensino religioso secular é o que atenderia às exigências constitucionais nas escolas públicas, mas também o que garantiria a proteção e a liberdade de crença, consciência e religião. Por ensino religioso secular, deve-se entender a apresentação do fenômeno religioso como um objeto de conhecimento compartilhado, submetido à dúvida acadêmica e passível de contestação por especialistas leigos ou religiosos. Assim como qualquer outro conteúdo a ser ministrado nas escolas públicas,

37. Rio de Janeiro (Estado). Secretaria de Estado de Educação. *Edital*. Concurso público para professor docente para ministrar a disciplina de ensino religioso. Rio de Janeiro: Secretaria de Educação, 2003.

o ensino religioso secular deve ser avalizado por órgãos do Ministério da Educação para a definição de conteúdos mínimos, livros didáticos e qualificação dos docentes.

3.2 Proibição do proselitismo religioso

Como não há definição de proselitismo religioso em nenhum documento federal, deve-se entender por proselitismo religioso expressões de dogmatismo que resultam em discriminação social, cultural ou religiosa e que ameaçam a igualdade e o reconhecimento entre as religiões.[38] O proselitismo parte da certeza de uma verdade única no campo religioso e ignora a diversidade. É, portanto, uma ameaça à justiça religiosa e ao igual direito de representação das religiões nos espaços legitimados pelo Estado, como é o caso do ensino religioso.

A afirmação da Lei 9.394/1996, ao proibir o proselitismo religioso, é que *ensino religioso* não se confunde com *educação religiosa*, não sendo razoável o ensino religioso confessional nas escolas públicas. A confessionalidade ameaça a justiça religiosa, não promove a diversidade, não garante a igualdade entre os grupos religiosos e invisibiliza a realidade social de indivíduos que não professam nenhuma religião. A confessionalidade é a expressão autêntica de um ato de fé, garantida pelo princípio constitucional da liberdade de pensamento. Os templos, os terreiros ou as igrejas são alguns dos espaços legítimos para sua demonstração em um Estado laico. As escolas públicas são os espaços de promoção de um bem público que é a educação, portanto, devem ser espaços protegidos de interesses particulares, sejam eles religiosos ou não. Por isto, a entrada das religiões nas escolas públicas deve ser feita a partir da transição do *conhecimento iniciático* para o *conhecimento compartilhado*, isto

38. O conceito de discriminação adotado foi o do art. I da Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco). Ratificada pelo Brasil em 1967, a convenção estabelece que: "o termo 'discriminação' abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino" (UNESCO. Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino. Paris: Unesco, 1960 [2003]. Disponível em: [http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132598por.pdf]).

é, somente após o afastamento da fé como verdade absoluta e universal e a submissão do conhecimento religioso ao pacto político.

A Lei estadual 3.459/2000 e o Edital para Concurso Público para Professor Docente I para o Ensino Religioso confundem ensino religioso com educação religiosa, por isso determinam que o ensino religioso deve ser confessional e de acordo com as matrizes religiosas especificadas no Edital do Concurso. Além disso, pressupõem, equivocadamente, que somente professores iniciados em uma fé estejam capacitados para o ensino religioso em uma escola pública de um Estado laico. Como qualquer outro conteúdo da formação básica de crianças e adolescentes, o ensino religioso deve ser oferecido por profissionais capacitados por critérios acadêmicos a serem estabelecidos pelo Ministério da Educação e não por comunidades religiosas.

Um Estado laico, que assegura igualdade de direitos, de representação, de crença e liberdades individuais, não deve atribuir anterioridade ao fato religioso. Cabe ao Estado reconhecer a religiosidade como um fato social, mas não como campo de determinação das próprias condições de sociabilidade. Em relação à regulação do ensino religioso, a suposta anterioridade do fato religioso sobre os demais fatos sociais delegou superioridade às autoridades religiosas e seus representantes que assumem cargos públicos na definição do modo como o ensino religioso seria operacionalizado, sendo exatamente este o caso da legislação do Estado do Rio de Janeiro. A confissão ou o conhecimento iniciático em determinada doutrina não deve ser o parâmetro para a qualificação do ensino religioso nas escolas públicas, pois o fundamental em um Estado democrático e laico é que os atos normativos e legais reflitam não princípios doutrinários relativos a religiões, mas os princípios éticos constitucionais. A liberdade religiosa e de crença é facultada a todos os cidadãos, mas a decisão sobre os critérios a partir dos quais o ensino religioso será oferecido às crianças e aos adolescentes não deve se pautar na especificidade das confissões, sob o risco de discriminação e uso do espaço público para o exercício do proselitismo.

4. Conclusões

A Constituição Federal de 1988 atesta o fundamento laico de nossa organização social e política. Apesar de não haver um artigo que enuncie diretamente o caráter laico do Estado, o texto constitucional assegura a liberdade de consciência e crença, bem como estabelece a

não interferência e dependência do Estado em relação às igrejas. Nesse sentido, não haveria religião oficial adotada pelo Estado brasileiro, e a diversidade de confissões deve ter o mesmo espaço de representação no espaço público, sem privilégio de uma doutrina religiosa específica sobre as demais crenças.

A laicidade é um dispositivo jurídico e sociológico. A justiça religiosa é o que irá fortalecer o dispositivo da laicidade nas instituições básicas do Estado, mas também o que promoverá o direito à igualdade de representação entre as religiões no campo do ensino público. A laicidade diz respeito não apenas ao direito de professar ou não uma religião e o dever de neutralidade do Estado em matéria religiosa, mas também a como garantir o igual direito de representação pelas comunidades religiosas nos espaços públicos do Estado. A justiça religiosa é um dos princípios básicos para a promoção da cultura dos direitos humanos em nações cuja laicidade se expressa pela pluriconfessionalidade.

O ensino religioso no Brasil é assegurado constitucionalmente, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação prevê o ensino religioso nas escolas públicas, atribuindo autonomia às instituições de ensino e às instituições religiosas quanto ao conteúdo a ser ministrado, vedando, no entanto, o proselitismo religioso. Por proselitismo religioso, deve-se entender a sobreposição entre ensino religioso e educação religiosa. Neste sentido, os arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei estadual 3.459/2000, do Estado do Rio de Janeiro, devem ser considerados inconstitucionais. Eles propõem um movimento confessional considerado inadmissível para as escolas públicas, pois viola o direito à igualdade e à diversidade social, além da liberdade de consciência.

VI O Direito em Ação

1
Comentários ao Acórdão 142.513/ES, rel. Min. Nilson Naves

Sérgio Salomão Shecaira

Professor Titular de Direito Penal da USP. Ex-presidente do IBCCrim e do CNPCP.

Área do Direito: Penal-Processo Penal; Constitucional

Resumo: *Habeas Corpus* concedido em face de superencarceramento em condições que ferem a dignidade do cidadão. Container não é local adequado para recolhimento prisional, de qualquer natureza. Concessão de *Habeas Corpus* para determinar a soltura imediata de preso provisório que aguarda julgamento em cárcere improvisado no Estado do Espírito Santo.

Palavras-chave: *Container* – Cárcere – Superencarceramento – Direitos humanos – *Habeas Corpus*.

Abstract: A writ of *Habeas Corpus* granted in cases of over crowded jails and conditions that hurt the citizen's dignity. A container is not a suitable place for imprisonment, of whatever nature. The granting of *Habeas Corpus* to determine the immediate release for those under temporary detention, awaiting trial, in improvised jails in the State of Espirito Santo.

Keywords: Container – Prison – Over crowded jail – Human rights – *Habeas Corpus*.

Corpos esquartejados: esta foi a principal razão a levar o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP – ao Estado do Espírito Santo. A comissão do Conselho Nacional encontrou um quadro caótico. Alguns trechos do relatório sobre a Casa de Custódia de Viana, hoje felizmente demolida, local onde presos eram mortos e esquartejados, merecem lembrança:

"O estado de deterioração dos edifícios é digno de nota. Como não há qualquer controle sobre os presos, partes dos pavilhões, em sucessivos períodos, foram sendo destruídos. Não há luz elétrica. Não há chuveiros. A água é fornecida somente ao final do dia. Durante a noite, os pavilhões são iluminados com holofotes direcionados das muralhas. O estado de higiene é de causar nojo. Colônias de moscas, mosquitos, insetos e ratos são visualizáveis por quaisquer visitantes. Restos de alimentos são encontráveis em meio ao pátio. Larvas foram fotografadas em várias áreas do presídio.

A segurança inexiste para presos ou visitantes. Nos últimos anos, há denúncias de vários corpos de presos esquartejados. Quando os corpos são achados – ou ao menos partes deles – a administração reconhece as mortes. Quando não são encontrados, a administração afirma supor ter havido fuga. Visitamos os pavilhões cercados por guardas armados. Tentaram nos impedir a visita alegando problemas de segurança. No contato com os presos soubemos dos casos de tortura. Atendimento médico inexiste. Flagramos presos com doenças de pele. A escabiose, em um dos casos, toma todo o dorso de um interno. Na véspera de nossa chegada, os presos foram obrigados a limpar os pavilhões. Por não haver colaboração dos condenados, a polícia militar disparou vários tiros. Recolhemos cápsulas de revólveres, fuzis e balas de borracha."

Superado o impacto da visita ao megapresídio de Viana, a Comissão do CNPCP dirigiu-se para a vizinha cidade de Serra, onde supostamente existiriam presos abrigados em *contêineres*. Seria pouco provável encontrar algo pior que a Casa de Custódia de Viana (Cascuvi). No entanto foi exatamente o que se viu. Novamente a descrição do relatório é reveladora:

"Chegamos no início da tarde à cidade de Serra, onde estão contêineres que o Estado chama de presídios. O local tem capacidade para 144 presos e tinha quase quatrocentos.

Quando chegamos, encontramos alguns presos encarregados de uma faxina. Vários depoimentos foram no sentido de que isso se iniciara

na véspera, com o anúncio de nossa visita. Cada contêiner tinha cerca de 40 presos. O local é absolutamente insalubre. A temperatura, no verão, passa de 45 graus, segundo vários depoimentos. Não há qualquer atividade laboral, como de resto já ocorria na Cascuvi. Não há médico. Não há advogado. Não há defensoria. Não há privacidade alguma.

As visitas semanais são feitas através de uma grade farpada. São fatos comuns as crianças se cortarem ao tentar pegar na mão dos detentos por entre as grades. Não há visita íntima.

Sob as celas encontramos um rio de esgoto (que estava quebrado há semanas). Na água preta e fétida encontravam-se insetos, larvas, roedores, garrafas de refrigerantes, restos de marmitas, restos de comida, sujeiras de todos os tipos. A profundidade daquele rio de fezes e dejetos chegava a quarenta centímetros, aproximadamente. O cheiro era de causar náuseas. Confesso que em toda a minha vida, nunca vi tão alto grau de degradação. Poucas vezes na história, seres humanos foram submetidos a tanto desrespeito.

Vencendo a repugnância do odor, aproximamo-nos dos presos. Novas denúncias de comida podre e de violências. Encontramos um preso com um tiro no olho e outro com marcas de bala na barriga. Marcas de balas na parte externa dos contêineres eram comuns. A promiscuidade imperava. Violências entre presos e contra presos foram denunciadas."

Este foi o quadro encontrado em abril de 2009 pelo CNPCP. Como o Governo Estadual resistisse a qualquer ordem de sugestão ou compartilhamento de responsabilidades para um gabinete de gestão da crise, contando com a inércia do Ministério Público e Magistratura estaduais, oficiou o CNPCP aos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público noticiando a inércia do Juiz da Execução e do Promotor da Execução. Mais! Requereu-se a abertura de processo criminal por tortura contra o Secretário da Justiça, culminando o pedido com a solicitação ao Procurador-Geral da República de intervenção federal no Estado, por ofensa aos Direitos Humanos. Entidades não governamentais – *Justiça Global e Conectas* – levaram a situação à Corte Interamericana e à ONU. Novamente era o nome do Brasil que estava sendo colocado em jogo.

Muitas autoridades nacionais optaram pela inércia. Afinal de contas era muito mais fácil dar tempo ao tempo e fazer com que o tempo apagasse da memória mais este episódio de ofensa aos Direitos Humanos. No entanto, pressões internas e externas acabaram por emascular as tentativas de colocar água na fervura. Confesso que em alguns

momentos não imaginei que teríamos atitudes tão corajosas de pessoas e entidades. O exemplo do denunciante, Bruno Souza, haveria de ser seguido por alguém. Por isso, foi com viva felicidade que vi o voto do ex-Ministro do STJ, Nilson Naves (HC 142.513/ES). Sabia que o Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, não se curvaria à vergonha de ter um ser humano detido em um contêiner. Sabia que o Judiciário não admitiria o tratamento desumano e degradante de se admitir que alguém, sob a custódia do Estado, defeque em "quentinhas" e urine em garrafas de refrigerante. Sabia que viveria o dia em que um experiente magistrado, a despeito de ter visto tudo o que viu em sua vida, teria a honra de se indignar a ponto de utilizar vocábulos como *desprezível*, *chocante*, *ilegais*, *ilegítimas*, *desonrante*, *inadequadas*. O protesto veemente que lança o Min. Nilson Naves estará gravado na memória do Judiciário, por sua coragem. Mais do que isso, apagará da minha retina a página obscura da história do encarceramento do país, para permitir que a dignidade daqueles que em contêineres foram recolhidos, pudesse ser minimamente restaurada. A soltura daquele que recorreu ao Judiciário para não permanecer como um animal em um recipiente de metal que comumente acondiciona carga, foi uma página de coragem do Judiciário mas, principalmente, do Min. Nilson Naves que fechava sua passagem pelo STJ com um voto de brilho e ousadia.

A decisão do STJ há de merecer uma leitura de todo estudante de Direito, para que aprenda que há dignidade no país.

ACÓRDÃO

STJ – HC 142.513/ES – 6.ª T. – j. 23.03.2010 – v.u. –rel. Min. Nilson Naves – *Dje* 10.05.2010.

HC 142.513/ES (2009/0141063-4).

Relator: Min. Nilson Naves.

Impetrante:Durval Albert Barbosa Lima e outros.

Impetrado:Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Paciente: Antônio Roldi Filho (preso).

Ementa: Prisão (preventiva). Cumprimento (em contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais).

1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade.

2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis – a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (art. 42, CP).

3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado.

4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também.

5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão.

6. Habeas corpus *deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos – homens e mulheres – estejam presos nas mesmas condições.*

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da 6.ª T. do STJ, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* com extensão a todos quantos estejam nas mesmas condições, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, todavia o Sr. Min. Haroldo Rodrigues a concedeu em menor extensão. A Sra. Min. Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJCE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Nilson Naves.

Brasília, 23 de março de 2010 (data do julgamento) – Min. Nilson Naves, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Nilson Naves* (relator): Em caso de prisão preventiva, sequencialmente a temporária, trazem os impetrantes, neste *habeas corpus* em favor de Antônio Roldi Filho, um dos quatro denunciados, as seguintes alegações, resumidamente:

"Foi sustentado pelos impetrantes quanto a ilegalidade da prisão a total ausência de fundamentação da autoridade judicial para manutenção da custódia cautelar, posto que se vislumbra nos autos de origem (3.ª Vara Criminal da Serra/ES), que a ilustrada Juíza de piso, ao decidir pela prisão preventiva do ora paciente, não fundamentou a sua decisão, como determina e exige o art. 93, IX, da CF/1988, o que a macula de nulidade, tornando ilegal a prisão preventiva. (Despacho – *sic* – de f. – verso.)

(...)

Na decisão do juízo de origem da ação penal, atacada por meio de *habeas corpus*, não se pode cogitar que a manifestação judicial sobre a decretação e manutenção da prisão cautelar esteja fundamentada de forma objetiva, ou nos moldes do mesmo entendimento do Ministério Público. O Despacho de cunho decisório (como sustenta a 1.ª Câm. Crim. do TJES) vem aos autos destituído de fundamentação legal capaz de limitar o direito à liberdade do ora paciente, porque se limitou apenas a decretar a prisão nas idênticas palavras do órgão acusador... Isso é inadmissível!!!"

Foram estas as informações prestadas (1.ª Câm. Crim.):

"Encaminho a V. Exa. para os devidos fins, Telegrama do STJ, protocolizado sob o n. 2009.00.726.123, referente aos autos em referência, cujo paciente é Antonio Roldi Filho, denunciado pela suposta prática, dos delitos previstos nos arts. 121, § 2.º, incs. I, III, IV e V c/c 29 e 69, ambos do CP.

Em 16.03.2009 foi indeferido o pedido de liminar.

Em 20.03.2009 foram prestadas as informações dando conta sobre necessidade da decretação da prisão preventiva do paciente.

Os autos foram julgados na sessão de julgamento do dia 06.05.2009, tendo como resultado: '(...) à unanimidade, denegar a ordem.'

Em 13.07.2009 ocorreu o trânsito em julgado para o paciente e em 17.07.2009 para o Ministério Público.

Sendo estas as informações que entendemos necessárias. Anexamos cópia das principais peças do *habeas corpus* citado no telegrama em referência.

Renovamos na oportunidade nossos protestos de elevada estima e consideração."

O Subprocurador-Geral Vieira Bracks é de parecer pela denegação da ordem, nestes termos:

"5. A ordem não merece ser concedida.

6. Inexiste, na hipótese submetida à análise, ilegalidade a ser sanada. A prisão cautelar foi devidamente decretada, estando presentes os requisitos do art. 312 do CPP.

7. A decisão recorrida, que manteve as decisões do juízo de origem, nada tem de genérica, estando amparada na moldura do art. 312 do CPP, já que os pressupostos – prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria – e fundamentos da custódia cautelar – garantia

da ordem pública e conveniência da instrução criminal – foram explicitamente declinados em seu corpo.

8. Com efeito, no tocante à prova da existência do crime e indícios de autoria (pressupostos da custódia cautelar), a vítima sobrevivente narrou com riqueza de detalhes toda a dinâmica dos crimes. Saliente-se, ainda, que a análise dos indícios de autoria, em sede de *habeas corpus*, dá-se de forma perfunctória, haja vista que essa via não comporta dilação probatória.

9. Quanto aos fundamentos da prisão preventiva, primeiro foi declinado que o crime foi cometido por motivação torpe, praticado de maneira extremamente violenta e brutal, com requintes de crueldade, sem possibilidade de defesa para as vítimas, a demonstrar a periculosidade do agente.

10. A hipótese aqui analisada se trata de um homicídio e uma tentativa de homicídio de dois adolescentes que adentraram a propriedade do acusado para pegar passarinhos. Segundo narram os autos, os adolescentes tiveram suas gargantas cortadas, sendo que um deles, milagrosamente, conseguiu sobreviver.

11. Os seguintes trechos destacados da denúncia demonstram a crueldade do crime e a personalidade dos agentes:

(...)

12. Da narrativa acima transcrita, é possível dar-se conta da tamanha crueldade com que foram praticados os delitos. As circunstâncias apresentadas revelam, de forma induvidosa, ser o acusado indivíduo perigoso, que, uma vez solto, pode abalar a ordem pública ou ameaçar a vítima sobrevivente.

13. Diante dos fatos narrados, é de rigor reconhecer a legalidade da prisão cautelar. Note-se que, na hipótese aqui analisada, a preventiva não foi decretada pela simples gravidade dos fatos, mas sim em razão da periculosidade do agente, demonstrada com lastro em fatos concretos, notadamente o *modus operandi* da empreitada criminosa.

14. Em consonância com o exposto, esse STJ consolidou o entendimento no sentido de que a periculosidade do agente revelada pelo *modus operandi* é fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva, como fazem ver os seguintes julgados:".

Outras informações dão conta de que já foi proferida a sentença de pronúncia, e lá se manteve a prisão.

É de 10.02.2010 a seguinte petição, resumidamente:

"Durval Albert Barbosa Lima e outro, nos autos do HC 142.513/ES, impetrado em favor de Antonio Roldi Filho, em curso perante V. Exa., vem em caráter de urgência, relatar a situação do paciente, que se encontra preso em um contêiner!

(...)

a) doente como se encontra (gastroenterite com desidratação), não tem condições de saúde de permanecer submetido a um encarceramento em contêiner de metal (!!!);

(...)

d) não vigoram as alegadas circunstâncias peculiares arguidas e invocadas para decretação de sua prisão em um contêiner de metal!"

Determinei se requisitassem informações a tal respeito, e elas imediatamente me vieram nestes termos:

"1. Segundo informações da Superintendência de Polícia Prisional do Estado do Espírito Santo, prestadas a este juízo por telefone, o paciente Antonio Roldi Filho está preso no Centro de Detenção Provisória de Cariacica, onde é usado 'contêiner' com adaptações como cela, situação que é do conhecimento do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e já resultou em reclamação contra o Estado do Espírito Santo na ONU.

2. Como não tive acesso às demais alegações do paciente, encaminho a V. Exa. íntegra da decisão que o pronunciou por homicídio qualificado de um adolescente e homicídio qualificado tentado contra outro menor. Há fortíssimos indícios de que o acusado, com auxílio de seus empregados, deteve e manteve as vítimas em cárcere privado para agredi-las fisicamente e psicologicamente e, então, mandou que seus empregados as matassem. A vítima fatal morreu por esgorjamento e a sobrevivente, depois de gravemente ferida à faca no pescoço, se fingiu de morta, o que permitiu que fugisse do local do crime e conseguisse relatar para as autoridades policiais os atos de extrema violência praticados por Antonio Roldi Filho e seus comparsas.

6. São as informações que reputo indispensáveis e, nos colocando a disposição de V. Exa. para complementá-las se necessário...".

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Nilson Naves* (relator): É caso de extrema ilegitimidade; é caso de manifesta ilegalidade. Sobretudo de manifesta ilegalidade.

Como nos descreveu o relatório, estou aqui lhes falando, Srs. Ministros, da prisão à qual, são palavras dos impetrantes, falta efetiva fundamentação, e da prisão, são também palavras das últimas informações a nós prestadas, que está sendo cumprida num contêiner. Observem, Senhores, num contêiner. Num contêiner! Isso é impróprio e odioso, ou não é caso de extrema ilegalidade? É cruel, disso dúvida não tenho eu: entre nós, entre nós e entre tantos e tantos povos cultos, não se admitem, entre outras penas, penas cruéis (art. 5.°, XLVII, *e*, CF). E a prisão cautelar nada mais é do que a execução antecipada de pena, tanto que um dos pressupostos da preventiva é a probabilidade de condenação (*fumus boni iuris*) – da condenação advém a aplicação de pena, da aplicação, a execução, etc. E, a propósito, computa-se, "na pena privativa de liberdade (...), o tempo de prisão provisória (...)" (art. 42, CP).

Limito-me, pois, neste momento, ao aspecto da prisão cumprida num contêiner e repito, a esse respeito, as informações da ilustre Juíza da comarca de Serra:

"1. Segundo informações da Superintendência de Polícia Prisional do Estado do Espírito Santo, prestadas a este juízo por telefone, o paciente Antonio Roldi Filho está preso no Centro de Detenção Provisória de Cariacica, onde é usado 'contêiner' com adaptações como cela, situação que é do conhecimento do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e já resultou em reclamação contra o Estado do Espírito Santo na ONU."

Isso é humilhante e intolerável!

Pois se tal já resultou em reclamação, reclamo eu também. Reclamo e protesto veementemente, porquanto em contêiner se acondiciona carga, se acondicionam mercadorias, etc.; lá certamente não se devem acondicionar homens e mulheres. Eis o significado de contêiner segundos os dicionaristas: "recipiente de metal ou madeira, ger. de grandes dimensões, destinado ao acondicionamento e transporte de carga em navios, trens etc."; "cofre de carga"; "grande caixa (...) para acondicionamento da carga geral a transportar".

Decerto somos todos iguais perante a lei, e a nossa Lei Maior já se inicia, e bem se inicia, arrolando entre os seus fundamentos, isto é, entre os fundamentos da nossa República, o da dignidade da pessoa humana. E depois? Depois, lá estão, entre os direitos e garantias fundamentais, entre os princípios e as normas, entre as normas e os princípios: (I) não há pena sem prévia cominação legal (então também não há de haver prisão sem previsão legal), por exemplo, prisão em contêiner; (II) não

haverá, entre outras, penas cruéis; (III) assegura-se aos presos o respeito à integridade física e moral; (IV) assegura-se a todos o devido processo legal; (V) ninguém é culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (VI) a prisão ilegal há de ser imediatamente relaxada; e (VII) ninguém será levado à prisão quando a lei admitir a liberdade provisória. Podendo aqui me valer de tantos e tantos outros textos (normas nacionais e normas internacionais), quero ainda me valer de um, um da Lei de Execução Penal, o do art. 1.º: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

Se assim é – e, de fato, é assim mesmo –, então a prisão em causa é inadequada e desonrante. Não só a prisão que, aqui e agora, está sob nossos olhos, as demais em condições assemelhadas também são obviamente reprováveis. Trata-se, em suma, de prisão desumana, que abertamente se opõe a textos constitucionais, igualmente a textos infraconstitucionais, sem falar dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (art. 5.º, § 3.º, CF). Basta o seguinte (mais um texto): "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (art. 5.º, XLIX, CF).

É despreziva e chocante! Não é que a prisão ou as prisões desse tipo sejam ilegais, são manifestamente ilegais. Ilegais e ilegítimas.

Ultrapassamos o momento da fundamentação dos direitos humanos; é tempo de protegê-los, mas, "para protegê-los, não basta proclamá-los". Numa sociedade igualitária, livre e fraterna, não se pode combater a violência do crime com a violência da prisão. Quem a isso deixaria de dar ouvidos? Ouvindo-o a quem? A Dante? "Renunciai as esperanças, vós que entrais".

Quanto à prisão cautelar, aqui adentramos um aspecto grave do problema: a violência no cumprimento desse tipo de medida contribui, evidentemente, para o robustecimento da violência ao legitimar a violência institucionalizada.

Trago comigo, então, duas propostas. Uma, no sentido de, pura e simplesmente, revogar a prisão preventiva recaída sobre o paciente; a outra, no sentido de substituir a prisão num contêiner por prisão domiciliar. Num e noutro sentido, estendo a proposta a tantos quantos – homens e mulheres – estejam cautelarmente (repito, cautelarmente)

presos nas mesmas condições. As prisões não são ilegais, são, isto sim, manifestamente ilegais. Ilegais e ilegítimas.

Já se escreveu que "a lei garante o cidadão e o magistrado garante a lei". Antes de sermos pessoas de ideias, somos pessoas de princípios, pessoas que cultivam princípios, entre os quais, e é para isso que aqui nos encontramos, o de promover o bem de todos sem preconceitos. Por sinal, tal é o que reza um dos objetivos fundamentais da nossa República: sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Somos, também, historicamente comprometidos: é que o Judiciário tem históricos compromissos com a ideia de justiça, pois não é que andamos, é verdade, diariamente, desde que o mundo é mundo, procurando dar resposta à eterna pergunta "o que é a justiça?"! Fazemos diariamente a justiça da melhor maneira possível, conquanto, ao fazê-la, acabemos por agradar a uns e por desagradar a outros. Quanto é difícil agradar a todos!

Porém somos uns sonhadores, sonhamos o sonho do poeta, sentimos a dor do poeta, do poeta que fingia tão completamente que chegava a fingir ser dor a dor que deveras sentia. Talvez por isso é que já se disse que a justiça é o sonho humano – sonho que pouco importa aos pássaros, aos peixes ou ao Deus eterno.

Num momento de intimidação do Judiciário nos anos cinquenta, o Instituto dos Advogados prestou calorosa homenagem ao Juiz Aguiar Dias, oportunidade em que o orador daquela tarde, Dario de Almeida Magalhães, concluiu assim seu magnífico pronunciamento:

"Dos que se investem da missão de distribuir justiça, o que se exige, antes de tudo, é rigorosa independência. Para resguardá-la cerca a Constituição os juízes de garantias cabais. A tibieza e a demissão da parte deles equivalem, por isso, à traição ao dever elementar. E quando esta desgraça acontece, não há salvação no naufrágio em que se perde o regime.

Marcais com o vosso exemplo de intrepidez e energia moral a compreensão que tendes das vossas responsabilidades; e para honra da nossa magistratura, anima-nos a certeza de que no seio dela não representais uma posição solitária, nem sois uma sentinela perdida. Sois, sem dúvida, porém, um expoente e uma segurança, numa quadra de perigos em que é preciso relembrar o aforismo de Bacon: 'A lei garante o cidadão e o magistrado garante a lei'."

Sim, é a lei que garante o cidadão, e é o magistrado quem garante a lei. O caso, Srs. Ministros, é de extrema ilegalidade.

Pelo que disse linhas atrás, voto pela concessão da ordem no sentido de revogar a prisão preventiva recaída sobre o paciente, impondo-lhe, no entanto, o compromisso de comparecer a todos os atos do processo. Caso prefiram V. Exas., voto no sentido de substituir a prisão num contêiner por prisão domiciliar. Num e noutro sentido, estendo a ordem a tantos quantos – homens e mulheres – estejam cautelarmente (repito, cautelarmente) presos nas mesmas condições. Quanto à extensão dos efeitos da ordem ora concedida, fica nas mãos do Juiz do processo o exame de cada caso, cabendo de sua decisão reclamação ao Superior Tribunal. As prisões não são ilegais, são, isto sim, manifestamente ilegais. Ilegais e Ilegítimas.