47735

Revista
Brasileira
Ciências Criminais

Ano 18 • n. 82 • jan.-fev. / 2010

Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais

Ano 18 • n. 82 • jan.-fev. / 2010

Presidente **Sérgio Mazina Martins**
Coordenadora **Ana Elisa Liberatore S. Bechara**

Diretoria da Revista

COORDENADORA – Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COORDENADORES ADJUNTOS – 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, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, 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
Ciências

Ano 18 • n. 82 • jan.-fev. / 2010

Coordenadora
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. 82 • jan.-fev. / 2010

Presidente
SÉRGIO MAZINA MARTINS

Coordenadora
ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável
CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

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: Editora Revista dos Tribunais Ltda., CNJP 60.501.293/0001-12
Impressão e acabamento: Prol Editora Gráfica Ltda., CNPJ 52.007.010/0001-52

Impresso no Brasil: [03-2010]
Profissional
Fechamento desta edição: [25.03.2010]



Impresso no Brasil

Sumário

I. Direito Penal

1. A inconstitucionalidade da nova tipificação do crime de "sequestro relâmpago"
   Cezar Roberto Bitencourt 7
2. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal
   Claus Roxin 24
3. Modelos de distribuição da normativa penal: o papel do Código e dos subsistemas penais
   Fabiano Augusto Martins Silveira 48
4. Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena
   José Milton Peralta 88
5. O bem jurídico nos crimes contra o Mercado de Capitais
   Leonardo Alonso 129
6. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*)
   Luís Greco 165

II. Processo Penal

1. A produção da prova por videoconferência
   Carolina Dzimidas Haber 187
2. A investigação criminal como meio de prova no crime de homicídio
   Marcos Carneiro Lima 221

III. Crime e Sociedade

1. La criminalización de la pobreza y la expansión de la población carcelaria
   Ana Isabel Pérez Cepeda 257

2. Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminógeno
GABRIEL VIEIRA BERLA 295

3. Tédio, crime e criminologia: um convite à criminologia cultural
JEFF FERRELL 339

IV. SISTEMA PRISIONAL

1. Liberdade religiosa e prisão
JOSÉ DE JESUS FILHO 361

V. SEÇÃO ESPECIAL: MANIFESTO

1. Manifiesto sobre la política criminal europea. European Criminal Policy Initiative
HELMUT SATZGER E KAI AMBOS 389

VI. O DIREITO EM AÇÃO

1. Ementário de jurisprudência
ADRIANO GALVÃO DIAS RESENDE, ANDRÉ ADRIANO DO NASCIMENTO DA SILVA E LUCAS CLEMENTE GUIMARÃES DIAZ 415

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO
AUTORES 427
TEMAS 428

IBCCRIM – DIRETORIA DA GESTÃO 2009-2010 431

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES 433



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

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 Telles

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tybiriçá

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Coordenadores Regionais

Coordenadora-chefe: Juliana Garcia Belloque

1.ª Região (Amapá, Maranhão e Pará) – João Guilherme Lages Mendes

2.ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Telma de Verçosa Roessing

3.ª Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

4.ª Região (Paraíba, Pernambuco e Alagoas) – Oswaldo Trigueiro Filho

5.ª Região (Bahia e Sergipe) – Wellington César Lima e Silva

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

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

8.ª Região (Minas Gerais) – Felipe Martins Assis Pinto

9.ª Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

10.ª Região (São Paulo) – João Daniel Rassi

11.ª Região (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

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

47736

I DIREITO PENAL

1

A inconstitucionalidade da nova tipificação do crime de "sequestro relâmpago"

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC (Mestrado e Doutorado) e da graduação. Advogado criminalista.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: Aborda-se criticamente a definição legal da conduta conhecida como "sequestro relâmpago", que exaspera exageradamente a sanção penal correspondente. Fazendo-se uma análise comparativa, sustenta-se a inconstitucionalidade da cominação penal, por violar, dentre outros princípios, o da proporcionalidade, cujo controle está afeto ao Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Sequestro – Proporcionalidade – Razoabilidade – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This paper critically addresses the legal definition of the conduct known as "flash kidnapping", which exaggeratedly exasperates the corresponding penal sanction. By means of a comparative analysis, it maintains the unconstitutionality of the penal threat by breaking the principle of proportionality as well as other principles, whose control is under the judiciary branch.

KEYWORDS: Kidnapping – Proportionality – Reasonability – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Extorsão mediante restrição de liberdade – 2. Extorsão mediante restrição de liberdade qualificada pelo resultado – 3. A gravidade da semelhança entre roubo e extorsão especial – 4. A desproporcional cominação de penas entre roubo e extorsão especial – 5. Violação ao princípio da proporcionalidade e inconstitucionalidade das sanções cominadas – 6. Bibliografia.

1. Extorsão mediante restrição de liberdade

Ao tratarmos do disposto no art. 157, § 1.º, V, referindo-nos ao popular "sequestro relâmpago", antes da atual Lei 11.923/2009, nos manifestamos qualificando-o como uma modalidade de *extorsão mediante sequestro*, nos seguintes termos:

"Sustentamos que, nos casos popularmente conhecidos como 'sequestro relâmpago', cometidos diariamente nas principais capitais brasileiras, onde a vítima é colocada em porta-malas de veículos, pelas mãos de marginais perigosos, que percorrem horas a fio os mais variados bairros da cidade, ameaçando gravemente a vítima, exigindo-lhe (extorquindo) mais bens ou valores, às vezes as violentando sexualmente, e cujo resultado final é absolutamente imprevisível e completamente aleatório, *configura-se crime mais grave* que a simples majorante da restrição da liberdade da vítima. A moldura legal adequada para esse tipo de conduta, cujo resultado, mais ou menos grave, não passa de mero detalhe acidental ou circunstancial do evento, a nosso juízo, é o art. 159 do CP, ou seja, extorsão mediante sequestro. Esta, por ser mais grave, absorve o crime de roubo, afastando, consequentemente, o concurso com esse crime." [1]

O novo texto legal, no entanto, preferiu tipificá-lo, como uma modalidade *de extorsão especial*, acrescentando, o § 3.º no art. 158, com a seguinte redação: "Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, § § 2.º e 3.º, respectivamente" (Lei 11.923/2009). A partir dessa previsão legal poderemos ter infrações penais "com restrição da liberdade da vítima necessárias", e não necessárias, paradoxalmente.

Embora não nos pareça ser a tipificação mais adequada – considerando-se que há um *sequestro para extorquir* – o legislador optou pelo termo médio, isto é, nem pela *extorsão mediante sequestro* (art.

1. Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 3, p. 86.

159, CP), nem pela *extorsão simples* do *caput* do art. 158 do CP, mas por uma figura especial de extorsão, qual seja, *extorsão com sequestro da vítima, ou, como preferimos denominá-la, extorsão mediante restrição de liberdade*. Dessa forma, o novo texto legal pôs termo à *divergência relativa à tipificação* dessa conduta delituosa, que passou a ser o grande "terror" da vida urbana, e reclamava uma definição precisa de sua adequada moldura típica, em respeito à *função taxativa* da tipicidade estrita. Desnecessário repetir a grande semelhança que existe entre os crimes de *sequestro e cárcere privado* (art. 148, CP), *roubo* (art. 157, CP), *extorsão* (158, CP) e *extorsão mediante sequestro* (art. 159, CP), a despeito das consideráveis diferenças das sanções cominadas. Apesar de o "sequestro relâmpago" poder – antes da Lei 11.923/2009 – agasalhar-se, segundo algumas correntes doutrinário-jurisprudenciais, ora no crime de *roubo*, ora no de *extorsão* e ora no de *extorsão mediante sequestro*, fazia-se necessária uma tipificação específica, para se afastar a insegurança jurídica que rondava a todos.

A interpretação do novo § 3.º deve, necessariamente, ser conjunta com a previsão do *caput*, resultando assim: " *constranger mediante restrição da liberdade da vítima, e essa condição seja necessária para a obtenção da vantagem econômica* ". Em outros termos, essa novel figura delituosa deve apresentar os seguintes elementos: (a) constrangimento ilegal; (b) especial fim de obter vantagem econômica; (c) restrição da liberdade da vítima como condição necessária. O verbo nuclear "constranger" integra a nova figura delitiva, e "mediante violência ou grave ameaça", constante do *caput*, encontra-se implícita na elementar "mediante restrição da liberdade", que é uma das modalidades mais graves de violência, devidamente criminalizada. Mas é necessário que o constrangimento ilegal *tenha a finalidade de obter* vantagem econômica indevida, e que ocorra mediante restrição da liberdade da vítima, que seja condição indispensável para sua concretização.

A *restrição da liberdade da vítima*, como *condição necessária para a obtenção da vantagem econômica*, é elementar indispensável para a caracterização dessa infração penal. No entanto, a *restrição da liberdade* poderá, dependendo das circunstâncias, assumir a natureza de outro crime, como, por exemplo, os dos arts. 148; 157, § 2.º, V e 159, do CP, na medida em que priva a vítima de sua liberdade ou pode, até mesmo, configurar outro crime mais grave, absorvendo, no caso, o

roubo ou a própria *extorsão*, como, por exemplo, a *extorsão mediante sequestro* (art. 159, § 3.°, CP). Por isso, é preciso cautela na análise dessa questão, sob pena de deixar-se praticamente impune o crime de *sequestro*. Assim, quando o "sequestro" (manutenção da vítima em poder do agente) for praticado *concomitante* com o *roubo*, ou, pelo menos, como *meio de execução* do roubo ou como *garantia contra ação policial*, estará configurada essa infração penal, própria ou imprópria, ou mesmo a sua *majorante* constante no inc. V do § 2.° do art. 157 do CP. Agora, quando eventual "sequestro" for praticado *depois da consumação do roubo* de veículo automotor, por exemplo, sem nenhuma conexão com sua execução ou garantia de fuga, não se estará diante da *majorante especial* (art. 157, § 2.°, V, CP), mas tratar-se-á de concurso de crimes (roubo e a nova extorsão); pode, inclusive, tipificar a *extorsão mediante sequestro*, quando, por exemplo, exigir que a vítima mantenha contato com terceiros para assegurar-lhe a vantagem econômica, como condição de sua liberação.

No entanto, se a *restrição da liberdade da vítima*, imposta pelo agente, "não for indispensável para a prática da ação", o crime tipificado não se adequará ao disposto neste § 3.°, podendo, na realidade, tipificar o crime de roubo, próprio ou impróprio, ou a extorsão simples prevista no *caput* do art. 158 do CP. Nesse sentido, passamos a ter a "restrição da liberdade da vítima, *como condição necessária* ", ou *como condição desnecessária ou supérflua da figura típica.* Poderá ocorrer as seguintes situações: (a) não necessitando da colaboração da vítima para apoderar-se da coisa pretendida, restringe sua liberdade de locomoção visando somente garantir o êxito da empreitada (subtração ou fuga), configurará roubo, próprio ou impróprio, dependendo das circunstâncias; (b) quando, no entanto, o agente necessitar da restrição da liberdade da vítima, para a obtenção da vantagem econômica, priva-a de sua locomoção, pelo tempo necessário, e, como condição para consegui-la, configurará a *extorsão mediante restrição de liberdade* (sequestro relâmpago). Em outros termos, não é a simples restrição da liberdade da vítima que caracterizará essa *extorsão especial*, mas será sua necessidade como condição para obter a vantagem econômica pretendida, pois, *sendo desnecessária*, configurará outra infração penal.

Finalmente, considerando que a lei penal mais benéfica retroage, nos termos do art. 5.°, XL, da CF/1988, deverão ser revistos todos os

casos que possam, eventualmente, ter sido punidos mais gravemente. Situação semelhante pode ter ocorrido com aqueles casos em que se interpretou como extorsão mediante sequestro. Dessa forma, deve-se verificar, casuisticamente, qual a interpretação que fora dada à situação fática, agora criminalizada, como modalidade de *extorsão*, que, normalmente, era considerada como *extorsão mediante sequestro* (art. 159, CP).

2. Extorsão mediante restrição de liberdade qualificada pelo resultado

Resultando do "sequestro relâmpago" *lesão corporal grave* ou *morte*, aplica-se as mesmas penas previstas para os casos de *extorsão mediante sequestro* que atinjam os mesmos resultados (art. 159, § § 2.º e 3.º, CP). Constata-se que, nessa previsão, os mesmos resultados – lesão corporal grave ou morte – sofrem punição bem mais grave que a prevista no § 2.º para a *forma qualificada* da extorsão tipificada no *caput* deste artigo. Em outros termos, para hipótese do § 2.º, comina-se a mesma pena do *roubo qualificado pelo resultado* (7 a 15 anos de reclusão se resulta lesão corporal e 20 a 30 anos se resulta morte, além da pena de multa); para a hipótese do § 3.º, que ora examinamos, comina-se a mesma pena da extorsão mediante sequestro (16 a 24 anos, se resulta lesão corporal grave e 24 a 30 anos, se resulta morte, além da multa). Podemos achar, e na realidade achamos, que as sanções cominadas são exageradamente graves, mas não deixam de apresentar uma certa coerência com a previsão constante do *caput*, que comina pena intermediária entre *roubo* e *extorsão mediante sequestro*. Mas essa coerência intrínseca, no entanto, não salva a irrazoabilidade de seu conteúdo, que examinaremos.

Questão que poderá apresentar certa desinteligência refere-se à natureza do crime *extorsão mediante restrição de liberdade qualificada pelo resultado* (art. 158, § 3.º, 2.ª parte), que sofre a cominação das mesmas penas da extorsão mediante sequestro qualificada (art. 159, § § 2.º e 3.º, CP): afinal, essa extorsão qualificada pelo resultado (art. 158, § 3.º, 2.ª parte) pode ser adjetivada de *crime hediondo*? Para Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches, essa cominação penal converte-a em crime hediondo, *in verbis*: "não sendo extorsão mediante sequestro, em regra não há que se falar em crime hediondo, salvo quando ocorre o resultado morte (extorsão com resultado morte é crime hediondo).

No caso de lesão grave, não é crime hediondo (por falta de previsão legal)".[2]

Venia concessa, temos dificuldade em aceitar esse entendimento, por esbarrar no *princípio da reserva legal*. Com efeito, nesse sentido, a conhecida *lei dos crimes hediondos* (Lei 8.072/1990) relaciona (*numerus clausus*), dentre outras, as seguintes infrações: "(...) III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2.°); IV – extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e § § 1.°; 2.° e 3.°)". De notar-se que a norma repressiva especifica não apenas o *nomen iuris* das infrações penais classificadas como crimes hediondos, como também indica os respectivos dispositivos legais (artigos, parágrafos e incisos), dentre os quais, à evidência, não se encontra o § 3.° do art. 158, que é novo, evidentemente. Invocar-se, por outro lado, que o crime igualmente é de *extorsão* e que o resultado *morte* também é igual, o que justificaria o seu reconhecimento como *crime hediondo*, viola a função da taxatividade do princípio da tipicidade, além de implicar aplicação de analogia *in malan partem*, que é inadmissível. Por fim, tampouco pode ser invocado o aspecto de cominar as sanções previstas nos § § 2.° e 3.° do art. 159, que é definido como crime hediondo. Convém destacar, enfim, que a previsão da segunda parte do § 3.° não converte este crime em *extorsão mediante sequestro*, apenas comina as penas que lhe são correspondentes, sem atribuir-lhe, por óbvio, a mesma natureza. E essa cominação, inquestionavelmente, não tem o condão de alterar a espécie de infração penal e, por essa mesma razão, não o transforma em crime hediondo, por falta de previsão legal expressa.

Em síntese, a *extorsão mediante restrição da liberdade da vítima, qualificada pelo resultado morte*, não pode ser reconhecida como *crime hediondo*, por absoluta falta de previsão legal, e pela impossibilidade da adoção de analogia *in malan partem*, a despeito do respeitável entendimento em sentido contrário. O que a lei determina é somente a aplicação das mesmas penas, nada mais. Em outros termos, a cominação das penas da *extorsão mediante sequestro qualificada*, não converte,

2. GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério. Sequestro relâmpago deixou de ser crime hediondo: Lei 11.923/2009 é mais favorável ao réu. Disponível em: [www.lfg.com.br]. Acesso em: 09.10.2009.

nesse crime, a extorsão mediante restrição da liberdade qualificada pelo resultado morte.

3. A GRAVIDADE DA SEMELHANÇA ENTRE ROUBO E EXTORSÃO ESPECIAL

Não há no Código Penal brasileiro, tipos penais mais assemelhados, em seus elementos estruturais, que roubo e extorsão, tanto que, não raro, surge a dúvida sobre a correta capitulação entre um e outra, recebendo capitulações diversas, nos dois graus de jurisdição, o mesmo fato num mesmo processo. Nesse sentido, o que já era difícil acabou ficando muito pior. A *agravação* dessa semelhança reside, fundamentalmente, na diversidade de punição, que não é pouca coisa, posto que mera questão interpretativa pode resultar em aplicação de pena 50% acima, considerando-se o mínimo legal cominado (quatro anos para o roubo, e seis para o sequestro relâmpago), que, convenhamos, não é pouca coisa.

No entanto, a desinteligência anterior, naquelas situações limítrofes, não ultrapassava a *questões terminológicas*, na medida em que recebiam – *roubo* e *extorsão* – a mesma cominação penal (quatro a dez anos de reclusão); a consequência mais grave, nesse caso, residia no histórico equívoco jurisprudencial, que sempre insistiu tratarem-se – *extorsão e roubo* – de crimes de espécies diferentes, com o objetivo exclusivo de negar a continuidade delitiva. Agora, no entanto, o eventual erro ou equívoco interpretativo terá consequências muito mais graves, como deixam patente as sanções cominadas.

Criticando o conteúdo do novo § 3.º, João Paulo Martinelli,[3] afirma, com acerto, que se *a restrição da liberdade da vítima* é condição necessária para a nova configuração delituosa, já existe equivalente legal para o *sequestro relâmpago*, pois, "Quem obriga uma pessoa a sacar dinheiro para entregar-lhe comete crime de roubo com a restrição de liberdade, podendo, ainda, incidir outra majorante, se houver uso de arma. Não enxergamos haver extorsão, pois a finalidade do agente é a subtração de coisa alheia móvel, no caso, o dinheiro. A distinção entre roubo e extorsão baseada apenas no comportamento do agente e da vítima é insuficiente. Dizer que o caso é de extorsão porque a vítima é

3. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Projeto de lei que tipifica o "sequestro relâmpago" aprovado pelo senado. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 08.10.2009.

quem age não satisfaz a problemática. Se assim o fosse, quando a vítima entregar seu veículo mediante ameaça também deveria ser o crime de extorsão, o mesmo valendo para a hipótese daquele que enfia a mão no bolso, abre a carteira e entrega o dinheiro exigido. Em ambas as situações, houve um comportamento ativo da vítima, e nem por isso teremos extorsão". Essa leitura de Martinelli é, dogmaticamente, incensurável, pois, afora o aspecto conceitual, onde a distinção entre *roubo* e *extorsão* é fácil de explicar; faticamente, no entanto, é muito difícil constatá-la, em razão da grande carga de subjetividade que a orienta.

Com efeito, no *roubo* e na *extorsão* o agente emprega violência ou grave ameaça para subjugar a vontade da vítima; no *roubo*, o mal é iminente, e o proveito é contemporâneo; na *extorsão*, o mal prometido é, de regra, futuro imediato, como futura também é, teoricamente, a vantagem que o agente objetiva. No *roubo*, o agente toma a coisa, ou *obriga* a vítima (sem opção) a entregá-la; na *extorsão*, afirma-se que a vítima pode, em princípio, optar entre acatar a ordem ou oferecer resistência, embora a prudência recomende, nestes tempos bicudos, não resistir. Mas não se pode negar que todo esse magistério clássico, que nos vem da doutrina tradicional, ou está superada ou é inaplicável no denominado sequestro relâmpago, que, por ser relâmpago, exige uma satisfação imediata e, nesse aspecto, confunde-se ainda mais com o crime de roubo. Na realidade, essa *faculdade* ou opção referida à extorsão, que teria ou não a liberdade de entregar a coisa ou objeto exigido pelo agente, é, praticamente, inexistente, pois todos os indicadores, ante a gravidade da violência generalizada, determina que se acate a ordem do extorquidor ou extorsionário, sob pena de pagar com a própria vida eventual rebeldia no atendimento do que lhe é determinado.

Que *faculdade* seria essa de a vítima escolher ou decidir atender a exigência do assaltante a esse preço? À evidência, trata-se de uma das hipóteses da denominada *coação irresistível*, em que a vítima não tem alternativa senão submeter-se à vontade do extorquidor. Aliás, estamos diante de uma "vontade viciada" que equivale a inexistência de vontade, decorrente de uma *coação irresistível*. Com efeito, coação irresistível é tudo o que pressiona a vontade *impondo* determinado comportamento, eliminando ou reduzindo o poder de escolha. Na *coação*

moral irresistível existe vontade, embora seja viciada,[4] isto é, não é livremente formada pelo agente. Nas circunstâncias em que a ameaça é *irresistível* não é exigível que o agente se oponha a essa ameaça, especialmente quando corre risco de vida ou à sua integridade física ou de sua família. Se isso vale para os acusados em geral, com igual razão deve servir para demonstrar que a vítima não entrega a coisa livremente, mas mediante coação que, nas circunstâncias, não podia resistir.

Nesse sentido, encontra-se completamente superada aquela velha máxima de Frank, segundo a qual o *ladrão subtrai*; *o extorsionário faz com que se lhe entregue a coisa*, pois, em verdade, também no *roubo*, muitas vezes, o ladrão (assaltante) *faz a vítima entregar-lhe a coisa* desejada, como destaca, lucidamente, Martinelli:[5] "A distinção entre roubo e extorsão baseada apenas no *comportamento* do agente e da vítima é insuficiente. Dizer que o caso é de extorsão porque a vítima é quem age não satisfaz a problemática. Se assim o fosse, quando a vítima entregar seu veículo mediante ameaça também deveria ser o crime de extorsão, o mesmo valendo para a hipótese daquele que enfia a mão no bolso, abre a carteira e entrega o dinheiro exigido. Em ambas as situações, houve um comportamento ativo da vítima, e nem por isso teremos extorsão".

Historicamente se tem dito que *havendo ato da vítima* no despojamento de bens, será *extorsão*; não havendo ato da vítima, será *roubo*; que no *roubo* o agente subtrai a coisa mediante violência; na *extorsão*, a vítima a entrega ao agente para não sofrer violência, e que eventual equívoco de interpretação não causaria prejuízo considerável, na medida em que as penas eram iguais. No entanto, as distinções entre *roubo* e *extorsão* nem sempre são assim tão precisas, haja vista a grande desinteligência que reina em doutrina e jurisprudência sobre a espécie de ambos, havendo, não se pode ignorar, uma zona gris, onde as duas figuras se confundem, sendo difícil precisar com segurança a sua identificação. Paradigmático, nesse sentido, o seguinte acórdão, já mencionado: "No assalto, é irrelevante que a coisa venha a ser entregue pela vítima ao agente ou que este a subtraia. Trata-se de roubo.

4. Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 1, p. 387.
5. Martinelli, João Paulo Orsini. Op. cit.

Constrangido o sujeito passivo a entrega do bem não pode ser considerado ato livremente voluntário, tornando tal conduta de nenhuma importância no plano jurídico".[6] Não se ignorou, nesse julgamento a distinção entre roubo e extorsão, apenas o julgador considerou irrelevante a máxima de que *ladrão subtrai a coisa no roubo*, e *a vítima a entrega na extorsão*.

No sistema anterior, essa dificuldade não apresentava maiores consequências, na medida que a sanção aplicável na extorsão era exatamente a mesma do roubo, ao contrário do que passa a ocorrer com a nova definição legal. Na realidade, confundem-se os aspectos temporais nos crimes de roubo e extorsão de tal modo que não mais se pode afirmar que violência e locupletação, num e noutra, realizam-se em contextos diferentes, Tanto pode haver extorsão com violência e vantagem atuais, como com violência e locupletação contemporâneas, que é exatamente o caso do "sequestro relâmpago", e somente essa *fugacidade temporal*, não pode o justificar a absurda elevação das sanções cominadas, nos limites que destacamos adiante. Com efeito, qual é a diferença entre o assalto em que o indivíduo, apontando uma arma (mesmo branca), exige que a vítima entregue-lhe a carteira (roubo), e a restrição da liberdade desta, exigindo-lhe a entrega do cartão eletrônico e sua senha (sequestro relâmpago)? Em nenhuma das hipóteses a vítima dispõe da liberdade de escolha de entregar ou não o objeto exigido pelo assaltante, ou seja, o atendimento da exigência do ladrão ou extorsionário não resulta da deliberação da vítima, como imaginava a antiga doutrina, mas decorre da imposição das circunstâncias, cujo desatendimento, em ambos os casos, pode provocar resultados imprevisíveis e irreversíveis, como, v.g., a própria morte.

Pois bem, essa identidade de *ação, causa* e *consequências*, impede que se imponha sanções ao "sequestro relâmpago" tão absurdamente superiores as previstas para o crime de *roubo*, por violar os sagrados princípios da proporcionalidade, razoabilidade, da culpabilidade e da dignidade humana, decorrendo daí sua inevitável *insconstitucionalidade*, pois como sustentava Hungria, "Tanto pode haver extorsão com violência atual e futura (e é o caso mais frequente [sic]), quanto com violência e locupletação contemporâneas".[7]

6. TACrimSP, Ac 882.591, rel. Penteado Navarro, *RT* 718/429.

4. A DESPROPORCIONAL COMINAÇÃO DE PENAS ENTRE ROUBO E EXTORSÃO ESPECIAL

O Poder Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade assegurados pelo nosso sistema constitucional, afrontando diretamente o *princípio da proporcionalidade*, como demonstra uma singela comparação entre as sanções cominadas a algumas infrações penais semelhantes.

O *roubo* que, como acabamos de demonstrar, é uma espécie de irmão siamês do crime de *extorsão* (sendo o paradigma ideal para esta análise), recebe a cominação em três marcos diferentes de penas:[8] (a) roubo simples (*caput* do art. 157 do CP): 4 a 10 anos; (b) qualificado pela lesão corporal grave (art. 157, § 3.º, 1.ª parte): 7 a 15 anos; (c) qualificado pelo resultado morte (art. 157, § 3.º, 2.ª parte): 20 a 30 anos. Previsão que, convenhamos, já é um exagero, comparando-se ao *homicídio qualificado*, por exemplo, com pena prevista de 12 a 30 anos, numa clara demonstração de que, para o legislador brasileiro, o patrimônio é mais valorizado que a própria vida humana.

As penas previstas para a *extorsão* (*caput* do art. 158 do CP) – que agora se justifica adjetivá-la de *simples* –, são exatamente as mesmas cominadas ao crime de *roubo*, inclusive as relativas às figuras majoradas (art. 158, § 1.º) e às qualificadas em decorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 2.º). Essa paridade no tratamento das consequências penais de ambas figuras eliminam por completo eventual interpretação equivocada, que as situações fático-limítrofes nos proporcionam, com alguma frequência, como demonstramos alhures.

No entanto, as penas cominadas ao "sequestro relâmpago", injustificadamente, quer pela natureza da infração, quer pela gravidade de suas consequências materiais, quer por razões político-criminais respaldadas pelo Estado Democrático de Direito, recebem,

7. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. vol. 7, p. 67.
8. Consideramos desnecessário ficarmos repetindo a existência da pena de multa, considerando-se que todos os *crimes contra o patrimônio* (Título II da Parte Especial do Código Penal) trazem cumulada a previsão da pena de multa.

desproporcionalmente, a seguinte cominação: (a) modalidade simples: 6 a 12 anos (art. 158, § 3.º, 1.ª parte); (b) qualificada pela lesão corporal grave (art. 158, § 3.º, 2.ª parte): 16 a 24 anos; (c) qualificada pelo resultado morte (art. 158, § 3.º, 2.ª parte): 24 a 30 anos. Em outros termos, a *pena mínima* prevista para o "sequestro relâmpago", qualificado pelo resultado lesão grave (16 anos), é superior à pena máxima cominada para o crime de roubo com o mesmo resultado (15 anos), e a pena máxima (24 anos) desse mesmo resultado (lesão grave) é superior à máxima prevista para o crime de *homicídio* (20 anos); aliás, a *pena mínima* (art. 158, § 3.º, 2.ª parte), pasmem, aplicável para o eventual resultado morte (24 anos), é igualmente superior à máxima prevista para o homicídio. Supera-se, assim, todos os limites toleráveis da *razoabilidade* exigidos por um Estado Democrático de Direito, que tem, como norte, o respeito aos princípios da dignidade humana e da proporcionalidade.

Os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* não se confundem, embora estejam intimamente ligados e, em determinados aspectos, completamente identificados. Na verdade, há que se admitir que se trata de *princípios fungíveis* e que, por vezes, utiliza-se o termo "razoabilidade" para identificar o princípio da proporcionalidade, a despeito de possuírem origens completamente distintas: o *princípio da proporcionalidade* tem origem germânica, enquanto a *razoabilidade* resulta da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana. *Razoável* é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum.

Pois é exatamente o *princípio da razoabilidade* que afasta a invocação do exemplo concreto mais antigo do princípio da proporcionalidade, qual seja, a "lei do talião", que, inegavelmente, sem qualquer razoabilidade, também adotava o princípio da proporcionalidade. Assim, *a razoabilidade exerce função controladora* na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão.

5. Violação ao princípio da proporcionalidade e inconstitucionalidade das sanções cominadas

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a *proporcionalidade* entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada, *in verbis*: "a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito" (art. 15). No entanto, o *princípio da proporcionalidade* é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 5.°, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5.°, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5.°, XLII, XLIII e XLIV).

Desde o *Iluminismo* procura-se eliminar, dentro do possível, toda e qualquer intervenção desnecessária do Estado na vida privada dos cidadãos. Nesse sentido, ilustra Mariângela Gama de Magalhães Gomes, afirmando: "No entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido, ainda hoje, a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII e, posteriormente, pela doutrina do direito administrativo".[9] Com efeito, as ideias do *Iluminismo* e do *Direito Natural* diminuíram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada. A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a consequente *proibição de excesso*. Nessa mesma orientação filosófica inserem-se os princípios garantistas, como o da proporcionalidade, o da razoabilidade, da lesividade e o da dignidade humana.

O modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito determina que todo o Estado – em seus três Poderes, bem como

9. Gomes, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 40-41.

nas funções essenciais à Justiça – resulta *vinculado* em relação aos *fins eleitos* para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre *vinculada axiomaticamente* pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa *Constituição dirigente* são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do *princípio da proporcionalidade*, não apenas como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, deparamo-nos com um *vínculo constitucional* capaz de limitar os *fins* de um ato estatal e os *meios* eleitos para que tal finalidade seja alcançada. Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: (a) *adequação teleológica*: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal – vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); (b) *necessidade* (*Erforderlichkeit*): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; (c) *proporcionalidade stricto sensu*: todo representante do Estado está obrigado, ao mesmo tempo, a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar recursos (ou meios) desproporcionais.[10]

O campo de abrangência, e por que não dizer de influência do *princípio da proporcionalidade*, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge o *exercício imoderado de poder*, inclusive do próprio Poder Legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, que é *função privativa* do Parlamento. Na realidade, a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo do "poder de fazer leis *had hocs* ", revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o *vício de inconstitucionalidade*. Segundo o magistério do Min. Gilmar Mendes,[11] "a doutrina identifica como típica manifestação do excesso

10. V. Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 356-397.

de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip*; *Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito".

Esses excessos precisam encontrar, dentro do sistema político-jurídico, alguma forma ou algum meio de, se não combatê-los, pelo menos questioná-los. A única possibilidade, no Estado Democrático de Direito, sem qualquer invasão das atribuições da esfera legislativa, é por meio do *controle de constitucionalidade* exercido pelo Poder Judiciário. "A função jurisdicional nesse controle – adverte o doutrinador argentino Guillermo Yacobucci – pondera se a decisão política ou jurisdicional em matéria penal ou processual penal, restritiva de direitos, está justificada constitucionalmente *pela importância do bem jurídico protegido e a inexistência, dentro das circunstâncias, de outra medida de menor lesão particular* ".[12] O exame do respeito ou violação do princípio da proporcionalidade passa pela observação e apreciação de necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie de relação "custo-benefício" para o cidadão e para a própria ordem jurídica. *Pela necessidade* deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos; e, *pela adequação* espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos. Nessa linha, destaca Gilmar Mendes,[13] a modo de conclusão: "em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo *peso* ou *relevância* no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser

11. Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47.
12. Yacobucci, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 339.
13. Mendes, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 50.

necessário, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado* " – e completa Gilmar Mendes – "de qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*)".

Em matéria penal, mais especificamente, segundo Hassemer, a exigência de *proporcionalidade* deve ser determinada mediante "um juízo de ponderação entre a carga 'coativa' da pena e o fim perseguido pela cominação penal".[14] Com efeito, pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio – *abstrato* (legislador) e *concreto* (judicial) – entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada.[15] Ainda segundo a doutrina de Hassemer, o princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão "uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas".[16]

Para concluir, com base no *princípio da proporcionalidade* – aqui flagrantemente violado – é que se pode reafirmar que um *sistema penal* somente estará justificado *quando a soma das violências* – crimes, vinganças e punições arbitrárias – *que ele pode prevenir* for superior à das violências constituídas pelas penas que *cominar*. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los.

Ante todo o exposto, por mais que se procure salvar o texto legal, tentando dar-lhe uma interpretação conforme a Constituição Federal, não vemos, contudo, outra *alternativa razoável*, que não a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário da nova infração penal, conhecido como "sequestro relâmpago".

14. Hassemer, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luís Arroyo Sapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 279.
15. Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p 122.
16. Hassemer, Winfried. Op. cit., p. 279.

6. Bibliografia

Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 3.

____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 1.

Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

Gomes, Luiz Flávio; Sanches, Rogério. Sequestro relâmpago deixou de ser crime hediondo: Lei 11.923/2009 é mais favorável ao réu. Disponível em: [www.lfg.com.br]. Acesso em: 09.10.2009.

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

Hassemer, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luís Arroyo Sapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

Hungria, Nélson. *Comentários ao Código Penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. vol. 7.

Martinelli, João Paulo Orsini. Projeto de lei que tipifica o "sequestro relâmpago" aprovado pelo Senado. Disponível em: [www.ibccrim.org.br]. Acesso em: 08.10.2009.

Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

Yacobucci, Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Depalma, 1998.

47737

2

Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal

CLAUS ROXIN

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Universidade Ludwig Maximilian, Munique.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O autor sustenta a necessidade da construção sistemática do Direito Penal, começando com uma crítica definitiva aos sistemas de Direito Penal fundados ontologicamente, a saber: o sistema clássico e o sistema fundado a partir da teoria finalista da ação. Após, empreende uma exposição crítica da teoria sistêmica e hegeliana defendida por Jakobs e seus discípulos, apontando os pontos de contato e as divergências entre esse sistema e o por ele defendido. Ao fim, expõe o autor a sua própria construção sistemática, fundada político-criminalmente e que permite ao Direito Penal abranger tanto dados empíricos como normativos em sua construção dogmática.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do delito – Sistemas de direito penal – Finalismo – Normativismo – Funcionalismo – Fundamentos político-criminais do sistema jurídico-penal.

ABSTRACT: The author supports the need to systematically construct Criminal Law starting with a definite criticism of Criminal law systems which have been ontologically founded namely: the classical system and the system which started from the finalist theory of action. Later, he critically addresses the systemic and Hegelian theory defended by Jakobs and his disciples, pointing out to similarities and discrepancies between both systems and the system defended by him. Lastly, the author proposes his own systematic construction, which is politically-criminally grounded and which enables Criminal Law to encompass both empiric and normative data in its dogmatic construction.

KEYWORDS: Theory of the offense – Criminal law systems – Finalism – Normativism – Functionalism – Political fundaments – Offenders of the legal-criminal system.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A necessidade de um sistema de direito penal e a possibilidade de sua construção – 3. Sistemas de direito penal fundados ontologicamente: 3.1 O sistema "clássico" ; 3.2 A teoria finalista da ação – 4. A concepção sistêmica e hegeliana de Jakobs – 5.

A própria concepção, fundada político-criminalmente: 5.1 O injusto; 5.2 Culpabilidade e responsabilidade.

1. Introdução[1]

José de Sousa e Brito é um importante filósofo do direito, teórico do direito e penalista. Mais do que isso, é também uma adorável pessoa, que acompanhou a minha esposa e a mim em vários passeios por Portugal, mostrando-nos, assim, as belezas de sua terra natal. Ele também visitou, por várias oportunidades, nossa casa em Stockdorf. Dessa forma, tornamo-nos amigos. Em razão disso é que para mim representa uma grande honra e prazer oferecer uma pequena contribuição e participar, por ocasião dos 70 anos de *Sousa e Brito*, de um *Liber Amicorum* em sua homenagem.

Em maio de 1991, o *Prof. Brito* – que certamente me perdoará por encurtar, segundo o costume alemão, o seu sonoro nome – discorreu a respeito de um tema fundamental na para mim inesquecível comemoração do meu doutoramento *honoris causa* em Coimbra:[2] "Elaboração de um sistema jurídico-penal entre a jurisprudência formal dos conceitos e a dissolução funcional". Ele propôs, nessa conferência, "na esteira de uma política criminal teleológica", um sistema de delito fundado em "três valorações fundamentais": tratava-se "da valoração do injusto construída sobre a lesão do bem jurídico ou do desvalor de ação; da valoração da culpabilidade, baseada na realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas; e, por fim, da valoração da punibilidade, reconduzida à necessidade de pena".[3] O próprio *Brito* acentuou que essa concepção "se aproxima da hoje praticamente dominante doutrina de Roxin".[4] De fato, considero

1. Trad. Alaor Leite e revisão de Luís Greco, do original *Gedanken zur strafrechtlichen Systembildung*, publicado em: *Líber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário – Estudos de direito e filosofia*. Orgs: Augusto Silva Dias; João Lopes Alves; Luís Duarte d'Almeida; Paulo de Sousa Mendes; João António Raposo. Coimbra: Almedina, 2009, p. 777-792.
2. Brito. In: Schünemann, Figureiredo Dias (Hrsg.). *Bausteine des europäischen Strafrechts*. Coimbra – Symposium für Claus Roxin, 1995, p. 71-86.
3. Brito (como na nota de rodapé n. 2), p. 75.

essa configuração sistemática correta. Em razão disso é que posso recorrer a *Brito* ao tentar, nas próximas páginas, expor de forma mais aproximada minhas principais ideias sobre a construção sistemática do Direito Penal, discutindo com as concepções divergentes.

2. A NECESSIDADE DE UM SISTEMA DE DIREITO PENAL E A POSSIBILIDADE DE SUA CONSTRUÇÃO

Um Direito Penal concebido de forma sistemática não possui *status* de evidência nem mesmo em países com alto grau de desenvolvimento cultural. A Inglaterra, por exemplo, não conhece, em razão do *case law* que vige por lá, nem o que nós chamamos de parte geral do Direito Penal, nem mesmo sua sistematização e elaboração dogmática. Consequência disso é uma grande falta de clareza sobre conceitos relevantes como o de causalidade, dolo e culpabilidade.[5] Eis porque um Direito Penal concebido de forma sistemática é dominante não apenas na Europa, mas também na América Latina e na Ásia Oriental. Uma configuração sistemática permite reconduzir a extensa matéria dos pressupostos gerais do delito a conceitos fundamentais uniformes, esclarecer as relações entre eles e, através do desenvolvimento de soluções calculáveis e transcendentes aos casos individuais, garantir a isonomia na aplicação do Direito.

Decerto, a capacidade de rendimento de um sistema de Direito Penal depende de sobre quais fundamentos ele é edificado. É verdade que qualquer sistema leva alguma ordem ao mundo conceitual do Direito Penal. No entanto, se os elementos sistemáticos do Direito Penal forem construídos ou ordenados de forma incorreta, isso pode conduzir a resultados equivocados. Em razão disso é que a discussão em torno da estrutura sistemática correta no Direito Penal não é, como por vezes é mencionado, um estéril jogo conceitual, mas sim um trabalho sobre os fundamentos do Direito Penal. Gostaria de esclarecer isso nas páginas seguintes – na medida do possível, dentro do espaço de que disponho – com a ajuda de concepções sistemáticas que

4. BRITO (como na nota de rodapé n. 2), p. 76.
5. Isso aparece de forma pormenorizada no escrito de habilitação de Safferling que veio a lume em 2008: SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*. A respeito, ver minha resenha em JZ 2008, p. 988.

dominaram o século XX ou que possuem grande influência na atualidade. Para tanto, iniciarei com as propostas sistemáticas fundadas ontologicamente que dominaram os dois primeiros terços do século XX e que ainda hoje possuem defensores em muitos países (item 3). Após, partirei para o modelo diametralmente oposto, uma concepção teórico-sistemática puramente normativa que, através de *Jakobs* e seus alunos estrangeiros, conquistou forte influência internacional na atualidade (item 4). Por fim, apresentarei meu próprio sistema, que recorre a ideias reitoras político-criminais e busca abranger tanto dados empíricos como normativos em sua relação dialética (item 5).

3. Sistemas de direito penal fundados ontologicamente

3.1 O sistema "clássico"

O denominado sistema clássico de Direito Penal, situado no início do desenvolvimento dos sistemas e que ainda hoje é ensinado em certos países, baseia-se em fundamentos científicos naturalistas de significado essencial para o pensamento jurídico do século XIX. Todos os elementos objetivos do delito eram reconduzidos ao dogma causal e reunidos sob o conceito de injusto. Todas as partes subjetivas do acontecimento delitivo configuravam, segundo esse sistema, a "culpabilidade" do autor. A culpabilidade era, então, a segunda categoria do delito ao lado do injusto e se decompunha em dolo e culpa, entendidos como "formas de culpabilidade".

A bipartição dos pressupostos do delito correspondia à exigência de distinções claras. O fato de se afirmar que o injusto seria algo objetivo e a culpabilidade algo subjetivo trazia consigo uma certa evidência também para o senso comum, o que explica o sucesso dessa proposta de sistema. Entretanto, suas fraquezas emergem de forma tão clara após um olhar mais acurado, que só se pode tratá-la atualmente como uma proposta definitivamente fracassada. As razões para tanto são as expostas resumidamente abaixo:

a) A recondução do injusto à causalidade acaba por proporcionar um âmbito objetivo de responsabilidade excessivamente amplo. O fabricante e o vendedor de um automóvel compõem a relação causal de um acidente fatal causado pelo comprador do veículo. Não parece

ser plausível afirmar aqui que eles realizaram um injusto de homicídio.

b) Nas omissões, falta a causalidade em sentido científico-naturalista. O injusto omissivo não é, portanto, apreensível a partir dessa perspectiva.

c) Tampouco a tentativa é explicável a partir de um conceito de injusto referido à causalidade. Afinal, o tipo da tentativa não pressupõe causalidade.

d) Também o conteúdo de injusto em todos os delitos estruturados de forma normativa seria falseado ao se partir do ponto de vista do causalismo. Prova cabal disso é o famoso exemplo, segundo o qual o injusto do crime de injúria estaria na agitação das ondas sonoras e na causação de uma irritação sensorial no ouvido do afetado.[6] Afinal, esse fenômeno naturalístico ocorre exatamente da mesma forma numa manifestação elogiosa, de modo que ele não basta para caracterizar o conteúdo específico da injúria.

e) Uma compreensão causal do injusto conduz também a resultados materialmente equivocados. Assim, por exemplo, ocorre na Alemanha com a ainda não completamente superada teoria subjetiva da participação, que busca distinguir a autoria da participação com a ajuda de uma vontade de autor (vontade de ter o fato como seu) e vontade de partícipe (vontade de tomar parte num fato alheio) – que não possuem existência real. Essa concepção parte da premissa de que uma distinção objetiva entre as formas de contribuição seria impossível, já que todas as contribuições causais para o acontecimento seriam equivalentes.

f) Tampouco pode a culpabilidade ser compreendida como um fenômeno puramente subjetivo. De pronto, isso é válido para a culpa inconsciente, na qual as circunstâncias que fundamentam a culpabilidade não estão de todo contidas na consciência do autor.

g) As causas de exculpação, como o estado de necessidade exculpante, o excesso na legítima defesa e mesmo a incapacidade de

6. Compare-se a respeito ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 82. (NT) Existe tradução portuguesa – de acesso relativamente difícil – de lavra de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, editada pela Vega, de Lisboa.

culpabilidade (§ § 35, 33, 20 StGB), influenciam, de fato, a situação psíquica do autor, mas se baseiam no entanto, em fundamentos objetivos, fáticos.

Tomadas essas considerações em conjunto, deve-se considerar o sistema "clássico" de Direito Penal como definitivamente refutado e atualmente indefensável.

3.2 A teoria finalista da ação

A teoria finalista da ação dominou a discussão em torno do sistema jurídico-penal, sobretudo no período imediatamente posterior à guerra (aproximadamente entre 1945 e 1965). Isso se pode dizer não só da ciência jurídico-penal alemã, uma vez que esta teoria, fundada pelo penalista *Hans Welzel*, exerceu e em parte ainda exerce igualmente grande influência internacional. Segundo essa teoria, o sistema de Direito Penal é fundado não sobre a causalidade, mas sim sobre a vontade humana que dirige o acontecimento no sentido da finalidade delitiva.

Na medida em que a finalidade do atuar humano é erigida a pedra fundamental do sistema de delito, o sistema clássico foi, de certo modo, posto de ponta-cabeça. Isso porque o objetivismo do sistema clássico foi substituído por um ponto de partida subjetivo. Ambas as concepções que, neste ponto, são diametralmente opostas, igualam-se, entretanto, em um aspecto: ambas possuem uma base ontológica. "A finalidade é um conceito ontológico, como o é, do mesmo modo, a causalidade", afirma o próprio *Welzel*.[7]

A teoria finalista da ação formulou o injusto e a culpabilidade sobre fundamentos essencialmente aperfeiçoados, de forma que sua ressonância internacional é bastante compreensível. Não se pode mesmo compreender o injusto, por exemplo, do furto ou do estelionato ou ainda da tentativa sem recorrer aos fins subjetivos propostos pelo autor. E quando se conceitua a culpabilidade – como faz a teoria finalista da ação –, não como conceito compreensivo dos elementos subjetivos, mas como "reprovabilidade", nela podem ser integrados, sem problema algum, os elementos objetivos de que depende a reprovação da culpabilidade.

7. WELZEL, *Um die finale Handlunglehre*, 1949, p. 7.

O finalismo também conduziu a resultados aceitos posteriormente pelo legislador alemão, de modo que eles encontram acolhida na práxis jurídica, já independentemente da validade teórica dessa doutrina. Assim, a distinção legislativa entre o erro de tipo excludente do dolo e o erro de proibição excludente da culpabilidade em caso de inevitabilidade foi consolidada pela teoria finalista da ação. Afinal, enquanto a falta de direcionamento da ação exclui o dolo, a falta de consciência do injusto não altera o consciente domínio do curso causal, nem, portanto, a finalidade e o dolo, podendo influenciar apenas a existência e a quantificação da reprovabilidade. Também o fato de o Código Penal alemão apenas permitir participação em fato doloso (§ § 26, 27 StGB) pode ser reconduzido à teoria finalista da ação. Isso em razão da consideração de que se o injusto típico pressupõe o dolo do autor no sentido de uma consciente dominabilidade do curso causal, deve igualmente ser exigido o dolo na correspondente participação.

A despeito das vantagens e consequências práticas enumeradas, o sistema finalista de Direito Penal possui também pontos fracos que impossibilitaram sua imposição generalizada na Alemanha e também no cenário internacional.[8] Apenas resumo os seus principais déficits:

a) A teoria finalista da ação não consegue esclarecer de forma satisfatória nem os delitos culposos, nem os delitos omissivos. Afinal, aquele que atua culposamente não dirige o curso causal no sentido do resultado. O injusto do delito culposo não está no fim proposto pelo autor, mas sim na causação evitável de um resultado não querido. Foi justamente esse fato que possibilitou ao sistema clássico de delito, que se contentava com a causalidade da ação culposa, resistir por tanto tempo às investidas finalistas. Da mesma forma, fracassa a teoria finalista da ação diante dos delitos omissivos, como, aliás, o admitem os próprios finalistas desde o escrito de habilitação de *Armin Kaufmann*.[9] Afinal, aquele que se omite não domina nenhum curso causal, e o que

8. Estabeleci especialmente uma discussão com a teoria da ação finalista em duas oportunidades: em meu trabalho Zur Kritik der finalen Handlungslehre. *ZStW* 74 (1962), p. 515 e ss. (também publicado em *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 72 e ss.). Após em: *Festschrift für Androulakis*, 2003, p. 573 e ss. ("Vorzüge und Defizite des Finalismus. Eine Bilanz").

9. Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.

se lhe reprova é não ter intervindo num curso causal dele independente.

b) O finalismo é capaz de limitar drasticamente, é verdade, o amplo conceito de injusto do sistema clássico, já que consegue explicar sem problemas – permanecerei com o exemplo utilizado acima – por que o fabricante e o vendedor do carro acidentado não realizaram o injusto de homicídio. Ocorre que também a explicação finalista estende demais o âmbito objetivo do injusto. Afinal, no nosso exemplo também ela enxerga como preenchido o tipo objetivo de um homicídio e pode apenas afastar o tipo com considerações relativas à falta do dolo. E quando, por acaso, a vontade do agente esteja sim dirigida à realização do resultado – o vendedor de carro vende ao odiado comprador um carro de corrida com um bom desconto, porque quer que o comprador morra –, necessitará a teoria finalista da ação de procurar, em vão, por razões concludentes para a negação do homicídio doloso.

c) Também a teoria finalista da ação não esclarece corretamente o significado social do injusto quando surgem elementos normativos do tipo não dirigíveis pela vontade. No exemplo da injúria, supracitado para criticar a compreensão causal do injusto, tampouco a teoria finalista da ação significa um avanço. Afinal, continua sem sentido buscar compreender a injúria como a direção final das ondas sonoras no sentido do tímpano do afetado.

d) Pode-se igualmente criticar os resultados obtidos pela teoria finalista da ação na medida em que não é possível deduzir soluções de problemas jurídicos de dados ontológicos como a finalidade da ação humana. As soluções apenas podem ser alcançadas a partir de valorações e nunca a partir de meros dados do ser. Quando os finalistas supõem, seguindo a chamada teoria estrita da culpabilidade, que nos casos de legítima defesa putativa existe um fato punível doloso, pois a vontade final do autor se dirige à lesão ou à morte da vítima, estamos diante de uma forma de argumentar equivocada.[10] Afinal, é uma questão valorativa se diante de casos como esse devemos afirmar uma ação dolosa ou culposa. Ocorre que essas razões valorativas, nesse caso, levam a que se afirme um fato culposo, na medida em que o autor errou

10. Nesse sentido também Brito (como na nota de rodapé n. 2, p. 71).

sobre as circunstâncias de fato e a ele é apenas reprovável sua falta de atenção, o que é característico dos delitos culposos. Em razão disso é que a teoria estrita da culpabilidade foi recusada pela magistratura e pela opinião da doutrina amplamente dominante. Ela tampouco foi codificada pelo legislador alemão.[11] No entanto, mesmo ali onde o legislador alemão adotou posicionamentos finalistas – como na recusa

11. (NT) Nem pelo legislador brasileiro. Esse fato foi ignorado por aqueles que afirmaram e afirmam que a reforma da parte geral de nosso Código ocorrida em 1984 teria adotado o finalismo. Diferentemente do legislador alemão, que preferiu o silêncio e parece ter compreendido bem o papel que lhe cabia diante de tema tão controvertido, nosso legislador afirmou ter adotado a chamada "teoria limitada da culpabilidade". Na afirmação transparece uma aparente definição do legislador apta a calar os esforços doutrinários. Ocorre que essa afirmação não deve ser tomada como uma decisão definitiva em razão da heterogeneidade de fundamentações que essa teoria possui (abstraindo do problema terminológico que envolve essa teoria denunciado especialmente por HRUSCHKA, Wieso ist die "eigenschränkte Schuldtheorie" eigenschränkt? In: *Festschrift Roxin*, 2001, p. 441 e ss., que coloca em questão até que ponto essa teoria propõe realmente uma "limitação", concluindo que a denominação é equivocada, porque o termo "teoria limitada" tem o sentido de que não se segue de forma consequente as premissas de que parte, e a teoria limitada da culpabilidade não realizaria essas correções de rota). Não por outro motivo fala Roxin em um "caos de teorias" em torno do tema do erro nas causas de justificação (ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl., 2006, p. 626). A *homogeneidade* no nome "teoria limitada da culpabilidade" – ou seja, o fato de todas as fundamentações serem reunidas sob a mesma rubrica em razão da consequência comum a que chegam (ausência de punição dolosa em caso de erro de tipo permissivo) – não deve, nesse caso, esconder a *heterogeneidade* na sua fundamentação. A diferença no que se refere à fundamentação possui relevantes consequências *sistemáticas* e *práticas*. *Sistemáticas* ao projetar seus efeitos para a teoria da participação e da tentativa. *Práticas* em razão de se poder chegar à solução da punibilidade ou da não punibilidade a depender da fundamentação da qual se parta. Vale dizer: nosso art. 20, § 1.º e o n. 17 de nossa exposição de motivos da nova parte geral não são o ponto de chegada, mas sim o ponto de partida da discussão em torno do tema. Sobre esse ponto específico a respeito da heterogeneidade nas fundamentações da teoria limitada da culpabilidade ver GRÜNWALD, Zu den varianten der eingeschränkten Schuldtheorie. In: *Gedächtnisschrift Peter Noll*, 1984, p. 183 e ss.

da teoria do dolo e da participação em fato não doloso –, isso se deve não a leis do ser, mas a valorações político-criminais que até hoje, com razão, são controvertidas.

e) Por fim, nem tampouco a compreensão da culpabilidade como reprovabilidade, que já havia sido desenvolvida no período pré-finalista,[12] satisfaz completamente. Afinal, não se tem, de nenhuma forma, informação a respeito de por que o autor é reprovado pelo seu atuar injusto. O conteúdo do conceito de culpabilidade permanece, em razão disso, arbitrário.

4. A concepção sistêmica e hegeliana de Jakobs

Em franca oposição ao sistema "clássico" e ao sistema finalista funda *Jakobs* sua concepção de Direito Penal não a partir de pressupostos ontológicos, mas sim a partir de pressupostos normativos, a saber: os fins da pena. Ele enxerga o fim da pena na manutenção e confirmação da validade da norma, em conformidade com as teses da moderna sociologia sistêmica. Segundo sua posição, o delinquente afirma a "não validade da norma no caso concreto", enquanto a pena confirma "a incompetência do autor para tal afirmação" e, assim, "a validade da norma".[13] "Crime é, portanto, o fato de o autor desacreditar a norma".[14] De forma mais simplificada:[15] "o fato lesiona a validade da norma; a pena é a eliminação dessa lesão". A pena e sua execução possuem fundamentalmente uma função simbólica, no exato sentido *hegeliano*, de "negação da negação do Direito": elas restabelecem o Direito lesionado, independentemente de todas as consequências sociais daí advindas.

Essa concepção sistemática é, de fato, normativa, mas dispensa tanto questões valorativas como empíricas. Ela dispensa questões valorativas na medida em que não leva em conta o conteúdo da norma a

12. Fundamental a respeito da história dogmática do conceito de culpabilidade Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strarechtssystemtischen Schuldlehre*, 1974.
13. Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus uns "alteuropäischen" Prinzipdenken, *ZStW* 107 (1995), p. 843 e ss. (p. 849).
14. Jakobs, Was Schütz das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?, *Festschrift Saito*, p. 17 e ss. (p. 33).
15. Jakobs (como na nota de rodapé n. 14, p. 35).

ser estabilizada. Ela se adequa, como o próprio *Jakobs* afirma,[16] a um Estado escravocrata como, da mesma forma, à nossa moderna sociedade livre. Em ambos os casos, o Direito Penal estabiliza a validade das respectivas normas. Tampouco o reconhecimento de uma autonomia pessoal dos cidadãos está necessariamente ligado a uma teoria desses moldes,[17] pois a estabilização normativa independe dessa autonomia.

Essa concepção não só não leva em consideração questões valorativas como também dispensa questões empíricas. A pergunta sobre quais consequências psicológicas ou sociais produz a pena é, para *Jakobs*, indiferente, já que a seu ver, com a pena o Direito lesionado já foi restabelecido. Como afirma *Jakobs*,[18] "não se trata de evitar que o violador da norma pratique novos fatos, nem tampouco se trata de conter as inclinações para a lesão da norma existentes em outras pessoas". Em outra passagem:[19] com a execução da pena "seu fim está sempre alcançado. (...) Se serão produzidos também efeitos psicológico-individuais ou psicológico-sociais – intimidação, exercício de confiança no Direito, entre outros – não é essencial para o fim da pena".

Dessa ideia de construção do Direito Penal a partir de considerações normativas, mas sem levar em conta questões valorativas e empíricas, pode-se retirar duas consequências fundamentais para a construção sistemática. Gostaria de limitar minhas considerações a elas.

Primeiramente desaparece a separação entre injusto e culpabilidade. Pelo contrário, todo injusto penal e mesmo toda ação relevante para o Direito Penal passam a pressupor a culpabilidade do autor. Afinal, se para o Direito Penal apenas importa o fato de o autor desacreditar a norma, a lesão à validade desta, então apenas um autor culpável pode lesionar a norma. O fato realizado por um doente

16. Jakobs (como na nota de rodapé n. 13, p. 854).
17. Jakobs (como na nota de rodapé n. 13, p. 854): O imperativo jurídico de que se deve respeitar o outro como pessoa seria "compatível com um ponto de vista funcional, embora outras concepções permaneçam como possíveis".
18. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3. Aufl., 2008, p. 114.
19. Jakobs (como na nota de rodapé n. 14, p. 34).

mental não é um questionamento da validade da norma, mas, como afirma *Jakobs*,[20] uma consequência "da pessoa como natureza, e não como participante competente da comunicação". Também os seus alunos se manifestam nesse sentido. *Lesch* afirma:[21] "injusto penal é a própria culpabilidade jurídico-penal", e "culpabilidade é o injusto penal". Também *Pawlik*:[22] "partindo-se de um conceito de crime que coloca em primeiro plano a contradição entre a vontade do autor e da vontade geral (...), não há espaço para um injusto independente da culpabilidade".

Em segundo lugar, ao se partir das premissas jurídico-penais de *Jakobs*, a culpabilidade perde sua função de limitação da punibilidade. Afinal, se a pena serve apenas para a estabilização da norma e a garantia da autonomia pessoal não é pressuposto necessário para a sua admissão, então é possível que doentes mentais devam ser punidos quando isso for necessário para a estabilização da norma. Nesse sentido é o exemplo bastante citado ao qual também *Brito* se refere:[23] "assim, a exculpação de autores por impulso (*Triebtäter*) tornou-se discutível somente quando medicina chegou ao ponto de oferecer receitas para tratá-los". Numa publicação do ano de 2008 se manifesta Jakobs:[24] "que o juízo de culpabilidade apenas pode ser individualizado (ou seja, ocorrer uma ex- ou des-culpa), quando isso não violar a tarefa de ordenação social da norma (*Ordnungsaufgabe der Norm*)".

Essa doutrina quase não possui mais semelhanças com o sistema "clássico" e com o finalista. Embora eu compartilhe seu ponto de partida normativo e sua preocupação com os fins da pena, tenho contra ela no mínimo quatro objeções, da mesma forma que as tinha quando da análise do sistema clássico e do finalista, e que passo a expor de forma resumida:

20. Jakobs (como na nota de rodapé n. 13, p. 864).
21. Lesch, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, p. 205.
22. Pawlik, Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung von Unrecht und Schuld im Strafrecht, *Festschrift Otto*, 2007, p. 133 e ss. (p. 147).
23. Brito (como na nota de rodapé n. 2, p. 71).
24. Jakobs (como na nota de rodapé n. 18, p. 107).

a) O desvalor de um comportamento delitivo não está na produção de uma lesão abstrata da norma, mas na lesão real a bens. *Jakobs* inverte as coisas quando, por exemplo, enxerga a relevância social de um homicídio não na "lesão do corpo da vítima" ou no "extermínio de sua consciência", mas na afirmação do autor de que "o corpo e a consciência não devem ser respeitados".[25] Não é já a opinião do autor a respeito da norma que é socialmente lesiva, mas apenas a lesão levada a cabo.

b) Tampouco o fim do Direito Penal e da execução da pena está apenas no reforço da norma. Afinal, se se tratasse apenas do reforço da norma, seria possível renunciar a outras consequências e se contentar com uma desaprovação pública do fato. O reforço da norma é inútil se não vier acompanhado de uma redução de novos fatos puníveis. Dessa forma, quando *Jakobs* considera as finalidades preventivo-gerais e preventivo-especiais da pena como "não essenciais" para o fim por ele proposto, acaba por ignorar a tarefa de condução social que cabe ao Direito Penal.

c) A equiparação entre injusto e culpabilidade viola o Direito positivo e nivela a diferença material existente entre infração da norma proibitiva e necessidade de punição.

Comecemos com considerações de Direito positivo. O Código Penal alemão diferencia claramente os fatos que "não são antijurídicos" (§ § 32, 34 StGB) daqueles que "não são culpáveis" (§ § 17, 20 StGB). Além disso, é possível se defender de agressões não culpáveis, mas não contra agressões que não sejam antijurídicas (§ 32 StGB). Também o tratamento da falta de consciência do injusto como possível causa de exculpação (§ 17 StGB) pressupõe a separação entre injusto e culpabilidade. Por fim, as medidas de segurança estão ligadas ao injusto, e a pena à culpabilidade.

A despeito das considerações de Direito positivo, a distinção entre injusto e culpabilidade é materialmente fundada, o que é turvado com a equiparação das categorias. Trata-se de duas perguntas completamente diferentes, saber se se deve comunicar a todos os cidadãos a punibilidade de um comportamento ou se, após a infração dessa norma em todos os casos, a punição é permitida ou necessária. A

25. JAKOBS (como na nota de rodapé n. 14, p. 33).

proibição diz respeito ao injusto e se dirige a todos os cidadãos como máxima apta a guiar seus comportamentos, enquanto a culpabilidade é sempre uma questão de responsabilidade individual após o cometimento do fato. Igualar esses dois aspectos diversos significa substituir a clareza a que se chegou após longo labor dogmático por uma confusão.

O argumento de que não se poderia proibir algo a um sujeito que ele não esteja em condições de seguir, que sempre surge em favor da fusão entre injusto e culpabilidade, é falso. Também o doente mental acaba por violar a proibição de matar – seria equivocado supor que ele mata em conformidade ao direito. O que ocorre é que ele não pode ser punido por isso.

Apenas como argumento adicional poder-se-ia mencionar que o nivelamento das duas categorias sistemáticas do Direito Penal não merece aplauso, pois a premissa de que parte, a saber, da compreensão do fato punível como agressão à validade da norma, é errônea.

d) Por fim, não posso aceitar a tese de que a culpabilidade deve ser avaliada não segundo as capacidades individuais do autor, mas sim segundo necessidades estatais (a "tarefa de ordenação social da norma"). Isso porque assim se resolve a relação de tensão existente entre direitos de intervenção do Estado e a liberdade dos cidadãos unilateralmente em favor dos interesses estatais em estabilizar a norma. O Direito Penal no seio de um Estado de Direito funda-se, no entanto, no dever de respeito do Estado para com a autonomia e direitos fundamentais de seus cidadãos, como está disposto na Constituição alemã. O Tribunal Constitucional alemão reconduziu, com razão, o princípio da culpabilidade à dignidade humana (art. 1 da Lei Fundamental alemã). Na medida em que um sistema de Direito Penal viole essa disposição, não pode pretender ter qualquer validade.

5. A PRÓPRIA CONCEPÇÃO, FUNDADA POLÍTICO-CRIMINALMENTE

5.1 O injusto

Também eu discordo, nesse particular com *Jakobs*, das já criticadas fundamentações ontológicas do injusto e busco deduzir as categorias do injusto normativamente dos fins do Direito Penal. Ocorre que à alternativa formulada por Jakobs[26] – "O que protege o Direito

Penal: bens jurídicos ou a validade da norma?" – respondo de forma diversa, já que para mim o objeto de proteção do Direito Penal é o bem jurídico, e não a validade da norma.

Assim, conceituo bens jurídicos como dados imprescindíveis para a livre e pacífica convivência dos seres humanos sob a garantia de todos os direitos assegurados pela Constituição. São bens jurídicos, por exemplo, a vida humana, a integridade física, a autodeterminação sexual, a propriedade e patrimônio, e também os chamados bens jurídicos da coletividade, como a moeda e a administração da justiça. Afinal, sem uma moeda intacta e uma administração da justiça que funcione não é possível uma livre e pacífica convivência na sociedade moderna. Tarefa do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos apenas quando essa proteção não possa ser alcançada por meio de outras medidas sócio-políticas menos gravosas (como o Direito Civil, o Direito Público ou o Direito de contraordenações), pois o princípio da proporcionalidade exige que o Estado se dê por satisfeito com a intervenção menos intensa possível. Em breves palavras, isso significa: tarefa do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Injusto é todo comportamento a que deve ser cominada uma pena por razões ligadas à proteção de bens jurídicos.

De início, um conceito de injusto desses moldes diferencia-se da versão que compreende o injusto como violação da validade da norma em dois pontos centrais. Ao contrário da lesão à validade da norma, que representa uma atribuição abstrata e possui uma existência puramente ideal, a violação do bem jurídico é algo real. Não é necessário que sempre se esteja diante de uma realidade física como no homicídio. Basta uma realidade social, como ocorre nos crimes contra a honra, ou ainda de uma violação psíquica, como ocorre no constrangimento ilegal (Nötigung, § 240 StGB). Além disso, esse conceito de injusto não se adéqua a normas de conteúdo qualquer, senão que toma como fundamento valorativo nossa Constituição: a discriminação de minorias étnicas ou o tolhimento do direito de exercício de crença são violações de bens jurídicos, corretamente cominadas de pena (§ § 130, 166 StGB). E está correto, pois tais comportamentos não são compatíveis com uma livre e pacífica convivência humana sob o domínio da Lei Fundamental. De fato, o ponto de partida da

26. JAKOBS (como na nota de rodapé n. 14).

aqui desenvolvida concepção de injusto é normativo, na medida em que é reconduzido ao fim do Direito Penal como proteção subsidiária de bens jurídicos. Ocorre, no entanto, que esse padrão normativo se materializa na plenitude das manifestações da vida, e, por levar em conta essa realidade, é saturado de dados empíricos.

O conceito de injusto aqui mencionado possui também várias consequências para a dogmática do injusto penal que não eram acessíveis às propostas ontológicas de sistema: ele funda a teoria da imputação objetiva, atualmente um tema central da dogmática jurídico-penal dentro da discussão alemã e internacional. Se a tarefa do Direito Penal repousa na proteção do bem jurídico, e se se lança a pergunta de como o legislador pode alcançar tal objetivo, então a resposta só pode ser uma: proibindo todas as ações que representem um risco não permitido para o bem jurídico protegido e imputando ao autor o resultado típico, que surge como realização de um risco não permitido. O característico de uma ação de homicídio não está na causalidade para o resultado ou na sua produção finalisticamente orientada, mas sim no fato de que no resultado morte se realiza um risco não permitido para a vida humana criado pelo autor.

Aquele que, por exemplo, produziu um acidente fatal em razão de uma violação de dispositivos de trânsito, realizou uma ação (culposa) de homicídio. No entanto, aquele que apesar da cuidadosa atenção prestada a todos os dispositivos se envolveu num acidente fatal não é autor de uma ação de homicídio, mas sim um cocausador de uma infelicidade, que agiu atipicamente. Evidentemente a teoria da imputação objetiva não se esgota nessa ideia básica que demonstrei através de meu exemplo. Muito mais, ela se estende por todo o injusto, em uma estruturada rede de regras de imputação.[27] Também está provado que uma concepção de injusto assim construída oferece uma capacidade de rendimento na resolução de problemas jurídicos práticos que não foi alcançada pelas outras concepções sistemáticas e que não se deixa abalar por eventuais vozes críticas que aparecem na literatura.[28]

Por fim, deve ser destacado que minha concepção de injusto alcança de três formas algo que as citadas propostas de sistemas não nos

27. Detalhadamente a respeito ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Auflage, 2006, § 11 Rn. 44 e ss.

puderam dar ou que sequer foi por elas ambicionado: um tratamento sistemático do equilíbrio entre interesses de proteção e interesses de liberdade, essencial para o moderno Direito Penal.

A primeira manifestação desse equilíbrio de interesses está no fato de apenas lesões de bens jurídicos poderem ser objeto do injusto penal. Violações à moral ou outros comportamentos desaprovados não justificam a proibição, enquanto a convivência pacífica dos cidadãos não for por eles ameaçada. Infelizmente, isso foi ignorado pelo nosso Tribunal Constitucional[29] em recente decisão ao responder afirmativamente à pergunta sobre a constitucionalidade da proibição penal do incesto entre irmãos. Apenas o *Prof. Hassemer*, o único penalista entre os juízes da Corte que votaram no caso, opinou pela inconstitucionalidade do dispositivo, com base na concepção de bem jurídico por ele e também por mim defendida.

A segunda manifestação desse equilíbrio entre interesses de proteção e interesses de liberdade está contida no princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos. Ali onde bastem possibilidades de proteção menos gravosas, não é necessário Direito Penal. Por exemplo, provavelmente o problema da distorção da concorrência nos esportes profissionais causado pelo *doping* pode ser solucionado de melhor forma por meio de um controle mais intenso por parte dos organismos esportivos do que por meio do Direito Penal, desde que se condicione o repasse de recursos públicos à efetividade desse controle.[30]

Em terceiro lugar, também a teoria da imputação objetiva contribui para que os interesses sociais de liberdade e de livre desenvolvimento sejam resguardados em relação à igualmente importante necessidade de segurança. É evidente que se poderia garantir a vida

28. A esse respeito tratei de forma mais aproximada em ROXIN, Streitfragen bei der objektiven Zurechnung, *Festschrift Maiwald*, a ser publicado em 2010.
29. BVerfG 2 BvR 392/07 de 26.02.2008.
30. A esse respeito ROXIN, *Doping e direito penal*. Trad. Alaor Leite e revisão de Luís Greco do original *Doping und Strafrecht*, texto de palestra proferida no dia 01.07.2009 na Ludwig Maximilians Universität München. (NT) O texto referido é parte de um livro a respeito do *doping* e de seu tratamento no Direito Penal: ROXIN; L. GRECO, *Doping e direito penal*. Trad. e introdução por Alaor Leite, no prelo.

humana de melhor forma ao se proibir completamente a circulação de carros, acabando, assim, com os acidentes automobilísticos fatais. Ocorre que isso significaria que o tráfego e a mobilidade das pessoas seriam limitados de uma das formas mais drásticas imagináveis. A teoria da imputação objetiva possibilita aqui um equilíbrio de interesses, através de um cuidadoso trabalho de distinguir no interior da rede de regras de trânsito entre aqueles riscos que são permitidos e aqueles que já não o são e que possibilitam uma imputação jurídico-penal.

Após tudo isso, dificilmente será colocado em dúvida que uma fundamentação sistemática do conceito de injusto penal nos moldes da aqui desenvolvida difere essencialmente em seu conteúdo e também possui vantagens na aplicação prática se comparada com a recondução unilateral do injusto à causalidade, à finalidade ou à violação da validade da norma. Alegra-me muito saber que nosso homenageado, o *Prof. Brito*, encontra-se no mesmo caminho quando descreve ser "a valoração do injusto construída sobre a lesão do bem jurídico ou do desvalor de ação" uma das "três valorações fundamentais" de seu sistema de delito. A referência ao desvalor de ação não significa nenhuma divergência da minha concepção, pois se refere à tentativa, tema que não pude tratar especificamente no presente texto.

5.2 Culpabilidade e responsabilidade

Posso assim passar para a análise do próximo degrau sistemático, tradicionalmente denominado culpabilidade. Ao contrário das concepções já referidas, não vejo a culpabilidade nem como conceito compreensivo dos elementos subjetivos do delito, nem como reprovabilidade e nem tampouco como imputação realizada segundo fins estatais. Por culpabilidade entendo a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas. Idônea para ser destinatária de normas é qualquer pessoa que esteja fundamentalmente em condições de compreender as proibições e mandatos penais e orientar seu comportamento de acordo com eles. Para avaliar se alguém possui essas condições normalmente basta a observação das outras pessoas, ou, nos casos duvidosos, essas condições podem ser determinadas por meio de um parecer psicológico ou psiquiátrico. Um conceito de culpabilidade construído sobre essas bases possui um duplo significado

para o sistema de Direito Penal e para a administração da justiça penal.

Primeiramente, ele deixa o Direito Penal livre da discussão a respeito da liberdade de vontade, que, em razão dos resultados da moderna neurociência, foi de novo fortemente reanimada. Eu tendo para uma versão "compatibilista", em grande parte também defendida na moderna filosofia, que entende serem compatíveis a liberdade do agir humano e o condicionamento neuro-fisiológico das decisões humanas. Quando uma pessoa é idônea para ser destinatária de normas, isto é, quando consegue em princípio se orientar por normas, então um fato que ocorra sem coação e que corresponda ao seu desejo deve ser a ela imputado como ação livre e punível, se tiver ocorrido a violação de uma norma penal, ainda que essa ação seja de alguma forma condicionada pela estrutura de seu cérebro. Afinal, uma decisão que não esteja condicionada por nada é o acaso e, por isso mesmo, não pode ser imputada a um autor.

Em segundo lugar, a determinação da culpabilidade e sua extensão, tarefas de grande significado para a aplicação do Direito Penal, estabelecem um limite para a intervenção estatal: ninguém pode ser punido sem culpabilidade e ninguém pode ser punido de forma mais gravosa do que a correspondente ao grau de sua culpabilidade. O Tribunal Constitucional alemão alçou esse assim denominado "princípio da culpabilidade" a um nível constitucional e o fundamentou de três formas: no direito fundamental de livre desenvolvimento da personalidade, na proibição de excesso como parte do princípio do Estado de Direito e na dignidade humana.[31] De maior relevo é a derivação do princípio da culpabilidade da dignidade humana, que não admite qualquer limitação ou ponderação: se alguém for punido por um fato pelo qual não possa ser responsabilizado como pessoa em razão de um comportamento culpável, estará ele sendo instrumentalizado para fins que não se compatibilizam com a garantia de sua autonomia. Essa observação remonta a um já antigo pensamento kantiano, que permanece ainda hoje com a mesma atualidade de antes. Uma tal violação da dignidade humana ocorre igualmente quando alguém é punido de

31. Os três princípios mencionados encontram-se, por exemplo, em: BVerfG NJW 2004, 273; Art. 1 GG (a garantia da dignidade humana é colocada em primeiro plano especialmente em: BVerfGE 45, 223).

forma mais gravosa do que corresponde à extensão da sua culpabilidade. Afinal, naquela parte da pena que ultrapassa sua culpabilidade, o indivíduo é instrumentalizado para fins alheios à sua pessoa. Quando, portanto, *Jakobs* liga a imputação de culpabilidade a considerações sobre os fins do Estado, acaba por abrir mão de um dos mais importantes pilares da proteção da personalidade no atual Direito Penal. Isso não é compatível com a Constituição e deve ser igualmente negado de um ponto de vista político-criminal.

Uma concepção que almeje a sistematização do comportamento punível não chegou ao fim de sua tarefa com a estruturação da culpabilidade. Isso porque a culpabilidade é sempre condição necessária, mas não em todos os casos suficiente para a aplicação da pena. Num Estado moderno, a punição apenas pode ser compreendida como elemento de controle social: a sanção deve motivar tanto o autor como a coletividade a omitirem futuras ações puníveis. O fim da pena é, portanto, preventivo. Uma retribuição abstrata, livre de qualquer referência aos fins sociais, da forma como Kant a enxergava, não é mais hoje plausível, embora ainda possua defensores na doutrina. Afinal, num Estado de Direito apenas estão justificadas intervenções coercitivas na liberdade dos cidadãos quando socialmente necessárias. As intervenções fora dessa hipótese seriam mesmo inconstitucionais por violarem a proibição de excesso.

Minha concepção de sistema fundada político-criminalmente baseia-se na consideração de que o injusto é definido a partir do fim do Direito Penal (proteção subsidiária de bens jurídicos), mas que a categoria sistemática posterior ao injusto apenas se define a partir do fim da pena a ser aplicada concretamente. Esse fim é a prevenção limitada pela culpabilidade (*schuldbegrenzte Prävention*). Quando esse for o caso, a punição, cuja elaboração sistemática cabe a essa categoria da teoria do delito, pressupõe duas ordens de considerações: a culpabilidade do autor, imprescindível para possibilitar uma punição e cuja extensão determina os limites da sanção, e adicionalmente a necessidade preventiva de uma punição. Segundo minha teoria, a categoria sistemática que se segue ao injusto não é apenas a "culpabilidade", como supõe a doutrina tradicional, mas também a "necessidade preventiva de uma punição". Eu englobo esses dois pressupostos da punição num conceito superior: a "responsabilidade".

Se a necessidade de complementação do critério da culpabilidade permaneceu oculta nas antigas concepções sistemáticas, isso não se deve apenas à força que a filosofia idealista (Kant e Hegel) possui na tradição do Direito Penal alemão, mas também à circunstância de que, em regra, uma punição faz-se necessária, por razões preventivas, após a realização culpável de um injusto penal.

Ocorre que o próprio Direito positivo fornece exceções a essa regra. Quando o Código Penal alemão resolve não punir o chamado excesso na legítima defesa (§ 33 StGB), ou seja, a situação daquele que ultrapassa os limites permitidos da legítima defesa em razão de desorientação, medo ou susto, não está declarando ausente a culpabilidade do autor, ainda que se admita que aqui ela é bastante reduzida.[32] Afinal, quando o legislador obriga o agredido a se manter dentro de determinados limites, supõe o legislador que uma pessoa normal esteja em condições de respeitar essas fronteiras. Quando são ultrapassados os limites da legítima defesa estamos diante não apenas de um injusto penal (por exemplo, uma lesão corporal), mas de um injusto culpável, na medida em que o autor poderia ter se orientado de acordo as determinações da legítima defesa. A pergunta a ser feita é: será necessária uma punição nesses casos por razões preventivas? A essa pergunta o legislador – com razão – respondeu negativamente. Primeiramente, o autor não necessita de uma intervenção por razões preventivo-especiais, pois ele não agiu por motivações criminosas, mas deixou de seguir às exigências legais apenas numa situação incomum e que provavelmente não se repetirá. Também por razões preventivo-gerais a punição é desnecessária, pois uma reação excessiva causada por medo não convida à imitação e porque os demais cidadãos demonstram-se compreensivos, entendendo o comportamento da vítima de uma agressão antijurídica como algo contingente, dependente da situação, sem sentirem qualquer necessidade de punição.

Essas considerações valem também para o estado de necessidade exculpante (§ 35 StGB), como na situação daquele que lesiona um terceiro para salvar de um perigo uma pessoa próxima. É possível deduzir da categoria da necessidade preventiva de pena, acrescida à culpabilidade, mesmo uma causa supralegal de exclusão da responsabilidade. Gostaria de clarificar isso com a ajuda de um caso espetaculoso ocorrido na Alemanha no ano de 2004. O presidente da polícia de Frankfurt coagiu um sequestrador, ameaçando torturá-lo, a

indicar o local onde teria escondido o refém. O presidente da polícia queria salvar a vida do jovem sequestrado, o que não foi possível, pois o jovem já havia morrido anteriormente. Essa ameaça de tortura foi uma realização antijurídica do tipo de constrangimento ilegal (§ 240 StGB), na medida em que não apenas o Direito positivo alemão, mas também vários dispositivos internacionais cogentes proíbem sem qualquer exceção a ameaça de tortura. A coação era igualmente culpável, já que o presidente da polícia conhecia tais dispositivos, e poderia

32. (NT) Importante apenas esclarecer que o excesso na legítima defesa causado (ou no mínimo cocausado) por desorientação, medo ou susto – chamados estados ou afetos astênicos – é expressamente regulado no citado § 33 StGB como causa de exculpação, dispositivo que inexiste no Código Penal brasileiro. A discussão a que Roxin se refere é a respeito dos fundamentos que sustentam a exclusão de culpabilidade no caso do excesso na legítima defesa. A doutrina dominante fundamenta a exculpação do excesso em dois pensamentos principais, a saber: (a) a diminuição do conteúdo de injusto que ocorre diante da existência da situação justificante de legítima defesa deságua na consequente diminuição da culpabilidade do autor (o excesso na legítima defesa representaria uma espécie de "justificação parcial"); (b) o fato de o autor ultrapassar os limites da legítima defesa em razão de estar sob influência de estados ou afetos astênicos (desorientação, medo ou susto) dificulta a configuração de uma vontade conforme a norma, o que diminui a culpabilidade do autor. Sobre essa fundamentação, que na doutrina recebe o nome de "dupla diminuição da culpabilidade" (*doppelte Schuldminderung*), ver RENGIER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2009, p. 258-259 e WESSELS; BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 39. Aufl., 2009, p. 159. Roxin, ao contrário da doutrina dominante, fundamenta a exculpação na desnecessidade preventivo-geral e especial de pena, afirmando a existência de culpabilidade nesse caso, como o texto esclarece. Para mais detalhes ver ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl., 2006, p. 992; logo após a reforma do Código Penal alemão já manifestava Roxin a mesma opinião: ROXIN, Über den Notwehrexzess, *Festschrift Schaffstein*, 1975, p. 126. A opinião dominante na Alemanha apenas aceita o chamado *excesso intensivo*, ou seja, o ato de extrapolar a necessidade na utilização dos meios de defesa em razão de desorientação, medo ou susto, e não o *excesso extensivo*, referido à atualidade da agressão (FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2009, p. 202). É discutível também se a exculpação do § 33 StGB é aplicável aos casos em que aquele que extrapola os limites da legítima defesa provocou anteriormente a situação justificante:

ter agido de outro modo. Mas será que havia aqui uma necessidade preventiva de pena? Isso pode ser colocado em dúvida ao se refletir acerca do fato de que o autor queria salvar uma vida humana e agiu segundo a sua consciência, e não por motivações criminosas. Decerto, a determinação dos pressupostos de uma exclusão supralegal da responsabilidade desses moldes exige ainda algumas precisões, o que pertence às tarefas do futuro.

A categoria sistemática da responsabilidade aqui desenvolvida possui, então, um potencial de inovação. Também ela alcança aquilo que no âmbito do injusto através da proteção subsidiária de bens jurídicos e da imputação objetiva já tinha sido alcançado: um justo equilíbrio entre o poder de sancionar e a garantia da liberdade. Afinal, a possibilidade de punição que se abre após a realização do injusto pelo autor é limitada duplamente: por meio da culpabilidade e de sua extensão de um lado e por meio da exigência de necessidade preventiva de punição por outro.

Para mim representa uma especial alegria perceber que os caminhos pelos quais me movimento com a categoria sistemática da responsabilidade foram igualmente percorridos pelos pensamentos do *Prof. Brito*. Quando ele, como já foi citado logo no início, indica como

RENZIKOWSKI, Der "verschuldete" Notwehrexzess, *Festschrift Lenckner*, 1998, p. 249 e ss., especialmente p. 260. No Brasil, Brandão e Cirino dos Santos defendem, a meu ver corretamente, a exculpação nos casos de excesso intensivo, a despeito de não existir regulamentação expressa na legislação brasileira (BRANDÃO, *Curso de direito penal*, 2008, p. 199 e CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*. 3. ed. 2008, p. 338 e ss., que se mostra igualmente simpático à admissão da exculpação no excesso extensivo). Interessante seria propor uma aplicação analógica do dispositivo vigente previsto no Código Penal Militar, de redação semelhante ao existente no natimorto Código de 1969: "Excesso culposo. Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa. Excesso escusável. Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação. Excesso doloso Art. 46. O juiz pode atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso". Sobre o tratamento em geral do excesso na doutrina brasileira ver também as exposições de BITENCOURT, *Tratado de direito penal*. 14. ed. 2009. vol. 1, p. 350 e ss. e MESTIERI, *Manual de direito penal*, 1999, p. 195 e ss.

a segunda das "três valorações fundamentais" que compõem seu sistema teleológico e político-criminal "a valoração da culpabilidade baseada na realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas" e caracteriza como a terceira "a valoração da punibilidade reconduzida à necessidade de pena", então concordamos em todas as ideias principais que compõem o conteúdo da categoria sistemática da responsabilidade por mim desenvolvida.

Se encerro meu contributo com os carinhosos cumprimentos pelo 70.º aniversário de meu amigo *Sousa e Brito*, isso não ocorre apenas por razões pessoais, mas também por ligação científica.

3

Modelos de distribuição da normativa penal: o papel do Código e dos subsistemas penais

FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA

Doutor e Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador visitante junto à Università Degli Studi di Roma 1 – La Sapienza (2006-2007). Consultor legislativo do Senado Federal para as áreas de direito penal, processual penal e penitenciário.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: Ante o cenário de inflação legislativa do direito penal, o estudo apresenta modelos teóricos de distribuição da matéria entre Código e legislação especial. Aprofunda a discussão sobre o papel que cada um dos referidos veículos têm exercido (ou deveriam exercer) no sistema normativo penal, tendo como horizonte o processo de reforma legislativa. O estudo situa-se, portanto, no campo da chamada ciência da legislação penal. Os sete modelos apresentados transitam entre diferentes compreensões da própria racionalidade do direito penal.

PALAVRAS-CHAVE: Ciência da legislação penal – Reforma do Código Penal – Leis especiais – Subsistemas penais – Reserva de código.

ABSTRACT: In the face of the scenario of Criminal Law legislative inflation, this paper presents theoretical models of distribution of the matter between code and special legislation. It deepens the discussion about the role that each of the referred vehicles has exercised (or what it should exercise) in the normative criminal system, having as basis the process of legislative reform. This paper positions itself in the field of the so called Criminal legislation science. The seven models presented move among different comprehensions of Criminal Law rationality.

KEYWORDS: Criminal legislation science – Criminal Code reform – Special laws – Criminal sub-systems – Code reservation.

SUMÁRIO: 1. Introdução (ou aproximação pelos extremos): pancodicismo e policentrismo – 2. Modelos intermediários: 2.1 Modelo residual; 2.2 Modelo centrípeto; 2.3 Modelo dispersivo; 2.4 Modelo de consolidação normativa; 2.5 Modelo de coordenação: 2.5.1 O modelo

bipartido de Donini; 2.5.2 O frasco de decantação de Paliero; 2.5.3 O modelo articulado de Palazzo – 3. Considerações finais – 4. Bibliografia.

1. Introdução (ou aproximação pelos extremos): pancodicismo e policentrismo

Pretendemos, a seguir, rascunhar modelos de distribuição da matéria penal entre o Código e a legislação especial.[1] Problematizar, portanto, como o direito penal legislado se organiza espacialmente. O plano de fundo desse debate é a chamada expansão do direito penal, fenômeno batizado por Ferrando Mantovani como a "era irracional da descodificação".[2] Para aprofundar esse debate, buscamos subsídios na doutrina italiana, onde os estudos sobre ciência da legislação penal afloraram com muita intensidade, sobretudo em face de sucessivas tentativas de reforma do *Codice Rocco*, de 1930,[3] sem perder contato, contudo, com os problemas da normativa penal brasileira.

À primeira vista, a relação entre Código e legislação complementar pode dar a ideia de um debate estéril e formalista. E replicaríamos imediatamente dizendo que é tudo menos isso. O modo como se propõe organizar a matéria penal diz muito sobre como o próprio direito penal é compreendido.

1. Utilizamos indistintamente as expressões "legislação especial", "legislação extravagante", "legislação complementar", "legislação extracódigo", "legislação acessória" e "legislação secundária", embora, do ponto de vista rigorosamente jurídico-formal, tendo em vista a dicção dos arts. 12 e 360 do CP brasileiro, o termo "legislação especial" seja mais apropriado para designar o universo de leis esparsas que dispõem, em maior ou menor extensão, sobre matéria penal. O Código Civil brasileiro também demonstra preferência pelo vocábulo "legislação especial" (vide os arts. 4.º, parágrafo único, 318, 729, 732, 1.093 e 1.368-A, CC/2002). Abordando tal questão terminológica, Sheila Sales conclui: "sem prejuízo para qualquer distinção doutrinária, parece-nos que esta vem perdendo terreno e significado também em razão da desregrada produção de leis penais. Acentue-se que nos manuais mais recentes não se realiza análise mais detida sobre o ponto" (*Escritos de direito penal*, 2005, p. 10).
2. Mantovani, Ferrando. Sulla perenne esigenza della codificazione, 1995, p. 237.

Posições fortemente refratárias à legislação especial tendem a se aproximar das aspirações do direito penal mínimo e, portanto, de uma leitura forte do constitucionalismo penal. Nesse sentido, uma norma penal fora do Código é como uma ovelha desgarrada do rebanho. Sua única salvação é reincorporar-se à coletividade de origem. O Código deve a todo custo preservar a centralidade tão cuidadosamente adornada pelo iluminismo.[4] Por essa ótica, o crescimento do direito penal só poderia ser descrito como uma perigosa aberração, e a política como fator temerosamente irracional e desestabilizante.

3. Referimo-nos aos trabalhos da Comissões *Pagliaro* (1988-1991); *Riz* (1994-1995); *Grosso* (1998-2001); *Nordio* (2001-2005); *Pisapia* (2006-2007). Interessante mencionar que, no Brasil, também se formaram comissões de juristas com o objetivo de reformar o Código Penal: *Primeira Comissão Assis Toledo* (1980-1981); *Primeira Comissão Cernicchiaro* (1983-1984); *Comissão Lins e Silva* (1992-1994); *Segunda Comissão Assis Toledo* (1995); *Segunda Comissão Cernicchiaro* (1997-1998); *Grupo de Trabalho Especial* (1999-2000).
4. O movimento das codificações do início do século XIX está intimamente associado ao grande caldo de cultura do iluminismo setecentista. O Código, costuma-se dizer, é o resultado mais acabado dessa influência, isto é, da chegada triunfante das luzes na esfera do direito. Não sendo o caso de retratar, aqui, o pleno significado da expressão "iluminismo", recorremos ao escrito de um seu dileto representante, Immanuel Kant (escrito intitulado *Resposta à pergunta: que é " Esclarecimento "*, de 1783, incluído, pela publicação em português, na *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, 2006). Kant identifica o *aufklärung* (*esclarecimento*, tradução literal, ou *iluminismo*, em sentido filosófico) como a conquista da maioridade pelo homem, conquista que se dá pelo "uso público de sua razão em todos os assuntos". "Mas que limitação impede o esclarecimento [*aufklärung*]? Qual não o impede, e mesmo o favorece? Respondo: o uso público de sua razão deve ser sempre livre e só ele pode realizar o esclarecimento [*aufklärung*] entre os homens" (p. 117). Essa fé inabalável na razão – o traço, afinal, mais característico do iluminismo – é explicitada de maneira eloquente noutro trecho: "Um homem pode, sem dúvida, no que diz respeito à sua pessoa, e mesmo assim só por algum tempo, na parte que lhe incumbe, adiar o esclarecimento [*aufklärung*]. Mas renunciar a ele, quer para si mesmo quer ainda mais para a sua descendência, significa ferir e atar aos pés os sagrados direitos da humanidade" (p. 120). A razão, em Kant, não é só um dom ou habilidade, mas um destino natural a que o homem, cedo ou tarde, está fadado a encontrar.

Em tempos difíceis de expansão desordenada do direito penal, dir-se-ia, o sentido último de qualquer reforma é eliminar ou anexar as normas penais rebeldes, impondo-lhes a autoridade retilínea do Código. Este, por conseguinte, não é tratado como um qualquer método de legiferação, mas verdadeiro ideal de racionalidade jurídica, um ímã que atrai valores não efêmeros de clareza, coesão, completude e estabilidade do material normativo.[5] Proclamam-se, assim, o *código-valor*, o *código-princípio*, melhor ainda, o *nullum crimen nulla poena sine codex*.

Movido por esse espírito, o Código não se apresenta apenas como baricentro do sistema jurídico-penal. Ele é o próprio sistema. A rigor, bem mais do que centralidade, poderíamos falar em coincidência plena ou identidade. " *Tutto il penale nel codice, nulla di esso fuori del codice* ", é como Ferrajoli formula o seu princípio de reserva absoluta de código.[6] De fato, será ele o autor em quem colheremos a defesa mais vistosa e empenhada da visão filocodicística, sustentando que a *reserva de código* é o "princípio segundo o qual nenhuma norma pode ser introduzida em matéria de crimes, penas e processo penal senão por meio de uma modificação ou uma integração, a ser aprovada

5. Vejamos se não é a descrição de Gaetano Contento: "Um código, na realidade, não é apenas um conjunto de normas, mas um 'universo' jurídico, tendencialmente destinado a exaurir, *in totum*, a disciplina da matéria que dele é objeto. Ademais, um código, enquanto tal, deve, necessariamente, ser sintético, capaz de compendiar, em um número limitado de disposições, a disciplina de 'classes' inteiras de fenômenos" (Clausole generali e regole di interpretazione come "principi di codificazione", 1995, p. 110).
6. Ferrajoli, Luigi. Sulla crisi della legalità penale, 2000, p. 78.

com procedimento diferenciado, do texto do código penal ou processual".[7] Trata-se, na ótica do autor, de uma "metagarantia", a garantia das garantias penais e processuais penais.[8]

Diversamente, posições tolerantes ou até mesmo receptivas à legislação especial inspiram racionalidades mais abertas ao múltiplo e ao particular. O crescimento do direito penal é visto como evento até certo ponto inevitável em razão da galopante complexidade das relações humanas e do aparecimento de novos bens jurídicos e de novas formas de ataque.

Em vez de uma regressão nostálgica ao iluminismo, algo improducente, seria preferível ceder espaços (na medida do possível controláveis) às leis especiais. O Código deixa de ser o astro-rei do universo penal para dividir espaço com outras estrelas. Se o direito penal é um objeto ambicionado demais para ficar confinado nos limites de um Código, melhor estabelecer uma convivência saudável com o expansionismo do que alardear soluções utópicas e historicamente descontextualizadas.

Em tal perspectiva, o Código não é mais do que um *método* ou *veículo estilizado*. Sim, veículo de inegável valor histórico, mas não um valor transcendente ou absoluto, mesmo porque as soluções trazidas pelos subsistemas ou microssistemas paralelos não afrontam, só por este aspecto formal, os princípios e valores constitucionais informadores da matéria penal. Ao contrário, no caso brasileiro, muitos subsistemas buscaram concretizar valores explicitamente acolhidos pela Constituição de 1988, enquanto incriminações encasteladas no Código destoavam em muito do novo pacto normativo.[9] Em suma, as

7. Idem, p. 75. Traduzimos *procedura aggravata* por "procedimento diferenciado". Ressalvamos, no entanto, que a expressão " *quorum* qualificado" talvez seja a que melhor expresse o pensamento do autor.Como é visível, a proposta de Ferrajoli distingue-se do princípio da "reserva de código" e "de lei orgânica" como formulado pela *Comissione Bicamerale*, cuja pretensão era consagrar dispositivo na Constituição italiana com o seguinte teor: "Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero sono contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono".
8. Ferrajoli, Luigi. Quattro proposte di riforma delle pene, 1998, p. 50.

leis especiais são feitas da mesmíssima matéria dos Códigos: texto e vontade política.[10]

Destrinchando o que seria o "policentrismo", Giuseppe Losappio explica qual o consenso em torno da posição, vem a ser, o fato de que "leis penais especiais e decodificação são as expressões complementares da passagem do simples ao complexo que caracteriza não só o direito penal, mas cada ramo do direito e, não só o direito, mas a pós-modernidade como idade da complexidade".[11]

Reconhece-se, agora, que será Fiandaca, pelo menos entre os italianos, o defensor de proa do modelo policêntrico. "Pergunto-me se não seja o caso de tentar reescrever a legislação penal por campos de matéria. Penso, assim, em subsistemas normativos integrados, em termos mais simples, num conjunto de códigos setoriais ou microcódigos".[12] Fiandaca insiste na complexidade como signo do presente, em que a certeza passa a ser um "valor em contínua oscilação",[13] ao mesmo tempo em que, no campo jurídico, a racionalidade unitária é desbancada por uma "microrracionalidade de setor".[14] O modelo policêntrico por ele prospectado almeja a superação da imagem do Código oitocentista. Em detalhe: "um conjunto de códigos ou corpos normativos setoriais, distintos por matérias e por técnicas de tutela",

9. Para o argumento, cf. SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A Constituição e o princípio da ofensividade vinte anos depois, 2008, p. 322-329.
10. Vale registrar, não obstante, que o Regimento Interno do Senado Federal prevê disposições especiais sobre a tramitação do projeto de código. Com efeito, além de ter sido prevista a nomeação de uma "comissão temporária" para estudo da proposta e a divisão dos trabalhos entre relator-geral e relatores parciais, o plenário deve necessariamente apreciar a matéria, não se admitindo, pois, a decisão em caráter terminativo na comissão afim (arts. 91, I, e 374). Da mesma forma, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados não dispensa a apreciação do projeto de código por parte do plenário, que deverá analisá-lo em "sessões exclusivas". Tal como ocorre nas propostas de emenda à Constituição, o regimento prevê que se constitua uma comissão especial para emitir parecer sobre a matéria, com prazos e normas específicas (arts. 24, II, *b*, 34, I, 205 e ss.).
11. LOSAPPIO, Giuseppe. La riforma del diritto penale, 2003, p. 118.
12. FIANDACA, Giovanni. Pensare e ordinare il molteplice, 2000, p. 173.
13. Cf. FIANDACA, Giovanni. Relazione introduttiva, 1995, p. 30.
14. Cf. FIANDACA, Giovanni. Relazione introduttiva, 2003, p. 6.

de maneira que as especificidades no tratamento dispensado a cada setor não sejam consideradas seriamente como derrogações ou contradições.[15] Enfim, "um programa geral de microcodificações que objetive racionalizar e coordenar os diferentes arranjos normativos".[16]

Do ponto de vista dos partidários do pancodicismo, a posição policêntrica, que poderia ser qualificada, em tom pejorativo, como *pós-moderna*, está repleta de conformismo, além de reabrir as portas ao temido particularismo jurídico.[17] Isto é, pós e pré-modernidade afinal se reencontram: a primeira significa letargia e puro desencanto; a segunda o resultado prático do inconsequente voo pós-moderno. Logo, o papel do jurista é resistir. Resistir, antes de tudo, à tentação de considerar a avalanche de leis penais um fato irremediável e definitivo. Resistir à irracionalidade e contingências do mundo político; denunciar o caos legislativo em que nos encontramos, cujo principal sintoma é a perda da centralidade do Código; não medir esforços para restaurá-la. E, emendando com as palavras de Ferrajoli, "o fato de que esta seja a velha receita iluminista não tira dela o seu valor".[18] E ainda em companhia do autor: "Não devemos confundir, se não quisermos ocultar as responsabilidades da (nossa) política e da (nossa) cultura jurídica, inércia com realismo, desqualificando como 'irrealístico' ou 'utopístico' aquilo que simplesmente não queremos ou não sabemos fazer".[19]

Do ponto de vista dos pós-modernos, se é que podemos chamá-los assim, o pancodicismo, que seria descrito, em tom irônico, como proposta vetero-iluminista, não é apenas inalcançável, mas está na contramão das necessidades e anseios sociais. O papel do jurista é, pois, interagir. Tal pressupõe não recusar a complexidade do mundo

15. Cf. FIANDACA, Giovanni. Relazione introduttiva, 1995, p. 38.
16. FIANDACA, Giovanni. Relazione introduttiva, 2003, p. 17.
17. Para a descrição do "particularismo jurídico" como paradigma a ser suplantado pelo movimento das codificações, com especial aceno ao direito penal, permitimo-nos reenviar a TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*, 1998, p. 28-41, e FERRANTE, Riccardo. *Codificazione e cultura giuridica*, 2006, p. 63-74.
18. FERRAJOLI, Luigi. Sulla crisi della legalità penale, 2000, p. 75.
19. Idem, p. 79.

vivido, mundo que se pluraliza e que já não pode ser regido pela noção de ordem única.

Sendo assim, interagir corresponde a negociar com essa realidade não negada. Flexibilidade, fluidez, mobilidade são características atuais do direito que, segundo Mireille Delmas-Marty, exige-nos "ordenar o múltiplo, sem reduzi-lo à unidade".[20] A autora propõe-nos a seguinte questão: "se o ordenamento penal tradicional parece estilhaçar-se, dispersar-se numa política criminal de contornos incertos, trata-se talvez de um sinal premonitório de uma diversa racionalidade?".[21] E responde afirmativamente, reivindicando uma "internormatividade jurídica" que nada tem a ver com o tipo de raciocínio binário da recodificação. No caso, o "múltiplo" não se refere apenas à fragmentação interna do sistema normativo penal, mas também à profusão de sistemas sancionatórios cumulativos (penal, civil, administrativo, etc.), carentes de comunicação e coordenação. Delmas-Marty instiga-nos, assim, a uma "lógica multidimensional e combinatória que ordena o múltiplo sem suprimi-lo", ou ainda a uma lógica *flou*, propensa a "ordenar a pluralidade dos conjuntos normativos simultaneamente aplicáveis, sem suprimir-lhes a diversidade".[22]

Como se percebe, o *stress* entre Código e legislação complementar revela concepções diversas sobre como enfrentar o crescimento do direito penal. Uma nos conduz ao pancodicismo ou recodificação em sentido forte; outra ao policentrismo ou internormatividade jurídica.

É verdade que trouxemos pouco mais do que indicações genéricas sobre as referidas estratégias. De todo modo, não nos parece precipitado apontar-lhes certa dose de radicalismo. Ou apostar todas as fichas no Código (um "retorno ao simples", embora com a consciência da dificuldade do empreendimento), ou contentar-se com a atomização do sistema penal (em que pesem as atraentes e sinceras tentativas de ordenar o inordenável).

Não que o radicalismo esteja sempre distante das virtudes. Aqui, porém, ele nos serve tão só como portão de entrada para conhecer os termos de uma questão que está sob os olhos de todos, isto é, a

20. DELMAS-MARTY, Mireille. *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, 1992, p. 6.
21. Idem, p. 13.
22. Cf. idem, p. 226-227.

progressiva perda de centralidade do Código Penal. São leituras diametralmente opostas que nos levam a imaginar, contudo, um caminho intermediário que afirme tal centralidade sem subestimar o fenômeno da legislação extravagante.

Como relata Giuseppe Losappio, novamente tentando explicar o ponto de vista do policentrismo, "as leis penais especiais, com todas as suas distonias axiológicas, não são de nenhuma maneira 'efêmeros episódios' de uma história destinada a concluir-se com o retorno ao direito penal do código".[23] Por outro lado, diríamos que o modelo de legislação por Código – sobretudo na esfera penal, onde os protestos por certeza, estabilidade e cognoscibilidade do material normativo estarão sempre em evidência – está longe de ser uma carta fora do baralho, ridicularizável, se bem que, definitivamente, as regras do jogo não são mais aquelas do período auge da ilustração. Não estamos convencidos, assim, da marcha de um inexorável processo de descodificação, entendido como revés ao grau zero do projeto codicístico.

É que, comparando com tempos passados, o Código perde, sem dúvida, o protagonismo de outrora, não obstante o fato de que, na legislação penal brasileira, nunca houve um seu reinado absoluto. Embora se submetam a uma atmosfera de permanente tensão, centralidade e setorialidade não são opostos inconciliáveis. Tudo está em saber o que significa o conceito de centralidade, a ser pensado e construído *ex novo*, e não restaurado por anamnese.

O primeiro indício de que dispomos é, pois, que tal centralidade estaria em algum lugar entre o pancodicismo e o policentrismo – como há muito intuíra Goethe: "Quando dois mestres de uma mesma arte divergem um do outro em seu modo de expô-la, então é bem provável que o problema insolúvel se encontre bem no meio deles".

2. Modelos intermediários

Conhecemos as respostas extremas ao problema da perda de centralidade do Código: pancodicismo (A) e policentrismo (G).

A cultura penalística ainda está fortemente identificada com o primeiro modelo, que postula a *onnicomprensività* do Código Penal. Seria, como já tivemos a oportunidade de dizer, a proposta mais

23. Losappio, Giuseppe. La riforma del diritto penale, 2003, p. 118.

apegada aos ideais de certeza e unidade que nos foram deixados pela tradição iluminista. Sempre que pensamos em reforma da legislação penal, a primeira imagem que nos vem à mente é a do Código como endereço único da normativa penal, documento síntese de tudo o que é penalmente relevante. Esta pretensão de universalidade, dificilmente exequível, segue como poderoso estímulo às tentativas hodiernas de recodificação, isto é, como ingrediente ideológico com presença certa no debate reformista.

Prova disso é o novo Código Penal espanhol (Lei Orgânica 10, de 23.11.1995). Embora sua Exposição de Motivos renuncie abertamente à ideia de "universalidad absoluta del Código", admite que "una pretensión relativa de universalidad es inherente a la idea de Código". O tom é conciliatório: "un Código no merecería ese nombre si no contuviese la mayor parte de las normas penales y, desde luego los principios básicos informadores de toda la regulación, lo cierto es que hay materias que difícilmente pueden introducirse en él".

A despeito da cautela expositiva, o fato é que o Código espanhol é apontado como o exemplo mais próximo do pancodicismo, deixando de fora apenas cinco leis especiais (relativas a navegação aérea, controle cambial, repressão do contrabando, regime eleitoral e tribunal do júri), sem contar a legislação militar e a lei de responsabilização dos menores.[24] Dois fatores contribuiriam para esse extraordinário nível de coesão e simplicidade: a exigência de uma espécie legislativa diferenciada para edição de normas penais que estabeleçam pena privativa de liberdade e a circunstância de que "o legislador espanhol de 1995 se confrontou com o precedente de uma legislação especial do pós-guerra, prolongada durante todo o curso da ditadura franquista, de tom claramente autoritário, com a qual era necessário romper".[25] Por tudo isso, o Código é, ou quer ser, a força centrípeta que domina o sistema jurídico-penal espanhol, espécie de *Constitución negativa*, na linguagem de sua exposição de motivos.

24. Cf. TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. Per un modelo pancodicistico, 2003, p. 113-114. Se compararmos, muitas matérias que estão ao largo do Código Penal brasileiro ganharam do legislador espanhol cidadania *intra codicem*, como a manipulação genética, ordem econômica, propriedade intelectual, consumidor, crimes societários, energia nuclear, meio ambiente, armas, drogas, etc.

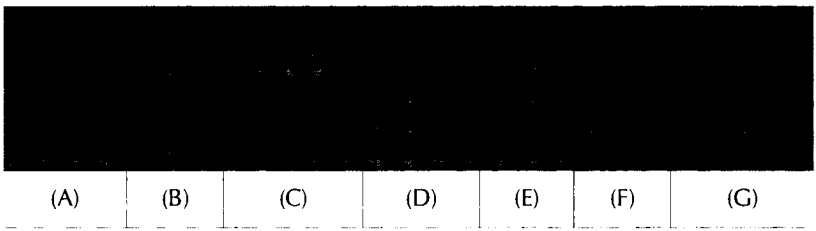
Um número tão reduzido de leis especiais tem um preço, todavia. Donini acredita que a redução do todo normativo ao Código abalaria o princípio de determinação das leis penais, que dependeriam, crescentemente, ou de fórmulas abertas ou da heterointegração normativa. Referindo-se precisamente ao Código Penal espanhol, considera que o diploma faz uso pródigo "de uma técnica legislativa rica de *elementos normativos indeterminados e normas em branco* ".[26]

Paliero opõe as mesmas críticas ao ordenamento espanhol, além de prever que o paradigma do "tudo dentro" leva à problemática especialização dos institutos de parte geral e, no fim das contas, ao simples deslocamento do problema, isto é, em lugar do crescimento da legislação especial, teríamos a expansão do direito sancionatório *lato sensu*.[27]

Antes de concluirmos se o modelo pancodicístico seria realmente viável no contexto jurídico-penal brasileiro, precisamos avaliar outros possíveis modelos intermediários em relação àqueles puros (A) e (G), relembrando que, no policentrismo, a figura do Código simplesmente desaparece, no lugar da qual surge uma trama de microcódigos setoriais. A esquematização adiante proposta tem o único objetivo de

25. Terradillos Basoco, Juan Maria. Per un modelo pancodicistico, 2003, p. 116-117. O art. 81 da Constituição espanhola dispõe: "1. Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades publicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las Leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto". O Tribunal Constitucional, desde meados da década de 80, entende que a criação de tipos penais que preveem pena privativa de liberdade ou que nela se possam converter afetam "direitos fundamentais", incidindo na hipótese de lei orgânica.
26. Donini, Massimo. La riforma della legislazione penale complementare, 2000, p. 673 e 684. E conclui, como verdadeiro dado de ciência da legislação: "a alternativa à multiplicação taxativa de preceitos penais, numa sociedade complexa que deseja efetivamente disciplinar matérias especialísticas, não é constituída pela eliminação daqueles preceitos, mas do seu ocultamento em fontes subordinadas ou extrapenais, invocadas com a técnica do elemento normativo, da norma penal em branco, ou do reenvio" (p. 686).
27. Cf. Paliero, Carlo Enrico. Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti, 2004, p. 1012-1015.

decompor analiticamente o problema para formar um quadro teórico de referência, conforme a seguinte disposição gráfica:



2.1 Modelo residual

O modelo residual (F). Por hipótese, imaginemos um Código destituído de parte especial. Tudo que lhe compete é ordenar os critérios gerais de aplicação da lei penal (imputabilidade, causalidade, dolo, exclusão da ilicitude, tentativa, etc.) e, no máximo, definir as grandes linhas do sistema sancionatório, como fez, aliás, a Lei 7.209/1984.

Todos os crimes em espécie buscariam refúgio noutras sedes legislativas. O Código seria um instrumento estritamente "técnico" de coordenação dos princípios gerais que regulam a matéria penal, e nada mais. Nessa perspectiva, teria claramente a função de detalhar, no nível ordinário, os limites formais ao *jus puniendi* previstos no texto constitucional. Ademais, o ciclo histórico estaria completo. Isto é, os primeiros textos legislativos (pensamos, por exemplo, no Livro V das Ordenações Filipinas) continham apenas incriminações; depois, incriminações e disposições gerais; agora, apenas a parte geral.

Com o modelo residual, em tese, o diploma ficaria a salvo das atribulações da política. Contentar-se-ia com um papel meramente coadjuvante, isto é, como plano de fundo, entrando em campo apenas para traçar os critérios gerais de imputação e o modelo sancionatório de base, sempre que a lei especial não dispuser de modo contrário.

Em suma, o objetivo é formar uma tipologia conceitual – ou "dogmática codificada", é como Paliero se refere à parte geral[28] – útil à

28. Cf. PALIERO, Carlo Enrico. *Tecniche di tutela e riforma del codice penale*, 1995, p. 161.

coordenação de todo o sistema penal, mas que, tal como o *direito comum* à época do particularismo jurídico, também chamado *direito residual*, trabalha à sombra das leis setoriais de conteúdo proibitivo propriamente dito, servindo-lhes de elo subliminar. Nesse sentido, a parte geral desempenharia mais ou menos a função hoje assinalada aos "princípios gerais de direito".[29]

Embora este modelo seja pouco comentado no âmbito da doutrina penal, ganha cada vez mais crédito entre os civilistas.[30] Talvez não extrapolemos ao dizer que o modelo residual conquistaria a simpatia daqueles para quem o papel da doutrina não é sugerir o conteúdo material do tipo incriminador, muito menos propor uma reforma global do conjunto das proibições penais. O que importa é salientar que o modelo residual, não obstante a sua localização intermediária, tende ao policentrismo: (F) → (G). Afinal, são as leis especiais que comandam o cenário normativo, relegando ao Código a simples função de "referência secundária" ou de "intertextualidade".

2.2 Modelo centrípeto

O modelo centrípeto (B). O modelo centrípeto é a antítese do modelo residual (F). Cogitamos num Código com parte geral e especial. Mais do que isso, numa parte geral que monopolize todas as regras gerais de imputação e todas as estratégias sancionadoras, acoplada a uma *big* parte especial.

Neste modelo, as leis extravagantes poderiam definir apenas figuras delituosas, mesmo assim excepcionalmente e sem inovação dos mecanismos repressivos. Todo o patrimônio ético-penal está alocado no Código, que, no entanto, tolera um número pequeno e controlado de leis especiais. O modelo centrípeto não é compatível, portanto, com a ideia de subsistemas penais. O único e verdadeiro sistema é o Código; outras eventuais leis que definam condutas criminosas devem-lhe total obediência.

O controle rigoroso sobre as leis especiais é o distintivo do modelo centrípeto (B). Descontada a fórmula pura do pancodicismo (A),

29. Nos termos do art. 4.º da LICC – Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."
30. Cf. PETRONIO, Ugo. *La lotta per la codificazione*, 2002, p. 72-74 e 79-81.

ele é o que revela menor índice de tolerância à legislação extravagante. Daí o avizinhamento de tipo (A) ← (B), que nos leva a qualificá-lo como modelo de rígida centralidade. Em verdade, sempre se quis (A); por circunstâncias quaisquer, admite-se (B).

Aproximativamente, poderíamos incluir o Código Penal espanhol de 1995 no modelo em comento, considerando a combinação de três elementos-chave: parte especial corpulenta; leis especiais contadas na mão; exigência de *quorum* qualificado para aprovação de normas que restrinjam a liberdade individual (expediente que, em tese, daria sustentabilidade em longo prazo ao modelo centrípeto).

Da mesma forma, entre as tentativas de reforma do Código Penal italiano, os trabalhos da *Comissão Pagliaro* (1988-1991) parecem-nos fortemente orientados a um modelo de rígida centralidade, na medida em que "o código penal deve pôr-se como texto central e ponto de referência fundamental do inteiro ordenamento penal, de modo a obstar o perigo da decodificação".[31] Quanto à cláusula revogatória, referida Comissão propunha uma espécie de *inversão do ônus legislativo*: o novo Código Penal prevaleceria sobre todas as leis especiais preexistentes, salvo se, no período de *vacatio legis*, sobreviesse lei delegada confirmando a validade desta ou daquela lei especial.[32] No que tange ao princípio da especialidade, a Comissão propunha manter o art. 16 do Código Penal italiano,[33] embora exigindo que a lei especial posterior indique "expressamente" os dispositivos da parte geral derrogados.[34]

Sempre por aproximação, e ainda em referência à reforma do Código Penal italiano, também incluiríamos no modelo *sub examine*

31. Art. 2.°, item 1, subitem 3, do articulado: "Il codice penale deve: (...) 3 – porsi come testo centrale e punto di riferimento fondamentale dell'intero ordinamento penale, in modo da contrastare il pericolo di decodificazione (...)".
32. Art. 13 do articulado: " *Al fine di assicurare la centralità del codice penale, nei casi in cui il fatto è preveduto come reato dal codice e da leggi speciali preesistenti,* stabilire la non applicabilità di queste, salvo che siano state confermate con legge delegate, *da emanare nel tempo indicato per l'entrata in vigore del codice medesimo*" . Corria-se o risco, portanto, de que toda legislação complementar fosse absorvida pelo novo Código, a não ser pela eventual sobrevinda, num período de tempo relativamente limitado, de uma lei delegada confirmando determinadas leis especiais.

os trabalhos da *Comissão Nordio* (2001-2005). Dita Comissão invoca o conceito de "preeminência do Código Penal". Para tanto, adota soluções similares às propostas da *Comissão Pagliaro*: (a) indicação expressa das normas do Código Penal eventualmente derrogadas por leis especiais supervenientes;[35] (b) *inversão de ônus*, ou seja, revogação de todas as leis especiais, salvo o advento de lei posterior ressalvando a vigência de leis preexistentes.[36] Além do mais, a *Comissão Nordio* reafirma a proposta da *Comissão Bicamerale* (1997-1998) acerca do princípio da "reserva de código" ou "de lei orgânica" em sede constitucional, sinal indiscutível de rigidez codicística. Pelo que se lê do texto introdutório, todos os membros da Comissão concordaram "com a exigência expressa pela chamada reserva de código, que tenciona obstar o perigo da descodificação"; a maioria (já não a unanimidade) entendeu que referido princípio "deveria encontrar colocação adequada numa fonte supraordenada, como a constitucional, conforme corretamente indicado pela *Comissão Bicamerale* ".

33. "Art. 16. *Le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti*" . O art. 12 do CP brasileiro muito se aproxima do congênere italiano: "As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso".
34. Art. 4.°, itens 3 e 4 do articulado: " 3. *Prevedere l'applicazione delle disposizioni di parte generale anche alle materie regolate da altre leggi penali,* salvo deroga espressa. 4. *Prevedere che le altre disposizioni del codice si applichino anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti*" . Notar que a derrogação expressa é exigida apenas em relação aos dispositivos de parte geral.
35. Art. 9.°, item 1, do articulado: "*Le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali,* salvo che queste non prevedano espressamente una disciplina diversa". No entanto, ao contrário da *Comissão Pagliaro*, todas as normas do Código Penal eventualmente derrogadas deveriam ser expressamente indicadas pela lei especial posterior. Neste ponto, a *Comissão Nordio* reproduz a proposta da *Comissão Grosso*.
36. Art. 9.°, item 2, do articulado: " *Quando lo stesso fatto è preveduto come reato da norme de questo codice e da leggi speciali preesistenti prevalgono le prime salvo che le altre siano riaffermate come vigenti da leggi da emanare prima dell'entrata in vigore del codice*" .

Por sua vez, os trabalhos da *Comissão Grosso* (1998-2001) também nos parecem inclinados a uma compreensão centrípeta de tipo (B), todavia sem a mesma austeridade das comissões até aqui referidas. Mencionada Comissão admite que não poderia aspirar ao encerramento de toda matéria penal no Código, pois isso "significaria ignorar as complexas exigências e dinâmicas de produção do direito penal hodierno". Logo acrescentando: "renunciar quanto menos a conter o fenômeno erosivo da 'descodificação' significaria todavia prejudicar, de saída, as vantagens que o instrumento codicístico pode trazer". A *Comissão Grosso* também reitera a necessidade de que as leis especiais posteriores indiquem "expressamente" os dispositivos derrogados do novo Código.[37] Se notarmos bem, esta estratégia não põe obstáculos formais à legislação especial, pois se limita a exigir a explicitação dos pontos de divergência, a fim de facilitar a análise crítica e controle posterior de todas as inovações extracodicísticas. O *Schema Grosso* não repete, porém, a técnica de *inversão do ônus legislativo* proposta pela *Comissão Pagliaro*, depois retomada pela *Comissão Nordio*. Por outro lado, adota o "princípio de reserva de código e de lei orgânica",[38] encampando o mesmo texto proposto pela *Comissão Bicamerale*. Mas demonstra "perplexidade" quanto a sua pretensa constitucionalização, que levaria o legislador ordinário, para salvaguardar-se, a inserir no Código qualquer modificação penal, com risco de transformá-lo "num depósito de normas heterogêneas". A colocação do mencionado princípio em sede ordinária, sem a pretensão de criar um obstáculo instransponível, concorreria, conforme expectativa da Comissão, para o incremento do juízo de *ragionevolezza* e de igualdade sobre a norma derrogante. Em que pese o sinal de moderação, entendemos que a fórmula em análise é um produto típico do modelo centrípeto.

37. Art. 3.°, item 1, do articulado: "*Le disposizioni del presente codice non possono essere abrogate o modificate da leggi posteriori se non per dichiarazione espressa del legislatore con specifico riferimento alle singole disposizioni abrogate o modificate*".
38. Art. 3.°, item 2, do articulado: "*Nuove norme penali sono ammesse soltanto se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono*".

No tocante ao direito penal brasileiro, incluiríamos, aqui, a versão original do Código Penal de 1940, tendo em vista a *técnica de controle* contida no seu art. 360,[39] repetida, com ligeiras modificações e abrandamentos, no Código Penal de 1969[40] (que não superou o período de *vacatio legis*), na Lei 6.016/1973,[41] e no anteprojeto da *Primeira Comissão Cernicchiaro* (1983-1984).[42] Com respeito a tal solução, dissemo-lo anteriormente, é o Código Penal que define quais leis especiais continuarão ou não em vigor, para mostrar um ilusório poder de demarcação. Acreditava-se na autossuficiência do diploma, como se

39. "Art. 360. Ressalvada a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário".
40. "Art. 406. Ressalvada a legislação especial sôbre os crimes contra o Estado e a ordem política e social, os crimes de falência, os crimes contra a honra por meio da imprensa, os crimes contra a economia popular, os crimes relacionados à telecomunicação, os crimes especiais de greve ou *lockout*, os crimes de responsabilidade e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário."
41. Referida lei alterou o Código Penal de 1969, *flexibilizando* as ressalvas à legislação especial. "Art. 401. Ressalvada a legislação sobre os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, os de falência, de imprensa, os relacionados à telecomunicação, os de greve ou *lockout*, de responsabilidade, de abuso de poder, os crimes militares, os de fraude fiscal, e o de utilização indevida do produto da cobrança de imposto, definido no Art. 2.° do Dec.-lei 326, de 08.05.1967, *bem como os previstos em outras leis e não incorporados a este Código*, revogam-se as disposições em contrário."
42. "Art. 2.° Ressalvadas a legislação sobre os crimes contra a segurança nacional, contra a economia popular, os crimes militares, de imprensa, de falência, de responsabilidade do Presidente da República, dos Governadores, Ministros de Estado, Secretários de Estado e Prefeitos e *leis especiais compatíveis com este Código*, revogam-se as disposições em contrário". Texto publicado pela Portaria MJ 790/1987, do Ministério da Justiça. Em certo sentido, a expressão "compatíveis" revela a preocupação de afirmar a centralidade do Código Penal.

fosse possível "cristalizar" o conjunto de leis especiais num único dispositivo. Uma estratégia, portanto, que não conseguiu conter o drama do crescimento do direito penal.

Mais cônscio, em todo caso se movendo em direção ao modelo centrípeto (B), o *Grupo de Trabalho Especial* (1999-2000) propõe o princípio da reserva de código *a la* brasileira, a ser introduzido em sede ordinária, com o objetivo de blindar a parte geral do Código, de maneira que as leis especiais só pudessem descrever, basicamente, tipos legais de crime.[43] Prestando bem atenção, trata-se de uma fórmula ainda mais austera do que a proposta pela *Comissão Bicamerale*, que admitia a chamada "lei orgânica" (ou seja, os subsistemas penais).

Em todos os casos citados, embora não se tenha uma acomodação simplória ou direta no modelo (B), predomina a visão de que toda a normativa penal deve convergir para o Código, a força centrípeta que atrai todas as leis esparsas. Propõem-se mecanismos, mais ou menos rígidos, que reconheçam e sustentem a tão desejada centralidade do código. Neste caso, segundo avaliamos, centralidade quer dizer essencialmente *superioridade*. Os adjetivos "complementar" (de uso frequente na doutrina italiana), "secundária" (do gosto lusitano) ou "acessória" exprimem bem a ideia que se faz da legislação extracodicística. Não se outorgam legitimidade e autonomia plenas aos chamados subsistemas penais. Num certo sentido, a legislação penal especial continua marginalizada e/ou subestimada.

43. Art. 5.º do PL 3.473/2000: "A lei especial não conterá dispositivo que venha alterar a Parte Geral do Dec.-lei 2.848/1940 – Código Penal, sendo-lhe vedado abolir as regras de aplicação da lei penal e os princípios relativos: I – aos elementos do crime; II – às formas de participação punível; III – ao sistema progressivo da pena de prisão e da medida de segurança de internamento". No item 11 da respectiva Exposição de Motivos, justifica-se a adoção de tal estratégia para "garantir o devido processo legislativo em matéria penal". A paternidade da proposta – por ele denominada *cláusula vinculante* – é de Dotti, integrante do grupo de trabalho (Cf. Dotti, René Ariel. Proposta para uma nova consolidação das leis penais, 1999, p. 157 e 162).

2.3 Modelo dispersivo

O modelo dispersivo (E). No modelo dispersivo, o Código é forçado a conviver com os subsistemas penais. Não há mais lugar para saudosismo em relação ao modelo (A). Os subsistemas ou microssistemas chegaram de uma vez por todas. São o "dado de realidade" que distingue a produção legislativa contemporânea.

De se entender por "subsistemas penais" o conjunto de normas que deixaram a batuta codicística, criando mecanismos sancionatórios ou disposições processuais próprias (originais ou simplesmente derrogatórias em relação ao respectivo Código). O subsistema é formado por uma ou várias leis afins. A partícula "sub" transmite a ideia de que algum liame remanesce com o sistema central, especialmente – por quanto tempo não se sabe – as regras gerais de aplicação da lei penal e os critérios de imputação.

Os subsistemas podem ser enumerados de *n* formas, conquanto se enfatize um ou outro elemento isolado da tutela ordinária codicística. Uma lei especial, sob determinado aspecto, pode compor o subsistema *x*, sob outro, o subsistema *y*. Ilustramos. A Lei 11.343/2006, pode ser analisada como subsistema autônomo, se considerarmos: a relação toda particular entre conteúdos penais e extrapenais; seus aspectos processuais diferenciados; as soluções divergentes da parte geral do Código Penal brasileiro, como, por exemplo, em matéria de imputabilidade. Além disso, faz parte do subsistema dos "crimes hediondos e condutas constitucionalmente equiparadas", do qual participam outras leis. Ainda por outro ângulo, ela se aproxima de muitas leis que inovaram o modo de cominação da pena de multa, para formar um subsistema à parte do art. 49 do CP.

No entanto, no modelo dispersivo (E), o convívio entre centro e periferia é tumultuado. A cada dia aparecem novos subsistemas, os quais divergem do Código e de outros subsistemas preexistentes. Os canais de comunicação e de coordenação ficam prejudicados.

Vem mesmo a calhar a metáfora de um processo desordenado de urbanização – terrivelmente amargo para as metrópoles brasileiras – que degrada tanto o centro quanto a periferia. Não há plano diretor em vista. Não existem regras nem consenso mínimo sobre a melhor distribuição espacial do material normativo. O Código resiste como o

"centro velho" que perdeu vitalidade e *glamour*; os subsistemas apinham-se uns sobre os outros, dificultando até mesmo o seu reconhecimento.[44]

Nesse sentido, o modelo dispersivo é um não modelo, isto é, a completa ausência de coordenadas tendentes a "encurtar" as distâncias entre centro e periferia. Transmite a imagem de um Código fraco, cabisbaixo, que apenas sobrevive ao turbilhão da legislação especial. Como logo se percebe, (E) entra em colisão com o pancodicismo (A) e também com o modelo centrípeto (B), ao mesmo tempo em que avista, no horizonte, os programas do modelo residual (F) e do policentrismo (G).

Qualquer estudioso ficaria tentado a retratar o ordenamento jurídico-penal brasileiro no interior do modelo dispersivo. De fato, na legislação pátria se constata o avanço desordenado dos subsistemas, um inchaço da periferia, se quisermos voltar à metáfora há pouco utilizada. Também se identifica a brutal ausência de coordenação ou controles entre Código e legislação especial, uma das característica do modelo em análise.

Contudo, o Código Penal brasileiro tem sido objeto de frequentes alterações, o que, a despeito das consequências negativas sobre a estrutura do edifício original, demonstra certa resiliência do diploma. E não nos referimos apenas a alterações nos crimes que compõem o núcleo duro do direito penal, mas também ao ingresso de novos bens jurídicos no corpo sexagenário, como dão mostra as Leis 10.028/2000 (finanças públicas) e 10.467/2002 (administração pública estrangeira). Da mesma forma, a descriminalização de alguns delitos sexuais pela Lei 11.106/2005, deu-lhe um sopro modernizador, bem assim a descrição de formas de criminalidade tecnológica (Lei 9.983/2000), entre outras iniciativas, como, por exemplo, a previsão do assédio

44. A metáfora nos chega por Fiandaca, que fala "na crescente proliferação de 'subsistemas' penais crescidos mais ou menos desordenadamente como novos quarteirões (ainda que às vezes abusivos!) em torno de um código penal hoje destituído do papel de centro realmente dominante. (...) o código penal tornou-se semelhante a um centro histórico, que vai perdendo a sua centralidade por causa do proliferar, às vezes também abusivo, de tantos novos quarteirões que, diferentemente, estão se tornando vitais e importantes" (Relazione introduttiva, 2003, p. 6-7).

sexual (Lei 10.224/2001) e o novo formato do crime de redução a condição análoga à de escravo (Lei 10.803/2003). Isso sem falar no recente reenquadramento dos crimes contra a dignidade sexual (Lei 12.015/2009).

Vale dizer, a figura de um centro abandonado e inativo do ponto de vista econômico não é a que melhor estampa o diploma brasileiro. No Brasil, a inflação legislativa ocorreu *no* e *fora* do Código Penal. E mesmo fora dele, não faltaram cláusulas de equiparação para reanimar alguns tipos penais da parte especial.[45] Não parece inerte, assim, o que poderíamos chamar de "cultura de código".

Se o modelo dispersivo for mesmo interpretado como *status quo*, dependendo das circunstâncias, ele pode ser defendido por aqueles que consideram o ambiente político desfavorável a uma reforma de grandes proporções. Isto é, pelos que temem as opções ideológicas que uma proposta de reforma do Código Penal deve necessariamente anunciar.

2.4 Modelo de consolidação normativa

O modelo de consolidação normativa (C). Trata-se, à primeira vista, de um modelo neutro em relação às extremidades (A) e (G). Apresenta-se como alternativa – talvez um primeiro passo – à fatigante e complexa tarefa de recodificação.

Em tese, o modelo de consolidação normativa não pretende inovar o ordenamento jurídico-penal. Não emite juízos sobre a qualidade ou quantidade das leis penais, a ponto de prometer melhorias ou deflações. Pretende apenas reunir todo o material normativo num texto único, de mais fácil manuseio pelos operadores jurídicos e acesso por parte de todos os destinatários. O seu lema é "ganho cognitivo e operacional". Arruma-se a casa, consolidam-se as leis, e depois pensamos em reformar o conteúdo da legislação penal.

45. São normas constantes da legislação especial que, em vez de descrever os preceitos primário e secundário da norma penal incriminadora, preferem invocar uma figura de crime prevista no Código Penal. Como mera exemplificação, vide o art. 64 da Lei 8.383/1991; o art. 3.º, parágrafo único, *b*, da Lei 8.730/1993; o *caput* do art. 24 da Lei 8.935/1994; o § 1.º do art. 2.º da Lei 10.650/2003.

Com efeito, em (C), continuam vivas todas as contradições e antinomias acumuladas ao longo da espinhosa relação entre Código e legislação complementar. Só que, agora, estarão obrigadas a conviver sob o mesmo teto. Tudo está como era antes, não fosse o êxodo maciço das disposições penais para o texto consolidado. Dessa forma, teríamos a noção real dos ativos envolvidos. Seria possível, num virar de páginas, comparar técnicas recém-surgidas com as disposições generalizantes do Código.

A alternativa de consolidação nos é formalmente oferecida pelo art. 13 e ss. da LC 95/1998, com as alterações promovidas pela LC 107/2001. "A consolidação consistirá na integração de todas as leis pertinentes a determinada matéria num único diploma legal, revogando-se formalmente as leis incorporadas à consolidação, sem modificação do alcance nem interrupção da força normativa dos dispositivos consolidados" (art. 13, § 1.º, LC 95/1998). Levado a cabo, todas as normas penais dispersas na multidão de leis extravagantes seriam formalmente revogadas e, sem perda de tempo, incorporadas ao novo *vade mecum*.

O modelo em destaque compartilha, como se pode intuir, o mesmo ideal de certeza e simplicidade presente no pancodicismo (A) e no modelo centrípeto (B). Na ausência de condições políticas para uma obra de recodificação em sentido forte, surge como uma espécie de *estágio preparatório*. O que anima (C) é a ideia de que o direito deve ser o quanto possível organizado. Assim, embora se alegue que o conteúdo das leis anexadas continuará intocado,[46] a estratégia de consolidação é, por assim dizer, um subproduto da mesma racionalidade jurídica que forjou a forma-código. Portanto, a relação até aqui estudada (Código e legislação especial) não sai totalmente indiferente de um processo de consolidação, que não deixa de emitir um sinal de desprestígio no que concerne à legislação extravagante.

Na história brasileira, temos de recordar a *Consolidação das Leis Penais* (Dec. 22.213, de 14.12.1932), baseada em trabalho do

46. Bernardo Giorgio Mattarela contraria tal afirmação: "a ciência jurídica tende a reconhecer que a elaboração de um texto único não é nunca uma obra mecânica e produz sempre modificação no material normativo objeto de compilação" (La codificazione in senso dinamico, 2001, p. 717).

Desembargador Vicente Piragibe, publicado sob o título *Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor.*[47]

Recordando a experiência de 1932, Dotti defende com fervor a estratégia de consolidação das leis especiais: "É imperiosa e urgente uma consolidação das leis especiais. Ninguém poderá, de sã consciência, negar essa realidade".[48] Primeiro propõe que o Código Penal incorpore muitas leis que hoje estão fora do seu domínio; em seguida, sugere a consolidação das leis especiais, que seria dividida em 12 blocos ou "estatutos". De acordo com a explicação do autor, "será possível fazer através da unificação de diplomas já existentes em núcleos identificados pelo bem jurídico ou caracterizados pela similitude da conduta ou outras circunstâncias".[49] Entre as vantagens vislumbradas por Dotti, estaria o conhecimento facilitado da legislação, a definição do espaço normativo para futuras alterações (isto é, o respectivo estatuto), a canalização dos interesses dos grupos de pressão para um determinado estatuto, evitando que uma polêmica localizada paralise

47. Em novembro de 1932, ao apreciar a proposta, o Presidente da Comissão Legislativa, Levi Carneiro, pronunciou-se em carta ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores: "Sobre o mesmo arcabouço do obsoleto e defeituoso Código de 1890 não é possivel formar o novo Codigo, de que precisamos. Por isso mesmo, no ponto de vista doutrinario, como accentúa a Sub-Comissão [refere-se à Subcomissão responsável por elaborar a proposta de um novo Código Penal] em seu parecer, o trabalho do Sr. Desembargador Vicente Piragibe não satisfaria os reclamos da nossa cultura jurídica. Adoptado, porém, como consolidação das leis vigentes, sem alteral-as, portanto, essa obra terá a maior utilidade prática e constituirá, até, vantajosa preparação para a adopção opportuna do novo Codigo Criminal". Por sua vez, a Subcomissão do Código Penal também emitiu parecer favorável: "Hoje, mais de noventa leis, decretos e regulamentos, em materia penal, gravitam em torno ao Codigo de 1890, alterando-o ou complementando-o, e a essa legislação extravagante cumpre attender a Justiça na sua actividade diaria. [...] O trabalho do Desembargador Vicente Piragibe consolidando toda essa legislação esparsa de modo a integral-a no Codigo Penal – offerece, pelo aspecto pratico da questao, uma solução digna do maior encomio" (sic) (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*, 2001, p. 326-327).
48. DOTTI, René Ariel. Proposta para uma nova consolidação das leis penais, 1999, p. 167.
49. Idem, loc. cit.

todo o trabalho de consolidação, pois os projetos de estatuto seriam votados separadamente.[50]

Embora a proposta de Dotti seja atraente, o trabalho de consolidação demanda a delicada tarefa de "declaração expressa de revogação de dispositivos implicitamente revogados por leis posteriores" (art. 13, § 2.°, XI, da LC 95/1998), o que, em determinados casos, pode constituir um tremendo desafio ante a inexistência de pronunciamento judicial definitivo.

O mais difícil, no entanto, é definir um critério de pertinência, noutras palavras, o alcance da expressão "leis pertinentes a determinada matéria", como consta o art. 13, § 1.°, da LC 95/1998. Não imaginamos, e nem parece conveniente, que as leis especiais fossem simplesmente retalhadas, para extrair-lhes as normas de conteúdo exclusivamente penal, as quais migrariam para o texto em consolidação. Uma cirurgia desse porte causaria mais estragos e dificuldades do que poderia supor o bem intencionado projeto de consolidação, com o risco de gerar um grave fenômeno de orfandade normativa.

Portanto, ao que nos parece, os diplomas deveriam ser transportados por inteiro. Neste caso, a renumeração dos dispositivos teria um efeito simplificador? O que diriam os especialistas de outros ramos jurídicos atingidos? Ou a consolidação abrangeria tão somente as leis especiais de conteúdo exclusiva ou majoritariamente penal? Nesta hipótese, a consolidação não ficaria muito aquém de suas promessas (considerando o elevado número de leis em que as normas penais exercem um papel meramente coadjuvante, quase acidental)?

Em suma, pelo menos no setor penal, onde a regra é a fragmentariedade da tutela, o modelo de consolidação normativa não é tão fácil de ser manejado, tampouco certos os seus resultados.

2.5 Modelo de coordenação

O modelo de coordenação (D). Finalmente chegamos ao modelo que postula um convívio equilibrado entre Código e legislação extravagante. Tal significa, literalmente, "ordenação conjunta" da matéria penal. Reconhece-se a legitimidade dos dois campos em questão. O Código não é mais visto como diploma superior, embora não se

50. Cf. idem, p. 167-168.

questione a sua centralidade, entendida já como ponto de referência principal do sistema.

Ao mesmo tempo, a legislação extravagante possui um papel a cumprir. Os subsistemas perdem a pecha de castelos mal-assombrados; leis toleradas muito a contragosto. Eles desempenham uma função que o Código não está em condições de assumir, seja a experimentação, mais livre, de novas técnicas de tutela, seja a maior integração com os conteúdos extrapenais, quando tal se mostra por diversas razões necessária. "É quase supérfluo observar que o penal complementar é o universo ou o subuniverso no qual se manifesta em medida mais visível e acentuada, historicamente, a modernização do direito penal".[51] "O direito penal complementar, de resto, é o reino do extrapenal, o *humus* natural de qualquer dimensão sancionatória do direito penal".[52] Os subsistemas seriam, assim, a prova de uma racionalidade jurídica mais plural a que se vê impelida a sociedade contemporânea. A forma-código passa a dividir os holofotes com a forma-estatuto, ou seja, centralidade balanceada com setorialidade.

Ao contrário do modelo dispersivo (E), pleiteiam-se, agora, orientações ou coordenadas para a distribuição razoável da normativa nas duas áreas em apreço. Não se trata, assim, de um modelo solto que ignore os perigos de uma desgovernada hipertrofia legislativa. Tem-se apenas a compreensão de que os subsistemas penais vieram para ficar, e que deplorá-los ou subestimá-los seria um erro tão grave quanto aceitar acriticamente o crescimento do direito penal.

Alcança-se a centralidade do Código na medida em que este consegue – por seus próprios méritos, e não com mecanismos artificiais sufocantes, no final ineficazes – impor-se como sólido ponto de referência para todas as leis esparsas, quer no que se refere ao modelo sancionatório de base, quer no tocante à constelação de bens jurídicos protegidos na parte especial. Sendo assim, as leis extravagantes poderão divergir da disciplina codicística, mas o farão conscientes de que

51. Fiandaca, Giovanni. Relazione introduttiva, 2003, p. 8.
52. Donini, Massimo. La riforma della legislazione penale complementare, 2000, p. 663.

precisam de uma justificativa plausível, dada a consistência do diploma principal. Quando este ponto de referência não existe, parece óbvio que o sistema tenderá a evoluir para a dispersão.

Consideradas as premissas básicas do modelo de coordenação (D), o debate pode avançar no sentido de aprimorar os critérios de coordenação entre as duas áreas, seja pela diferenciação dos conteúdos proibitivos ou estrutura de ilícito, seja pela atribuição de papéis específicos ao Código e à legislação complementar no interior do sistema normativo. Limitar-nos-emos a três breves indicações.

2.5.1 O modelo bipartido de Donini

O modelo bipartido de Donini (D'). Não é fácil resumir em poucas linhas a proposta de Donini, que se volta, em minúcias, para o ordenamento jurídico-penal italiano. Cuidemos dos traços mais gerais. Primeiramente, já acenamos, o autor entende a relação entre Código e legislação complementar como interagir dialético. "A possibilidade e a força atrativa de um código não podem senão depender, portanto, da importância e da setorialidade daquilo que não conseguimos colocar dentro dele".[53] O Código é o repositório dos valores clássicos, tão sedimentados que dispensam até mesmo verificações empíricas; ao contrário, a legislação especial é o campo das "lógicas instrumentais, utilitaristas, tecnicismo de disciplinas de detalhe e contingência político-administrativa".[54] Na ótica de Donini, a "especialização da matéria" é o que há de mais decisivo para impedir a inserção de todas as infrações penais no Código. Muitas delas estão umbilicalmente ligadas a um determinado campo técnico, profissional, empresarial, mercadológico, social, etc., "que o seu próprio entendimento é inseparável do *corpus* normativo de proveniência", motivo pelo qual o desenraizamento "não realiza nenhum objetivo de 'clareza' ou 'inteligibilidade' para o destinatário".[55] Ao contrário do que se costuma imaginar, o surgimento de corpos orgânicos por matérias (isto é, de verdadeiros subsistemas) não embaralha, antes facilita o conhecimento dos preceitos, porque "o destinatário destes ilícitos não é de regra o *quivis de populo*, mas um sujeito geralmente qualificado, ou que age, seja como

53. Idem, p. 664.
54. Idem, loc. cit.
55. Idem, p. 692.

for, num contexto qualificado por matéria".[56] Eis por que o autor reconhece a "legitimidade e oportunidade dos dois binários" (Código e legislação especial).[57] Entretanto, a cada um o que é seu. Qualificamos a proposta em análise como *modelo bipartido* justamente porque, segundo Donini, o perfil das infrações *de Código* não deve ser o mesmo perfil das infrações *de legislação especial*. O Código hospedaria os delitos classe "A", orientados a bens fundamentais (ou bens-escopo) agasalhados na Constituição e que se encontram introjetados no senso comum em bases mais sólidas; trata-se, ademais, de infrações fundadas sobre o evento ou perigo concreto. Ao contrário, os delitos classe "B" (*contravenções*, no direito italiano) têm vocação para a legislação complementar, e visam a proteção de bens instrumentais. A tutela contravencional estaria visceralmente ligada a conteúdos técnicos mais voláteis ou de setores específicos, restando aberta a normas penais em branco e técnicas de reenvio, maior antecipação de tutela e inovações outras.[58]

Donini considera inadiável o levantamento minucioso de todo o direito penal complementar italiano e, sem renunciar à perspectiva de drástica redução das incriminações extracodicísticas, deseja agrupá-las segundo uma "objetividade jurídica de categoria" que reflita ou se comunique com os bens jurídicos constantes do Código, como forma de garantir "um mínimo de legibilidade e ordem axiológica ao sistema". Como explica, isso impõe que "a interpretação das leis extravagantes leve em conta, em alguma medida, o bem-escopo do código, afastando chaves de leitura baseadas em desobediências formais ou transgressões de preceitos 'funcionais' (tutela de 'meras' funções)".[59] Quanto ao aspecto sancionatório, os delitos classe "A" são candidatos naturais à pena detentiva, enquanto os de classe "B" estariam sujeitos a cominações mais brandas, ou administrativas, sem excluir, no entanto, em certas circunstâncias, a possibilidade de regressão *verso l'alto* ou de progressão *verso il basso*.[60] Nos delitos classe "B", sempre de

56. Idem, p. 700.
57. Idem, p. 671.
58. Cf. idem, p. 692-695 e 700-701. Ainda, Donini, Massimo. Oltre il tecnicismo e l'ideologia, 2003, p. XXIX.
59. Donini, Massimo. La riforma della legislazione penale complementare, 2000, p. 696.

acordo com Donini, a distinção entre dolo e culpa *stricto sensu* não há de ser tão rigorosa. Se o plano fosse levado à risca, "a existência de um segundo binário ou paradigma surge não como 'descodificação', mas antes como a inevitável diferenciação de um sistema penal moderno".[61]

Deveríamos saber que, segundo pesquisa coordenada pelo próprio Donini e financiada pelo *Ministero della Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica* da Itália (Murst), a legislação penal complementar daquele país contava, em 31.12.1999, com 5.431 tipos penais extravagantes, com larga vantagem das contravenções (4.557 contra 874 delitos). Portanto, 83,9% das infrações penais fora do Código Penal italiano seguem o modelo contravencional, que prevê, como punições principais, o *arresto* (prisão com duração máxima de três anos) ou *ammenda* (pena pecuniária). O dado relevante é que apenas 7% das contravenções penais apresentaram cominação isolada da pena de multa ou prisão, o que colaborou para Donini concluir que 95% do direito penal complementar italiano desencoraja a pena de prisão. Entre as contravenções extracódigo, 58,8% estão relacionadas à incolumidade pública e segurança do trabalho. Considerado todo o universo complementar, 70,2% são infrações próprias, isto é, ligadas a atribuições profissionais específicas do agente, e 62,7% remetem à técnica de perigo presumido ou abstrato.[62] Como se pode facilmente deduzir, o ordenamento italiano não enfrentaria, no papel, grandes rupturas numa eventual conversão ao plano Donini, tendo em vista a predominância esmagadora dos delitos classe "B", dos conteúdos técnico-profissionais e da antecipação de tutela, bem como a excepcionalidade da privação da liberdade. Assim, o modelo diferenciado de Donini parece ter sido confeccionado *sob medida* para o direito italiano.

Antes mesmo do conhecimento pleno dos dados, Donini propunha, como alternativa factível a um "código mínimo" (é dizer, ao paradigma reformista do direito penal mínimo),[63] um "código de mil incriminações", que "deveria ver *exatamente invertida a relação numérica proporcional hoje existente entre delitos e contravenções* (cerca de 1

60. Cf. idem, p. 692.
61. Idem, p. 703.
62. Cf. Donini, Massimo. Oltre il tecnicismo e l'ideologia, 2003, p. X-XIV; Fiandaca, Giovanni. Relazione introduttiva, 2003, p. 12-15.

para 10) *e proporcionalmente reduzido o número absoluto das incriminações* (de seis mil/dez mil a mil e duzentas aproximadamente)".[64] O autor já falava em acolhimento, no Código, de bens de classe constitucional (bens-escopo, bens primários ou fundamentais), cabendo à legislação especial, ao invés, a tutela de bens funcionais, todavia conectados à dimensão valorativa do diploma principal.

Por tudo quanto exposto, não é difícil concluir que Donini teve em mente um plano de centralidade forte do Código, embora transitando num paradigma bem diverso do modelo centrípeto (B). Não resistimos, assim, à tentação de dizer que ele abusou da *pós-modernidade* no seu diagnóstico (e estamos falando de uma das mais qualificadas críticas ao modelo de centralidade rígida), mas talvez tenha sido *moderno* demais na prescrição dos remédios. Outra observação é que o objetivo precípuo de seu modelo é demarcar o território das incriminações, vale dizer, Donini pensou mais na relação entre parte especial e legislação complementar.

2.5.2 O frasco de decantação de Paliero

O frasco de decantação de Paliero (D^2). O autor estuda a relação entre Código e legislação complementar focalizando, sobretudo, a parte geral. Paliero engrossa a fileira dos que veem com ceticismo a ideia de centralidade absoluta do Código. O que realmente é decisivo na evolução do ordenamento jurídico-penal, na sua percepção, são os dados criminológicos que pressionam nesta ou naquela direção. Como diz, "um ordenamento penal se desenvolve, gostemos ou não, por 'crescimento natural' – por meio de formalização – do substrato criminológico que o alimenta".[65] Fato é que algumas matérias não se deixam conduzir pelos paradigmas universais de tipo codicístico. É

63. A simples título de registro, para Ferrajoli as contravenções deveriam desaparecer como categoria infracional. Suas proibições poderiam ascender à condição de "delito" ou serem rebaixadas a "ilícito administrativo", ou simplesmente não serem mais sancionadas (cf. Quattro proposte di riforma delle pene, 1998, p. 40-41).
64. Cf. Donini, Massimo. Per un codice penale di mille incriminazioni, 2000, p. 1656.
65. Paliero, Carlo Enrico. Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti, 2004, p. 1015.

preciso que exista um espaço normativo adequado para recebê-las, especialmente quando nos deparamos com "valores ainda não consolidados, mas que induzem fortes demandas e necessidades de pena".[66] Ao contrário, as normas com "vocação codicística" são as que alcançaram um já consolidado patamar valorativo. A legislação complementar serviria, pois, de "frasco de decantação", dando guarida, *em entrada* ou *em saída*, a matérias com *status* controvertido. Isto é, depois de um período de repouso (verdadeiro *rito de passagem*), as substâncias contidas no frasco podem subir ao Código ou descer ao direito sancionatório *lato sensu*. Embute-se aí a ideia de "progressão sistêmica hierarquicamente orientada". "Portanto, neste modelo [*cossistema integrado*], aquilo que estava no centro é jogado para as margens, e aquilo que estava nas margens termina por encontrar-se no centro (ou vice-versa)".[67]

Por óbvio, a parte geral não poderia ficar indiferente a este *entra e sai*. Paliero analisa, então, o processo de recíproca adaptação entre "parte geral existente" e "parte especial *in progress* ", chamando-nos a atenção para dois fenômenos atualmente em curso: (a) *mutações genéticas* sofridas pela parte geral tendo em vista os *inputs* evolutivos da parte especial. Neste caso, é a própria parte geral que dá uma resposta, dividindo-se em duas – Paliero recorda as reconstruções dos conceitos de causalidade e dolo em relação aos crimes clássicos de homicídio e de lesão corporal na esfera da "responsabilidade do produtor", considerando a crescente influência da ideia de risco; (b) *modificações anatômicas provisórias* que agridem, de fora, a parte geral por conta de escolhas políticas contingentes, gerando subsistemas fechados (terrorismo, criminalidade organizada) que deformam irremediavelmente os princípios comuns do direito penal.[68]

Para Paliero, a parte geral corre o risco de se tornar "substancialmente inútil", pois fora projetada para a criminalidade clássica. Para que ela recupere a posição de espinha dorsal do sistema, deve aparar no mínimo três arestas: (a) a disciplina do concurso de pessoas há de sofrer ulteriores especificações, de modo a diversificar as figuras de autoria e participação. Não se trata mais de uma simples questão de

66. Idem, loc. cit.
67. Idem, p. 1017.
68. Cf. idem, p. 1016-1018.

dosimetria da pena, mas linha essencial da tipicidade; (b) descrição mais aprofundada da "posição de garante", especialmente no que se refere à atividade da empresa. Paliero quer, assim, retraçar o modelo omissivo detalhando taxativamente as regras de garantia, embora admita que elas também poderiam ser admitidas na legislação especial; (c) individuação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, por meio da criação de um "direito penal da empresa". Indiscutivelmente, a empresa transforma-se num "centro imputativo autônomo de *responsabilidade* ". O autor reflete sobre a necessidade de superação do modelo de simples corresponsabilidade do ente jurídico.[69]

Em escrito anterior, Paliero colocava o "sistema sancionatório" como ponto de partida para a reforma do Código Penal. "O problema da parte especial, em suma, é um problema de parte geral".[70] Estrategicamente, o plano reformista não deveria começar pelos "preceitos", e sim pelos recursos punitivos. "A construção, estrutural e conteudística, dos específicos *Tatbestände* 'de parte especial' (...) depende do *tipo de sanção* que se quer e, antes de tudo, do tipo de sanção que *se consegue* modelar e implementar, e *não vice-versa* ".[71] Na lógica da justiça penal, o bem escasso (de complexa e imprevisível execução, tendo em vista os recursos humanos e logísticos envolvidos) está representado pelas *penas*, e não pelos *preceitos* (que não encontram limites na mente do legislador), daí por que a reforma deve partir necessariamente do modelo sancionatório.[72] Somente uma escala de sanções bem individuada é capaz de orientar os consorciados e dar ao direito penal uma imagem legítima, "enquanto representa o mais 'visível' critério de cotejo dos valores aceitos pelo ordenamento jurídico e condensado na *escala dos preceitos* (penais)".[73] Paliero reúne alguns teoremas, inspirados em investigações empíricas, para orientar o ordenamento penal. Muito resumidamente: (a) do ponto de vista da prevenção geral, não é a severidade, mas a efetividade ou certeza das

69. Cf. PALIERO, Carlo Enrico. Tecniche di tutela e riforma del codice penale, 1995, p. 161-169.
70. PALIERO, Carlo Enrico. Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti, 2004, p. 1016.
71. Cf. PALIERO, Carlo Enrico. Metodologie de *lege ferenda*, 1992, p. 519.
72. Cf. idem, p. 560.
73. Idem, p. 545.

penas o fator decisivo na orientação dos consorciados; (b) sob o enfoque preventivo-especial, quanto mais intrusiva a intervenção, menor a sua eficácia, dando lugar ao paradigma do "intervir o menos possível". Vislumbra-se, assim, a relação inversamente proporcional entre custo da pena, inclusive econômico, e sua eficiência. As penas detentivas, por essa ótica, são as mais custosas e, por isso, as menos eficientes com respeito à finalidade de prevenção especial; (c) quanto mais diversificada a tipologia das penas alternativas ao cárcere, menores as chances de sucesso na sua implementação.[74] Paliero sente-se encorajado a propor uma fórmula para o "minimalismo realístico", com fulcro nas sanções, e não sobre uma visão "utópico-conceitualista" dirigida aos preceitos: "cada opção tanto mais deveria ser contingenciada, quanto mais resulte 'custosa' em termos econômico-funcionais (custos-efetividade) a sanção que lhe corresponde".[75]

O autor evoca, finalmente, a figura de uma pirâmide, em cujo ápice estaria a opção "seca" pela pena detentiva, considerando fortes cobranças por prevenção geral; no meio, um regime intensivo de vigilância e um congruente serviço de utilidade pública; na base, as penas pecuniárias. Tais espaços são pré-definidos basicamente pela relação custo-benefício. Como o espaço no topo da pirâmide é reduzido (alto custo, pouca eficiência), o legislador deve avaliar bem as condutas que ali serão inseridas, restando-lhe, nessa ordem, o meio e a base da estrutura piramidal.[76]

Em síntese, importa considerar é que Paliero destina à legislação especial um papel *sui generis*, o de ser um *decanter*, um tubo de ensaio para matérias que, no futuro, poderão adquirir o seu passaporte para o Código Penal. Este, no entanto, para que sirva de ponto alto do sistema, deve, antes de tudo, "modernizar" a sua parte geral, adaptando-a às novas formas de criminalidade, além de dar uma resposta satisfatória à intricada questão da escala das punições. Só assim, fazendo a sua parte, o Código Penal estará mesmo em condições de se afirmar como centro do sistema normativo penal.

74. Cf. idem, p. 554-556.
75. Idem, p. 560.
76. Cf. idem, p. 560-561.

2.5.3 O modelo articulado de Palazzo

O modelo articulado de Palazzo (D^3). Talvez nenhum outro penalista tenha sido tão moderado ao confrontar a legislação especial. Palazzo distingue, quanto à realidade legislativa italiana, três modelos (coexistentes) que marcam as relações entre o penal codicístico e o penal complementar. Para o autor, "nada assegura que a absoluta unidade e estabilidade do sistema seja um bem em si, a ser perseguido a todo custo em qualquer condição histórico-social".[77] O dinamismo e complexidade sociais podem produzir uma vantajosa estratégia de "articulação" do sistema, embora não se possa descartar o risco preocupante de "desarticulação". Para compreendermos melhor o esquema de análise proposto, tenhamos clara a distinção entre *matéria* (conteúdo das normas incriminadoras) e *disciplina* (técnica de tutela). O primeiro modelo descrito por Palazzo é o modelo tradicional inspirado no art. 16 do Código Penal italiano. Com efeito, a centralidade do Código é imposta pela (pretensão de) "identidade de disciplina" em relação às leis especiais. "Esta centralidade é obtida por meio da tendencial unidade e identidade de disciplina que justamente o art. 16 c. p. garante a qualquer lei penal".[78] Não há, portanto, intolerância radical com as leis especiais, contanto que se mantenha, substancialmente, a unidade de disciplina proposta pelo Código Penal. Assim, em termos gerais, o modelo é caracterizado pela *diversidade da matéria + unidade da disciplina.*

No segundo modelo (articulado), a equação entre Código e legislação especial é alterada: *diversidade da matéria + diversidade da disciplina.* "O sistema, de unitário, torna-se por assim dizer múltiplo e articulado".[79] Ou surgem novos sistemas concorrentes (por exemplo, o direito administrativo sancionador), ou subsistemas notabilizados por uma "dúplice especialidade", seja de matéria, seja de disciplina. Palazzo vê com bons olhos essa tendência à superação do modelo unitário. É que, segundo ele, a multiplicação das exigências de tutela demanda, necessariamente, a diversificação dos instrumentos protetivos.

77. PALAZZO, Francesco. A proposito di codice penale e leggi speciali, 1991, p. 311.
78. Idem, loc. cit.
79. Idem, p. 312.

Cada setor conhece bem as suas peculiaridades e as técnicas mais adequadas à defesa dos interesses envolvidos, até porque as leis especiais normalmente reclamam a presença de instituições e agências de controle não compreendidas no aparato judiciário em sentido lato.[80] Entre homogeneidade e diferenciação, falam mais alto as pressões por efetividade dos meios repressivos. Certo é que a estratégia de diferenciação permite "adequar a resposta sancionatória, a tipologia e a disciplina sancionatória às intrínsecas características peculiares aos vários sistemas de interesse".[81] Por isso, Palazzo entende que tal modelo – de articulação múltipla entre sistemas diversos ou de subsistemas relativamente autônomos – desenvolve-se de forma coerente com a elevação do grau de complexidade da sociedade tardo-capitalista.

Por fim, Palazzo descreve o modelo de *fragmentação*, que responde pela fórmula *identidade da matéria + diversidade da disciplina*. Agora, sim, surgem os problemas mais graves de coerência sistêmica e tratamento igualitário. O autor tem em mente a legislação "emergencial" italiana. Nela não se distingue o surgimento de novos bens jurídicos que demandam a diferenciação da tutela. Ao contrário, o que temos é o incremento extraordinário das formas de ataque a bens jurídicos há longo tempo sediados no Código. Prevalecem, assim, o casuísmo e a notória disparidade entre as disciplinas codicística e complementar. Há como que uma *capitis diminutio* das regulações propostas pelo Código, que perde definitivamente a sua centralidade ao competir com a legislação especial. Mesmo no pior cenário, Palazzo consegue ver algo de positivo na fragmentação, pelo fato de que o refúgio das técnicas repressivas emergenciais nas leis extravagantes pode resultar na "garantia de não contaminação do sistema".[82]

O que chama atenção no discurso de Palazzo é o fato de que não defende um único modelo. Seria quase natural concluir que os dois primeiros poderiam conviver tranquilamente, ao passo que o terceiro, sim, exerceria uma influência potencialmente desintegradora sobre o sistema. Quer dizer que, no caso de *diversidade da matéria*, tanto a *identidade* quanto a *diversidade da disciplina* parecem soluções aceitáveis quando bem justificadas. Dessa forma, o autor recusa a crítica

80. Cf. idem, p. 312-313.
81. Idem, p. 313.
82. Cf. idem, p. 318.

fácil que faz da legislação especial a vilã de todas as vilãs. As palavras "dinamismo" e "diferenciação" passam a integrar, assim, o léxico das relações entre Código e leis especiais.

3. Considerações finais

Ao apresentarmos modelos de demarcação do direito penal legislado, tínhamos em mente realizar um estudo preparatório para a reforma da legislação penal brasileira. Reiteramos que os modelos discutidos não são mais do que um esquema conceitual para situar o debate acerca do papel do Código Penal e da legislação extravagante. Como sucede em todo esquema analítico, há sempre um elemento arbitrário de redução e corte da realidade.

Além do mais, temos a sensação de que os modelos tratados estão presos a uma visão estática da legislação penal. Ou seja, funcionam muito bem como fotografia, mas deixam em segundo plano o grande fluxo de entrada e saída do conjunto normativo. Se for certo que a matéria penal sofre e, como tudo leva a crer, sempre sofrerá pressões inflacionárias, o modelo de organização da disciplina deveria pensar em mecanismos de contenção ou redirecionamento dessas pressões. Ou seja, deveria pensar na sustentabilidade do sistema normativo.

Um bom exemplo é a exigência de *quorum* qualificado para a aprovação de leis penais que imponham o cerceamento da liberdade, como ocorre na Espanha. Outro é a vedação de que a matéria penal seja discutida e decidida apenas no âmbito de uma determinada comissão parlamentar, com dispensa do plenário da respectiva casa legislativa. Se, por um lado, essas travas pretendem dificultar a produção legislativa no setor ou ao menos evitar a sua banalização, por outro, podem redirecionar o apetite parlamentar para outras searas jurídicas ou até mesmo para um direito penal da não privação da liberdade. Se notarmos bem, os mecanismos cogitados não criam predileções apriorísticas entre o Código e a legislação especial.

Independente das fórmulas a serem adotadas, tão relevante quanto discutir a porção ideal que cabe a cada um dos referidos veículos é saber como lidar com os constantes *inputs* no sistema normativo, que podem, cedo ou tarde, desfigurá-lo. Mal comparando, seria como uma obra viária que, além de resolver os problemas presentes de

engarrafamento, está de olho no tráfego de veículos daqui a 20, 30 anos. Talvez o conceito de "codificação em senso dinâmico" de Bernardo Giorgio Mattarella esteja mais próximo de conjugar as duas perspectivas acima referidas: "a codificação é um fato dinâmico e contínuo, não episódico. Exige uma atividade de 'manutenção'. Não é uma operação normativa, circunscrita no tempo, mas um modo de legiferar".[83]

De todo modo, esforçamo-nos em mostrar que a reforma da legislação penal deve reconhecer espaços legítimos de acomodação dos tipos penais e das respectivas sanções tanto no sistema central (o Código Penal) quanto nos subsistemas periféricos (as leis penais especiais). Se essa premissa for mesmo verdadeira, como acreditamos, o modelo de coordenação (D), por mais variáveis que possa ter (D^1, D^2, D^3 etc.), é o que mais se aproxima, digamos assim, de uma reforma ideal e ao mesmo tempo viável.

Em síntese, quaisquer tentativas de reforma da normativa penal brasileira deveriam levar em conta os dois referidos campos de cultivo da matéria penal, que se afetam reciprocamente. Isto é, a reforma do Código Penal pode produzir efeitos redutivos sobre a legislação especial (conforme a expectativa da maioria dos juristas), como também o advento de uma única lei esparsa pode atingir, e tem sido assim, a consistência e uniformidade do tecido codicístico. Alterações no Código geralmente repercutem na legislação especial e vice-versa, como o mover dos pratos de uma balança. Existe, pois, uma íntima conexão entre os dois recipientes ("iniludível dialética", para dizê-lo com Donini),[84] um definindo as possibilidades do outro.

Com efeito, hoje em dia parece totalmente inadequado encetar um processo de reforma penal sem avaliar a fundo as repercussões sobre as duas áreas consideradas, embora as iniciativas de que temos notícia tenham mirado exclusivamente o Código Penal, meio que marginalizando a legislação extravagante. No Brasil, durante muito tempo o debate sobre a legislação especial foi artificialmente reduzido

83. MATTARELLA, Bernardo Giorgio. La codificazione in senso dinamico, 2001, p. 719.
84. DONINI, Massimo. La riforma della legislazione penale complementare, 2000, p. 664.

ao texto de um único artigo, isto é, às exceções contidas na cláusula final revogatória do prometido Código Penal.[85]

Cabe, enfim, reconhecer à legislação especial um papel que não poderia ser exercido pelo Código com a mesma desenvoltura: (a) integração entre conteúdos penais e processuais penais, mas também entre conteúdos penais e extrapenais; (b) experimentação mais livre de novas técnicas sancionatórias, antes que se forme consenso sobre sua recepção no Código; (c) adoção de uma semântica nem sempre obediente ao diploma central, mas que, pouco a pouco, acaba forçando a renovação da linguagem dogmática; (d) destaque para outras instituições que não compõem originalmente o sistema de justiça criminal; (e) forte identificação com aspirações de grupos sociais (movimentos antirracistas, feministas, ambientalistas, artistas etc.).

Não desconhecemos o fato de que as aludidas funções podem transformar-se em perversões do sistema normativo penal. Cuidamos apenas de reportar um conjunto de atributos que faz da legislação especial um veículo muito atraente ao mundo da política. No caso específico da legislação penal brasileira, há, ainda, um detalhe que faz toda a diferença na análise da relação Código v. legislação especial. É que esta última está fortemente identificada com os bens jurídicos declarados na Constituição de 1988 (v.g., as Leis 7.716/1989, 8.069/1990, 8.137/1990, 9.099/1995, 9.605/1998, entre outras), colocando-se em relativa vantagem simbólica sobre a figura do Código. Vale dizer, enquanto a legislação esparsa transmite uma imagem jovem e modernizadora, o Código carrega consigo o fardo do passado.

Esperamos ter a oportunidade, em sede própria, de tecer comentários mais aprofundados sobre os problemas específicos do sistema normativo penal brasileiro. De antemão, porém, entendemos que a reforma deveria conjugar doses de deflação (ou descriminalização) e de incorporação de algumas leis especiais ao diploma central, sem as ilusões do pancodicismo (A) nem as falsas promessas do modelo centrípeto (B).

Importa ter em consideração, ademais, que as estratégias de deflação e incorporação estão muito ligadas a uma perspectiva de reforma orientada ao conteúdo das infrações (orientação aos preceitos,

85. Vide as notas 40 a 42, retro.

na linguagem de Paliero). Ou seja, quais são os conteúdos que devem ser eliminados do sistema normativo penal? E quais deveriam ser "fagocitados" pelo novo Código?

Quanto ao ingresso de leis especiais no diploma central, entre os critérios até aqui discutidos, parece-nos justa a exigência de maturação do tipo penal contido em lei extravagante, na linha do que propusera Paliero (D^2). A proposta de Donini (D^1), de diferenciação conteudística e estrutural das infrações, parece-nos muito distante do nosso atual quadro normativo, seja porque, no Brasil, as contravenções penais não passaram por um processo de segmentação, seja porque a legislação especial combateu em vários *fronts*, como lhe pedia o texto constitucional de 1988.

Não é demais advertir, porém, que uma reforma exclusivamente orientada ao conteúdo das infrações penais pode produzir, afinal, resultados decepcionantes. Em suma, ao final de um longo e desgastante processo legislativo, podemos descriminalizar e incorporar muito menos do que inicialmente supúnhamos ser possível.

A bússola deveria girar, assim, noutra direção. Em vez de uma reforma orientada aos preceitos, melhor seria começar pelo modelo sancionatório, como intuíra Paliero. A reforma do sistema de penas seria, pois, a senha para recuperar a centralidade do Código Penal brasileiro. Não estamos falando apenas na revisão da escala de gravidade das infrações penais, mas também em novas estratégias cominatórias. Um exemplo seria a cominação direta de penas restritivas de direitos, sem a necessidade de passar pelo delicado mecanismo de substituição previsto no art. 44 do CP. Ao lado disso, o caminho da simplificação dos substitutivos penais é, a nosso ver, o único capaz de superar o seu *deficit* de legitimidade social. Ou seja, fazer das penas restritivas de direitos algo mais compreensível aos cidadãos, de modo que a sua *lógica* possa ser facilmente decifrada, como, bem ou mal, ocorre com a prisão. Outra chave seria a recuperação do sistema de contravenções penais como espaço marcado do direito penal da não privação da liberdade, não sendo má ideia o retorno das aludidas infrações ao interior do código.

Mas antes que essas reflexões soem desconexas e soltas no espaço, há uma questão preliminar para a qual, infelizmente, não temos uma resposta conclusiva: a comunidade jurídica, o governo, o

parlamento, as forças políticas, enfim, a sociedade brasileira está mesmo decidida a reformar por inteiro o Código Penal? Considerando as várias tentativas fracassadas da década de 90, o tema saiu da agenda como quem se despede sem dizer a hora de voltar.

4. Bibliografia

Contento, Gaetano. Clausole generali e regole di interpretazione come "principi di codificazione". *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francesa a confronto*. Pádua: Cedam, 1995.

Delmas-Marty, Mireille. *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*. Trad. Alessandro Bernardi. Milão: Giuffrè, 1992.

Donini, Massimo. La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice. (Riflessioni a margine di una ricerca). *L'Indice Penale*, n. 2, Pádua: Cedam, maio-ago. 2000, p. 657-706.

____. Oltre il tecnicismo e l'ideologia: verso una costruzione piú scientifica delle leggi penali (Presentazione). In: _____ (org.). *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*. Milão: Giuffrè, 2003.

____. Per un codice penale di mille incriminazioni; progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema". *Diritto Penale e Processo*, n. 12, Milão, p. 1652-1657, 2000.

Dotti, René Ariel. Proposta para uma nova consolidação das leis penais. *RBCCrim*, n. 28, ano 7, São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1999, p. 151-174.

Ferrajoli, Luigi. Quattro proposte di riforma delle pene. In: Borrè, Giuseppe; Palombari, Giovanni (orgs.). *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Milão: Franco Angeli, 1998.

____. Sulla crisi della legalità penale. Una proposta: la riserva di codice. *Democrazia e Diritto*, n. 6, Roma, 2000, p. 67-79.

Ferrante, Riccardo. *Codificazione e cultura giuridica*. Turim: Giappichelli, 2006.

Fiandaca, Giovanni. Pensare e ordinare il molteplice. *Democrazia e Diritto*, n. 6, Roma, 2000, p. 171-174.

____. Relazione introduttiva. *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francesa a confronto*. Pádua: Cedam, 1995.

____. Relazione introduttiva. In: Donini, Massimo (org.). *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*. Milão: Giuffrè, 2003.

Kant, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOSAPPIO, Giuseppe. La riforma del diritto penale. Codice e leggi penali speciali; "crítica rimozionale", "codificazione", "policentrismo". *L'Indice Penale*, n. 1, Pádua: Cedam, 2003, p. 109-145.

MANTOVANI, Ferrando. Sulla perenne esigenza della codificazione. *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francesa a confronto*. Pádua: Cedam, 1995.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio. La codificazione in senso dinamico. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, vol. 51, Milão: Giuffrè, 2001, p. 709-721.

PALAZZO, Francesco. A proposito di codice penale e leggi speciali. *Questione Giustizia*, n. 2, Milão, 1991, p. 310-318.

PALIERO, Carlo Enrico. Metodologie *de lege ferenda*; per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2, Milão: Giuffrè, 1992, p. 510-561.

_____. Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4, Milão: Giuffrè, 2004, p. 1011-1021.

_____. Tecniche di tutela e riforma del codice penale. *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francesa a confronto*. Pádua: Cedam, 1995.

PETRONIO, Ugo. *La lotta per la codificazione*. Turim: Giappichelli, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A Constituição e o princípio da ofensividade penal vinte anos depois. In: DANTAS, Bruno; CRUXÊN, Eliane; SANTOS, Fernando; LAGO, Gustavo Ponce de Leon (orgs.). *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008. vol. 1.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bolonha: Il Mulino, 1998.

TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. Per un modelo pancodicistico: l'esperienza spagnola. In: DONINI, Massimo (org.). *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*. Milão: Giuffrè, 2003.

42738

4

Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena

José Milton Peralta

Prof. Dr. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Área do Direito: Penal-Processo Penal

Resumo: As teorias tradicionais de determinação judicial da pena, com base diretamente sobre as finalidades da punição, têm problemas de legitimidade por duas razões. Em primeiro lugar, embora dentro de uma escala estabelecida penal, porque suportam uma punição que vai além do que é merecido. Por outro lado, porque violam o princípio da igualdade, na medida em que, dentro de sua lógica é perfeitamente aceitável punições diferentes para feitos iguais. Com o princípio da culpa, a doutrina já havia tentado superar o primeiro obstáculo. O segundo, no entanto, passou um pouco despercebido, como se fosse um problema menor. A distribuição equitativa da punição é também parte da punição legítima. Somente por determinação da sanção proporcional à gravidade do fato pode ser responsável por essas duas condições em conjunto. Enfim, para que este seja um mero "intuicionismo" que impede a revisão judicial das decisões é necessário utilizar os instrumentos da tradição dogmática do delito alemão, com estrutura sistemática subsequente. Com ele, pode-se realizar um exame mais

Abstract: The theory traditions of the legal establishment of a sentence directly based on its limits present a major problems of legitimacy for two reasons. In one hand, despite the fact that it fits within a criminal established scale since it admits a punishment which goes beyond what is deserved, it also violates the principle of equality because within its logic it is perfectly admissible to have different punishment for similar doings. With the principle of culpability the doctrine had already tried to overcome its first obstacle. The second, however, has come very much unnoticed since it was a smaller problem. The equal distribution of the punishment is also part of the legitimate punishment. Only by establishing the sentence on a proportional manner, according to the seriousness of the offense, can one notice these two joint conditions. So that this does not end becoming a mere intuitionism hindering the control of judicial decisions, it is necessary to resort to the dogmatic tool based on the German tradition with its consequent systematic structure. With it, one can carry out a more precise and

preciso e aprofundado da relevância dos fatores que alteram a punição, garantindo assim a tendência para uma pena mais equitativamente distribuída.

Palavras-chave: Determinação da pena – Princípio da igualdade – Dogmática – Teorias da pena – Princípio da culpabilidade – Prevenção – Motivos – Pena.

accurate exam of the important factors which make the sentence vary and then secure the trend towards sentences that are distributed on a more equal basis.

Keywords: Establishment of the sentence – Principle of equality – Dogmatic – Theory of sentence – Principle of culpability – Prevention – Reasons – Sentence.

Sumário: 1. Introducción – 2. Metodología – 3. Modelos alternativos de determinación de la pena: 3.1 Prevención y determinación de la pena: 3.1.1 La prevención especial en la determinación de la pena; 3.1.2 La prevención general en la determinación de la pena; 3.2 Culpabilidad y prevención en la determinación de la pena: 3.2.1 La teoría del espacio de juego; 3.2.2 La culpabilidad como límite máximo – 4. El principio de igualdad y la teoría de la pena proporcional: 4.1 Justificación de la dogmática del hecho punible como criterio para establecer la igualdad; 4.2 El marco penal como escala de gravedad continua. La determinación de la pena como un reflejo de la teoría del delito: 4.2.1 Generalidades; 4.2.2 La función del injusto y la culpabilidad en la determinación de la pena; 4.2.3 Posibles dificultades prácticas de una postura dogmática de la determinación de la pena; 4.2.4 Otras ventajas en relación a otras teorías de determinación de la pena – 5. El problema de los motivos para delinquir – 6. Conclusión – 7. Bibliografía.

1. Introducción*

La determinación judicial de la pena es el acto jurídico mediante el cual el juez establece la cantidad de pena que le corresponde a un sujeto cuya acción se encuentra subsumida en un tipo de la parte especial. Con esta (primera) subsunción el juez cuenta ya con un marco dentro del cual puede variar la pena y su tarea consiste en establecer, dentro de ese marco, la cantidad de pena correspondiente al caso.

Una teoría de la determinación de la pena debe hacer dos cosas. Una, explicitar cuál es el trasfondo material que legitima la imposición del castigo. Esto es, tomar posición acerca del fin de la pena, sus límites y, lo que normalmente se soslaya, acerca del concepto material de delito.[1] Dos, especificar, de acuerdo a ello, cuáles son los factores

*. Conicet.

que cuentan para esta labor concretizadora de la pena. Lo primero es, en general, lo que se debe hacer cuando se trabaja sobre cualquier instituto jurídico penal (pero no es por ello menos decisivo). Lo segundo, en cambio, es más específico de la tarea de determinación de la pena. Saber qué cuenta para determinar la pena es, justamente, el centro de la discusión y cualquier teorización que se haga al respecto debe dar cuenta de ello.[2]

Aquí se sostiene que los modelos dominantes en relación a la determinación de la pena tienen defectos valorativos, pues desatienden un principio moral importante como el de igualdad en la distribución del castigo. Nosotros defenderemos, para superar esos problemas, una teoría de la determinación de la pena basada exclusivamente en la gravedad del hecho, entendido este como injusto (o ilícito penal) culpable.

La idea de que la pena debe corresponderse a la gravedad del hecho no es del todo nueva. Como es obvio, los retribucionistas siempre la han defendido.[3] Además, en la actualidad existe un "renacimiento" de la pena "justa", que tiene lugar a través de la prevención general positiva y de la que podríamos llamar "teoría de comunicación de la gravedad del hecho a su autor", defendida ahora en Alemania sobre todo por Hörnle (1999). Esta nueva tendencia ha traído aparejado también una sofisticación de la tarea de especificación de la pena proporcional. Ambos puntos de vista, el de la prevención general positiva y el de la comunicación de la gravedad del hecho a su autor, parecen defender una teoría de la pena proporcional aparentemente por

1. En cualquier manual contemporáneo de dogmática penal se toman en serio estos problemas, pues su repercusión para ciertas estructuras dogmáticas es fundamental. Sin embargo, como se verá, a veces parece que la determinación de la pena estuviera al margen de todo esto, como si fuera un ámbito ajeno a la imposición del castigo.
2. ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena.* 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, 24, 29 y ss. Si se acepta la tesis que aquí se propone, se verá que lo segundo termina siendo un reflejo de lo primero y que de ahí en más los problemas particulares de la determinación de la pena no serán de naturaleza distinta a los de la teoría del delito en general.
3. Cf. Por todos, KÖHLER, Michael. *Strafrecht, Allgemeiner Teil.* Berlin: Springer, (entre otras), 1997, 38, 577, 598 y ss.

motivos no retribucionistas. Aquí, si bien se llega a las mismas consecuencias, se parte de un fundamento diferente. No es la necesidad de comunicar el reproche colectiva– o individualmente lo que fundamenta una pena proporcional, sino el hecho de que en la distribución del castigo se debe respetar el principio de igualdad, entendido éste como que a hechos iguales le corresponden penas iguales.

En lo que sigue, luego de una breve aclaración metodológica (2), se describirán y criticarán distintos modelos propuestos para determinar el contenido de una pena concreta (3). La relevancia de su repaso radica en la función dialéctica que tiene su comprensión para entender por qué se propone aquí una teoría diferente. Si el lector se encuentra al tanto de la discusión, puede pasar directamente al punto siguiente, en el que se hará un esbozo del modelo que se considera más adecuado (4). Al final, se tratará de ver la repercusión de lo postulado, a manera de ejemplo, con el problema de los motivos para delinquir (5).

2. Metodología

El trabajo que se va a desarrollar es de carácter prescriptivo. No hace referencia a cómo según algún conjunto normativo se debe determinar la pena, ni tampoco a como lo realizan de hecho los jueces en la práctica. Se trata, por el contrario, de proponer una forma de realizar esta tarea. A efectos didácticos, podría considerarse una propuesta de *lege ferenda*.

Indudablemente, conforme se entiende hoy el trabajo de la dogmática, la determinación de cómo se debe aplicar la pena puede tener un reflejo en el tratamiento del derecho positivo. En la medida que los ámbitos de indeterminación legal o lingüística lo permitan, las conclusiones a las que se llegue aquí pueden influir en la comprensión del derecho positivo. En cuanto el derecho positivo viole premisas valorativas de carácter fundamental vinculadas a la determinación de la pena, las conclusiones a las que se arribe pueden desplazar a las determinaciones legales. Dentro de este marco, también esta podría ser considerada una propuesta de *sententia ferenda*.

En cualquier caso, la vinculación entre la propuesta aquí formulada y el Derecho positivo es *otra* pregunta, ligada a la relación entre Derecho y moral y no necesita ser respondida aquí.

3. Modelos alternativos de determinación de la pena

Para este trabajo interesa presentar dos *tipos* de modelos de determinación de la pena. En el primero se consideran relevantes exclusivamente argumentos utilitaristas (3.1).[4] En el segundo tipo de modelo se agregan como factores a considerar argumentos de tipo deontológicos, que se combinan con los primeros para desarrollar teorías más respetuosas de ciertas premisas éticas (3.2). Se omite tratar aquí una propuesta de mero corte retribucionista por dos razones. Una, que en el ámbito alemán el retribucionismo es bastante parecido a lo que se denomina prevención general positiva (la que será tratada en 3.1.2).[5] Dos, porque una propuesta de este tipo (dejando de lado la ambigüedad de su carácter retributivo) tendría que conducir a un sistema similar al que se propondrá aquí, aunque el camino por el que se llegue sea diferente.[6] Los dos modelos que se analizarán permitirán ver una evolución histórica y argumental de los criterios de determinación de la pena hasta llegar a la pena proporcional.

3.1 Prevención y determinación de la pena

3.1.1 La prevención especial en la determinación de la pena

De acuerdo a la prevención especial, lo relevante para la medición de la pena es la peligrosidad del autor. Esta se define como su potencialidad de volver a delinquir. La medida de la pena se establece

4. En el derecho penal, cuando se hace referencia a la utilidad, se usa el término prevención y sus derivados (preventivo, prevencionista etc.), aunque esta expresión es poco plausible en relación a algunas teorías de la pena. Con el término prevención se sugiere, pues, que la pena se dirige a la *evitación* de conductas delictivas, lo que no necesariamente se compadece con la idea de "devolver la paz social", "aplacar estados de indignación" etc. En cualquier caso, estas teorías no dejan de ser utilitaristas, pues pretenden generar estados placenteros (o aplacar estados de displacer). En lo que sigue, y luego de esta explicación, se usarán los términos utilidad y prevención como sinónimos.
5. Schünemann, Bernd. *Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur*, en Pritwitz (entre otros) (comp.). Homenaje a Lüderssen. Baden-Baden: Nomos, 2002, 327, 328 y ss.
6. Así también, Hörnle, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999, 18.

de acuerdo a lo necesario para la reinserción social del autor (prevención especial positiva) o para su neutralización por el tiempo que fuere posible (prevención especial negativa). Conforme a una teoría bastante extendida, este es el único factor relevante para determinar el monto de pena concreto.

Se pueden sostener tres clases de argumentos por los cuales una fundamentación de este tipo debe ser rechazada. Una de carácter empírico (a), otra de carácter sistemático (b) y una tercera clase de argumento de carácter sustancial (c).

(a) Los cuestionamientos empíricos a la prevención especial son bien conocidos. Se le achaca, en primer lugar, el fracaso rotundo de los tratamientos resocializadores.[7] Esta crítica es fácil de superar, renunciando a los efectos positivos de la pena y reduciendo su función a la mera inocuización del sujeto durante su período de estancia en prisión. Pero aún esta variante, la prevención especial tiene sus dificultades. Existen graves inconvenientes para realizar pronósticos de peligrosidad lo suficientemente serios que permitan justificar la privación de la libertad por un determinado espacio de tiempo.[8]

(b) Los argumentos de carácter sistemático se dirigen a destacar los efectos que una determinación de la pena basada en la prevención especial debería tener sobre el sistema de un código penal y sobre la misma teoría del delito. Las escalas penales no tienen sentido como han sido fijadas (en relación a la gravedad del hecho) y tampoco tiene sentido siquiera su existencia: la peligrosidad es demasiado individual como para hacer generalizaciones de esta clase. Ciertas atenuantes, como la del 81 inc. 1 CP argentino o 21.1 del CP español, no se explican en un sistema basado en la peligrosidad e, incluso, la idea misma de que sea necesaria la comisión de un delito para imponer una pena se torna cuestionable.[9] Sólo se puede dar cuenta de ello si lo que cuenta para el "sí" de la pena no es lo mismo que cuenta para el "cuánto". De otra forma, los "hechos" relevantes para dar paso a la

7. Cf. entre otros, HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología.* Valencia: Tirant lo blanch, 2001, 243 y ss.
8. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional alhecho*, en Indret 1/2007, [www.indret.com], 13.
9. KÖHLER, (n. 3), 41. LESCH, Heiko H. *Zur Einführung in das Strafrecht: über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens (2.Teil)*, JA, 1994, 590 y ss.

pena deberían ser distintos de los que normalmente se tienen en cuenta e incluirse, por ejemplo, modos de vida.[10]

Por otro lado, las finas elaboraciones dogmáticas que pretenden tener repercusión a nivel valorativo, es decir, en el monto de la pena, se vuelven prácticamente irrelevantes, si la determinación de la pena no tiene ninguna base en ellas. Cuestiones como la diferencia entre dolo directo y eventual, culpa conciente e inconciente, tentativa acabada e inacabada etc. no tienen que ver con la peligrosidad del sujeto.[11]

Algunos autores, en un intento de rescatar a la prevención especial, afirman que de lo que se trata, en realidad, es de una necesidad preventivo-especial "que surja del 'hecho' cometido".[12] Pero esto constituye una deformación del lenguaje.[13] Peligrosidad no es lo mismo que gravedad del hecho[14] y, por ende, no necesariamente quien comete un hecho grave es un sujeto peligroso en esa intensidad.[15]

10. Cf. respecto del concepto material de delito, ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil.* Múnich: C. H. Beck, 2006, t. I, 2/1 y ss. Núñez es felizmente explícito respecto de esta dicotomía. Para él existe un dualismo "culpabilidad-peligrosidad", por lo que hay que dividir el fundamento de la responsabilidad penal de su medida. "[L]os factores objetivos como tales (...) sólo actúan en el ámbito de la individualización judicial de la pena como puntos de arranque o medios para determinar la base subjetiva de la misma". Entendiendo por factor objetivo el ilícito y por factor subjetivo "la mayor o menor probabilidad de volver a delinquir" del delincuente (NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho penal argentino.* Córdoba: Lerner, 1965, t. II, 457 y ss.).
11. STRATENWERTH, Günter. *Tatschuld und Strafzumessung*, en "Recht und Staat", Herft 406/407, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1971, 27; también Hörnle (n. 6), 70.
12. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil.* Múnich: C. H. Beck, 2003, t. II, 30/6; similar KÖHLER (n. 3), 46; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general.* 2. ed. Ediar, 2002, 1045. Esta tendencia quizás provenga de las afirmaciones del propio Liszt, pues este, en las primeras ediciones de su obra hacía lo mismo, cf. al respecto BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad.* 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, 83 y ss.
13. También ZIFFER (n. 2), 66.
14. KÖHLER (n. 3), 41 y s.

(c) Las críticas mencionadas a la determinación de la pena en base a las necesidades preventivo-especiales revisten un carácter subsidiario. Ellas presuponen, pues, la legitimidad de ese fundamento como determinante para fijar la pena. Sólo tiene sentido preguntarse por su corroboración empírica o coherencia con otros institutos de derecho penal si previamente se ha respondido "sí" a la pregunta sobre su legitimidad como factor determinante de la pena. El tercer tipo de argumento crítico trata sobre la incorrección moral de esa fundamentación.

Una pena determinada en base a la prevención especial viola la autonomía de los individuos, porque implica castigar al sujeto por cuestiones en las que el Estado no tiene derecho a intervenir: la vida no delictiva del autor.[16] Más allá de los problemas que existen para determinar la peligrosidad del autor, esta se va a basar, necesariamente, en datos de la realidad de entre los cuales el hecho sólo es uno más. El resto estará vinculado a los hábitos pasados y los futuros planes de vida posibles del autor. La otra cara de la moneda de una pena basada así es, pues, que se alientan ciertos modos de ser frente a otros, lo que un Estado liberal no puede permitir.

Una pena en base a estos criterios admite, además, imponer penas por encima del merecimiento,[17] violando así un principio extendido que dice que el castigo no debe superar lo que es retribuible.[18] En

15. HASSEMER, Winfried. *Strafzumessung, Strafvollzug und die " Gesamte Strafrechtswissenschaft "*, en Lüderssen/Sack (comp.), "Seminar: Abweichendes Verhalten II Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität", Suhrkamp, Frankfurt, 1976, 243, 245; BAIGÚN, David. *Naturaleza de las circunstancias agravantes*. Buenos Aries: Pannedille, 1971, 83; BACIGALUPO (n. 12), 83.
16. HÖRNLE (n. 6), 40 y ss., 49 y ss. Se trata de una forma encubierta de valorar la "conducta de vida" del autor.
17. KÖHLER (n. 3), 48 y s. En contra Bacigalupo (n. 12), 200, para quien es suficiente con que el autor conozca que será sancionado, sin que la dimensión de la sanción sea relevante.
18. VON HIRSCH, Andrew. *Doing Justice*. New York: Hill and Wang, 1976, 5; HART, H. L. A. *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, en El Mismo. "Punishment and Responsibility". Oxford: Clarendon, 1968, 26 y s.; ZIFFER, Patricia. Comentario arts. 40 y 41 CP en, BAIGÚN; ZAFFARONI (dirs). *Código comentado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, 65.

efecto, si el delito cometido sólo cuenta como un dato que revela la peligrosidad del autor, pero luego de una investigación surge que en realidad el sujeto es mucho más peligroso de lo que el hecho indicaba, nada impide, conforme a este parámetro, imponerle una pena más elevada que lo que el hecho merecía.

Obviamente, esto es más sutil que establecer prohibiciones a ciertos modos de ser o sancionar conductas que no merecen castigo, pero la diferencia es solamente de grado.[19]

De todos modos, no es sólo al Derecho penal *peligrosista* a lo que debe temer un Derecho penal que quiera realizar ciertos principios morales que le otorguen legitimidad. La prevención general también puede conducir a ciertas consecuencias inaceptables.

3.1.2 La prevención general en la determinación de la pena

Según la teoría de la prevención general, la justificación de la pena reside en que ella influye sobre un número indeterminado de individuos logrando efectos útiles en la sociedad. En su variante "negativa", este efecto se logra porque la pena les proporciona a los potenciales autores razones prudenciales para no delinquir (prevención general negativa). En su versión "positiva", la sanción cumple dos funciones. Por un lado, se influye sobre la sociedad mejorando la internalización de los valores cuestionados por la conducta delictiva. Por el otro, se reestabiliza a una sociedad conmocionada por el hecho delictivo, logrando así un efecto de pacificación.[20] No corresponde aquí emprender una tarea de explicación o justificación de alguna de estas funciones o fines de la pena.[21] Lo importante es, para lo que aquí

19. Von Hirsch, Andrew; Jareborg, Nils. Gauging criminal harm: a living-standard analysis en *Oxford Journal of Legal Studies*, 11, Oxford University Press, 1991, 35; sobre el problema también Silva Sánchez, Jésus-María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*, InDret/2, 2007 [www.indret.com], 01 y ss.
20. Cf. Roxin (n. 10), 3/26 y ss.; Jakobs, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. ed. Berlin-New York: de Gruyter, 1993, 1/4, 11 y ss., 15-16. El Mismo. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und " alteuropäischem " Prinzipiendenken*, ZStW 107 (1995), 843, 865. El Mismo. *Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern*, ZStW 101 (1989), 516, 517.

interesa, que todos estos fines, tantos los de la prevención general positiva como los de la negativa, tiene un carácter utilitarista, se dirigen a una sociedad concreta y su satisfacción depende de algo constatable empíricamente. Lo que se debe comprobar es qué pena es necesaria para lograr estos efectos que se pretenden.

Si la prevención general, en cualquiera de sus variantes, debe guiar la medición de la pena, el juez debe realizar, en el caso concreto, esa tarea de evaluación de necesidad de pena. Es decir, deberá apreciar cuanta pena requiere el caso que tiene al frente, para satisfacer esas necesidades preventivas.

Se pueden ensayar tres críticas a una argumentación que afirme que el juez debe determinar la pena de esta manera, también caracterizables como (a) empíricas, (b) sistémicas y (c) morales.

(a) El juez no está en condiciones de hacer el tipo de evaluación que requiere la prevención general, pues carece, debido a la forma en que está estructurada su actividad, del "termostato" social adecuado para medir la necesidad de pena. Su decisión será, por ello, normalmente "parcial e irracional".[22] Por otro lado, es muy difícil demostrar cómo las pequeñas variaciones de pena que puede realizar juez, dentro del marco penal determinado por el legislador, pueden influir en conductas futuras de los ciudadanos.[23]

De todos modos, si bien esto es cierto por regla general, hay casos en lo que esta crítica no resulta del todo convincente. Si bien, normalmente, el juez no puede hacer una meritación de las necesidades de pena y debe conformarse con seguir al legislador, existen casos en los que debido a la gran publicidad que se le brinda por la prensa sumado al amplio marco de que dispone el juez para graduar la pena, es

21. Con más detenimiento sobre la prevención general positiva ver PERALTA, José. Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico, Indret, 2/2008 [www.indret.com].
22. GARCÍA ARAN, Mercedes. *La prevención general en la determinación de la pena*, en ADPCP, 1981, 516; HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad.* Buenos Aries: Di Plácido, 2003, 25; HASSEMER, Winfried. *Generalprävention und Strafzumessung,* en El mismo; LÜDERSEN; NAUCKE, "Hauptprobleme der Generalprävention", Frankfurt/Main: Metzger, 1979, 29, 41 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ (n. 8), 13 con referencias ulteriores.
23. GARCÍA ARAN (n. 22), 517.

posible que logre objetivos preventivo generales imponiendo ciertos montos de pena, a pesar de las limitaciones mencionadas.

(b) Los problemas sistemáticos que surgen de considerar estos factores para la determinación de la pena son similares a los que se plantearon respecto de la prevención especial. Las categorías delictivas, cuidadosamente refinadas por los científicos del derecho, pierden su lugar ante la percepción real de la sociedad. "Fin de la norma", "prohibición de regreso", "incremento del riesgo" etc. son institutos que poco tienen de comunicables masivamente. Más bien, parece que sucede lo contrario. Que el apego a ciertas premisas que justifican el castigo resulta irritante para una población que no las comprende. Se puede alegar que no se trata, en realidad, de los efectos que la pena pueda tener en una sociedad concreta, sino en una "completa y exactamente informada".[24] Pero esto ya no es prevención general, sino otra cosa.[25]

(c) Decisivo, no obstante, es otra vez el punto deontológico. La medición de la pena basada en la prevención general puede justificar castigos por encima del merecimiento.

Existe abundante literatura que confía en que la prevención general positiva puede garantizar una pena justa.[26] Así, se dice que si no se respetara la proporcionalidad de las penas se produciría una reacción negativa de la sociedad hacia el derecho[27] y que, por ende, sería disfuncional.[28] Sin embargo, sólo puede afirmarse *por regla general* que una pena adecuada a la responsabilidad que tiene el autor cumplirá las funciones preventivas con total eficacia, pues esto, por

24. BGHSt (sentencias del Tribunal Supremo Alemán en asuntos penales) 24, 63, 69
25. En realidad, bastante difícil de precisar. Parece más bien una especie de retribución encubierta bajo argumentos preventivos. Este problema merece un análisis más detenido que no se puede realizar en este lugar.
26. Cf. por todos NOLL, Peter. *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*, en Geerds/Naucke (comps.) "Beitrage zur gesamte Strafrechtswissenschaft", homenaje a Mayer, Dunker & Humbolt-Berlin, 1965, 223; distanciadamente ASHWORTH, Andrew. *Principles of criminal law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, 21.
27. HART (n. 18), 25.
28. FRISCH (n. 52), 7.

ser algo que debe verificarse empíricamente, es necesariamente contingente.[29] El tratamiento dado por la prensa o la impresión que da el autor en la sociedad, la gravedad del daño no imputable al riesgo generado conducta etc., pueden conducir a una pena excesiva desde el punto del merecimiento individual.[30] En efecto, para cumplir los fines de la prevención general negativa, nada mejor que imponer penas más intensas conforme la inseguridad va aumentando. Aquí también es cierto que llevado al extremo sería inaceptable un sistema que imponga penas excesivas, pero nada excluye uno que admita ello en ciertos casos concretos, si es que el juez puede basar la pena en estos criterios.[31] En relación a la prevención general positiva, la situación no es diferente. Aquí también la necesidad de confirmar valores sociales o de satisfacer el reclamo popular de justicia puede llevar a resultados injustos. La idea de que prevención y justicia van de la mano tiene más que ver, como afirma Fletcher, en realidad, con la necesidad de ajustar la prevención a ciertos criterios de justicia, que a que entre ambas exista una relación de necesidad.[32]

3.2 Culpabilidad y prevención en la determinación de la pena

La ausencia de una correlación necesaria entre culpabilidad y prevención ha conducido a la construcción de teorías que se preocupan por aunar ambos conceptos, combinándolos. Se busca, de esta manera, legitimidad, a través del respeto de la culpabilidad, y eficacia, dando lugar a finalidades preventivas sin violar aquella.

29. HASSEMER (n. 22), 33; HÖRNLE (n. 6), 92 y ss.
30. HÖRNLE (n. 6), 208.
31. El Tribunal Supremo alemán, de hecho, ha admitido eso en algunos casos expresamente, afirmando que es posible superar la pena correspondiente a la culpabilidad cuando amenace "un aumento de hechos como el que se está condenando u otros similares, cuando resulten peligrosos para la sociedad". Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil.* Duncker & Humbolt-Berlin, 5. Aufl., 1996, 882.
32. FLETCHER, Georg P. *Utilitarismus und Prinzipiendenken in Strafrecht*, ZStW 101 (1989), 803, 817.

3.2.1 La teoría del espacio de juego

La teoría del "espacio de juego" o "margen de libertad" (*Spielraumtheorie*), fundada en Alemania por Alfred Friedrich Berner en el siglo XIX y desarrollada, principalmente, por el Tribunal Supremo alemán,[33] tiene extendida aceptación entre los científicos. Según esta teoría, una pena adecuada a la culpabilidad por el hecho admite, dentro de ciertos márgenes, que se tengan en cuenta consideraciones preventivas. Esto es posible gracias a la indeterminación de la que padece la idea de culpabilidad (entendida como proporcionalidad) que carece de contornos precisos. Existe, entonces, un "espacio de juego" (*Spielraum*) en el que se puede pensar una pena un poco menor "ya adecuada a la culpabilidad" y una pena un poco mayor "todavía adecuada a la culpabilidad".[34] Dentro de ese marco, pueden considerarse argumentos de prevención especial o general, según el caso.

Una objeción que se formula en contra de la teoría del espacio de juego es que la indeterminación que fundamenta la apertura de ese marco se repite en los contornos que lo delimitan.[35] Para solucionar esto, las zonas de penumbra se deberían reducir refinando los dos factores que cuentan para la pena. Pero el problema es que ambos factores son extremadamente difíciles de refinar. Tanto la culpabilidad[36] como las necesidades de prevención se manejan sólo en un ámbito

33. BGHSt (sentencias del Tribunal Supremo Alemán), t. VII, 28 y ss.
34. SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen*, homenaje a Gallas. Berlin-New York: de Gruyter, 1973, 99 y ss.; BRUNS, Hans J. *Alte Grundfragen und neue Entwiclungstendenzen im modernen Strafzmessungsrecht*, en Stratenwerth, entre otros, (comp.). homenaje a Welzel. Berlin-New York: de Gruyter, 1974, 744 y ss.; ROXIN. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena* (1977), en El Mismo. "Culpabilidad y prevención". Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, 93, 97 y ss.; El Mismo. *Prevención y determinación de la pena* (1978), en el mismo (cita anterior), 115, 116 y ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*, en "El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales", el mismo (comp.). Madrid: Tecnos, 1995, S. 147, 172 y s.; HÖRNLE (n. 22); ZIFFER (n. 2), 49, STRENG, Franz. § 46 en "Nomos Kommentar zum StGB". Baden-Baden: Nomos, 2005; 1402, 1453 y ss.
35. ZIFFER (n. 2), 54.

especulativo, lo que conduce a que la zona de penumbra de la pena no pueda ser reducida satisfactoriamente.

Sin embargo, esta construcción tiene el mérito de haber dicho claramente que es plausible encontrar distintas penas adecuadas a la culpabilidad, pero que también existen penas que no pueden ser ubicadas dentro de ese marco. Por ende, con ella se reduce notablemente el margen de discrecionalidad para determinar la pena.[37]

De todas formas, aún se pueden enumerar tres inconvenientes de una construcción como esta. El primer problema es que si bien en esta teoría ciertas diferencias valorativas se tornan relevantes, en la medida en que hay un "espacio de juego" las categorías valorativas derivadas de la dogmática pierden un poco su valor. En este sentido, las críticas de carácter sistemático hechas a las teorías exclusivamente preventivas también se pueden dar aquí por repetidas, aunque con menor fuerza. El segundo escollo es que si sólo hay un espacio de juego, se tiene que conceder que aunque no haya necesidades preventivas, la pena siempre se puede fundar exclusivamente en la culpabilidad,[38] con lo que se (re)caería en un retribucionismo difícil de compatibilizar con un estado liberal. Como se verá al analizar la teoría de la pena proporcional, este problema se puede solucionar sin recurrir a argumentos retributivos, pero esta empresa no ha sido encarada por los defensores de esta teoría. Por el contrario, en respuesta a esta última dificultad surge la teoría de la culpabilidad sólo como límite máximo. Finalmente, esta teoría tiene una debilidad que también comparten la teoría que sigue y todas las teorías preventivas mencionadas. Todas ellas admiten que ante hechos iguales se sancione de manera diferente, vulnerando de esta forma el principio de igualdad. Luego de analizar la siguiente construcción se verá el problema con más detalle.

36. Streng (n. 34), 1454. Sobre todo atento a la falta de claridad respecto de qué signifique esto, cfr. Hörnle (n. 6), 38 ss.
37. En el mismo sentido Hörnle (n. 6), quien destaca la funcionalidad de este punto para el juez que resuelve en casación.
38. Schaffstein (n. 34), 105 y 108.

3.2.2 La culpabilidad como límite máximo

Esta teoría es una modificación de la del espacio de juego. Aquí se admiten también diferentes montos de pena que se adecuen a la culpabilidad, pero, mientras la teoría del espacio de juego no acepta una pena que no se corresponda con el merecimiento, la que estamos presentando ahora sí, siempre que sea por debajo.

La culpabilidad debe funcionar sólo como un límite máximo. Esto es así, se dice, porque la culpabilidad no *fundamenta* la pena, sino que sólo la *legitima*. El único fin de la culpabilidad es demarcar hasta donde el castigo es aceptable.[39] Éste será legítimo sólo en la medida en que el hecho le pueda ser retribuido al sujeto. Por el contrario, y puesto que la culpabilidad no fundamenta el castigo, se puede imponer una pena por debajo de ese límite. El límite mínimo lo pone, en este caso, la necesidad de pena.[40] De ello se sigue que una pena que no esté fundamentada de acuerdo a ambos factores no será una pena moralmente aceptable.[41] Cada uno de ellos funciona como condición necesaria, pero no suficiente.[42] El defensor más conocido de esta postura es Roxin, quien afirma que si la prevención especial indica una pena inferior a la culpabilidad, se debe hacer lugar a aquella, y sólo

39. Roxin. *Das Schuldprinzip im Wandel*, homenaje a Arthur Kaufmann. Müller: Heidelberg, 1993, 519, 523; Schünemann, (n. 34), 171 y ss. y 178; Borinsky. Mariano Hernán. *El concepto de peligrosidad del art. 41 del CP y su confronte con el derecho penal de acto (art. 19 de la CN) a los fines de la determinación de la pena*, en [www.eldial.com] (suplemento penal, sección doctrina), 2001, 13.
40. Dicha necesidad también hace, en otro sentido, las veces de límite máximo, pues cualquier monto de pena que supere el límite puesto por la necesidad será ilegítimo, porque se estaría imponiendo sin ninguna justificación utilitarista.
41. Cf. Schünemann, 1995 (n. 34), 173; Clark, Michael. *The Moral Graduation of Punishment*, en *The Philosophical Quarterly*, vol. 21, n. 83, 132, 135. De todos modos Clark admite que, en ciertos casos especiales, se supere el límite de lo "merecido" atendiendo a razones de prevención 1971:135.
42. En cualquier caso, si el límite mínimo que marca la necesidad supera el límite máximo demarcado por la culpabilidad, prevalecerá la pena determinada conforme a esta última. De otra forma, la pena no sería legítima.

debe ceder en situaciones excepcionales "cuando la imposición de una pena inferior a la que corresponda por el grado de culpabilidad parezca simplemente como incomprensible para la sensibilidad jurídica general".[43] Con ello Roxin señala que el límite mínimo también está marcado por la prevención, sólo que en este caso general positiva. De lo dicho se sigue que, en el caso de que no existieran necesidades preventivas, esta teoría debería conducir a la ausencia de pena.[44]

Zaffaroni podría ser incluido también dentro de una concepción como esta. Si bien no la sigue exactamente, constituye un caso en el que la culpabilidad hace de límite máximo de la pena[45] y donde otros factores pueden conducir a que la pena se imponga por debajo de aquella.

La culpabilidad (en el sentido de proporcionalidad) es el primer factor determinante de la pena, como lo es también para Roxin y, al igual que para éste, se puede imponer una pena por debajo de ella. Pero el factor que es decisivo para hacer esa reducción es completamente distinto. El segundo factor que cuenta en Zaffaroni para la determinación de la pena es "el esfuerzo personal por la vulnerabilidad". Esto es algo así como el empeño que ha puesto un sujeto para ser atrapado por un sistema que es eminentemente selectivo.[46] A mayor susceptibilidad de ser elegido por el sistema (por el lugar donde se vive, el aspecto físico, la formación etc.), por regla general, menor esfuerzo habrá hecho el sujeto para ser seleccionado y viceversa. Por supuesto, se trata de un esfuerzo figurado *para* ser atrapado por el sistema, esto es, de un concepto eminentemente normativo. Una vez precisados muy someramente ambos factores surge el concepto de culpabilidad que será decisivo para la medición de la pena. En

43. Roxin (n. 34), 109 y ss. En el mismo sentido se pronuncia, desde el lado anglosajón, Clark. Para él también la utilidad debe marcar un límite máximo, de otra forma "se superaría lo que es necesario para lograr fines utilitaristas" (n. 41), 139.
44. Así es como de hecho fundamenta Roxin la exclusión de pena en las causas de exculpación. Cf. (n. 10), 19/1 y ss., 22/1 y ss. Cf. también la crítica de Köhler (n. 3), 41.
45. Zaffaroni (n. 12), 1035.
46. La selección es hecha de acuerdo a ciertos esteriotipos criminales y, por regla general, por la policía, Zaffaroni (n. 12), 7 y ss. y 1055.

palabras de Zaffaroni "[L]a culpabilidad importa un proceso valorativo dialéctico, en el que acaban sintetizándose la reprochabilidad por el acto [culpabilidad] (que prescinde de la selectividad y, por ende, de la vulnerabilidad), y un cálculo del esfuerzo que el agente haya hecho por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo (culpabilidad por la vulnerabilidad), resultando de ambas culpabilidades (por el acto y por la vulnerabilidad) la culpabilidad normativa".[47]

A esta teoría se le pueden formular ciertas críticas comunes las de la culpabilidad como límite máximo de Roxin, pero conviene ahora detenerse en una que se relacionada concretamente con ésta. ¿Por qué podría ser este figurado esfuerzo por la selectividad un factor relevante para la medición de la pena? Esto sin duda puede indicar una mayor necesidad de pena desde un argumento preventivo. Así, si un funcionario público comete un hurto en un supermercado y eso trasciende por la prensa, se puede esperar un reclamo popular de mayor castigo que el que corresponda a un ciudadano que no reúna esas características (aunque esto no esté justificado). Pero esto es obviamente lo que no quiere Zaffaroni, pues este autor se autodenomina un "agnóstico" de la pena.[48] No es fácil encontrar otra fundamentación plausible partiendo de sus premisas, pues, siendo un agnóstico de la pena y sosteniendo que la única función legítima de la actividad judicial radica en limitar el poder punitivo irracional, no puede afirmarse que en estos casos se *deba* imponer una pena más grave que en los casos de sujetos más vulnerables. De otra forma, lo que se está diciendo es que en esos casos es necesario aplicar más pena y eso requiere legitimidad y que la pena cumpla una función. Si esto no se quiere decir, entonces, en estos casos también se deberá intentar poner freno el poder punitivo y procurar en lo posible que se imponga el mínimo de la pena (o, más coherentemente, que no se imponga pena en absoluto).

Existe otra interpretación posible de lo que dice Zaffaroni, y es que su afirmación no tenga un carácter prescriptivo, sino descriptivo. Eso se puede ver en el siguiente pasaje: "sólo en un sentido bastante metafórico puede entenderse como el reproche por el esfuerzo personal, pues en definitiva ese juicio no hace más que medir el límite del

47. Zaffaroni (n. 12), 1032 en cursiva en el original.
48. Idem (n. 12), 28 ss. y 44 ss.

poder de contención del derecho penal en caso concreto".[49] Esto, claramente, no es lo que Zaffaroni había dicho antes, pero, en todo caso, semejante afirmación carece de valor para la dogmática (tal como se la entiende corrientemente). De una descripción, como se sabe, no se sigue nada. También se puede describir que el sistema castiga más a los más vulnerables, sin que de eso se siga que deba ser así.

Parece, en realidad, que Zaffaroni pretende hacer una suerte de discriminación inversa con el derecho penal, castigando más a los que menos suele seleccionar el sistema. Pero emprender semejante tarea *¡con el derecho penal!* es inaceptable, pues implica hacer responsable penalmente a las personas por algo que no es legítimo que se les cargue: ser blancos, tener dinero, no tener rasgos indígenas, vestir bien, en síntesis, no ser vulnerables. Y esto no deja de ser relevante sólo porque, de todas formas, no se rebase la culpabilidad por el acto. Se está diferenciando entre dos sujetos por algo de lo que ellos no son responsables. La forma de eliminar la discriminación que existe actualmente en la práctica del derecho penal es haciendo siempre, a los vulnerables y a los no vulnerables, sólo responsables por el acto realizado, sin considerar otro factor. Y esto ya emparenta esta teoría con el resto que combinan culpabilidad y prevención.

El asunto central es si es admisible considerar factores independientes al hecho como determinantes de manera autónoma para la fijación de la pena, de manera tal que dos sujetos que hacen lo mismo reciban penas diferentes sólo por cuestiones preventivas ajenas a su conducta.[50] Una pena no sólo puede chocar contra ciertas premisas deontológicas porque supere el margen de la culpabilidad, sino también cuando se impone por debajo de ésta, si lo que se tiene en cuenta como factor determinante para hacer la distinción es un factor por el que no se puede responsabilizar al sujeto.[51] Si esto es correcto, de lo que se trata es de si no corresponde introducir todavía un tercer factor relevante para la determinación de la pena: la distribución equitativa del castigo.

49. Idem (n. 12), 1045.
50. Von Hirsch (n. 18), 64; Streng (n. 34), 1455.
51. En contra, por todos, Roxin (n. 34), 135 y ss.

4. El principio de igualdad y la teoría de la pena proporcional

Presupuesto del análisis realizado hasta ahora es, entonces, la utilidad de la pena. La institución del castigo, en un Estado secular, sólo esta justificada en la medida en que cumpla una función en la sociedad. Conclusión de lo mencionado es que esa utilidad no puede ser lograda de cualquier modo. El castigo precisa de una legitimidad moral y, por ello, no debe superar el límite de la culpabilidad. Esta es un condicionamiento deontológico a los fines sociales del castigo.

Sin embargo, también se advirtió que estos dos elementos parecen no ser suficientes para que la práctica del castigo sea legítima. Una premisa esencial es que el castigo sea distribuido también de manera equitativa,[52] de tal manera que no se viole el principio de igualdad, condición esencial de la justicia del trato que reciben los individuos por parte del Estado.

Los individuos tienen el derecho a ser tratados todos por igual y la violación a estos principios les permite elevar un reproche en contra de la autoridad que no lo respeta. Si bien la igualdad no abarca todo el concepto de justicia, "sin ella no se puede discutir la justicia en absoluto".[53] El hecho es que no sólo cuando se castiga por encima de la culpabilidad, sino también cuando se sanciona por debajo de ella se está atentando contra un principio moral que legitima el castigo.[54] "[P]recisamente conforme al principio de igualdad, [se justifica] –dice Ferrajoli– la graduación equitativa de la medida de la pena, para

52. Hart (n. 18), 11. Una de las críticas más comunes a los modelos preventivos, es, como se analizó detalladamente y analíticamente más arriba, que permiten un castigo injusto. Cf. al respecto también Frisch, Wolfgang. *Einleitung – Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe*, en Frisch; Von Hirsch; Albrecht (comp.), Tatproportionalität, C. F. Müller, 2003, 1, 1 y ss. La pena basada en las necesidades preventivas "es sentida por muchos como poco transparente, para no decir arbitraria, irregular e injusta (...)".
53. Fletcher (n. 32.), 803, 808.
54. Clark (n. 41), 132 y ss. a pesar de que este autor admite excepciones, 139.

cada hecho singular (...)".[55] Es decir, no sólo se debe respetar la "proporcionalidad cardinal", contenida en el principio de culpabilidad, sino también la "proporcionalidad ordinal", contenida en el principio de igualdad.[56]

La primera crítica que se podría plantear es que si esto se toma en serio no habrá ninguna diferencia práctica entre los casos y la forma en la que está dispuesto a castigar un retribucionista y los casos y la forma en la que nosotros estaríamos dispuestos a castigar, por lo que todo esto no pasaría de ser un retribucionismo encubierto.[57] Penar de acuerdo a criterios de justicia distributiva no significa, empero, ser retribucionista. Significa, por el contrario, distinguir entre dos factores que pueden funcionar de manera independiente en la institución de la pena: justificación general del castigo y forma de aplicación.[58] "(...) es perfectamente consistente", señala Hart, "afirmar *ambos*, que el objetivo general que justifica una práctica sancionatoria son sus consecuencias benéficas y que el propósito de ese objetivo general debe ser limitado o restringido respetando los principios de la distribución (...)".[59] Esto es, en realidad, lo que ya viene haciendo en la dogmática del hecho punible con el principio de culpabilidad. Es sólo que hay que introducir un elemento más. Además de no superar

55. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal.* 5ta. ed. Trotta, 2001, 404; también Frisch (n. 52), entiende que este es uno de los fundamentos de la pena proporcional, p. 2.
56. Sobre esto Von Hirsch. Proportionality in the Philosophy of Punishment: from "Why punish?" to "How much?", HeinOn-line, *Israel Law Review*, 1991, 549, 572 y s; Ashworth, Andrew. *Kriterien für die Proportionalität der Strafe*, en Frisch; Von Hirsch; Albecht (n. 52), 83 y ss.
57. Lo que de hecho tampoco sería exacto. Pues aquí se trata siempre de una justicia relativa que se mide de acuerdo a su forma de distribución (Hörnle habla de una proporcionalidad relativa, [n. 6], 155 y ss.). Si la ausencia de necesidad de pena permite que la rigurosidad del castigo penal remita a formas menos dolorosa, mientras esto sea hecho respetando la igualdad, será un "avance" bienvenido. Un retribucionista quizás no esté dispuesto a tolerar tal remisión.
58. Von Hirsch (n. 18), 60 y ss.; Fletcher (n. 32), 813.
59. Hart (n. 18), 9, cursivas del original. La misma distinción, aunque no con las mismas consecuencis, Baurmann, Michael, Strafe im Rechtsstaat, en: Baurmann; Kliemt (comp.). *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat.* Freiburg-München: Alber, 1990, 109, 144 ss.

la proporcionalidad del castigo, es necesario que la distribución sea equitativa.[60]

Quien con más fuerza ha tratado de llevar a cabo este programa propuesto por Hart ha sido Von Hirsch en la obra ya citada " *Doing Justice* ".[61] Este autor se ha esforzado por mostrar cómo la pena debe ser distribuida conforme a criterios retributivos, reconociendo incluso que la justificación general del castigo (sea esta de prevención general positiva o negativa) es relativamente indiferente para la determinación de la pena.[62] En el mismo sentido se pronuncia Hörnle, quien también continúa esta línea de trabajo, ya refiriéndose sólo a la determinación judicial de la pena. La "(...) explicación general del *castigo criminal como una institución*, [afirma] no tiene relevancia (...) al condenar".[63] De todos modos, nuestras coincidencias con estos autores son, en principio, sólo respecto del resultado: pena proporcional

60. Hart (n. 18), 11, la cursivas no pertenecen al original.

Sin embargo, sí hay diferencias prácticas entre la postura retribucionista y la teoría distributiva que se sigue aquí. La primera (1) es que el retribucionista siempre deberá procurar que cada pena se acerque al ideal de merecimiento absoluto, más alla de que esto sea muy difícil de determinar. En cambio, el distribucionismo admite penas por debajo de la culpabilidad, siempre que esa variación se distribuya para todos por igual. En este sentido, de acuerdo al criterio distributivo, los sistemas penales pueden ir perdiendo paulatinamente su rigor sin que ello sea óbice a respetar los principios mencionados. Un retribucionista coherente no podría admitir esto. La segunda diferencia (2), es que el distributivista que defiende una teoría preventiva de la pena (en realidad, sólo así tiene sentido defender esta postura) aún debe hacer cálculos de costos y beneficios. Dichos cálculos no se realizarán autor por autor y pena por pena, pero sí en general. De tal manera que es lógica y empíricamente posible deslegitimar todo el sistema de castigo penal, si este no da un resultado positivo en su totalidad. Puesto que al retribucionista esto no le importa (a lo sumo, como para Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Springer, Berlin (entre otras), 1997, 51, será un efecto concomitante bienvenido), el resultado de esas operaciones no lo condiciona en absoluto.

61. Cf. (n. 18) y en obras posteriores.

62. Von Hirsch (n. 18), 60.

63. Hörnle (n. 22), 23, también Clark (n. 41), 132; Von Hirsch (n. 18), 59 s. y 61 y ss.

conforme a ciertos criterios, a desarrollar, contrastables. Pero el fundamento es diferente. Mientras Von Hirsch y Hörnle hacen hincapié en la comunicación que la pena proporcional ejerce sobre el penado, apelando a su razón para que comprenda el disvalor de su acción,[64] aquí se trata de algo diferente. Se trata sólo de que la pena es, materialmente, un dolor, un sufrimiento impuesto deliberadamente y que, por ello, debe ser distribuido conforme al principio de igualdad.[65]

En cualquier caso, no se desatiende la utilidad. Las prohibiciones se justifican solamente porque es socialmente útil (dentro de ciertos límites) que no se realicen ciertas conductas (cualquiera sea la finalidad de la pena que se considere adecuada o legítima) y se castiga también sólo porque es útil. Es decir, ni se prohíbe ni se castiga para hacer justicia metafísica, pero *si* se castiga, entonces no se puede hacer de cualquier modo,[66] se debe hacer distribuyendo el castigo con equidad. Este principio de distribución del castigo no se satisface cuando un autor es sancionado con menos dureza que otro, no por haber hecho algo diferente, sino porque no es necesario de acuerdo a ciertos fines de la pena sancionarlo con igual intensidad.[67] El objetivo principal, entonces, de una comprensión como esta es refutar la teoría de la culpabilidad como límite máximo, que sostiene que el único criterio de carácter no utilitarista que interviene en la determinación de la pena es la no superación del marco delimitado por la culpabilidad. Por el contrario, la pena será moralmente aceptable sólo si se puede afirmar que se ha respetado a los sujetos que la padecen tratándolos a todos por igual.

64. HÖRNLE (n. 6), 108 y ss.; VON HIRSCH (n. 18), 66, 69 y ss.; HÖRNLE; VON HIRSCH, *Positivegeneralprävention und Tadel*, GA, 1995, 262 y ss.
65. El fundamento de Von Hirsch y Hörnle (cf. citas de la nota anterior) parece por momentos un tanto confuso, pues ambos recalcan que el fundamento de la pena en general no tiene repercusión sobre su medida en el caso concreto, pero a su vez reconocen que comunicar el reproche con el monto de la pena es, en sí, un fin de ésta.
66. FLETCHER (n. 32), 809 y ss.
67. Idem, 813; FERRAJOLI (n. 55), 406.

4.1 Justificación de la dogmática del hecho punible como criterio para establecer la igualdad

Ahora bien, asumido que eso es correcto, ¿de acuerdo a qué criterio se puede afirmar que se está respetando la igualdad en la distribución de la pena? Es decir, ¿cuáles son los factores relevantes para hacer diferencias de pena entre dos sujetos y cuáles no? ¿Cuándo se puede decir que un hecho reviste más gravedad en el Derecho penal? Esta pregunta es obviamente fundamental. Hasta acá nos hemos manejado intuitivamente con la idea de merecimiento, pero es necesario aún especificar cuándo algo es merecido y puede ser incluido legítimamente entre los elementos a distribuir y cuando debe ser excluido. La respuesta a esta pregunta la brinda la dogmática.[68] [69]

Existen cuatro elementos en común que caracterizan a la dogmática i.e. a la teoría del delito de tradición alemana: acción, tipicidad, antijuridicidad (que es lo que nos permite hablar de injusto o ilícito penal) y culpabilidad.[70] Las opiniones que discrepan con esta clasificación son tan aisladas que pueden ser desestimadas a la hora de hacer un trabajo como el que estamos discutiendo. Esto nos permite hablar de *la* dogmática y de *las* categorías del delito sin necesidad de hacer aquí más distinciones.

En la ciencia del Derecho penal, la dogmática del hecho punible cumple explícitamente dos funciones fundamentales: 1. determinar en qué casos está justificado castigar y 2. encontrar soluciones uniformes a problemas uniformes,[71] lo que a la postre no es más que lo mismo. La dogmática es el método científico por excelencia, por lo menos en los países que siguen la tradición alemana, utilizado en el

68. En contra Hörnle (n. 6), 134, con el argumento de que la justicia es un argumento vacuo, imposible de llenar con sentido. Al respecto, lo que sigue.
69. En este texto se utilizarán como sinónimos las siguientes expresiones: dogmática, dogmática del hecho punible y teoría del delito. Esto es usual entre los penalistas, debido al gran desarrollo que ha recibido la teoría del delito, cuya "dogmática" es el trabajo de los científicos del derecho por excelencia.
70. La presentación y desarrollo de estas categorías puede verse en cualquier manual de Derecho penal que siga esa tradición. Una breve explicación al respecto infra 4.2.2.

ámbito penal para el análisis del Derecho. A pesar de la enorme variedad de teorías del delito y de puntos de vista sobre otras discusiones dogmáticas relevantes, (casi) todas ellas pretenden hacer una cosa y por ello es que compiten: determinar cuando el castigo penal debe ser considerado político criminalmente aceptable. En este sentido, la dogmática penal establece lo que *debe ser* sin ningún tipo de ambigüedad.[72] Asimismo, la dogmática cumple la importantísima función de otorgar previsibilidad y uniformidad a las decisiones judiciales. Esto se logra a raíz de su fuerte carácter sistemático, que tiene como fondo indubitable el respeto a la igualdad,[73] en la medida en que procura distinguir con precisión distintos tipos de problemas para darle a cada uno el tratamiento que corresponde, sin caer en la casuística.

Si esta argumentación se traslada a la medición de la pena, con las precisiones que se harán más adelante, lo que se estará haciendo es buscar legitimidad para la justificación de cada segmento de pena. Las variaciones de pena sólo podrán estar justificadas en la medida en que, luego de un análisis minucioso, se pueda predicar de ellas que dan cuenta de ciertas estructuras que legitiman el castigo en general. De esta forma, castigos de diferente intensidad sólo encontrarán razón de ser en que son el reflejo de hechos que merecen un castigo diferente porque reflejan distintos grados de culpabilidad por el hecho, entendido el hecho como un ilícito penal. Si el único criterio de legitimación del castigo lo brinda la dogmática, "no pueden existir

71. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. alemán Bustos Ramírez/ Pérez. 4. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997, 1; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosh, 1991, 47 y 50.
72. Con esto se hace referencia, entre otras cosas, a la discusión que mencionan DÍEZ, José A.; MOULINES, Ulises en *Fundamentos de la filosofía de la ciencias*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1999, 19 y ss, 21 y s. en cuanto afirman que la ciencia del Derecho es descriptiva, en la medida que da cuenta de normas existentes, y prescriptiva en la medida en que de esa "descripción" surge una "prescripción", pero siempre *derivada* de aquella y no autónoma. Pues bien, la dogmática no hace esto. La dogmática prescribe en el sentido fuerte de la expresión, siempre que, como se dijo, la indeterminación legal o lingüística lo permitan.
73. SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld*, en el mismo/FIGUEIREDO DIAS (comps.) Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra Symposium para Roxin. Múnich-Coimbra: Heymanns, 149, 154.

factores relevantes para la individualización de la pena (...) que carezcan de un soporte categorial en la teoría del delito",[74] con las precisiones que se formularán más adelante.

A pesar del extraordinario desarrollo de la dogmática, su labor se ha centrado casi exclusivamente en determinar la legitimidad del "sí" de la pena, dejando de lado el problema en torno al "cuánto". Aunque esto siempre estuvo, de todas formas, latente. Desde el momento en que el riesgo para el bien jurídico de una conducta es graduable, desde que las causas de exculpación implican, por lo menos también, una disminución del injusto, desde que el dolo directo se ha considerado más grave que el dolo eventual y que la culpabilidad disminuida atenúa la pena, las repercusiones de la dogmática para la medida de la pena ha estado siempre allí. Sin embargo, no ha sido sino hasta estas últimas décadas que la vinculación entre ambas esferas ha sido comprendida en su totalidad. Aquella desatención pasada pudo deberse, como dice Schünemann, a un "tradicional desinterés" de los dogmáticos sobre el tema[75] o, quizás, como dice Silva Sánchez, a una esforzada "autorestricción" de ésta, debido a que se ha relacionado siempre de manera directa determinación y fines de la pena.[76] En cualquier caso, el problema de la distribución justa del castigo se encontraba soslayado en un punto de trascendencia indiscutible para el individuo a penar, el de la determinación de la pena concreta.

De lo que se dijo se sigue lo siguiente: (a) El juez no "debe *perseguir* por sí mismo efectos sobre la colectividad" [77] y tampoco de prevención especial.[78] Los fines de la pena pasan a un segundo plano. (b) No existe diferencia alguna entre culpabilidad fundamentadora y culpabilidad de la determinación de la pena,[79] que con tanta facilidad dejaba las puertas abiertas a considerar a "cualquier factor como

74. Silva Sánchez (n. 19), 9.
75. Prólogo a Hörnle (n. 22), 17.
76. Silva Sánchez (n. 19), 3.
77. García Aran (n. 22), 512.
78. Ésta última deberá ser entendida sólo como una oferta para el condenado una vez que la pena haya sido fijada de acuerdo a otros parámetros. Hassemer (n. 15), 250; Silva (n. 71), 37; Lesch (n. 9), 591 y ss.
79. Similar Schünemann, Bernd. Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland. En: Hirsch; Weigend (comps.). *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*. Berlin, 1989, 147, 160.

relevante para fijar la pena".[80] (c) No existe un conflicto entre culpabilidad y prevención en la determinación judicial de la pena. Este será solo un reflejo de la tensión general entre utilidad del –y límites al castigo.

Ahora bien, para que todo esto tenga sentido, los marcos penales previstos para los tipos de la parte especial deben ser entendidos de la siguiente manera.

4.2 El marco penal como escala de gravedad continua. La determinación de la pena como un reflejo de la teoría del delito

4.2.1 Generalidades

El análisis debe empezar, entonces, considerando que los marcos penales contienen escalas de gravedad continua. Estos demarcan la gravedad mínima y máxima del delito y la gravedad de la pena en el caso concreto deberá determinarse en relación ellos.[81]

Para aplicar aquí las construcciones dogmáticas se debe partir de dos presupuestos: (1) de que ningún factor cuenta para la determinación de la pena si no tiene relación con el injusto y la culpabilidad; (2) de que ambos factores son graduables. En un trabajo muy reciente, Silva Sánchez, siguiendo la línea trazada por Hörnle, ha hecho un planteo similar utilizando expresiones muy gráficas. En palabras de Silva, la determinación de la pena se manifiesta "como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito", en donde injusto, culpabilidad (...) "constituyen magnitudes materiales graduables".[82] En este sentido, "el marco penal abstracto puede verse como la unión de un conjunto de conminaciones penales más detalladas (submarcos) que asignarían medidas diversas de pena a las distintas subclases de realización (subtipos), más o menos graves, del

80. Ziffer (n. 2), 92.
81. Ziffer (n. 2), 41.
82. Aquí se excluye deliberadamente la punibilidad, que fuera incluida por Silva, como categoría graduable. Esto se debe a que la punibilidad, es una categoría extremadamente heterogénea, donde se puede incluir, sin necesidad de demasiada fundamentación, como si se tratara de un "cajón de sastre" cualquier elemento que no "encaje" en alguno de los otros dos componentes relevantes para el delito. Cf. el propio Silva (n. 19), 9.

injusto culpable y punible expresado".[83] De esta forma, la escala penal no cumple ya simplemente la función de fijar límites al juez, sino que constituye una escala continua en la que el juez debe encontrar la pena correcta.[84]

Para determinar la pena de este modo y para no incluir elementos *ad-hoc* es necesario contar con cierta claridad acerca de los factores que cuentan para la teoría del delito, para posibilitar así un control estricto de los elementos de que se vale el juez para determinar la pena. Se podrán tener diferentes teorías del ilícito y culpabilidad, pero estas siempre deberán ser expresadas, de modo tal que puedan ser controladas. Es en este lugar donde tienen relevancia práctica cuestiones como la importancia de la intención (como característica del dolo directo) en el delito, sobre cuánto cuenta el resultado y por qué, si la conducta de la víctima puede ser considerada un atenuante para la responsabilidad del autor etc. En este sentido, la teoría de la determinación de la pena se transforma en "un ámbito idóneo (...) para derivar importantes consecuencias de la postura que se mantenga respecto a problemas como el contenido y graduabilidad del injusto y la culpabilidad (...)".[85]

4.2.2 La función del injusto y la culpabilidad en la determinación de la pena

Decisivo, entonces, serán el grado de injusto y el grado de culpabilidad, de acuerdo a la graduación de cada uno de sus elementos.[86] A grandes rasgos, el injusto o ilícito penal, que hace referencia a la dañosidad social de la acción, se divide en dos partes, (1) la objetiva y (2) la subjetiva.

(1) La parte objetiva se caracteriza, a su vez, por dos elementos. El primero es la imputación objetiva de la conducta. Esta consta de la creación de un riesgo no permitido para el bien jurídico y de la

83. Silva Sánchez (n. 19), 5 y 8.
84. Streng (n. 34), 1461.
85. García Aran (n. 22), 511 y s.; similar también Demetrio Crespo, Eduardo. *Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código penal español de 1995*, ADPCP, 1997, 323, 333. De la misma manera Hörnle (n. 5), 145 ss.
86. Cf. Sánchez (n. 19), 11 y ss.

realización de ese riesgo en el resultado. El primer factor relevante para la determinación de la pena será el grado de riesgo que la conducta del autor implica para el bien jurídico.[87] Por riesgo debe entenderse, grosso modo, la potencialidad general de la conducta de producir un daño. Así, usar un arma larga implicará, *ceteris paribus*, un riesgo mayor que usar un arma corta, porque con aquella aumenta la probabilidad de darle al blanco. Luego, habrá que evaluar cuánta incidencia tuvo ese riesgo en el resultado finalmente producido. Siguiendo con el ejemplo anterior, supongamos que el arma disparaba un sedante, pero debido a que el autor había injerido una sustancia rarísima que combinada con aquel agrava el estado de la víctima, finalmente quedó sedado por mucho más tiempo del calculado. Ese resultado, no imputable al riesgo de la conducta, no puede tener relevancia en la medición de la pena. El segundo elemento objetivo es el resultado en sí mismo,[88] cuya ausencia total o parcial puede repercutir a favor el imputado. Si el sujeto generó un riesgo elevado de lesión, en el caso en cuestión, de sedar con un arma larga, pero luego, por azar, el resultado se produce con menos intensidad, supongamos, porque el sujeto había tomado otra sustancia rarísima que atenuaba los efectos del sedante, esa *no* producción del resultado puede jugar a favor del autor. Que deba ser así es más que discutible, pero sobre eso no se puede profundizar aquí.[89]

Un camino similar al aquí propuesto fue insinuado por Baigún (1971), aunque no con una visión completa al respecto. Baigún, al tratar acerca de la "naturaleza de las circunstancias agravantes", afirmaba que respecto de ese tema no había habido mayores innovaciones hasta ese momento, porque éstas figuraban demasiado vinculadas a la individualización de la pena,[90] cuando, en realidad, su "esencia" debía "asimilarse a la del tipo". Y esto es efectivamente correcto, las circunstancias agravantes constituyen partes del tipo penal, pero no se deben diferenciar de las circunstancias que sirven para la

87. También ASHWORTH (n. 56), 88.
88. JESCHECK (n. 31), 888.
89. Fundamental al respecto SANCINETTI, Marcelo A. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, passim; ASHWORT (n. 56), 88 y ss.
90. BAIGÚN (n. 15), 26.

determinación de la pena, justamente *porque estas también forman parte del tipo penal*. Esta distinción se explica en Baigún porque si bien para él muchos de los factores mencionados en los arts. 40 y 41 tenían la misma estructura que las agravantes, creía también que había factores que no se podían explicar de ese modo y que, en realidad, constituían "auténticos índices de punición".[91]

(2) La parte subjetiva del injusto consta de dos elementos principales, a saber, el dolo y la imprudencia. En el dolo, a su vez, se consideran conocimiento que haya tenido el sujeto del riesgo generado por su conducta, y la intención. Subjetivamente, sólo se le pueden imputar al autor el riego generado y el daño causado en la medida en que eran conocidos o cognoscibles por él. Así, por ej., si el autor genera un riesgo del bien jurídico de 8 en la escala del 1 al 10, pero sólo tiene un conocimiento de 6, en la medida en que este desconocimiento parcial no le sea imputable, no podrá contar en su contra y, por ende, se lo responsabilizará sólo por el riesgo 6. Es decir, cabe aquí aplicar la teoría del error con todas sus consecuencias en relación al subtipo que se haya configurado objetivamente. El otro factor subjetivo es la intención. Su inclusión, a diferencia del conocimiento, que es aceptada en general, hoy se encuentra en crisis, pero esto tampoco puede ser analizado en este lugar.[92] Si es que la intención juega algún rol relevante para la teoría del delito, entonces su relevancia se verá reflejada en la medición de la pena.[93]

Las causas de justificación excluyen la ilicitud del hecho. Si el hecho está justificado no habrá lugar a la determinación de la pena. De todas formas, aun cuando no está justificado, su *proximidad* con una causa de justificación sí es relevante para la medida de la ilicitud. Éste es el fundamento de la pena disminuida cuando hay exceso en una causa de justificación (art. 35 CP argentino, 21.1 del CP español en función de 20.4, 20.5 y 20.7), pero su fundamentación se puede extender a situaciones análogas. Por ej. si A para salvar un bien de su propiedad de escasa importancia destruye un bien de mayor valor de B y, por ende, causa un daño mayor para evitar uno menor, el hecho

91. Baigún (n. 15), 46 y ss. También 87. 5.
92. Cf. por todos, sobre la discusión, Roxin (n. 10), 12/1 y ss.; Sancinetti (n. 89), 145 y ss.
93. En contra Jescheck (n. 31), 887.

no está justificado. De todas formas, que ese daño no haya sido infundado, sino que se haya acercado a lo que constituye un estado de necesidad, debe influir en la medida del injusto o por lo menos de culpabilidad[94] y, por ende, debe considerarse relevante para la medición de la pena. Si se entiende el marco penal como un conjunto de submarcos dividido en diferentes subtipos penales, lo que de aquí se sigue es algunos tipos estaban justificados y otros no y, por ello, sólo se responde por lo que resta de injusto, por aquella parte o aquellos subtipos no justificados.

Otros elementos cuya relevancia para el injusto no se discute (aunque sí su ubicación sistemática), deberán también ser mensurados aquí. El consentimiento es considerado normalmente una causa de justificación, aunque hay una nueva tendencia a considerarla una circunstancia que elimina ya el tipo.[95] En cualquier caso, la configuración de una situación similar a la del consentimiento, o la del consentimiento mismo, aunque éste no sea decisivo para la existencia del injusto, debe contar igualmente para la medición de la pena. Hillenkamp, en la segunda parte de su obra, "Hecho doloso y conducta de la víctima" (1981),[96] trata este tema y situaciones similares, dando como fundamento de la atenuación de la pena la proximidad de ciertas situaciones a lo que se considera normalmente una causa de justificación.[97] Un ejemplo en este sentido es el caso del "consentimiento" dado por un menor para tener relaciones sexuales. Si bien por su

94. Si esto debe repercutir en el injusto o en la culpabilidad y en qué medida es algo que depende, en gran parte, del fundamento de la justificación de la conducta en estado de necesidad. Si su fundamento es puramente utilitarista, entonces, al haber un daño menor cuando el hecho tiene una justificación parcial, esto implica una disminución de la dañosidad social del hecho. Si, en cambio, su fundamento radica en un deber de solidaridad por parte del tercero que ve, por ejemplo, un detrimento de su patrimonio, la fundamentación de la atenuación se deberá buscar en la culpabilidad o no encontrará justificación alguna. Pues el deber de solidaridad sólo *nace* cuando el riesgo para el bien jurídico del autor es realmente intenso. Cf. al respecto HÖRNLE (n. 6), 294 y ss.
95. Cf. al respecto, ROXIN (n. 10), 13/1 y ss. en especial 12 y ss.
96. HILLENKAMP, Thomas. *Vorsatztat und Opferverhalten*. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1981, 211 y ss.
97. En especial las p. 242 y ss., 269 y ss.

condición su consentimiento carece de relevancia para el "sí" de la pena, esta circunstancia debe ser considerada, porque se acerca a la del consentimiento, lo cual ubica a la conducta del autor en un nivel de menor merecimiento de pena, de aquel que con engaño o violencia somete a un menor a los mismos hechos.[98]

La culpabilidad en sentido estricto es el segundo gran factor que cuenta para la existencia de un delito. La esencia de la culpabilidad en materia penal es, en palabras de Roxin, "un tema eterno del Derecho penal" que está expuesto a dudas que nunca serán despejadas.[99] Pero este problema puede ser dejado de lado a los fines que aquí interesan. Lo esencial, ahora, es saber que la culpabilidad es lo permite atribuirle al autor el hecho que ya es considerado, en mayor o menor grado, socialmente dañoso. Cualquier concepto de culpabilidad parte de la idea de responsabilidad individual y pretende determinar si, de acuerdo a las características del autor o su situación concreta, el hecho le puede ser reprochado. Dejando de lado este lugar común, aún pueden distinguirse dos grandes formas de concebir la culpabilidad. Esta puede ser entendida simplemente como un elemento que posibilita la imputación del ilícito (en donde hay una identidad en entre el presupuesto básico de atribución de responsabilidad y reproche) o también como un elemento de la teoría del delito que, además de dar cuenta de la estructura principal, tiene un contenido material propio (sólo una parte de la culpabilidad estar relacionada con la atribución del hecho cometido, mientras otra parte tiene una explicación diferente).[100]

Esta segunda comprensión de la culpabilidad es denominada de actitud interna o de ánimo (*Gesinnungsschuld*). De acuerdo a ella, al sujeto se le reprocha, además de su ilícito, su actitud interna presente en el hecho. De esta forma, dado que se puede reprochar la actitud del sujeto que no se refleja en la modalidad del hecho concreto (de otra forma será un elemento del injusto), la culpabilidad puede

98. Hillenkamp (n. 96), 243 y ss.
99. Roxin (n. 34), 147.
100. Fundamental al respecto Hörnle, (n. 22), 37 y ss.; también en Kriterien Kriterien für die Herstellugn von Tatproportionalität, en Frisch; Von Hirsch; Albrecht (comp.). Tatproportionalität, C. F. Müller, 2003, Heidelberg, 99, 123 y ss.

fundamentar espacios o montos de pena de manera independiente a aquel. Ella misma es un elemento que se puede *sumar* al injusto como elemento determinante de la pena. Esta concepción, sin embargo, se encuentra en crisis y por buenas razones.[101] No es este el lugar para explayarse al respecto, baste con decir que tiene serios inconvenientes para encontrar un lugar en un derecho penal liberal, por su ostensible vinculación con un derecho penal de autor (cf. también infra 5).

Por el contrario, si por culpabilidad se entiende sólo un proceso de imputación, únicamente interesa saber si el sujeto que actuó en contra de la norma la conocía o podía conocerla y si tenía normalidad motivacional. En la culpabilidad se analiza, entonces, sólo la posibilidad de poder atribuir el injusto al sujeto, es decir, hacerlo responsable por lo que ha hecho.[102] Entendida de esta forma, la culpabilidad no puede fundamentar montos de pena de manera separada del injusto. O bien se atribuirá el ilícito penal de manera completa o bien se lo atribuirá de manera parcial (debido a dificultades que haya presentado para poder seguir la norma o conocerla) o bien no se le atribuirá en absoluto, pero la culpabilidad no cumplirá ninguna función fundamentadora que no se encuentre en relación con el ilícito cometido. En palabras de Hörnle: "Las graduaciones de la medida de la culpabilidad sólo son posibles en una dirección: en caso de concurrencia de causas de disminución de la culpabilidad, pero no en forma de incremento de la medida de al culpabilidad".[103] Así, no se habla ya de "máxima culpabilidad", sino de "culpabilidad completa".[104]

4.2.3 Posibles dificultades prácticas de una postura dogmática de la determinación de la pena

Esta propuesta es criticada por ser poco realista.[105] Existen infinitas graduaciones posibles de los factores relevantes para el injusto y la culpabilidad y demasiadas combinaciones imaginables entre ellos. Esto hace muy difícil determinar cuál medida de pena se corresponde con la conducta evaluada. Además, la escala penal es un continuo y

101. Cf. Hörnle (n. 22), 39 y ss.
102. Schünemann (n. 79), 160.
103. Hörnle (n. 22), 54 y ss.
104. Streng (n. 34), 1423.
105. Idem (n. 34), 1461.

ante dos fundamentaciones bien estructuradas de la responsabilidad penal, que lleguen a montos de penas próximos pero diferentes, será difícil, si no imposible, determinar cuál de las dos penas es la correcta o la que más plausibilidad tiene.

Esto es cierto, pero, obviamente, no es un problema exclusivo de esta teoría ni lo que aquí se quiere desvirtuar. Esta vaguedad la comparte cualquiera de las construcciones antes señaladas. Sólo existen márgenes de plausibilidad de penas correctas, lo que fue demostrado por la teoría del espacio de juego y que no es poco. Pero lo positivo de este punto de vista no es que elimine esa vaguedad intrínseca al problema de la proporcionalidad, sino que deja bien claro qué es lo que el juez puede considerar relevante para la determinación de la pena y que no, *no admitiendo argumentos que no tengan que ver exclusivamente con el ilícito y la culpabilidad.* De esta forma, se garantiza una distribución del castigo de acuerdo a principios de equidad "en la medida de lo posible" [106] y que se tienda a argumentar de esa manera.

Los argumentos que no tienen un soporte categorial en la teoría del delito, como lo son las necesidades retribución o de prevención general o especial, se transforman en elementos ilegítimos para la medición de la pena y tienen un valor similar a otros factores que ya se encontraban excluidos incluso en las teorías criticadas precedentemente. Así, por ejemplo, para una teoría de base exclusivamente utilitarista la nacionalidad del sujeto no puede ser relevante de por sí para medir la pena. Aun así, aquí tampoco existen posibilidades de control estricto de que el juez no se haya dejado llevar por su xenofobia. Eso supondría la determinabilidad exacta de las necesidades preventivas, lo que dista de ser posible. Sólo sabemos que él no puede usar ese argumento válidamente y que, ante circunstancias iguales, es decir, ante las mismas necesidades preventivas (en este caso más difíciles de controlar que en un sistema de base exclusivamente dogmática), debe resolver de la misma manera aunque el acusado no sea un extranjero.[107]

106. HÖRNLE (n. 6), 70 y 147 ss.

107. FRISCH (n. 52), dice que sólo quedan para estos casos "determinadas reglas de procedimiento".

4.2.4 Otras ventajas en relación a otras teorías de determinación de la pena

(a) Prevención general y prevención especial como criterios exclusivos de determinación de la pena tienen dos deficiencias en común. (1) Admiten que se sancione al sujeto por encima de la culpabilidad. Esta posible crítica es consabida, pues en la medida en que la pena se determina en base a necesidades empíricas concretas, no hay ninguna razón lógica para suponer que habrá alguna coincidencia entre culpabilidad y prevención, que pase de ser casual. Pero, además, (2) ambas violan la autonomía de las personas en el siguiente sentido: no se puede hacer un cálculo de las consecuencias del acto. Las necesidades de pena se determinarán siempre *ex post* y, por ende, no pueden ser calculadas por el autor. Es claro que es poco realista pensar que quien está por cometer un delito hará un cálculo exacto de las consecuencias jurídicas de su acto. De todas formas, a este le debe ser posible hacerlo. Si bien el autor tiene prohibido cometer el hecho, en el caso que se decida por ello no sólo debe poder conocer que será penado, sino también con qué intensidad. Esto, en general, debería considerarse parte del principio de legalidad cuando se habla de las escalas penales. Con nuestra postura eso se puede profundizar mucho más, posibilitándole al autor hacer un cálculo más preciso de las consecuencias de sus actos.

Quizás valga la pena también hacer la siguiente aclaración. La autonomía que resulta violada en este caso difiere de la que se viola exclusivamente con la determinación de la pena basada exclusivamente en criterios de prevención especial. Una pena determinada sólo de esa manera viola la autonomía de los individuos en el sentido de que estimula ciertos *modos de vida* –independientes del hecho cometido– en detrimento de otros. A lo que se hace referencia ahora es a la posibilidad de elegir qué sanción se quiere padecer con el *acto* a realizar. Quien al sale a robar debe saber en que caso recibirá más pena, si usa un palo o un cuchillo, para elegir qué riesgo quiere correr. La prevención especial como criterio exclusivo para fijar la pena viola ambas clases de autonomía.

(b) En relación a la teoría de la "culpabilidad como límite máximo", que pretende combinar culpabilidad y prevención, presenta la ventaja de que impide la manipulación *expresa* de argumentos. En

efecto, para que la culpabilidad pueda funcionar realmente como límite máximo, ese límite se debe poder precisar. Pero resulta que esto es tremendamente dificultoso, como lo demuestran las discusiones acerca de la relevancia del resultado para el concepto de delito, en donde afirmar que el resultado aumenta la necesidad de pena y, con ello, permite superar ilegítimamente el límite de la culpabilidad y afirmar lo contrario, esto es, que la ausencia de resultado es la que disminuye la necesidad de pena de un hecho ya adecuado a la culpabilidad, es igualmente plausible. Los contrincantes en esta discusión no tienen ningún punto en que pararse para demostrar quién lleva razón. Todo dependerá, al final, de qué se haya dicho primero. Con ello se pueden introducir encubiertamente justificaciones de montos de pena en base a factores no legítimos. En la medida en que para la propuesta aquí defendida esos argumentos no cuentan en absoluto, no hay posibilidad de manipulación expresa alguna.

5. El problema de los motivos para delinquir

Como ejemplo de lo fructífera que puede ser una teoría como la aquí defendida, vamos a analizar el problema de los motivos para delinquir. Su valoración representa posiblemente uno de los obstáculos más fuertes a una reconstrucción dogmática liberal de todos los elementos enumerados por el legislador como relevantes para la medición de la pena, pues resulta extremadamente dificultoso encontrar su relación con un Derecho penal de acto donde todas las reglas relevantes para la determinación de la pena deben considerarse normas de conducta.

Es claro que explican la génesis del delito,[108] pero de ello no se sigue nada. También explica la génesis del delito cometerlo por motivos altruistas y estos motivos no constituyen una agravante. Los motivos abyectos configuran sí una génesis moralmente deplorable, seguramente conforme a la moral positiva y crítica.[109] Pero todos sabemos que no es tarea del Derecho liberal mejorar la situación moral de sus ciudadanos.

108. Marchiori, Hilda. *Las circunstancias para la individualización de la pena*. Córdoba: Lerner, 1983, 41.
109. BGHSt (sentencias del Tribunal Supremo Alemán en asuntos penales), 3, 132.

Constituye un lugar común, no obstante, afirmar que si bien la motivación inmoral por sí sola no puede ser objeto de una prohibición, sí puede ser valorada cuando se haya cometido un ilícito cuya prohibición se encuentre justificada de otra manera.[110] Sin embargo, si se sostiene, como aquí se hace, que para la medición de la pena sólo pueden contar los elementos relevantes para la teoría del delito, con esta constatación no se gana nada. En palabras técnicas, el subtipo por el cual se agrava un delito por la inmoralidad del motivo del agente sería un subtipo iliberal y, por ende, inaceptable.

Es común, asimismo, que se confundan los niveles de análisis al vincular los motivos directamente con la dificultad de ganarse el sustento. Demetrio Crespo afirma que la motivación indica la posibilidad de poder motivarse de otra manera del agente.[111] En el mismo sentido, Zaffaroni señala: "La motivación es la base del reproche de culpabilidad por el acto: el motivo funda un mayor o menor reproche en razón directa con]la intensidad de su aberración y[el grado de escogimiento o ámbito de autodeterminación constelacional concreta",[112] pues "la esencia de la misma es, precisamente, haber podido motivarse de otra manera".[113]

Pero, en realidad, se trata de dos cuestiones independientes. La dificultad para ganarse tiene un doble fundamento reductor. Por un lado, su proximidad al estado de necesidad implica una reducción del injusto y, por el otro, puesto que significará una reducción del ámbito de libertad del sujeto, constituye una reducción de la culpabilidad.[114] Por el contrario, motivos socialmente valiosos no implican,

110. Clark (n. 41), 134 y s.; Sancinetti (n. 89), 342 y ss.

111. Demetrio Crespo (n. 85), 336; similar Lurati, Carina. La intervención de un menor y el uso de armas como agravantes en la parte general. En: Donna, Edgardo A. (coord.). *Reformas penales*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, 43, 51.

112. Zaffaroni (n. 12), 1035 y 1051. Aquí Zaffaroni ha dicho dos cosas que deben ser analizadas independientemente. Una, que hace referencia a la intensidad de la aberración del motivo y otra que se vincula con la "libertad" para actuar. Aquí se hace referencia sólo a lo segundo. De allí los corchetes que señalan lo que no debe leerse en esta afirmación.

113. Zaffaroni (n. 12), 1052 e incluso llega a relacionar esto con el problema del error, pero esta vinculación un tanto sorprendente no puede ser analizada aquí.

necesariamente, un menor ámbito de libertad del sujeto. De la misma manera, motivos abyectos no implican, forzosamente, más autonomía para decidir. Obrar por un motivo altruista, patriótico o para defender el honor no implica más apremio, aunque no lo excluya. Obrar por odio racial o religioso o por codicia no implica más autonomía e incluso es posible que en la mayoría de los casos suceda justamente lo contrario.

Otra justificación posible de los motivos está relacionada con el injusto. Con un concepto de injusto basado en el reestablecimiento del valor contenido en la norma jurídica los motivos pueden ser relevantes. Si lo que se quiere proteger con la prohibición de, por ejemplo, matar, es el valor vida y no la vida de un sujeto concreto, el obrar por codicia legitima el uso de una pena de mayor intensidad. El valor vida resulta más cuestionado cuando se obra por motivos tan viles como la codicia o el placer y, en consecuencia, sólo una pena más fuerte puede volver las cosas a su estado anterior.[115] Pero si lo que se quiere lograr con la pena es proteger un bien jurídico tangible, la voluntad de vivir de un sujeto concreto, y no el valor vida como una entidad abstracta, el motivo vil no parece agregar nada. La conducta no es objetivamente más riesgosa y el resultado tampoco es más grave. El conocimiento de la realización del estado de cosas que se quiere evitar no tiene porque ser mayor o menor en estos casos. Tampoco aumenta la intención. No hay más intención de matar, por ej., al hacerlo por que el otro sea simpatizante o hincha de otro equipo que hacerlo para enarbolar la bandera de la libertad. La intención no cambia.

Silva Sánchez afirma que la relevancia de los motivos para el Derecho penal está en su fuerza comunicante y admite que esto se diferencia completamente de la concepción de un injusto dirigido a la protección de bienes jurídicos. Pero afirma que esta es la única forma

114. Cf. De la Rúa, Jorge. *Código Penal Argentino*. Depalma, 1997, 709; Breglia Arias, Omar; Gauna, Omar R. *Código Penal y leyes complementarias*. 6. ed. Buenos Aires: Astrea, 2003, 362. En el mismo sentido Hart (n. 18), 16; Streng (n. 34), 1435; Schaffstein (n. 34), 110.

115. Schünemann (n. 73), 182; Haffke, Bernhard. *Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie*, GA, 1978, 33, 48; Jakobs. *Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönliche Merkmale in § 50 Abs. 2 und 3 StGB*, NJW, Heft 12, 1969, 489, 490.

de dar cuenta de los motivos,[116] pues, como se dijo, en principio, no tienen incidencia ni en la culpabilidad ni el injusto entendido como se ha descrito en este trabajo. Pero esta afirmación de Silva Sánchez parece la claudicación de un sistema que sigue la estructura de la dogmática por todas sus ventajas y, para nosotros, una excepción al respeto del principio de igualdad. Quizás sea en estos casos, justamente, donde tiene sentido seguir aferrado a la dogmática, porque aquí es donde se ve su fuerza y sentido con mayor claridad. De hecho, el estado de sospecha también comunica, y (casi) nadie está dispuesto a sancionar sólo por ello. Las conductas preparatorias o la peligrosidad del sujeto también comunican y (casi) nadie está dispuesto simplemente por ello a penar. Siempre se debe pasar por el filtro de la legitimidad.[117]

6. Conclusión

La dogmática ha desarrollado y discutido durante años acerca de los presupuestos de un castigo legítimo, con resultados ostensiblemente positivos. Sin embargo, su vinculación con la determinación de la pena no ha tenido lugar sino en los últimos años.

La vinculación de la dogmática a la determinación de la pena ya debió tener lugar con la idea de la "culpabilidad como límite máximo", pues para saber cuál era el máximo se debía tener claro que contaba para la "culpabilidad". Pero un esfuerzo más fuerte surge de la idea de igualdad, que además de su valor moral inmanente evita fundamentaciones encubiertas de pena. Asimismo, se con esta teoría se

116. Silva Sánchez (n. 19), 9, 11 y ss.

117. Como afirma(ba) Jakobs: "Naturalmente es perturbador saber que varias personas han concertado un delito [o que obran por ciertas motivaciones]; pero también perturba saber que alguien está reflexionando sobre la ocasión favorable para cometerlo o que alguien prepara con precisión, como autor único su comisión; a pesar de ello, las dos variantes de actos preparatorios últimamente citados están, en todo caso, exentas de pena (...)". Cf. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, en: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Uam Civitas, 1985, 293, 306.

maximiza la posibilidad del sujeto de desarrollar su plan de vida debido a que puede conocer con cierta precisión las consecuencias de sus actos.

Si esto se acepta, si se considera correcto respetar el principio de igualdad, entonces cada segmento de pena sólo puede fundamentarse en criterios legítimos en base a los argumentos dogmáticos. Qué debe contar como castigo legítimo y que no es un tema arduo. La inmensa bibliografía al respecto lo demuestra. Lo importante aquí es lo siguiente: *no se pueden fundamentar segmentos de pena sin recurrir a las categorías dogmática con el consiguiente esfuerzo argumental.* No se puede remitir a necesidades preventivas, del índole que sean, como un argumento suficiente, ni para agravar ni para atenuar la pena.

Es posible que, por ej., los motivos cuenten para la determinación de la pena,[118] pero la argumentación deberá ser más sofisticada que la simple remisión a la manipulable "necesidad de pena" que se desentiende del merecimiento y de la necesidad moral de una distribución equitativa del castigo. De la imposibilidad de esa simple remisión se trata este trabajo.

7. Bibliografía

Baigún, David. *Naturaleza de las circunstancias agravantes*. Buenos Aries: Pannedille, 1971.

Baurmann, Michael. Strafe im Rechtsstaat. En: _____; Kliemt (comp.). *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*. Freiburg-München: Alber, 1990.

Borinsky, Mariano Hernán. El concepto de peligrosidad del art. 41 del CP y su confronte con el derecho penal de acto (art. 19 de la CN) a los fines de la determinación de la pena. 2001. En: [www.eldial.com] (suplemento penal, sección doctrina).

Breglia Arias, Omar; Gauna, Omar R. *Código Penal y leyes complementarias*. 6. ed. Buenos Aires: Astrea, 2003.

Bruns, Hans J. Alte Grundfragen und neue Entwiclungstendenzen im modernen Strafzmessungsrecht. En: Stratenwerth et al (comp.). *Homenaje a Welzel*. Berlin-New York: de Gruyter, 1974, p. 739 y ss.

Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

118. Cf. Mi tesis doctoral, en elaboración, *Los motivos en la determinación de la pena*.

CLARK, Michael. The moral graduation of punishment. *The Philosophical Quarterly*, n. 83, vol. 21, 1971.

DE LA RÚA, Jorge. *Código penal argentino*. Bueno Aires: Depalma, 1997.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría del delito. *InDret* 1, 2007.

FLETCHER, Georg P. Utilitarismus und prinzipiendenken in strafrecht. *ZStW* 101, 1989, p. 803 y ss.

HART, H. L. A. Prolegomenon to the principles of punishment. En: _____. *Punishment and Responsability*. Oxford: Clarendon, 1968. p. 1 y ss.

HASSEMER, Winfried. Strafzumessung, Strafvollzug und die "Gesamte Strafrechtswissenschaft". En: LÜDERSSEN; SACK (comp.). *Seminar: Abweichendes Verhalten II Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*. Suhrkamp, Frankfurt, 1976.p. 243 y ss.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*. Buenos Aries: Di Plácido, 2003.

_____. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

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

KÖHLER, Michael. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, (entre otras), 1997.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho penal argentino*. Córdoba: Lerner, 1965, t. II, p. 452 y ss.

ORTIZ DE URBINA, Íñigo. La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo. *ElDial* – DCA21, 2006, p. 13 y passim.

PAWLICK, Michael. El funcionario policial como garante de impedir delitos. 1/2008 En: [www.indret.com].

ROXIN, Claus. La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena (1977). En: _____. *Culpabilidad y prevención*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 93 y ss.

_____. Prevención y determinación de la pena (1978). En: _____. *Culpabilidad y prevención*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 115 y ss.

_____. Culpabilidad, prevención y responsabilidad en el derecho penal. En: _____. *Culpabilidad y prevención*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 147 y ss.

_____. *Das Schuldprinzip im Wandel, homenaje a Arthur Kaufmann*. Müller: Heidelberg, 1993.

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. Múnich: C.H.Beck, 2006. t. I.

____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil.* Múnich: C. H. Beck, 2003. t. II.

SCHÜNEMANN, Bernd. Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld. En: _____; FIGUEIREDO DIAS (comps.). *Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra Symposium para Roxin.* Múnich-Coimbra: Heymanns, 1995 (1). p. 149 y ss.

____. La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo. En: _____ (comp.). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales.* Madrid: Tecnos, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo, *InDret* 2, 2007. [www.indret.com].

____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Barcelona: Bosh, 1991.

STRATENWERTH, Günter. Tatschuld und Strafzumessung. En: Recht und Staat, *Herft* 406/407. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1971.

____. *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken.* Berlin/New York: Gruyter, 1995.

____; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht, Allgemeiner Teil.* 5. ed. Köln: Heymanns, (entre otros), 2004. t. I.

STREE; STERNBERG-LIEBEN. Previo § § 52/120. En: SCHÖNKE; SCHRÖDER. *Kommentar.* 27. ed. Múnich: C. H. Beck, 2006.

VON HIRSCH, Andrew. *Doing justice.* New York: Hill and Wang, 1976.

____. Proportionality in the philosophy of punishment: from "why punish?" to "how much?", Heinon-line, *Israel Law Review*, 1991, p. 549 y ss.

____; JAREBORG, Nils. Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*, 11, Oxford University Press, 1991, p. 1 y ss.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán.* 4. ed. Trad. alemán de Bustos Ramírez e Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general.* 2. ed. Ediar, 2002. p. 991 y ss., p. 1029 y ss.

ZIFFER, Patricia. Cometario arts. 40 y 41 CP. En: BAIGÚN; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dir.). *Código comentado.* Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 53 y ss.

____. *Lineamientos de la determinación de la pena.* 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

47739

5

O bem jurídico nos crimes contra o Mercado de Capitais

LEONARDO ALONSO

Mestre em Direito Penal pela USP. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: A necessidade de tutela eficiente do Mercado de Capitais é, atualmente, indiscutível. O advento de novas tecnologias e o tráfego internacional de capital cada vez maior; tornam o Mercado de Capitais, contemporaneamente, sujeito a amplos riscos e danos. Nesse contexto, o legislador tem respondido com a incriminação de condutas ofensivas ao mercado, contudo a formulação de tipos penais nem sempre se mostra adequada. Dessa forma, questiona-se qual o bem juridicamente tutelado pelos crimes contra o Mercado de Capitais, referente material necessário à intervenção penal do Estado; bem como quais os critérios adequados para verificação da legitimidade de tal intervenção. Nesse contexto, partindo-se da teoria pessoal do bem jurídico desenvolvida por Hassemer, foram identificados os interesses patrimoniais do público investidor como referente material limitador da intervenção penal do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Mercado de capitais – Teoria pessoal do bem jurídico – Intervenção penal do Estado.

ABSTRACT: The need for efficient protection in the current Capital Market cannot be disregarded. The advent of new technologies and increasing international capital movements have rendered the contemporary Capital Market subject to extensive risks and damages. In this context, legislators have responded by criminalizing offensive conducts to the market, albeit through the establishment of criminal types that are not always adequate. Therefore, this thesis questions which property is legally protected by crimes against the Capital Market, in relation to the necessary State criminal intervention, and which are the adequate criteria for the verification of the legitimacy of such intervention. In this context, beginning with the theory of property, developed by Hassemer, the asset interests of the investing public were identified as limiting material reference for the criminal intervention by the State.

KEYWORDS: The capital market – Personal theory of property – Criminal intervention by the State.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O bem jurídico nos crimes contra o mercado de capitais: 2.1 Tutela patrimonial dos investidores; 2.2 Tutela da igualdade entre os investidores; 2.3 Tutela da confiança dos investidores; 2.4 Tutela dos interesses da sociedade emissora dos valores mobiliários; 2.5 Tutela do correto funcionamento do mercado de valores mobiliários – 3. Conclusão – 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO[1]

A necessidade de efetiva proteção dos Mercados de Capitais é, atualmente, irrefutável. Tanto o desenvolvimento tecnológico como a livre circulação de capital em uma economia "globalizada"; expõem os mercados, e os investidores que neles mobilizam suas poupanças, a uma nova classe de riscos, mormente em face da possibilidade de aferição, em curto prazo, de ganhos de grande monta resultantes de atividades especulativas que nem sempre se limitam ao jogo de riscos inerente ao Mercado de Capitais.

É certo, também, que tais mercados são dotados de ineficiências intrínsecas que propiciam a prática de ilícitos, como a manipulação de mercado e o uso indevido de informação privilegiada.

Ocorre que nem sempre o controle administrativo se mostra suficientemente eficiente à prevenção e repressão de tais práticas ofensivas aos Mercados de Capitais, fato que, via de regra, implica utilização do direito penal para se alcançar referidos fins. Contudo, tal criminalização se mostra, no mais das vezes, dotada de um caráter simbólico; voltado à satisfação de anseios da opinião pública, refletindo um abandono dos preceitos garantistas do direito penal e resultando em mera normatização.

Dessa forma, cabe se fazer uma reflexão crítica acerca do bem jurídico tutelado nos crimes contra o Mercado de Capitais, ante a imprescindibilidade de um referente material dos tipos penais, sendo este o ponto central do presente estudo.

1. O presente artigo constitui a síntese da palestra proferida pelo autor durante o 15.º Seminário Internacional de Ciências Criminais.

2. O BEM JURÍDICO NOS CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS

2.1 Tutela patrimonial dos investidores

Cumpre destacar, em primeiro lugar, a corrente que estabelece o bem jurídico penalmente tutelado nos crimes contra o Mercado de Capitais como proteção aos interesses patrimoniais dos investidores.

Tal posicionamento é majoritariamente vigente no sistema norte-americano, berço das iniciativas de tutela do Mercado de Capitais e com forte influência nos modelos de regulação aplicados nos demais sistemas legais, como o europeu e o brasileiro.

São encontrados no sistema norte-americano dois enfoques distintos para a proteção do Mercado de Capitais, a saber, a *Teoria do Dever Fiduciário* (*Fiduciary Duty Teory*) e a *Teoria da Apropriação Indevida* (*Misappropriation Teory*).

Inicialmente, a regulação penal do Mercado de Capitais nos Estados Unidos teve como base a violação de regras de formação do próprio negócio, decorrente da Teoria das Circunstâncias Especiais (*Special Facts Teory*), baseada na obrigatoriedade de plena informação à contraparte quando a negociação estivesse baseada em uma informação privilegiada.[2] Trata-se, contudo, de regra muito mais afeita à boa-fé contratual, sem maiores repercussões na esfera penal, demonstrando, portanto, alcance muito restrito,[3] sendo superada a partir de 1934, com a edição da *Securities Exchange Act*, que por meio de sua seção 16(b), passou a definir a responsabilidade do *insider* para com a companhia emissora, delimitando seu âmbito de alcance aos acionistas detentores de mais de 10% do capital social, administradores e altos empregados das companhias emissoras dos valores mobiliários. Ainda assim, a punição estava restrita à devolução em favor da sociedade do lucro auferido em razão das operações.

2. Nesse sentido, o julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1909, no caso Strong vs. Repide. Disponível em: [http://supreme.justia.com]. Acesso em: 06.12.2008.
3. HERNÁNDEZ SAINZ, Esther. *El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*. Pamplona: Thomson, 2007, p. 215. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O novo regime de crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 45-46.

Tal regra, de início, passou a apresentar certas vulnerabilidades, posto que sua vinculação recaiu necessariamente sobre as partes negociantes – integrantes de uma relação normal de confiança – e em especial pessoas ligadas à sociedade emissora dos valores mobiliários negociados, via de regra, os detentores das informações relevantes. Desde logo, os tribunais norte-americanos passaram a lidar com situações em que os divulgadores da informação privilegiada nem sempre eram pessoas ligadas à sociedade emissora ou mesmo contraparte na negociação de valores, como, por exemplo, funcionário de uma gráfica onde se imprimiu o material confidencial.[4]

Esta situação começa a ser alterada por meio de relevante mudança de postura da SEC – Securities and Exchange Commission –, que passou a entender a prática do *insider trading* como fraude na negociação de valores mobiliários, editando a regra 10B-5, de forma a regulamentar a *Securities and Exchange Act* de 1934. O dispositivo em comento vem a consagrar a regra do *disclose or abstain*, vale dizer, ao detentor da informação privilegiada é dada apenas uma das seguintes alternativas, revelar a informação ou abster-se de negociar.

A primeira interpretação que se deu quanto ao objeto de tutela da regra 10B-5, foi no sentido de se proteger o patrimônio dos investidores, ante a quebra de um dever fiduciário dos administradores e altos funcionários das sociedades emissoras para com os investidores. Tal dever, segundo a norma em questão, passou a ser também extensivo a todos aqueles que, por alguma razão, tomaram conhecimento da informação com base em uma relação de confiança que os conecta com os investidores, como, por exemplo, auditores, advogados e consultores.

Ao longo do tempo, ganhou espaço na interpretação das cortes daquele país posicionamento favorável à Teoria da Apropriação Indevida (*Misappropriation Teory*), como uma tentativa da própria SEC em ampliar o espectro de alcance da vedação ao *insider trading* para além daqueles detentores de um dever de fidúcia para com os investidores.

Segundo tal teoria, aquele que utiliza de forma indevida a informação privilegiada se apropria indevidamente da informação em relação ao seu proprietário originário.[5] Alarga-se aqui o conceito de dever

4. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Op. cit., p. 47.

fiduciário, que se estabelece não apenas para com os investidores; mas também para com a fonte da informação privilegiada.[6] Este entendimento enfrentou diversas críticas, especialmente no tocante a uma exagerada ampliação do dever de confidencialidade, importando em um conceito de fraude para além do pretendido pela regra 10B-5. Ademais, segundo as críticas apontadas, ficariam impunes aqueles que obtiveram acesso à informação privilegiada por mera obra do acaso, ou mesmo aqueles sob os quais não recai qualquer dever de confidencialidade, como aquele que dolosamente intercepta a informação.[7] A teoria da apropriação indevida foi, ao longo do tempo, superada pela jurisprudência norte-americana, voltando a prevalecer naquele país a teoria do dever fiduciário, exclusivamente fundada na proteção dos investidores.

A concepção do dano patrimonial dos investidores como bem juridicamente protegido nos crimes contra o Mercado de Capitais encontrou guarida em diversos autores na Europa continental.[8]

No tocante à proposição dos interesses patrimoniais dos investidores como bem juridicamente protegido nos crimes contra o Mercado de Capitais, a doutrina aponta algumas críticas dignas de análise.

Em primeiro lugar, se sustenta que, na prática, existe grande dificuldade em se averiguar os efetivos danos causados aos investidores em decorrência de ações criminosas lesivas ao Mercado de Capitais.

O Mercado de Capitais tem suas negociações caracterizadas, via de regra, pela impessoalidade e anonimato entre as partes. Trata-se de verdadeiro jogo de "soma zero", onde uma das contrapartes sempre perde, dado que as cotações dos valores imobiliários são variáveis de acordo com a relação oferta e demanda. Decorre daí imensa dificuldade em se identificar os reais prejudicados. Não obstante, deve-se considerar a cada vez maior eficiência dos sistemas e meios de controle

5. Idem.
6. Hernández Sainz, Esther. Op. cit., p. 224-225.
7. Idem, p. 226-227.
8. Esther Hernández Sainz aponta como sendo essa basicamente a tomada de postura da doutrina alemã durante as décadas de 1970 e 1980, anos 70 e 80 (Idem, p. 213).

das bolsas de valores e órgãos reguladores, como é o caso da CVM brasileira.

Verifica-se, de igual sorte, grande dificuldade em se mensurar os efetivos prejuízos, haja vista, por exemplo, que as cotações nem sempre são influenciadas quando da divulgação de uma informação relevante, tratando-se de verdadeiro exercício de suposições. Existe, ademais, grande diferença entre pequenos e grandes investidores, não apenas quanto à capacidade econômica, mas também quanto ao acesso à informação e à motivação para a realização de negociações com valores mobiliários.[9] São, pois, diversos os fatores que determinam a formação do preço dos valores mobiliários, havendo substancial dificuldade em se aferir concretamente quais os reais prejudicados e em qual monta.

Tome-se como exemplo uma operação de compra de ações por pessoa que, dispondo de informação relevante ainda não divulgada ao mercado, adquire ações em bolsa de valores. Dias após a divulgação da informação relevante, o preço dos papéis sofre forte movimento de

9. Conforme aponta Esther Hernández Sainz: "(...) la fundamentación de la figura en la lesión de los intereses de los inversores se enfrenta a un escollo insalvable que es la inexistencia de un daño patrimonial, directo y cuantificable causado por los iniciados a quienes participan en los mercados de valores. Para que los daños patrimoniales a los inversores constituyan el fundamento de la prohibición es imprescindible demostrar que la conducta de los iniciados causa daños efectivos a los inversores. Como veremos tales daños causados por el iniciado no existen con carácter general. (...) En un mercado impersonal y anónimo como los mercados de valores actuales, esta argumentación es insostenible por varias razones evidentes. La fundamental es que no existe una relación causal entre las posibles pérdidas o el lucro cesante que experimentan los inversores y la negociación llevada a cabo por el iniciado, pues la operación de éste no es la causa de la decisión del inversor de comprar o vender valores, ni tampoco del precio al que negociaron. (...) sólo en raras ocasiones las negociaciones de los iniciados provocan movimientos en la cotización. (...) Tampoco quienes negociaron en el mismo sentido que el iniciado sufren prejuicio alguno por las negociaciones de éste, puesto que no les une ningún vínculo contractual, ni las transacciones de quine posee información privilegiada influyen en forma alguna en las decisiones adoptadas por quien no la posee" (Op. cit., p. 228-233).

alta. De início, soa óbvio que o vendedor ou vendedores das ações para o *insider* teriam sofrido prejuízo, posto que se soubessem da existência de tal informação relevante, não teriam vendido os papéis. Tal afirmação é, contudo, relativamente verdadeira. Consoante já esposado, muitos são os fatores que determinam a decisão de vender ou comprar valores mobiliários. Não se pode ignorar que existe grande discrepância – não apenas econômica – entre os níveis de investidores. Desse modo, para a determinação dos reais prejudicados, seria necessário se averiguar não apenas a identidade de todos aqueles que negociaram com o *insider*, como também quais as motivações que os levaram a se desfazer dos papéis. Isso porque a venda pode ter sido determinada por uma série de influências decorrentes do acompanhamento das estatísticas ou notícias do mercado, como também por uma simples vontade desacompanhada de qualquer influência externa.

Não se pode olvidar, por outro lado, que nem todos os investidores têm acesso à totalidade das informações relativas ao mercado. Assim, considerando a hipótese do parágrafo anterior, mesmo que divulgada a informação relevante, uma pessoa que não a conhecia poderia ter vendido as ações antes que os papéis sofressem considerável alta.

Alguns autores apontam também que o alcance de proteção penal do Mercado de Capitais é mais amplo, não podendo se limitar apenas à proteção patrimonial do investidor.[10]

Objeção feita à definição do interesse patrimonial dos investidores como bem juridicamente tutelado, reside, como faz Patrícia Faraldo Cabana, no argumento de que a adoção de tipos de perigo abstrato afastaria tal possibilidade,[11] com o que não se pode concordar, tendo em vista a formulação adotada pela teoria pessoal do bem jurídico, que, consoante visto em apartado anterior, comporta uma criminalização pela via dos crimes de perigo abstrato.

Cumpre, dessa forma, ressalvar que diante da formulação de bem jurídico defendida, a lesão patrimonial dos investidores, ainda que mediata, resulta em importante papel para determinação do objeto de tutela, não podendo, portanto, ser afastada completamente.[12]

2.2 Tutela da igualdade entre os investidores

Outro posicionamento sustentado por parte da doutrina, centrando-se foco ainda em uma pretensa proteção aos investidores, reside na identificação do bem jurídico como a garantia de igualdade entre investidores.

Tal posicionamento não parece de todo equivocado, sendo relevante, todavia, uma correta delimitação do alcance do termo *igualdade entre os investidores*.[13]

10. "El fundamento de la prohibición reside en la protección de un bien de caráter colectivo cual es la integridad de los mercados de valores, cuya defensa actúa como barrera ante la producción de otros daños más tangenciales como pudiera ser un hipotético daño patrimonial concreto a uno o varios inversores." (HERNÁNDEZ SAINZ, Esther. Op. cit., p. 234) "Para resumirlo de una forma adecuada, se podría decir que queda claro que el patrimonio es parte del bien jurídico protegido, pues se sancionan sus quebrantos, pero que ello no implica que no haya otros bienes jurídicos protegidos, por lo que se podrían eventualmente sancionar conductas que no conllevan un beneficio económico por más que esto no se haya hecho – o se haya hecho en contadíssimas ocasiones en otros países – hasta la fecha". (MONROY ANTÓN, Antonio J. *El delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores*. Madrid Dijusa, 2006, p. 141). "(...) é difícil identificar o bem jurídico tutelado pelo crime de abuso de informação com meros interesses individuais. Entender que a incriminação visa tutelar o patrimônio da contraparte que negocia com o *insider* constitui uma limitação considerável ao sentido axiológico da incriminação, pois ignora os efeitos lesivos dessa prática no próprio funcionamento do mercado de valores mobiliários" (PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, op. cit., p. 66).
11. FARALDO CABANA, Patrícia. Algunos aspectos de uso de información privilegiada en el mercado de valores y el proyecto de Código Penal de 1994. *Estudios penales y criminologicos* XVIII. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e Intercambios de la Universidade de Santiago de Compostela, 1995, p. 62.
12. Vale apontar o posicionamento de Miguel Bajo Fernandéz, para quem esse tipo de delito deve importar dano ao patrimônio, ainda que globalmente considerado, ou em forma de elementos individualizados, como a propriedade, a posse, direitos reais ou direitos de crédito. *Compendio de derecho penal: parte especial*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1998. vol. 2, p. 341.

Consoante se depreende das características próprias do Mercado de Capitais, estudadas anteriormente, é absolutamente impossível se admitir uma estrita igualdade entre os investidores participantes do mercado.

O livre acesso à participação no mercado, uma de suas características mais relevantes, *per si*, elimina a possibilidade de igualdade entre todos os investidores. Efetivamente inexiste termo de comparação entre grandes conglomerados investidores e os aplicadores individuais, pessoas físicas que fazem de seus investimentos em bolsa uma forma de poupança.

Não apenas a formatação da personalidade jurídica dos investidores define a natureza desigual entre os participantes do Mercado de Capitais, mas também a sua capacidade econômico-financeira, sua formação qualificada, o entendimento acerca do funcionamento do mercado e o acesso às bases estatísticas.

Tal igualdade irrestrita, não pode sequer ser pretendida como uma isonomia de informação. Nesse sentido, um investidor que desempenhe relevante papel em um importante setor da economia, como, por exemplo, a siderurgia, certamente terá uma compreensão muito maior acerca de determinado cenário do que um mero investidor particular.[14]

Resta claro, portanto, que pretender uma absoluta igualdade entre investidores no Mercado de Capitais é absolutamente inatingível.[15]

13. Nesse sentido, vale transcrever a lição de Esther Hernández Sainz: "El principio de igualdad de los inversores admite dos interpretaciones. En una concepción muy amplia, la prohibición del uso de información privilegiada sería un mecanismo dirigido a garantizar que todos los inversores tuviesen el mismo grado de información al operar en los mercados de valores. Entendido así, es un principio irrealizable en la práctica, dadas las diferencias de medios y conocimientos que existen entre las distintas clases de inversores. (...) En una concepción más estricta – que es la seguida mayoritariamente en Europa –, el objetivo que garantiza la prohibición de los abusos de información privilegiada no es la paridad de conocimientos, sino la igualdad en el acceso a la información. (...) El objetivo no es una igualdad de situación, sino una simple igualdad de oportunidades (Op. cit., p. 257-258).

Tal diferença não justifica, contudo, a prática de ilícitos como o uso de informação privilegiada.[16]

Diante do exposto, o que se deve pretender é a tutela de uma igualdade no acesso à informação entre os investidores, garantindo-se, dessa forma, uma justa igualdade de oportunidades na participação no Mercado de Capitais.[17]

Essa é justamente a posição recomendada pela Diretiva 2003/6/CE, que elenca dentre seus princípios, como função precípua dos meios de comunicação, permitirem "uma maior igualdade no acesso às informações financeiras entre os profissionais dos mercados financeiros e os investidores particulares",[18] e estabelece ainda a "necessidade de proporcionar aos investidores uma ampla gama de inversões competitivas e um nível de informação e proteção na medida de suas circunstâncias" e "necessidade de situar em pé de igualdade todos os participantes".[19]

A jurisprudência norte-americana, em julgamento proferido pelo Tribunal de Apelações do Segundo Circuito, no caso SEC *vs.* Texas Gulf Sulphur Co.,[20] firmou entendimento que vai ao encontro do pensamento ora esposado, ao estabelecer como finalidade da proibição ao uso de informação privilegiada, a garantia de que todos os investidores nos mercados despersonalizados tenham acesso em condições de igualdade à informação relevante.

Monroy Antón, citando Arroyo Zapatero, afirma que a proteção do investidor, no sentido de garantir a igualdade de oportunidades em risco mediante a defesa da transparência do mercado, vale dizer,

14. Como afirma Otávio Yazbek: "(...) essas informações não estão sempre disponíveis a todos os agentes. Nos mercados concretos surgem situações diversas de assimetria informacional, em que tais agentes dispõem de dados distintos, tanto sob aspecto quantitativo, quanto sob o aspecto qualitativo. Além disso, eles podem dispor, também de fontes que lhe permitam o acesso privilegiado a informações. (...) A sua existência pode, na verdade, trazer uma série de possíveis distorções aos mercados, não apenas por sabotar, de pronto, a presunção de plena informação que serve de pano de fundo para a análise do equilíbrio, mas também pela sua capacidade de gerar outros efeitos, mais concretos" (*Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 42-43).

garantindo uma base informativa completa e veraz, constitui um pressuposto imprescindível para o correto funcionamento do mercado.[21]

Nesse sentido tem importante papel a regra do *abstain or disclose*, segundo a qual o detentor de uma informação privilegiada, para realizar qualquer negociação com valores mobiliários, deverá, obrigatoriamente, revelá-la, ou então abster-se de negociar.

15. Nesse sentido, Luis Ramón Ruiz Rodríguez, citando Stratenwerth: "Tal como apunta Stratenwerth, tampoco el criterio de la igualdad delimita el ámbito de protección, ya que la desigualdad real de los inversores en el mercado de valores es un elemento casi connatural a la existencia del mismo (...). (*Protección penal del mercado de valores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 327). Vale também transcrever o posicionamento de José de Faria Costa e Maria Elisabete Ramos: "O núcleo do bem jurídico que se quer defender prende-se, de modo inescapável, com a ideia de que a proibição penal do *insider trading* visa garantir que o mercado de valores mobiliários se paute pelas regras de mercado. A punição dos comportamentos delituosos próprios do abuso de informação não se confirma, por isso, na tutela da igualdade dos investidores em termos informativos, no *equal floating*. Direccionar o crime de abuso de informação no sentido da tutela exclusiva da igualdade entre os investidores ignoraria que a disparidade informativa entre os agentes que procuram o mercado de valores mobiliários constitui uma característica inelimitável deste universo e, além disso, um pressuposto de sua própria eficiência. (...) Perspectivar o crime de abuso de informação a partir da igualdade de informação entre investidores, em vez de promover um mercado eficiente e atractivo, levaria a que se inibisse indiscriminadamente o uso de qualquer assimetria informativa. Mais. Essa compreensão, além de não aderir à realidade dos mercados de valores mobiliários, não teria a ductilidade suficiente para conseguir o adequado enquadramento de concretas situações em que o *plus* informacional de que o agente beneficia não se encontra abrangido pelas margens de punibilidade próprias do crime de abuso de informação" (Costa, José de Faria; Ramos, Maria Elisabete. *O crime de abuso de informação privilegiada* (insider trading) – *a informação enquanto problema jurídico-penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, p. 38-39).
16. Conforme assevera Frederico de Lacerda da Costa Pinto: "Desequilíbrios desta natureza só são aceites num sistema liberal enquanto expressão de um mérito próprio, no caso concreto na obtenção e análise da informação económica que suporta as decisões racionais de investimento" (Op. cit., p. 68).

Esther Hernández Sainz, ao tratar do crime de uso de informação privilegiada, aponta em sentido contrário, ao afirmar que a *ratio* do bem jurídico[22] não é evitar uma lesão de igualdade – objetivo moralizador do mercado, mas não a essência de sua tutela – consistindo o desvalor na utilização da informação relevante em benefício próprio, e não na forma de acesso à informação. E vai além, ao propor como bem juridicamente protegido no tipo penal de uso de informação privilegiada, a concorrência leal nos mercados de valores mobiliários

17. Monroy Antón, citando Gómez Iñiesta, afirma que: "La teoría de igualdad de oportunidades consiste em que 'el inversor ha de saber que en la realización de sus actividades y operaciones en el mercado todos tienen las mismas posibilidades y que ningún inversor va a obtener ventajas extraordinarias' " (Gómez Iñiesta, D. J. La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores, p. 269 apud Monroy Antón. Op. cit., p. 142). E prossegue: "Por supuesto, esta creencia del inversor debe referirse a un derecho a la información y, por consiguiente, a una obligación de abstenerse de realizar operaciones para aquéllos que cuenten con información privilegiada. En ningún caso, por tanto, debe entenderse como un derecho de igualdad absoluta de trato en otros aspectos como comisiones, acceso a informaciones elaboradas por sociedades de valores para clientes con cierto volumen transacional, rapidez en el acceso a la información una vez hecha pública etc., pues el mercado de valores es un mercado de competencia y, como tal, ha de tener presentes estas diferencias" (Idem, p. 142).
18. Diretiva 2003/6/CE, Considerando 25.
19. Idem, 43.
20. SEC *vs.* Texas Gulf Sulphur Co., 401 F.2d 833 (2d. Cir. 1968).
21. Trad. livre: "(...) la protección del inversor, en el sentido de garantizar la igualdad de oportunidades en el riesgo mediante la defensa de la transparencia del mercado, es decir, garantizando una base informativa completa y veraz, constituye un presupuesto imprescindible para el correcto funcionamiento del mercado" (Arroyo Zapatero, L. *El abuso de información privilegiada en el derecho español. Hacia un derecho penal económico europeo*. Madrid, 1992 apud Monroy Antón. Op. cit., p. 143).
22. Cabe aqui uma ressalva quanto ao termo " *ratio* do bem jurídico". Consoante exposto anteriormente, o bem jurídico cumpre função de conferir um limite material à incriminação de determinada conduta, serve, pois, como limitador da intervenção penal, e não como justificador desta. Acerca do tema, vide Moccia, Sergio. Dalla tutela di beni allá tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2. Milão: Giuffrè, 1995.

como forma de vedar o abuso injustificado das ineficiências intrínsecas do mercado.[23]

Segundo a proposta desenvolvida pela autora, é impossível que o Mercado de Capitais seja plenamente transparente, até mesmo em razão da desigualdade inerente aos investidores. Dessa forma, o uso de informação privilegiada, por constituir uma exploração das ineficiências intrínsecas ao mercado acaba por representar uma forma de concorrência desleal.[24]

O comportamento dos participantes de qualquer mercado deve ser pautado pela boa-fé objetiva, e o desvalor da conduta não está na existência de uma vantagem cognoscível, que, *per si*, não é injusta, mas sim no abuso da situação de ineficiência temporal do mercado.[25]

Nessa mesma esteira de entendimento, como já verificado, José de Faria Costa e Maria Elisabete Ramos apontam para um bem jurídico polifacetado, heterogêneo, representado pela garantia da livre concorrência, que nada mais é, para os autores portugueses, do que uma conjugação entre a confiança e a igualdade dos investidores.[26]

Frederico de Lacerda da Costa Pinto, por sua vez, apresenta proposta semelhante quanto à justificação da criminalização do *insider trading*, ao conceituar o bem jurídico como sendo a "proteção da função pública da informação enquanto justo critério de distribuição do risco do negócio" no mercado de valores mobiliários. Segundo o autor, quem se utiliza indevidamente de uma informação privilegiada

23. "En nuestra opinión, la prohibición del uso de informaciones privilegiadas no tiene fundamento en la lesión de igualdad de oportunidades de los inversores. Esta tesis representa una utopía con una cierta carga demagógica y en consecuencia engañosa. El principio de igualdad de oportunidades es más bien una tendencia del todo ideal, un objetivo moralizador del mercado de valores, pero no constituye la ratio de la normativa *anti-insider*. (...) La nota de desvalor en esta figura no proviene de cómo se haya accedido a la información, sino el hecho de utilizar en beneficio propio esa ventaja informativa, aprovechando una situación de ausencia de plena transparencia" (Hernadéz Sainz. Op. cit., p. 259-261).
24. Idem, p. 280-281. No mesmo sentido: Prieto Del Pino, Ana María. *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Navarra: Arazandi, 2004, p. 198-201.
25. Hernadéz Sainz. Op. cit., p. 283.

"não agride apenas a igualdade entre os investidores, antes subverte as condições de regular funcionamento do mercado e coloca em perigo os seus níveis de eficiência".[27]

2.3 Tutela da confiança dos investidores

Ao se avançar na análise do bem juridicamente tutelado, ainda sob um enfoque direcionado à tutela dos interesses dos investidores, verifica-se uma corrente que toma o bem jurídico como sendo a confiança destes no regular funcionamento do mercado.

Marco fundamental para o desenvolvimento de tal posição na Europa, a Diretiva Comunitária 89/592/CEE,[28] que tratou sobre a coordenação das normativas relativas às operações com informação privilegiada, em sua exposição prévia de motivos, assim dispôs: "Considerando que o bom funcionamento do mercado em questão depende em grande medida da confiança que inspire aos investidores".[29]

26. "(...) a infração existe não para proteger o direito daquela concreta pessoa a comprar os bens a um preço justo e não especulativo, mas antes para proteger o bem jurídico supraindividual expresso no valor que a livre concorrência de mercado apresenta. As pessoas atingidas por uma transação bolsista baseada em informação privilegiada não são só, nem de perto nem de longe, os acionistas da empresa sobre a qual gira a questão, mas antes todo o universo de investidores, efectivo e potencial, que procura o mercado de valores mobiliários. (...) A incriminação do abuso de informação pretende, por um lado, tutelar a confiança dos investidores no correcto funcionamento do mercado e, por outro, proteger a decisão econômica individual no sentido de que esta seja tomada em situação de igualdade de informação para todos os potenciais intervenientes no mercado. Criando-se, assim, as condições de livre concorrência entre os investidores. A norma incriminadora do abuso de informação visa tutelar um bem jurídico mais do que poliédrico, heterogêneo. Heterogeneidadè que ressalta da sua diferenciada composição: confiança e igualdade dos investidores" (Op. cit., p. 37-38).
27. "As normas do abuso de informação punem uma situação de distorção da livre concorrência por assimetria quanto à posse e uso de informações relevantes. A justa distribuição do risco negocial próprio do investimento no mercado de valores mobiliários pressupõe uma situação de paridade informativa básica e padronizada (pelas regras legais da *full disclosure*) face ao bem econômico que permite tomar decisões racionais de investimento (a informação) (Op. cit., p. 67).

Tal posicionamento foi em parte corroborado pela Diretiva 2003/6/CE, ao apontar a confiança como um dos valores a serem tutelados:

"O bom funcionamento dos mercados dos valores mobiliários e a confiança do público nos mesmos mercados são uma condição essencial do crescimento econômico e da prosperidade. As situações de abuso de mercado prejudicam a integridade dos mercados financeiros e a confiança do público nos valores mobiliários e instrumentos derivados." [30]

Pois bem, o alcance dessa confiança plena dos investidores no mercado de valores mobiliários parece um objetivo por deveras utópico, ainda que não possa ser ignorado. A própria desigualdade entre investidores – fator intrínseco ao mercado –, como, por exemplo, no acesso à informação, há de gerar margens a desconfianças.

Por outro lado, alcançar a confiança dos investidores no mercado é algo muito mais relacionado com os efeitos gerados por uma eficiente regulação do que com os fundamentos da tutela penal ou

28. Tal orientação chegou a ter grande influência, especialmente no tocante à doutrina espanhola: Arroyo Zapatero, Luis. *El abuso de información privilegiada en el Derecho español. Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid, 1992 apud Monroy Antón. Op. cit., p. 159. Faraldo Cabana, Patricia. Op. cit., p. 61. Gómes Iñiesta, Diego J. *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*. Barcelona: McGraw Hill, 1997, p. 292. Calderón Susín, Eduardo. El abuso de información privilegiada en el mercado de valores. *Cuadernos de Derecho Judicial* 20/209-260. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 230.
29. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu]. Acesso em: 08.01.2009.
30. Considerando n. 2. Em semelhante sentido, o considerando n. 12: "O abuso de mercado abrange o abuso de informação privilegiada e a manipulação de mercado, O objectivo da legislação contra o abuso de informação privilegiada é o mesmo da legislação contra a manipulação de mercado: garantir a integridade dos mercados financeiros comunitários e promover a confiança dos investidores nos mesmos. Por conseguinte, é aconselhável adoptar regras conjuntas para combater tanto o abuso de informação privilegiada como a manipulação de mercado. Uma directiva única garantirá o mesmo enquadramento em toda a Comunidade para a atribuição de responsabilidades, aplicação da legislação e cooperação".

mesmo administrativa.[31] Sob tal aspecto, aliás, resta claro que tanto uma regulação administrativa adequada, como a garantia de igualdade de oportunidades entre os investidores e, em última análise, o correto funcionamento do mercado são capazes de proporcionar a confiança pretendida.[32]

A experiência demonstra que nos casos em que tenha ocorrido manipulação de mercado ou uso indevido de informação privilegiada, a quebra de confiança recai muito mais sobre as sociedades emissoras dos valores mobiliários do que sobre o mercado como um todo.

A adoção da confiança como bem juridicamente protegido, sem sombra de dúvida, traria margem a uma criminalização fundada exclusivamente em tipos de perigo abstrato,[33] cuja adoção inspira, conforme já visto, demasiada cautela. Ademais, tutelar a confiança enquanto bem jurídico afasta, sobremaneira, o objeto da proteção penal do referencial antropocêntrico vinculado à dignidade humana, acarretando uma indesejável subjetivação do direito penal.

31. Na mesma esteira de entendimento: PRIETO DEL PINO, Ana María (Op. cit., p. 196-197); MONROY ANTÓN, Antonio J. (Op. cit., p. 153).
32. Nesse sentido, Esther Hernández Sainz: "El refuerzo de la confianza de los inversores no puede ser presentado como el fundamento de la represión del disfrute en bolsa de informaciones privilegiadas, dado que eso supone confundir la causa de la incriminación con sus teóricos efectos. La pérdida de confianza se produce porque se percibe que esas conductas causan un daño, luego es la eliminación o minimación de ese daño lo que constituye el fundamento jurídico de la prohibición y no la pérdida o el incremento de la confianza de los inversores, que será el efecto de una política permisiva o prohibitiva de las conductas que causan tales daños" (Op. cit., p. 265). Em idêntico sentido MONROY ANTÓN, Antonio J. (Op. cit., p. 162).
33. Consoante apregoa Monroy Antón: "Si el bien jurídico fuese la confianza de los inversores, se sancionaría tanto la conducta que obtiene finalmente beneficios como la que no lo hace, ya que parece claro que la confianza del inversor en el sistema se resentiría, en todo caso, por el mero hecho de saber que alguien tiene acceso a la información antes que él y puede operar con ciertas venajas (...)" (Op. cit., p. 162).

2.4 Tutela dos interesses da sociedade emissora dos valores mobiliários

Por outro lado, alguns posicionamentos doutrinários defendem como bem juridicamente protegido os interesses das sociedades emissoras de valores mobiliários, especialmente na Suíça, país no qual prevalece o entendimento de que a criminalização do *insider trading* objetiva proteger, em primeiro lugar, a igualdade de oportunidades dos investidores no mercado, e, em segundo plano, os interesses da empresa emissora, em decorrência de um dever de lealdade que vincula o *insider* – assim considerado aquele que de forma direta ou indireta mantém uma relação de fidúcia com a sociedade emissora – empresa.[34]

Tanto assim, que perante a legislação suíça os *insiders* que tenham dever de lealdade para com a empresa emissora estão sujeitos a uma pena maior do que aqueles livres de tal vinculação. Note-se, ainda, que essa segunda categoria somente estará sujeita a uma responsabilização de cunho penal quando a prática do crime se der em concurso – necessário – com *insiders* vinculados à sociedade por meio de um dever de fidúcia.[35]

Essa teoria foi desenvolvida a partir do sistema de proteção norte-americano, todo fundamentado na garantia de um dever de lealdade, de início vinculando apenas os acionistas, administradores e altos funcionários (*fiduciary theory*), e cujo alcance foi posteriormente alargado (*misappropriation theory*). Importante ressalva cabe aqui, posto que, não obstante tratar-se de teoria desenvolvida a partir do sistema criado nos Estados Unidos, o enfoque suíço recai sobre um dever de

34. PRIETO DEL PINO, Ana María. Op. cit., p. 185. Sobre o tema: "En la actualidad esta perspectiva societaria de los abusos de información privilegiada está superada, puesto que la figura se regula en la normativa del mercado de valores y tiene un ámbito subjetivo muy amplio, que supera con creces el marco societario. El art. 81 LMV considera iniciados a cualesquiera sujetos y no sólo a los administradores o altos cargos societarios. Se hace evidente que los intereses protegidos por el art. 81 LMV necesariamente van más allá del ámbito societario, para situarse en la defensa de intereses colectivos como la integridad del mercado" (HERNÁNDEZ SAINZ, Esther. Op. cit., p. 236).

35. PRIETO DEL PINO, Ana María. Op. cit.

lealdade do sujeito para com a empresa, enquanto que o norte-americano se dá para com a tutela dos investidores.[36]

Contudo, essa não também parece a saída mais adequada, na medida em que os interesses a serem protegidos no mercado de capitais vão, evidentemente, muito além dos interesses das companhias que lançam seus papéis no mercado como forma de captação de recursos.

Admitir como bem juridicamente tutelado apenas os interesses das companhias emissoras seria, no mínimo, ignorar a relevância do papel desempenhado pelos investidores que, com seus recursos, financiam as companhias emissoras por meio da aquisição dos valores mobiliários.

Tomando-se como exemplo a questão das informações relevantes, quer com o seu uso de forma privilegiada, quer a divulgação de forma manipulada, com o intuito de alterar artificialmente a cotação dos papéis negociáveis em mercado, parece claro que não se trata de um bem da própria sociedade; mas sim de um bem público.

Ademais, a experiência mostra que os delitos perpetrados contra o mercado de capitais muito pouco, ou quase nada, afetam o valor das cotações dos papéis negociados em mercado.[37] Quando muito, resta abalada a credibilidade das companhias emissoras, havendo, sem dúvida alguma, meios outros, que não a intervenção penal, para a tutela e reparação dos interesses das sociedades emissoras.

A adoção da teoria ora esposada, por outro lado, traz à baila outro ponto de importante reflexão, pois a tutela penal dos Mercados de Capitais, embasada somente na quebra de um dever de lealdade para com a sociedade emissora restringiria as possibilidades quanto à definição dos sujeitos ativos do crime, deixando de lado aquelas pessoas que não possuem qualquer dever de lealdade, seja direta ou indiretamente, com a empresa.[38]

Ressalve-se, quanto a este aspecto, que os deveres de lealdade dos administradores para com as sociedades são usualmente objeto de proteção penal, tal como ocorre em nossa legislação, com os crimes violação de segredo profissional e de fraudes e abusos na administração de sociedade por ações.[39]

36. Idem, p. 184.

Nesse diapasão, consoante afirma Frederico de Lacerda da Costa Pinto, relativamente ao crime de *insider trading*, os interesses da empresa, enquanto eventual ofendido, já são protegidos por via das incriminações que visam tutelar os segredos patrimoniais ou industriais, "sendo uma repetição inútil integrar esse objeto de tutela na incriminação do abuso de informação, e vai além, ao considerar que tais aspectos podem ser dogmaticamente considerados como consequências mais ou menos remotas das práticas ilícitas, mas não necessariamente efeitos lesivos sobre o bem jurídico".[40]

2.5 Tutela do correto funcionamento do mercado de valores mobiliários

Resultante da insuficiência de argumentos que justifiquem tão somente os interesses patrimoniais dos investidores como bem juridicamente protegido, procurou-se, por meio da formulação da teoria de proteção do correto funcionamento do Mercado de Capitais, conjugar

37. "También la jurisprudencia norteamericana demuestra en algunos de sus casos la insuficiencia, por no decir la invalidez absoluta, de esta teoría. En el caso U.S. contra Carpenter se presentaba a un reportero del Wall Street Journal, Foster Winans, que gozaba de gran prestigio entre los inversores y que, con sus artículos, titulados como 'Oído en la calle', llegaba a afectar al precio de los valores sobre los que escribía. Este reportero contactó con dos empleados de una casa de Bolsa, haciéndoles saber el contenido de sus artículos antes da la publicación, con lo que estos generaron amplios beneficios en cortos períodos de tiempo. A pesar de que la sentencia condenatoria se basó en que la información transmitida no era de propiedad del reportero, sino del periódico, concluyendo que había un deber de lealtad que aquél había incumplido, los procesados, con total razón, alegaron el absurdo que suponía castigar a un empleado por actos que – supuestamente y según la sentencia – su empresa podía cometer con total impunidad. Ello demuestra que los intereses de la empresa no deben ser el bien jurídico protegido en el delito de iniciados. Para resumir este apartado, hay que señalar que el mercado tiende a interpretar que el aprovechamiento en beneficio propio de la información privilegiada lo hace una persona concreta, y que para nada tiene que ver la conducta de dicha persona con la marcha de la sociedad. (...) La difusión en prensa de casos de posibles delitos de información privilegiada no ha afectado en absoluto la cotización de las empresas, ni siquiera en el corto prazo. (...) Por tanto, esta teoría debe ser desechada como integrante del bien jurídico protegido en el delito estudiado" (MONROY ANTÓN. Op. cit., p. 148-150).

a tutela penal dos interesses dos indivíduos, com os dos outros atores do mercado, como as sociedades emissoras. Tal enfoque, como observa Ana María Pietro Del Pino, encontrou guarida majoritária na doutrina espanhola,[41] fenômeno verificado também junto à doutrina brasileira.[42]

Inequívoco que o correto e adequado funcionamento do Mercado de Capitais constitui, nos dias atuais, peça fundamental dos sistemas econômicos. Tal entendimento resta claro quando da leitura dos Considerandos Preambulares da Diretiva 2003/6/CE, do Parlamento Europeu: "A criação de um mercado financeiro integrado e eficiente pressupõe que seja garantida a integridade do mercado".[43]

Conforme aponta Monroy Antón, a *teoria do correto funcionamento do mercado de valores mobiliários* tem sustentáculo em três pilares: a proteção dos investidores, a igualdade entre estes e a transparência das informações.[44]

No tocante à proteção patrimonial dos investidores, não se nega que tenha relevância penal; questionando-se apenas, se é suficientemente segura como interesse legitimamente carecedor de tutela penal.

A igualdade dos investidores, por seu turno, se devidamente conceituada como uma igualdade de oportunidades, de igual sorte

38. "De admitirse que el fundamento de la prohibición reside exclusivamente en la protección de los intereses de la sociedad se restringiría notablemente su ámbito operativo. Sólo podría impedirse la utilización de información privilegiada a quienes tuviesen un deber de lealtad frente a la sociedad y, sin embargo, en la práctica personas extrañas a la organización de la misma cometen abusos de información privilegiada. (...) El fundamento de la prohibición contenida en el art. 81 LMV reside en la protección del interés colectivo en la integridad del mercado de valores, aunque esa prohibición también sirva indirectamente para la protección de los intereses de las sociedades cotizadas. Ciertos supuestos de abuso de información privilegiada de carácter interno, son susceptibles de provocar un daño a la sociedad, por lo que es muy positivo que, junto a la imposición de una sanción administrativa, por el daño causado al mercado; pueda interponerse contra ellos la acción social de responsabilidad al objeto de que la sociedad se resarza de los daños que se le causaron" (HERNÁNDEZ SAINZ, op. cit., p. 245-246).
39. Respectivamente, arts. 154 e 177 do CP.
40. Op. cit., p. 66.

parece, ao menos a *priori*, estar dotada de relevância para que se pugne por sua tutela sancionatória.

Resta, contudo, saber se a transparência das informações configura pressuposto suficientemente digno de proteção pela via da intervenção penal do Estado, tese que não parece prosperar.

Entende-se por transparência de informações a garantia de divulgação de todas as informações relevantes por parte das empresas que têm valores mobiliários custodiados em Mercado de Capitais. Tal

41. " RODRÍGUEZ MOURULLO, G. La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores ante el derecho penal. *Poder Judicial* IX, 1988, p. 247; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. El abuso de información privilegiada (...). Op. cit., p. 140-142, si bien este autor considera que el bien jurídico protegido por el delito de inciados debe combinar el aspecto supraindividual relativo al correcto funcionamiento del mercado de valores con los intereses particulares de los inversores; TERRADILLOS BASOCO, J. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995, p. 191, quien también incide en la tutela de los inversores; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestión de patrimonios)*. p. 330-331; GONZÁLEZ RUS, J. J. Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992. *Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 183; HERNÁNDEZ, SAINZ, E. *La nueva regulación penal de los abusos de información privilegiada*. Op. cit., p. 188; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. El "insider trading", en ADPCP, 1993, p. 1034; MARTÍNEZ-BUJ'NA PÉREZ, C. Comentario al artículo 285 del Código Penal. In: VIVES ANTÓN (coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 1382-1383; SÁNCHES-CALERO GUILARTE, J.; TAPIA HERMIDA, A.J. *El abuso de información privilegiada*. Op. cit. p. 769; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho penal español: parte especial*. 3. ed. conforme al Código Penal de 1995. *Delitos contra los intereses individuales y coletivos*. Barcelona: Bosch, 1996; BAJO, M.; BACIGALUPO, S. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 523-524; MORENO CÁNOVES, A.; RUIZ MARCO, F. *Delito socioeconómicos. Comentarios a los arts.* 262, 270 a 310 *del nuevo Código Penal (concordados y con jurisprudencia)* Edijus, 1996, p. 205 a 210; v., asimismo, MARTIN PALLÍN, J. A. Uso de información relevante para la cotización en mercado de valores. VV AA: *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado de valores y los consumidores* (dir. B. Del Rosal Blasco). Madrid: CGPJ, 1997, p. 157" (Op. cit., nota 212, p. 197).

interesse, todavia, se protege por meio da regra do *disclosure*, – pressuposto de funcionamento do mercado – e não pela via da criminalização.

Nesse sentido, o preciso posicionamento de Esther Hernández Sainz, ao tratar do crime de uso indevido de informação privilegiada:

"A proibição do uso indevido de informação privilegiada não garante a transparência, porque não implica, per si, em um incremento dos níveis informativos do mercado, o que se consegue, pelo contrário, com a obrigação de difusão imediata de toda informação relevante. (...) A proibição do uso de informação privilegiada não tem como objetivo direto a salvaguarda da transparência, ainda que, tangencialmente, colabore para sua consecução. Assim, com a proibição se incentiva o uso dos canais oficiais de divulgação da informação (...). Se esse fosse o fundamento da proibição, deveria restringir-se seu âmbito subjetivo apenas àqueles que têm poder de decisão ou influência no processo de divulgação da informação. A transparência se protege mediante a obrigação de difusão da informação relevante, e não por meio da proibição do *insider trading*." [45]

42. CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 530 e ss. PAULA, Áureo Natal de. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e o mercado de capitais*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 11 e ss. DE SANCTIS, Fausto Martins. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millenium, 2003, p. 99.
43. Considerando n. 2, 1.ª parte.
44. Op. cit., p. 151 e ss.
45. Trad. livre. No original: "La prohibición del *insider trading* no garantiza la transparencia, por que no implica per se un incremento de los niveles informativos de mercado que se consigue, por el contrario, con la obligación de difusión inmediata de toda información relevante. (...) La prohibición del uso de información privilegiada no tiene como objetivo directo la salvaguarda de la transparencia, aunque tangencialmente coadyuve a intermediarla. Así, con la prohibición se incentiva el uso de los canales oficiales de divulgación de la información (...). Sí ése fuse el fundamento de la prohibición debería restringirse su ámbito subjetivo tan sólo a quienes tienen poder de decisión o influencia en el proceso de divulgación de la información. La transparencia se protege mediante la obligación de difusión de la información relevante y no mediante la prohibición del *insider trading*" (Op. cit., p. 250-251).

Em sentido contrário, especificamente com relação ao crime de manipulação de mercado, Frederico de Lacerda da Costa Pinto observa:

"(...) as práticas ilícitas previstas no tipo de crime são lesivas dos pressupostos de regular funcionamento de um sector do sistema financeiro, o mercado de valores mobiliários, através do qual se prosseguem finalidades econômicas do Estado, nomeadamente, o encontro entre as poupanças das famílias e a necessidade de financiamento das empresas (cf. art. 101.º da Constituição). Mais concretamente, a norma tutela a regularidade e eficiência do mercado de valores mobiliários, através da proteção da qualidade da informação e da transparência do mercado em si mesma." [46]

No tocante ao posicionamento adotado pelo autor português, ainda que demonstre clara preocupação com uma vinculação com os interesses individuais, parece confundir o objeto da tutela penal com os fins a serem alcançados pela regulação do mercado.

Ademais, a experiência mostra que nos casos de ilícitos cometidos contra o Mercado de Capitais, a credibilidade e estabilidade dos mercados não se viu maculada – de fato, mesmo após a divulgação de diversos escândalos, não se observou qualquer diminuição relevante no fluxo de investimentos –, restringindo-se tais efeitos, quando muito, às companhias emissoras dos papéis.

Dessa forma, a transparência das informações constitui um elo fraco para fundamentação do correto funcionamento do mercado de capitais como bem juridicamente protegido, o qual acaba por se apresentar como um conceito deveras amplo – e distante de uma conexão com os interesses e indeterminado – tal como uma proteção aos interesses econômicos gerais – e, consequentemente, inapto a justificar a intervenção penal do Estado.[47]

3. Conclusão

Vistas as principais teorias expostas pela doutrina estrangeira quanto ao bem juridicamente tutelado, serão apresentadas no presente tópico as conclusões quanto ao bem jurídico protegido, com especial preocupação em se analisar o tema de forma sistemática em

46. Op. cit., p. 93-94.

relação aos chamados crimes contra o Mercado de Capitais, buscando-se o interesse penalmente relevante a ser tutelado pelas normas incriminadoras, sem distinção quanto aos crimes de manipulação de mercado e uso indevido de informação privilegiada, sendo este último objeto demasiadamente maior de estudo pelos doutrinadores estrangeiros, mas, que acaba, de qualquer maneira, por representar uma forma específica de manipulação.

Em primeiro lugar, há que se fazer uma análise quanto à relevância constitucional do Mercado de Capitais, a fim de que se verifique se este, ou aspectos deste, são efetivamente dignos de tutela, tomando-se o texto da Carta Magna como limite material, fonte valorativa e fundamento normativo do direito penal.[48]

47. Conforme assevera Renato de Mello Jorge Silveira: "Em curta elucidação, poder-se-ia entender que os interesses gerais não se fragmentam, como os difusos, em uma pluralidade de situações subjetivas" (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 59) Monroy Antón aponta ainda outros problemas quanto à tese: "No cabe duda de que el legislador há tratado de dar uma especial protección a los intereses generales. Sin embargo, esto nos es suficiente para entender que sea el principal bien jurídico objeto de proteción. (...) Esta teoría encuentra en su origen dos problemas principales: el primero, el de esclarecer qué se entiende por intereses generales, y el segundo y de mayor transcendencia, el de decidir cuando se pueden estar poniendo en peligro esos intereses generales con motivo del uso de información privilegiada" (Op. cit., p. 154-153).
48. Consoante a lição de Miguel Reale Júnior, o bem jurídico consiste em um dado valorativo que antecede a própria criação do delito: "(...) o bem jurídico preexiste à construção normativa, sendo objeto da escolha do legislador enquanto valor digno de tutela". Outrossim, os bens jurídicos são valores predominantes na sociedade que devem, também, apresentar relevância e respaldo constitucional, discutindo-se se o respaldo constitucional deve ser expresso ou se pode ser implícito (REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *RBCCrim* 28/121. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1999. E também: FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31-51.

Consoante analisado anteriormente, o Mercado de Capitais no Brasil se insere como parte integrante do Sistema Financeiro Nacional,[49] regulado pela Constituição Federal, por meio do Capítulo IV, do Título VII ("Da Ordem Econômica e Financeira"). Nesse contexto, tem especial relevância o art. 192,[50] pelo qual o legislador constitucional determinou, como finalidades a serem alcançadas por um Sistema Financeiro Nacional: "promover o desenvolvimento equilibrado do país" e "servir aos interesses da coletividade".[51]

Mas não é só. Inserida como direito fundamental no rol do art. 5.º da CF/1988, o direito à propriedade (inc. XXII) assume importante papel quanto à proteção do investidor. Nesse contexto, vale transcrever os apontamentos feitos por Eros Grau:

"(...) enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual, e, iniludivelmente cumpre função individual. (...) A essa propriedade não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal. (...) A propriedade, a afirmada pelo texto constitucional, reiteradamente, no inc. XXII do art. 5.º e no art. 170, III, não constitui um instituto jurídico, porém um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens. (...) Assim, cumpre distinguirmos,

49. "O Mercado de Capitais é parte integrante do Mercado Financeiro, que como termo genérico também abrange o Mercado Monetário, o Mercado de Divisas e o mercado a termo" (KÜMPEL, Siegfried. *Direito do mercado de capitais – do ponto de vista do direito europeu, alemão e brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 48).
50. "Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram" (Redação dada pela EC 40/2003).
51. Consoante aponta Paulo José da Costa Jr., Maria Elizabeth Queijo e Charles M. Machado, "as instituições financeiras privadas ficam assim também e de modo muito preciso vinculadas ao cumprimento da função social bem caracterizada" (*Crimes do colarinho branco*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26).

entre si, a propriedade de valores mobiliários, a propriedade literária e artística, a propriedade industrial, a propriedade do solo, v.g." [52]

Não resta dúvida, pois, que o Mercado de Capitais e a proteção do investidor por meio da garantia do direito à propriedade estão devidamente inseridos dentro de um contexto constitucional relevante. Resta, ao passo, delimitar o conceito de bem jurídico sistematizado para os crimes contra o mercado de capitais.

No tocante às diversas teorias analisadas nos apartados anteriores, pode-se verificar, de antemão, que a tutela dos interesses patrimoniais dos investidores, não obstante suscetível de críticas quanto a uma concreta dificuldade de identificação das pessoas lesadas e da extensão valorativa dos danos, assume relevo considerável, na medida em que não se pode ignorar serem os investidores que financiam o Mercado de Capitais por meio da alocação de poupança, devendo, portanto, serem tutelados.

Não se olvide também que o Mercado de Capitais, por apresentar ineficiências intrínsecas – donde decorre a necessidade de uma regulação (em sentido amplo) eficiente – acaba por tornar-se meio propício à prática de irregularidades e crimes, mormente frente à possibilidade de ganhos rápidos e de grande monta. Nesse contexto, a teoria da igualdade de oportunidades dos investidores, que compreende a garantia da livre concorrência no Mercado de Capitais, acaba por assumir papel de relevância. De qualquer forma, parece claro que tal garantia de igualdade de oportunidades desemboca, ainda que de forma indireta, na tutela dos interesses patrimoniais dos investidores.

Quanto à proteção da confiança dos investidores no Mercado de Capitais, tal valor é claramente mera consequência de uma regulação eficiente, bem como está desprovido de necessária concretude que justifique uma tutela penal por parte do Estado.

Por outro lado, a proteção patrimonial e dos interesses das sociedades emissoras, conforme visto, não pode ser a razão da criminalização das condutas lesivas ao Mercado de Capitais, estando já devidamente tutelada por meios próprios e tipos penais específicos, especialmente no tocante à ação das pessoas que têm, para com tais

52. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 214-215.

sociedades, um dever de lealdade legal ou contratualmente estabelecido.

Por fim, a teoria que defende o correto funcionamento do Mercado de Capitais como bem juridicamente protegido, parece, *prima facie*, aglutinar os posicionamentos supra mencionados. Contudo, ainda que seja este o objeto de uma tutela em sentido amplo, com especial destaque para a regulação administrativa, o conceito de correto ou eficiente funcionamento do mercado é por deveras subjetivo e inadequado à proposta de bem jurídico ora adotada.

Tal teoria, consoante mencionado em apartado anterior, foi adotada pela doutrina brasileira, ainda que com ressalvas, com especial destaque para Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, que assim o definem em termos amplos[53] e Áureo Natal de Paula, que aponta para a necessidade de que as condutas sejam caracterizadas por certa lesividade.[54]

Monroy Antón defende uma formulação de bem jurídico atrelada à noção de correto funcionamento do mercado, assim entendido não como bem jurídico difuso, mas como a somatória de diversos bens individuais, notadamente o patrimônio dos investidores, a igualdade de oportunidades entre estes e a transparência do mercado.[55]

Todavia, definir o bem juridicamente tutelado como o correto funcionamento do Mercado de Capitais, não obstante representar uma tendência confortável, não parece a formulação mais adequada.

53. "O bem juridicamente protegido pela ameaça penal, no art. 27-C, é, genericamente, o da estabilidade do mercado de capitais, mais especificamente, visa a norma proteger o processo de formação de preços dos valores mobiliários no mercado, evitando a sua alteração artificial. (...) Em termos amplos, o bem juridicamente protegido pela ameaça penal contida no art. 27-D da Lei 6.385/1976, introduzido pela Lei 10.303/2001 é o da estabilidade do Mercado de Capitais" (Op. cit., p. 533-534 e 542).
54. Op. cit., p. 12, 28 e 38.
55. "Así, la postura a tomar en cuanto al bien jurídico protegido, sería que éste consiste en el correcto funcionamiento del mercado de valores, plasmado a su vez en la defensa del patrimonio de los inversores, la igualdad de oportunidades de los mismos y la transparencia de dicho mercado" (Op. cit., p. 168).

Dentro de uma proposta de bem jurídico voltada necessariamente a um referencial individualizado e com vistas à garantia da dignidade humana, a noção de correto funcionamento do mercado é por demais aberta, soando muito mais como justificação para uma intervenção penal, o que vai de encontro com a função limitadora do bem jurídico. Nesses termos, defender o correto funcionamento do mercado como bem juridicamente protegido parece aproximar a tutela penal do Mercado de Capitais de um indesejável direito penal simbólico.

Consoante observado em capítulo anterior, o correto funcionamento do mercado é a base para a formulação de uma tutela em sentido muito mais amplo, voltada para uma regulação administrativa eficiente.[56]

Já a tutela dos investidores assume uma posição secundária como objeto da tutela administrativa do mercado de capitais, conforme aponta Siegfried Kümpel:

"(...) conforme o entendimento moderno, o Direito do Mercado de Capitais serve prioritariamente à proteção da capacidade funcional do Mercado de Capitais. Um objetivo adicional do Direito do Mercado de Capitais, fortemente ligado à capacidade funcional, é a proteção do investidor." [57]

Dessa forma, assumindo seu papel no tocante a uma intervenção subsidiária, o direito penal se afigura como instrumento adequado à proteção dos interesses patrimoniais dos investidores, cuja dignidade penal encontra-se devidamente embasada constitucionalmente, especialmente quanto à garantia de um direito fundamental intimamente vinculado à dignidade humana, qual seja, a propriedade dos investidores. Assim, a definição dos interesses patrimoniais dos investidores como bem juridicamente tutelado nos crimes contra o Mercado de Capitais dá a este, sem sombra de dúvida, a concretude e vinculação a interesses individuais essenciais necessárias, conforme a teoria pessoal do bem jurídico ora adotada.

Nesse sentido aponta Luis Ramón Ruiz Rodríguez, ao identificar a atividade bursátil dos investidores como bem juridicamente protegido no crime de *insider trading*. Consoante defende o autor, é esta a

56. KÜMPEL, Siegfried. Op. cit., p.21 e ss.
57. Idem, p. 36.

atividade observada no mercado de valores mobiliários que realmente se dirige a satisfazer necessidades concretas.[58]

Cumpre, todavia, esclarecer que o conceito de investidores ora apontado como bem juridicamente tutelado tem um espectro mais amplo do que aqueles individualmente considerados. Trata-se aqui da tutela dos interesses do público investidor, assim considerados os investidores efetivos e em potencial.[59]

Está-se diante, pois, de um bem jurídico supraindividual. Acerca de tal conceituação, vale transcrever o entendimento de Siegfried Kümpel, a corroborar o alcance da tutela e sua relevância:

"A proteção do público por intermédio do Direito do Mercado de Capitais também significa a proteção do conjunto numericamente indeterminado de todos os investidores atuais e futuros. Do ponto de

58. "(...) es la actividad inversora, la participación en el mercado de valores, lo que debe marcar la protección legal. Esta participación en el mercado no es más que una manifestación específica del genérico mandato constitucional enviado a los poderes públicos para que faciliten la participación ciudadana en la economía. De esta forma, la igualdad de los inversores y la consecución de un mercado de valores transparente y creíble serán los presupuestos necesarios para que la actividad inversora de quien pretende aumentar su riqueza pueda alcanzar los objetivos hacia los que dicha actividad está encaminada. (...) Pero, donde realmente se incide es sobre la actividad bursátil del inversor, que es la que realmente se dirige a satisfacer necesidades concretas, y la que se ve mermada por la desconfianza de los inversores hacia el mercado" (Op. cit., p. 330-331).
59. Acerca do tema, esclarece Siegfried Kümpel: "Deve ser considerado, entretanto, o fato de que o termo 'proteção do investidor' tem um duplo sentido e pode facilmente induzir a equívocos. Assim, esse termo somente pode significar a proteção do conjunto dos investidores (público investidor), o que também inclui aquelas pessoas que adquirirão valores mobiliários somente no futuro (investidores em potencial). Por isso, a Lei das Bolsas de Valores alemã utiliza o termo 'público'. A proteção do investidor também pode significar a proteção dos interesses individuais de cada investidor. Devido às implicações jurídicas diferentes, a proteção individual deve ser estritamente diferenciada da proteção do público investidor, pois uma obrigação de indenizar somente pode ocorrer onde existir uma disposição destinada a proteger os interesses individuais do investidor lesado" (Op. cit., p. 36-37).

vista do Mercado de Capitais, o termo "público" engloba toda a oferta e demanda. Tal potencial (de compra e venda) dos investidores é de grande importância para a liquidez do Mercado de Capitais e, por conseguinte, para a sua capacidade funcional." [60]

Em idêntico sentido, Luis Ramón Ruiz Rodríguez:

"Não se trata, sem dúvida, da atividade de cada sujeito investidor individualmente considerado, mas, desde uma concepção geral supraindividual, da atuação no mercado como forma de participação nos mecanismos sociais de distribuição de riqueza." [61]

Cumpre destacar que o bem jurídico supraindividual ora apontado, em momento algum se afasta da proposta da teoria pessoal do bem jurídico ora adotada. Há que se ter em conta, consoante expõe Sternberg-Lieben, que "as necessidades do indivíduo para o desenvolvimento de sua pessoa não se limitam à lista de bens jurídicos individuais. O indivíduo deve ser considerado não como um, mas como uma individualidade social, como sujeito integrado à comunidade e, por esta razão, o conceito pessoal de bem jurídico abarca bens que surgem e cobram importância com o contato social".[62]

Ademais, quanto a um juízo de proporcionalidade, a eleição dos interesses patrimoniais dos investidores como bem juridicamente protegido parece também adequada, tendo em vista que o papel exercido pelo público investidor para o desenvolvimento econômico e o funcionamento do sistema social possui a relevância exigível para que lhe seja dispensada proteção penal, na medida em que sua afetação provoca um dano social cuja gravidade justifica a intervenção do direito penal, restando, pois, atendidos os critérios de fragmentariedade e necessidade – idoneidade para alcançar o fim procurado e subsidiariedade.

60. Idem, p. 37.
61. Trad. livre. No original: "No se trata, sin embargo, de la actividad de cada sujeto inversor individualmente considerado, sino, desde una concepción general supraindividual, de la actuación en el mercado como forma de participación en los mecanismos sociales de distribución de la riqueza" (Op. cit., p. 331).
62. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. Trad. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 110-111. Trad. livre.

Diante do exposto, se procurou, por meio da análise das teorias defendidas pela doutrina estrangeira, delinear um bem jurídico sistematizado para os crimes contra o Mercado de Capitais, ao que se conclui, ante uma proposta de bem jurídico nos moldes da teoria pessoal desenvolvida por Hassemer – necessariamente vinculada a interesses individuais e voltada para a garantia da dignidade humana – que o interesse patrimonial dos investidores é o único bem que reúne condições para tanto, devendo, portanto, funcionar como limitador da intervenção penal do Estado no âmbito dos ilícitos praticados contra o Mercado de Capitais, cumprindo aos instrumentos de regulação administrativa a adequada proteção do correto funcionamento do mercado.

4. Bibliografia

Andrade, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal. *Revista Portuguesa de ciência criminal*, ano 2. Coimbra: Aequitas, abr.-jun. 1992, t. II, p. 173-205.

Antoneli, Osvaldo Gianotti. *Inadequação e ineficácia da tutela penal tributária no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2008.

Bajo Fernandéz, Miguel. *Compendio de derecho penal: parte especial*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1998. vol. 2.

Beck, Ulrich. *La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borras. Barcelona: Paidos, 1998.

____. *¿Que és la globalización?* Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borras. Barcelona: Paidos, 1998.

Borba, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Bottini, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Calderón Susín, Eduardo. El abuso de información privilegiada en el mercado de valores. *Cuadernos de Derecho Judicial* 20/209-260. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996.

Carvalhosa, Modesto; Eizirik, Nelson. *A nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Costa, Helena Regina Lobo da. *Proteção ambiental, direto penal e direito administrativo*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2007.

____; Alonso, Leonardo; Coelho, Marina Pinhão. Dos crimes contra o mercado de capitais. *Revista Literária de Direito*, n. 53, ano 10. São Paulo: Literária de Direito, ago.-set. 2004, p. 30-33.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992.

____; RAMOS, Maria Elisabete. *O crime de abuso de informação privilegiada* (insider trading) – *a informação enquanto problema jurídico-penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles M. *Crimes do colarinho branco*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. *O novo regime dos crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2000.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: UCP, 1995.

DE SANCTIS, Fausto Martins. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Campinas: Millenium, 2003.

ENTRENA RUIZ, Daniel. *El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: un estudio de su régimen administrativo sancionador*. Navarra: Arazandi, 2006.

FARALDO CABANA, Patrícia. Algunos aspectos de uso de información privilegiada en el mercado de valores y el proyecto de Código Penal de 1994. *Estudios Penales y Criminologicos* XVIII. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e Intercambios de la Universidade de Santiago de Compostela, 1995.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa y imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. Sistema financiero y mercado de valores: balance y propuestas. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, n. 1/2, vol. 58. Lima, 2001, p.239-248.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Safe, 2005.

GÓMEZ INIESTA, Diego J. *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*. Barcelona: McGraw Hill, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crime de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim* 49/89-147. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2004.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoria personal del bien jurídico. *Doctrina Penal* 12/275-285. Trad. Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires, abr.-set. 1989.

____. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *RBCCrim* 6/36-69. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1994.

____. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado: función simbólica de la pena*, n. 1. Barcelona: PPU, 1991.

____. Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal* 1/37-41. Barcelona, 1998.

HAZEN, Thomas Lee. *Principles of securities regulation*. 2. ed. St. Paul: Thomson/West, 2005.

HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. Trad. Gonzalo Medina Schulz. In: _____ (ed.). *La teoria del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

____. El bien jurídico como eje material de la norma penal. Trad. María Martín Lorenzo. In: _____ (ed.). *La teoria del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

____. "¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia*. Disponível em: [http://criminet.ugr.es].

HERNÁNDEZ SAINZ, Esther. *El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*. Pamplona: Thomson, 2007.

HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el "principio del daño". Trad. Gonzalo Medina Schulz. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoria del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objecto protegido por la norma penal*. Barcelona: PPU, 1991.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – fundamientos de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

____. "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?" In: _____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *El sistema funcionalista del derecho penal*. Lima: Grijley: Universidad de Piura, 2000, p. 42-60.

KÜMPEL, Siegfried. *Direito do mercado de capitais – do ponto de vista do direito europeu, alemão e brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar: 2007.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005.

MACHADO, Manuel Pedrosa. A entrada em vigor das incriminações de abuso de informação e de manipulação do mercado do Código do Mercado de Valores Mobiliários: chamada de atenção para mais um erro de técnica

legislativa. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários – problemas especiais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999. vol. 2, p. 287-300.

____. Sobre a tutela penal da informação nas sociedades anônimas: problemas da reforma legislativa. *Direito Penal econômico e europeu: textos doutrinários – problemas especiais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999. vol. 2, p. 173-226.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

____. *Derecho penal económico: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad de riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

MOCCIA, Sergio. Dalla tutela di beni allá tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2. Milão: Giuffrè, 1995.

MONROY ANTÓN, Antonio J. *El delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores*. Madrid: Dijusa, 2006.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os princípios informadores do direito do mercado financeiro e de capitais. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 257-271.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERVI, Andrea. La nozione giuridica di informazione e la disciplina di mercato; argomenti di discussione. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, n. 9-10/11-12, vol. 96. Padova, sett.-dic. 1998, p.843-72.

NEUMANN, Ulfrid. Princípio da proporcionalidade. *RBCCrim* 71/207-229. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2008.

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

PAULA, Áureo Natal de. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e o mercado de capitais*. Curitiba: Juruá, 2006.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O novo regime de crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2003

____. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

____. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

_____. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

PRIETO DEL PINO, Ana María. *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Navarra: Arazandi, 2004.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Insider trading – *regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *RBCCrim* 28/116-129. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1999.

_____. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

_____. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 1.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 2.

_____. *Direito penal aplicado*. São Paulo: Ed. RT, 1994. vol. 4.

ROCCA, Carlos Antonio. O papel do sistema financeiro privado na retomada do crescimento. *Revista da CVM* 30/56-73. Rio de Janeiro, dez. 1999.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga d. . As consequências institucionais do novo conceito de Valor Mobiliário: as competências do CMN, do Bacen e da CVM. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 2000. vol. 2, p. 67-77.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2003, t. I.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja. 1981.

_____. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? Trad. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoria del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. *Protección penal del mercado de valores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n. 2-9. Buenos Aires, set. 1999, p. 627-653.

_____. *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Lima: Idemsa, 2006.

SERRANO MAÍLO, Alfonso. A utilização (distorcida) dos delitos de colarinho branco nos paradigmas anteempíricos. *RCP* 1/80-112. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2004.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jésús-María. *Eficiência e direito penal*. Barueri: Manole, 2004.

_____. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Sarbanes-Oxley Act* e os vícios do direito penal globalizado. *Revista Ultima Ratio* vol. 0, ano 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 193-210.

SOTO NAVARRO, Susana. *La proteción penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. Trad. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

TAVARES, Ana Lúcia Lyra. O estudo das recepções de Direito. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Haroldo Valladão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 45-66.

VEIGA, Alexandre Brandão da. *Crime de manipulação, defesa e criação de mercado*. Coimbra: Almedina, 2001.

YAZBEK, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2002.

ZUNZUNEGUI, Fernando. *Derecho del mercado financiero*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

47740

6

Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*)

LUÍS GRECO

Doutor e Mestre em Direito pela Ludwig Maximilian Universität, de Munique. Assistente junto à cátedra do Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O Tribunal Constitucional Alemão manifestou-se recentemente a respeito da constitucionalidade da proibição penal de incesto (§ 173 *StGB*). O fato de o Tribunal não ter reconhecido a inconstitucionalidade do dispositivo foi apenas a menor surpresa. No presente estudo serão abordados, em primeiro plano, menos esse resultado e os pormenores dos argumentos que a ele conduziram, do que a tomada de posição do Tribunal a respeito da teoria do bem jurídico e da utilização do direito penal para o fomento e promoção de "meras" convicções morais. Afinal, a Corte não seguiu, nesta que parece ter sido a primeira manifestação expressa sobre essas questões, a linha que corresponderia à tradição do liberalismo jurídico-penal.

PALAVRAS-CHAVE: Bem jurídico – Incesto – Moralismo penal – Limites do direito penal – Conceito material de crime.

ABSTRACT: The German Constitutional Court recently confirmed the constitutionality of the criminal prohibition against incest (§ 173 *StGB*), which was no real surprise. This paper will address les this result and the details of the arguments related to it than the considerations of the Court in regards to the so called theory of legal goods (*Rechtsgutstheorie*) and the use of Criminal Law to foster and promote "merely" moral values. In what seems to be the first direct manifestation about these issues, the Court did not follow the line that would correspond to the liberal tradition in Criminal Law.

KEYWORDS: Property – Incest – Criminal moralism – Limits of criminal law – Material concept of crime.

SUMÁRIO: 1. A decisão – 2. Bem jurídico e proteção de convicções morais na decisão – 3. O que está errado no moralismo jurídico-penal? – 4. Liberalismo jurídico-penal fundado na autonomia e esfera nuclear da vida privada – 5. Qual o futuro da teoria do bem jurídico? – 6. Bibliografia.

1. A DECISÃO[1] [2] [3]

Aos olhos do Tribunal, o tipo penal da conjunção carnal entre parentes não apresenta, por diversas razões, problemas de constitucionalidade. O Tribunal inicia explicitando os critérios com base nos quais procederá ao exame de constitucionalidade. Segundo o Tribunal, para que uma intervenção estatal nos direitos fundamentais seja constitucional, deve ela, formalmente, estar fundamentada em lei e, materialmente, respeitar os limites da esfera nuclear da autonomia da

1. Trad. Alaor Leite e Luís Greco, com pequenas modificações, do original Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzesentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2008, p. 234 e ss. (Disponível em: [www.zis-online.com]).

   Agradeço à Profa. Dra. Auxiliadora Minahim (Universidade Federal da Bahia), ao Prof. Dr. Daniel Pastor (Universidad de Buenos Aires) e ao Prof. Dr. Paolo Comanducci (Universitá degli Studi di Genova) pela oportunidade de discutir as presentes ideias. Algumas das modificações acrescentadas à presente versão do trabalho são consequência direta dessas discussões.
2. Eis o teor do § 173 *StGB*: "Conjunção carnal entre parentes. (1) Aquele que mantiver conjunção carnal (*Beischlaf*) com descendente consanguíneo, será punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou pena de multa. (2) Aquele que mantiver conjunção carnal com parente consanguíneo em linha ascendente, será punido com pena privativa de liberdade de até dois anos ou pena de multa; o disposto permanece válido ainda que a relação de parentesco esteja extinta. Da mesma forma serão punidos os irmãos consanguíneos que mantiverem conjunção carnal entre si. (3) Descendentes e irmãos não serão punidos de acordo com esse dispositivo se, no momento do fato, ainda não possuírem 18 anos".
3. De 26.02.2008; disponível na íntegra em: [www.bundesverfassungsgericht.de], fonte a que se referem as citações presentes no texto. Publicação oficial em *BVErfGE* 120, 224.

vida privada e ser proporcional (n. 32 e s., 34 e ss.). Da teoria do bem jurídico, pelo contrário, não se poderia deduzir qualquer critério constitucional de limitação do legislador.

A disposição do § 173 *StGB* resistiria a um exame fundado nos mencionados critérios. O dispositivo estaria baseado "em uma norma de proibição difundida internacionalmente e transmitida histórico-culturalmente" (n. 2). A proibição não ingressaria na inviolável esfera nuclear da vida privada, uma vez que a conjunção carnal entre irmãos não diria respeito apenas a eles mesmos, mas também possuiria consequências para a família, para a sociedade como um todo e também para as crianças que eventualmente nascessem da relação sexual incestuosa (n. 40). A disposição teria em vista, em primeiro lugar, a proteção do casamento e da família positivada no art. 6 da Constituição alemã, já que o comportamento incestuoso conduziria a uma "perturbação das atribuições de papel que dão estrutura a uma família" (n. 42 e ss. [45]).[4] Em segundo lugar, perseguiria a proibição o fim de proteger a autodeterminação sexual, principalmente porque a família representaria uma relação institucional de dependência, cujos efeitos se fariam perceptíveis também após os 18 anos (n. 47 e s.) Em terceiro lugar, a norma almejaria a prevenção de doenças genéticas nas novas gerações (n. 49). Em quarto lugar, a disposição "parte de uma das mais sedimentadas convicções do injusto na sociedade e busca continuar a sustentá-la por meio do Direito Penal" (n. 50). Para a realização desses objetivos a disposição seria adequada (idônea), necessária e proporcional em sentido estrito (n. 52 e ss., 59, 60 e ss.).[5] Outras objeções interpostas pelo reclamante (violação ao art. 6, parágrafo 1, da Lei Fundamental, isto é, ao direito dos pais de cuidar e educar os filhos, ou ao art. 3, parágrafo 1, princípio da igualdade, e desrespeito ao princípio da culpabilidade) seriam todas injustificadas (n. 64 e ss.).

No seu voto divergente,[6] *Hassemer* criticou cada argumento da decisão da maioria. Segundo ele, uma convicção social não é capaz de legitimar constitucionalmente uma norma jurídico-penal (n. 81). As razões genéticas são, por vários motivos, inaceitáveis (n. 82 e ss.). O dispositivo não persegue, tampouco, a proteção da autodeterminação

4. A expressão original, de difícil tradução, é: *Beeinträchtigung der in einer Familie strukturgebenden Zuordnungen.*

sexual, principalmente porque a vítima nem atua de forma irresponsável, nem se encontra numa situação de coação (n. 87 e ss.). A proteção da família não pode ser a finalidade da norma, vez que esta não compreende vários casos em que a família é atingida (n. 92 e ss.). Por isso, o dispositivo protege "meras convicções morais – existentes ou supostas", e para este fim "há instrumentos diversos e mais idôneos" do que o direito penal (n. 98 e ss. [98, 99]). Falta à disposição, por estas e outras razões, tanto a adequação, como também os requisitos da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (n. 103 e ss., 115 e ss., 121 ss.).

2. Bem jurídico e proteção de convicções morais na decisão

Os específicos argumentos do Tribunal fazem necessária uma discussão detalhada, que não poderá ser realizada na presente sede.

5. Sigo no presente texto a tradução que me parece mais difundida na doutrina constitucionalista brasileira (por exemplo, Mendes et alii. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 321, 330 e 332) dos termos *Geeignetheit*, *Erforderlichkeit* e *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*, apesar de, pessoalmente, considerar o termo "adequação" impróprio, por ser uma tradução mais direta de *Angemessenheit*, palavra que na doutrina e jurisprudência alemã é usada como sinônimo da proporcionalidade em sentido estrito. O importante é observar que a *Geeignetheit* se refere apenas à relação meio-fim, à capacidade de uma restrição de contribuir para a obtenção do fim almejado. Por isso é que, noutra sede, usei o termo "idoneidade" (Greco, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 135 e ss.). Utilizando o termo "idoneidade" como tradução de *Geeignetheit* também Costa Andrade. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* ano 2, fasc. 2, 1992, p. 173 e ss. (p. 186).
6. O Tribunal Constitucional Alemão, como todos os tribunais colegiados desse país, discute e decide em sessão secreta, publicando a decisão como ato coletivo do tribunal, assinada por todos os julgadores que a ela contribuíram (§ 30 I *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*). Não há, portanto, um voto do relator ou dos demais julgadores, como entre nós. Reserva-se, porém, ao julgador com opinião divergente a faculdade de publicar seu voto em separado (§ 30 II da mesma lei), faculdade essa que é usada apenas em casos excepcionais, como no caso que ora tratamos.

Que essa discussão seria uma tarefa um tanto fácil, demonstra não apenas o voto divergente de *Hassemer* e o comentário de *Hörnle*,[7] como também uma primeira e mesmo superficial reflexão. Por exemplo, o argumento de que crianças que nasçam de relações incestuosas seriam discriminadas (n. 50) poderia conduzir também à criminalização das relações sexuais inter-raciais, desde que se esteja em uma sociedade suficientemente intolerante. Já o argumento de que a instituição da família é atingida em sua estrutura por relações incestuosas fundamenta-se em razões que igualmente ampararam, em outras circunstâncias, a extensa criminalização do homossexualismo e, ainda hoje, da troca de casais. No presente estudo, o foco será principalmente a pergunta pelo *status* da teoria do bem jurídico e a possibilidade de proteção da moral por meio do direito penal. Sobre ambas as questões se manifestou o Tribunal, ainda que não inequivocamente e, em razão disso, é preciso realizar algumas reflexões.

O Tribunal ocupou-se da teoria do bem jurídico ao expor os critérios de que partiria ao avaliar a constitucionalidade da intervenção (n. 31 e ss., 39). Em primeiro lugar, o conceito de bem jurídico seria controverso: "sobre o conceito de bem jurídico não há ainda qualquer consenso". Ou se apresentaria como um "conceito normativo de bem jurídico", que não diferiria da *ratio legis* e, por isso mesmo, seria incapaz de limitar o legislador, ou então se apresentaria como um "conceito naturalístico de bem jurídico" com pretensão de suprapositividade, o que estaria em contradição "com o fato de que, segundo a ordem da Lei Fundamental, é tarefa do legislador democraticamente legitimado fixar não só os fins da pena, mas também os bens a serem protegidos por meio do direito penal". Ainda que a teoria do bem jurídico tenha importância dogmática ou político-jurídica, "não fornece ela qualquer parâmetro substancial que tenha necessariamente de ser acolhido pelo direito constitucional". Logo são citadas principalmente as investigações de *Lagodny* e *Appel*, que chegam a um resultado similarmente crítico à ideia de bem jurídico.[8] Ou seja, a rigor o Tribunal tem dois argumentos contra a teoria do bem jurídico: o problema de definição (o que seria o bem jurídico?) e o problema da

7. Hörnle, Tatjana. Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik. *NJW*, 2008, p. 2085 e ss.

fundamentação ou da democracia (com que direito querem os penalistas posicionar-se acima do legislador democraticamente legitimado?).

Como já foi mencionado anteriormente, fala o Tribunal também "de uma convicção do injusto sedimentada na sociedade", que deveria ser reforçada pelo direito penal (n. 50). Aqui aparece uma passagem de difícil compreensão: a discussão que se trava no direito penal a respeito da diferenciação entre normas penais que se fundam apenas em representações morais e normas que protegem bens jurídicos não seria relevante aos olhos do Tribunal, já que "a proibição do incesto (se justificaria) em razão de uma conjunção de vários objetivos plausíveis para a punição, vistos no contexto da convicção social histórico-culturalmente fundada e ainda hoje perceptível de que o incesto é merecedor de pena, o que se confirma também numa comparação internacional".

A disposição do § 173 *StGB* cumpriria ainda uma "função de apelo, de estabilização da norma e, com isso, preventivo-geral". A passagem é difícil de compreender, na medida em que não fica claro o que diferencia uma convicção fundada histórica e culturalmente a respeito do merecimento de pena de um determinado comportamento da assim chamada "mera" convicção moral.

Provavelmente, deve a passagem ser assim interpretada: quanto a se a proteção de uma mera convicção moral já basta para justificar uma proibição penal, ou, dito de outro modo, quanto a se a imoralidade de um comportamento é já uma *razão suficiente* para atestar a constitucionalidade de sua criminalização, prefere o Tribunal não se manifestar. No entanto, pode-se dizer que, para o Tribunal, a imoralidade de um comportamento possui, no mínimo, *status* de *razão adicional autonomamente relevante* para uma criminalização, e que por isso merece um posto ao lado das outras razões justificadoras (proteção do matrimônio e da família, da autodeterminação sexual e a prevenção de enfermidades em novas gerações).

8. Não deixa de ser irônico que trabalhos que se propõem a ser uma sistematização da jurisprudência constitucional sejam agora citados por essa mesma jurisprudência para alicerçar suas próprias posições, em um círculo de citações.

A verdade é que a diferença entre essas duas teses parece apenas existir na teoria. Na prática, quase tudo que é visto como imoral produzirá consequências indiretas similares às que foram mencionadas pelo Tribunal Constitucional Alemão para legitimar a proibição do incesto: "ego debilitado (*verminderte Selbstbewusstsein*), disfunções sexuais na idade adulta, inibição na formação da identidade pessoal (*gehemmte Individuation*), déficits na busca de identidade sexual e na capacidade de relacionar-se, promiscuidade sexual, marginalização e isolamento social" (n. 44); até provavelmente algumas décadas atrás, estas consequências poderiam ocorrer no caso de filhos de homossexuais e podem ainda hoje ser atribuídas a filhos de prostitutas ou atores de filmes pornográficos. Isso quer dizer que, diante de qualquer comportamento (hoje ou antigamente considerado) imoral será possível descobrir razões que não sejam unicamente referidas à moral, a partir das quais será possível justificar a proibição penal.

Embora se vá retornar a esse ponto, já é possível apresentar uma primeira conclusão: a "mera imoralidade" de que falam os penalistas não passa de algo puramente teórico, no sentido pejorativo deste predicado, já que, na prática, a possibilidade de que comportamentos imorais conduzam indiretamente a lesões de interesses relevantes não só não poderá ser descartada, como será bastante plausível. Por isso, quando a ciência do direito penal fala em "meras convicções morais", deve estar querendo dizer algo diverso do que sugere o significado literal da expressão. De outra forma não seria possível defender a não punição do homossexualismo entre homens adultos com esse argumento, ainda mais se se recordar que o Tribunal Constitucional Alemão alegou, além da imoralidade dessa conduta, a proteção de menores para fundamentar a constitucionalidade desta proibição.[9] E essa é exatamente a razão pela qual o Tribunal, não obstante declarar não ter tomado partido quanto à possibilidade de punição de "meras convicções morais", no fundo aceita essa possibilidade.

9. *BVerfGE* 6, 389 (426, 434: imoralidade; 437: proteção indireta de menores); vide também o Projeto Governamental de Código Penal, *Entwurf* 1962, p. 376 e ss., que mantinha a incriminação do homossexualismo e a fundamentava com base nesses mesmos argumentos.

Ou seja, o Tribunal Constitucional Alemão acabou atribuindo ao direito penal a tarefa de manutenção e fortalecimento de convicções morais. Esta é uma tarefa em princípio estranha à tradição liberal, pois os esforços de vários penalistas desde *Feuerbach*, passando pela Escola Moderna até o Projeto alternativo do Código Penal alemão se dirigia no sentido de separar Direito e Moral. A questão que ora se coloca é a da razão dessa distância da postura liberal face ao moralismo jurídico-penal.

3. O QUE ESTÁ ERRADO NO MORALISMO JURÍDICO-PENAL?

Defina-se *moralismo jurídico-penal* como a tese segundo a qual a imoralidade de um comportamento é uma boa razão, isto é, uma razão adicional e intrinsecamente relevante, para incriminá-lo. Essa tese foi defendida pela Corte Constitucional Alemã, primeiramente com a consideração acima mencionada de que se um comportamento afeta interesses relevantes da comunidade, nada pode impedir que se faça alusão também à imoralidade da conduta para fundamentar a incriminação. Um segundo argumento, em princípio independente deste primeiro, é o da democracia: os fins do recurso ao direito penal devem ser fixados não pelos penalistas e sua teoria do bem jurídico, e sim pelo "legislador democraticamente legitimado" (n. 39).

Por definição, pode-se entender *liberalismo jurídico-penal* como a tese contrária, a saber, a tese segundo a qual, entre outras coisas mais, a imoralidade de um comportamento não tem qualquer relevância para justificar a decisão de incriminá-lo.[10] Está claro que não é essa a posição do Tribunal. Não basta, porém, alegar que a decisão do

10. Uma tal definição é proposta por: FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. New York/Oxford, 1984, p. 14 e ss. Parece-me que, para seguirmos em frente com as presentes reflexões, não é necessário definir de modo mais claro o conteúdo do *termo* " *moral* ", por exemplo fazendo referência a alguma teoria de ética normativa. Tentei uma tal precisão na minha tese de doutorado, em que o termo moral, no contexto de discussões como a presente, foi reconstruído como o conjunto de exigências de comportamento fundadas de modo não consequencialista, o que entendi como sinônimo de exigências de comportamento fundadas de modo deontológico ou segundo uma ética de virtudes (GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 120). Para uma definição de consequencialismo cf. abaixo nota 20.

Tribunal pode ser subsumida sob uma determinada definição, e não sob outra; é necessário perguntar pelas razões que fazem de uma postura caracterizável por meio de uma definição algo correto ou incorreto. Por que consideramos correta a tese liberal e recusamos a tese moralista?

Uma possível razão é fornecida por *Hassemer* em seu voto divergente. *Hassemer* pensa que o direito penal é um *meio inidôneo* para proteger convicções morais. "O fortalecimento ou a manutenção de um consenso social sobre valores – no presente caso, sobre a proibição da conjunção carnal entre parentes – não pode, porém, ser o objetivo direto de uma norma penal. Para tanto, há instrumentos diversos e mais idôneos que o direito penal, segundo os termos do princípio da *ultima ratio* e da proporcionalidade como limites constitucionais a intervenções por meio do direito penal. O reforço de convicções morais pode, no máximo – indiretamente – ser esperado como o resultado que a longo prazo decorre de uma justiça penal justa, racional e constante" (n. 100). Independentemente do questionamento a respeito das relações entre essas considerações e o critério do "acordo normativo" (*normative Verständigung*) anteriormente avançado por *Hassemer* como fundamento de legitimação de incriminações,[11] é de se notar um defeito fundamental nessa argumentação. Ela transforma o liberalismo jurídico-penal numa tese empírica e contingente. O direito penal não poderia servir à proteção da moral, porque ele não o conseguiria fazer de modo eficiente. Mas como pode estar *Hassemer* tão certo disso? Não se poderia atribuir ao direito penal, com pelo menos idêntica plausibilidade, uma "eficácia moldadora de costumes" (*sittenbildende Kraft*),[12] uma função de "conservação dos valores ético-sociais de ânimo" [13] ou – nas palavras do Tribunal Constitucional – uma "função de apelo, de estabilização da norma e com isso preventivo-geral" (n. 50)? As ciências empíricas não dão qualquer

11. HASSEMER. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Frankfurt a. M., 1973, por exemplo p. 229 e ss.
12. MAYER, Hellmuth. *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*. Stuttgart, 1936, p. 26.
13. WELZEL, Hans Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes. In: _____. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York, 1975, p. 224 e ss. (p. 229).

resposta conclusiva,[14] e o senso comum, a verdadeira fonte da imagem de mundo da qual parte o jurista,[15] deixa um espaço bastante reduzido para um ceticismo nos moldes de *Hassemer*. Mas o Tribunal tem uma solução para tais situações de insegurança, a saber, o recurso à prerrogativa de avaliação do legislador, *topos* que aparece repetidamente na decisão que ora comentamos. Simplificadamente, a chamada prerrogativa de avaliação (*Einschätzungsprärrogative*) designa a faculdade que a Corte reconhece ao legislador de formular suas próprias suposições empíricas, especialmente quando diante de situações empiricamente pouco claras, que envolvam, por exemplo, prognoses difíceis ou avaliações referidas ao plano macrossocial.[16] Questionar a idoneidade do direito penal para proteger a moral é questionar apenas a verdade de uma proposição empírica, com o que o liberalismo jurídico-penal é entregue tanto às contingências das ciências empíricas e do senso comum, como também à prerrogativa de avaliação do legislador.

Na ciência do direito penal se encontra também outra fundamentação da postura liberal, a saber, o recurso à *teoria do bem jurídico*.[17] Segundo essa postura, o direito penal não pode proteger a moral, porque a sua tarefa se esgota na proteção de bens jurídicos, e a moral não é um bem jurídico. "Meras imoralidades" não são assunto, do direito penal. Esta solução tem uma série de vantagens,[18] mas ao mesmo tempo insuficiências incuráveis, que a rigor mal foram vistas, nem mesmo pelos numerosos críticos da teoria. A crítica à teoria do bem jurídico concentrou-se, até agora, predominantemente no problema de definição (o que se deve entender por bem jurídico?) e, mais

14. Dúvidas principalmente em K. F. SCHUMANN. *Positive Generalprävention*. Heidelberg, 1989, p. 49; K. F. SCHUMANN, Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiver Generalprävention. In: SCHÜNEMANN; VON HIRSCH; JAREBORG (coords.). *Positive Generalprävention*. Heidelberg, 1998, p. 17 e ss. (p. 23 e ss.); considerando estas suposições empiricamente fundadas, por sua vez: SCHÖCH, Empirische Grundlagen der Generalprävention. In: VOGLER (coord.). *Festschrift für Jescheck*, Berlin, 1985, vol. 1, p. 1081 e ss. (1103 e ss.).
15. Fundamental: ENGISCH, KARL *Vom Weltbild des Juristen*. 2. ed. Heidelberg, 1965, p. 15.
16. Cf. em detalhes e com referências: SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht*. 7. ed. München, 2007, n. 532 e ss.

recentemente, no problema de fundamentação (de onde retira a teoria do bem jurídico sua pretendida autoridade?)[19] – problemas aos quais, como vimos, também alude a decisão do Tribunal Constitucional Alemão. O problema que nos interessa está num nível ainda mais fundamental e persistiria ainda que as dificuldades com a definição e a fundamentação da ideia fossem resolvidas. Esse problema, que já foi insinuado ao criticarmos a ideia da "mera imoralidade", é o *caráter consequencialista* do argumento do bem jurídico.[20] Ao dizermos que não podemos punir um comportamento porque ele não afeta qualquer bem jurídico, estamos afirmando que a punição desse comportamento é inútil, não nos traz qualquer benefício. A punição não produziria consequências positivas, ou seja, ela seria, segundo a perspectiva

17. Por exemplo ROXIN, Klaus. Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts? In: HEFENDEHL (coord.). *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Köln, 2005, p. 135 e ss. (144 e ss.); ROXIN, Klaus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. München, 2006, vol. 1, § 2/7; SCHÜNEMANN, Bernd Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. In: HEFENDEHL; WOHLERS; VON HIRSCH (coords.). *Die Rechtsgutstheorie*, Baden Baden, 2003, p. 133 e ss.; HEFENDEHL, Roland. Mit langem Atem. Der Begriff des Rechtsguts. *GA*, 2007, p. 1 e ss.; na Argentina: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires, 2002, p. 128; entre nós: TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *RBCCrim* 0, São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 75 e ss. (p. 78 e ss.); também eu defendi essa postura, por exemplo: GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. *RBCCrim* 49, São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 89 e ss. (p. 97 e ss.).
18. Vide abaixo, item 5.
19. Exemplos do primeiro gênero de críticas: mais antigamente, BOCKELMANN, Paul. *Vom Sinn der Strafe, Heidelberger Jahrbücher* 5, 1961, p. 25 e ss. (p. 26 e ss.); atualmente, STRATENWERTH, Günter. Zum Begriff des "Rechtsgutes". In: ESER et alii (coords.). *Festschrift für Lenckner*. München, 1998, p. 377 e ss. (p. 388). Exemplos do segundo gênero: LAGODNY, Otto. *Schranken der Grundrechte*. Tübingen, 1996, p. 144; VOGEL, Joachim. Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *StV*, 1996, p. 110 e ss. (p. 112); APPEL, Ivo. *Verfassung und Strafe*, Berlin, 1998, p. 206; APPEL, Ivo., Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? *KritV* 82, 1999, p. 278 e ss.

consequencialista, incorreta, de modo que não a devemos impor. Essa postura tem uma série de implicações. A primeira delas é que também ela faz do liberalismo jurídico-penal algo *empírico-contingente*. Afinal, é uma questão parcialmente empírica se uma proibição protege ou não bens jurídicos, e neste aspecto a situação é a mesma que a da argumentação de *Hassemer*, que é impotente diante da prerrogativa de avaliação do legislador. Também aqui se concede ao legislador, ainda que não o direito de apelar diretamente à imoralidade do comportamento incriminado, o de formular com vasta liberdade prognoses empíricas a respeito das consequências do comportamento para os mais diversos bens. E como já vimos, em praticamente todo comportamento imoral poder-se-á encontrar consequências danosas indiretas para bens jurídicos. Em segundo lugar, e ainda mais grave, é aquilo que a teoria do bem jurídico não vê, por assim dizer, seu *ponto cego*. A melhor maneira de enxergar o problema é reportando-se ao exemplo da descriminalização do homossexualismo, que na Alemanha era punível até 1975 (no antigo § 175 *StGB*). A suposta razão para deixar de punir o homossexualismo era a de que tal comportamento não afetaria qualquer bem jurídico. Mas isso significa que não puniremos mais o homossexualismo, porque com isso nada ganhamos. Se esse argumento procede ou não, deve ficar aqui em aberto – recorde-se somente que o Tribunal Constitucional manifestou opinião contrária a respeito destas questões parcialmente empíricas.[21] O decisivo, porém, é aquilo que o argumento não enxerga, seu ponto cego, a saber, que pessoas adultas têm o direito de praticar tais atividades, ainda que isso não nos agrade e que tenhamos de suportar eventuais desvantagens. Noutras palavras: a teoria do bem jurídico, enquanto teoria

20. Entendendo-se aqui por *consequencialismo* a tese segundo a qual uma ação será moralmente correta a depender unicamente de suas consequências, cf.: SHAW, William. The Consequentialist Perspective. In: DREIER, J. (coord.). *Contemporary Debates in Moral Theory*, Malden, 2006, p. 5 e ss. (p. 5); bem similar: BIRNBACHER, Dieter. *Analytische Einführung in die Ethik*, Berlin/New York, 2003, p. 173; FREY, R. G. Act-Utilitarianism. In: LAFOLLETTE (coord.). *The blackwell guide to ethical theory*, Malden: Blackwell, 2000, S. 165 f. (f. 165); KAMM, F. M. Non-consequentialism. In: LAFOLLETTE (coord.). *The blackwell guide to ethical theory*, Malden: Blackwell, 2000, p. 205 e ss. (p. 205).
21. Vide acima nota 10.

consequencialista, enxerga apenas as vantagens e desvantagens que podem decorrer de proibições penalmente sancionadas. Numa lógica consequencialista, é simplesmente impossível operacionalizar a ideia de que há direitos que operam como trunfos contra qualquer apelo ao bem comum[22] ou como limites colaterais (*side constraints*) à promoção de qualquer fim,[23] pois tais considerações são não consequencialistas, dizem respeito a barreiras que têm de ser respeitadas, e não a consequências que têm de ser maximizadas. Desde uma perspectiva consequencialista, direitos de um indivíduo são no máximo "contra-interesses" [24] passíveis de ponderação, que, portanto, só serão respeitados, enquanto os outros não tiverem um interesse suficientemente forte no sentido de que esses direitos sejam desconsiderados. Para uma prova adicional da incapacidade da teoria do bem jurídico de excluir as "meras imoralidades" do direito penal, basta pensar no que seria da decisão se o Tribunal tivesse utilizado a linguagem da teoria do bem jurídico. O Tribunal não poderia mais recorrer à proibição de convicções morais, nem tampouco a certos aspectos da proteção do matrimônio e da família (principalmente no que diz respeito aos papéis estruturadores dessas instituições). Enquanto isso, todos os demais aspectos mencionados pelo Tribunal continuariam relevantes, de modo que o Tribunal, ainda que se valesse da teoria do bem jurídico, conseguiria justificar a proibição penal do incesto.

E com essa observação já nos encontramos a meio caminho de uma fundamentação adequada da posição liberal. Essa fundamentação tem de evitar as insuficiências das duas alternativas que acabamos de examinar: ela não pode depender de dados empíricos, pois isso a colocaria à disposição do legislador e de sua prerrogativa de avaliação; e ela não pode ser consequencialista, porque isso faria dela algo parcialmente empírico, o que geraria os problemas apontados, e levaria a que

22. DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON (coord.). Theories of Rights. Oxford, 1984, p. 153 e ss.
23. Nesse sentido, fundamental: NOZICK, Robert. *Anarchy, State, Utopia.* Malden, 1974, p. 28 e ss.
24. Para o direito penal, fundamental: SCHAFFSTEIN, Friedrich. Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht. *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Richard Schmidt.* Leipzig, 1936, p. 49 e ss. (p. 56 e ss. e 64).

não se consiga mais levar em conta a existência de direitos imponderáveis. Tais exigências são atendidas por uma perspectiva que parta da *autonomia dos cidadãos*. Para essa perspectiva, o que interessa em primeira linha não é nem que a proteção da moral pelo direito penal seja de reduzida eficácia, nem que ela produza poucos benefícios, e sim a sua incompatibilidade com o respeito pela autonomia dos cidadãos. Em certas esferas, ainda que bem reduzidas, o cidadão é soberano absoluto.[25] Principalmente no que diz respeito a questões referentes à chamada "boa vida", qualquer intervenção estatal significará um desrespeito a essa autonomia, entendida aqui grosseiramente como o direito de viver segundo seu próprio plano de vida e sua própria ideia de uma "boa vida". O homossexualismo não é um delito, porque é um direito do homossexual ser como ele é. O mesmo se diga do incesto. Ainda que o reproche social dessa prática seja ainda mais decidido que o dirigido ao homossexualismo, pessoas adultas têm o direito de praticar relações sexuais com pessoas adultas, de próximo parentesco ou não. Pela mesma razão é, sim, de reconhecer-se – contra o Tribunal Constitucional[26] – um direito de se drogar. Ainda que majoritariamente não admiremos o "maconheiro", ainda que ele onere nosso sistema de saúde – isso não autoriza a utilização do direito penal contra a posse de tóxicos, mas no máximo uma certa recusa a medidas assistenciais. Só o argumento da autonomia pode superar o apelo do moralista a consequências indiretas decorrentes do exercício de um direito, afirmando que elas justamente não vêm ao caso.

Além disso, só o recurso à autonomia pode servir de *baluarte contra a fundamentação democrática da tese moralista* pelo Tribunal Constitucional Alemão. Muitas podem ser as "competências do legislador democraticamente legitimado", ainda assim não pode ele tocar no intocável.

A fundamentação da tese liberal na ideia de respeito à autonomia é, portanto, superior tanto à tentativa eficientista de *Hassemer*, quanto à teoria do bem jurídico. Além disso, a tese aqui avançada possui uma vantagem estratégica – decisiva para o doutrinador alemão e não de todo irrelevante para o observador estrangeiro – sobre a teoria do bem

25. Sobre o conceito de soberania extensamente: FEINBERG, Joel. *Harm to Self*. New York/Oxford, 1986, p. 52 e ss.
26. *BVerfGE* 90, 145 (172).

jurídico: ela pode ser facilmente reconduzida a um *topos* de cada vez maior relevância em recentes decisões do Tribunal Constitucional Alemão, a saber, à esfera nuclear da vida privada.

4. Liberalismo jurídico-penal fundado na autonomia e esfera nuclear da vida privada

Respeitar a autonomia do indivíduo significa reconhecer-lhe uma esfera dentro de cujos limites só ele pode tomar decisões. Está claro que essa ideia guarda ampla correspondência com a figura da esfera nuclear da vida privada, de crescente relevância na jurisprudência constitucional alemã. Isso significa que a aqui proposta fundamentação da tese liberal na ideia de autonomia encontra guarida na jurisprudência constitucional alemã, superando, pelo menos para o direito alemão, a segunda das acima apontadas dificuldades da teoria do bem jurídico, a que chamamos de problema de fundamentação. Porque enquanto a teoria do bem jurídico sempre se viu diante do desafio de prestar contas da fonte de sua pretensão de autoridade, e agora ainda terá de sobreviver ao forte golpe de uma expressa quase recusa pela jurisprudência constitucional, a ideia de que o indivíduo dispõe de uma esfera intocável de autonomia aparece em algumas das mais importantes recentes decisões do Tribunal Constitucional Alemão.

O Tribunal declarou, por exemplo, permitido que um preso fizesse declarações lesivas à honra na correspondência dirigida a um parente próximo, ainda que ambos saibam que essa correspondência é controlada e que as lesões à honra chegarão, portanto, ao conhecimento da vítima. O Tribunal falou aqui da necessidade de garantir um "espaço (...) em que o indivíduo esteja entregue apenas a si mesmo, sem qualquer vigilância externa, ou em que ele possa se relacionar com pessoas de sua especial confiança sem levar em conta expectativas sociais de comportamento e sem medo de sanções estatais".[27] E na decisão sobre a escuta domiciliar, medida polemicamente chamada de *grosser Lauschangriff* (tradução literal e deselegante: "grande ataque da escuta"), impôs o Tribunal claros limites: "O desenvolvimento da personabilidade na esfera nuclear da vida privada pressupõe a

27. *BVerfGE* 90, 255 (260).

possibilidade de expressar eventos internos, como sensações e sentimentos, bem como reflexões, opiniões e experiências de caráter personalíssimo (...) Pertencem a essa esfera também expressões de sentimento, de experiências inconscientes e formas de manifestação da sexualidade".[28] Também a decisão que ora comentamos só passa a ocupar-se da proporcionalidade depois que examina e exclui uma violação dessa esfera nuclear (n. 40).

Mas por que chega o Tribunal, ainda que partindo do mesmo critério, a uma solução diversa da aqui defendida? Uma análise mais detida revela que o Tribunal aplicou erroneamente seu critério da esfera nuclear da vida privada. "A conjunção carnal entre irmãos não diz respeito apenas a eles mesmos, mas também possui consequências para a família, para a sociedade como um todo e também para as crianças que eventualmente nasçam da relação sexual incestuosa" (n. 40). Uma tal argumentação reduz a esfera nuclear intocável a algo na prática inexistente, pois – como se observou repetidamente acima – toda ação, por mais privada que seja, pode ter consequências indiretas para outros. Com essa dificuldade já teve de se deparar o próprio *Stuart Mill*, ao propor que se diferenciassem comportamentos referidos ao próprio atuante de comportamentos referidos a terceiros.[29] Quando se começa a perguntar pelas consequências, abandonou-se o campo dos imperativos de respeito e com isso o âmbito do intocável e imponderável. Respeitar a autonomia significa que se leve a sério o ser humano porque ele é um ser humano, e não só porque isso nos convém.

Ainda assim, esse erro da decisão deve servir de alerta, porque aponta para um problema que, há de se admitir, a opinião aqui defendida ainda tem de superar. De um lado, a nossa posição, por sua

28. *BVerfGE* 109, 279 (313); aprofundadamente: ROXIN, Klaus. Großer Lauschangriff und Kernbereich privater Lebensgestaltung. In: SCHÖCH et alii (coords.). *Festschrift für Böttcher*, Berlin, 2007, p. 159 e ss. com ulteriores referências.

29. MILL, John Stuart. *On liberty*. London: Penguin Books, 1985 (primeiramente publicado em 1859), cap. 1 (p. 68 e ss.); vide já a crítica do seu contemporâneo: FITZJAMES STEPHEN, James. *Liberty, Equality, Fraternity*. Cambridge, 1967 (reimp. 2. ed., 1874), p. 28. Mais detalhes, com referências: GRECO, Luís. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. *Revista Brasileira de Filosofia* 54, 2007, p. 321 e ss. (p. 331 e ss.)

referência direta à jurisprudência constitucional alemã, consegue solucionar o acima denominado problema de fundamentação que assolava a teoria do bem jurídico. O *problema de definição*, isto é, a questão de delimitar a intensão e principalmente a extensão do conceito utilizado, permanece por resolver. A Constituição outorga à doutrina, portanto, a nova tarefa de traçar em detalhes o mapa do intocável e imponderável. E a prova de que essa tarefa é realizável nos é fornecida pelas numerosas certezas de que aqui já dispomos: por exemplo a proibição da escravidão, do genocídio ou da tortura.[30]

Essas manifestações do indisponível demonstram, também, que nem sempre se trata de salvaguardar a esfera privada do cidadão. A esfera nuclear da autonomia pode ser desrespeitada também publicamente. Por isso, deve-se cuidadosamente ir além da tese do Tribunal Constitucional, pois as razões que levam ao reconhecimento de uma esfera nuclear da vida privada são justo aquelas que impõem o respeito à autonomia do cidadão.

5. Qual o futuro da teoria do bem jurídico?

Representará a decisão do Tribunal Constitucional o fim da teoria do bem jurídico? Que função pode essa teoria cumprir, além da já dada pelo critério da autonomia ou da esfera nuclear da vida privada e pelo exame de proporcionalidade? A resposta já foi dada por alguns defensores da teoria do bem jurídico, como *Hassemer*: a rigor, o exame de proporcionalidade já pressupõe uma teoria do bem jurídico, pois é necessário um ponto de referência para avaliar se um comportamento é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.[31] Uma intervenção tem de ser idônea e necessária para alcançar algo e ela tem de ser adequada em relação a algo. O fato de que não se pode

30. Apesar de que esta última proibição esteja sendo atualmente – e erroneamente – questionada, a respeito: Greco, Luís. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". *RBCCrim* 78, São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 7 e ss.

31. Hassemer, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen? In: Hefendehl; Wohlers; Von Hirsch (coords.). *Die Rechtsgutstheorie*, Baden Baden, 2003, p. 57 e ss. (p. 60).

legitimar uma intervenção com a proteção de valores morais é correto, mas não decorre da teoria do bem jurídico, e sim do argumento da autonomia acima exposto.

À teoria do bem jurídico resta ainda a importante e majoritariamente sequer reconhecida tarefa de distinguir bens jurídicos (coletivos) verdadeiros e falsos com base em critérios claros.[32]

A decisão do Tribunal Constitucional Alemão exagera, portanto, ao recusar de todo a teoria do bem jurídico. Excepcionando-se parte do argumento da proteção do matrimônio e da família (n. 42 e ss., especialmente a menção às "atribuições que dão estrutura a uma família", n. 45) e a expressa referência à proteção da moral (n. 50), o resto da decisão não é outra coisa que uma avaliação fundada na teoria do bem jurídico. O erro da decisão não é o de não aplicar a teoria do bem jurídico, e sim de esquecer a tese do liberalismo jurídico-penal, segundo a qual a imoralidade de um comportamento não é uma razão para puni-lo, e de desconhecer o potencial da própria teoria da esfera nuclear da vida privada. A correta aplicação dessa ideia tornaria desnecessários tanto o exame de proporcionalidade, quanto o recurso à teoria do bem jurídico.

32. Vide os esforços de ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed., München, 2006, vol. 1, § 2 n. 46 e ss., 76 e ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. Vom Unterschicht- zum Oberschichtstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch? In: KÜHNE; MIYAZAWA (coords.). *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderung in Japan und Deutschland*, 2000, p. 15 e ss. (p. 26, 28); SCHÜNEMANN, Bernd Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. In: HEFENDEHL; WOHLERS; VON HIRSCH (coords.). *Die Rechtsgutstheorie*, Baden Baden, 2003, p. 149; AMELUNG, Knut. Der Begriff des Rechtguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz. In: HEFENDEHL; WOHLERS; VON HIRSCH (coords.). *Die Rechtsgutstheorie*, Baden Baden, 2003, p. 155 e ss. (p. 171 e ss.); HEFENDEHL,oland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002, p. 139 e ss.; HÖRNLE, *Grob anstössiges Verhalten*. Frankfurt a. M., 2005, p. 88.

6. Bibliografia

Amelung, Knut. Der Begriff des Rechtguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz. In: Hefendehl; Wohlers; Von Hirsch (coords.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden, 2003. p. 155 e ss. (171 e ss.).

Appel, Ivo. Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? *Krit* 82, 1999, p. 278 e ss.

____. *Verfassung und Strafe*. Berlin, 1998.

Birnbacher, Dieter. *Analytische Einführung in die Ethik*. Berlin/New York, 2003.

Bockelmann, Paul. *Vom Sinn der Strafe, Heidelberger Jahrbücher* 5, 1961, p. 25 e ss.

Costa Andrade, Manuel da. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 2, 1992, p. 173 e ss.

Dworkin, Ronald. Rights as Trumps. In: Waldron (coord.). *Theories of Rights*. Oxford, 1984. p. 153 e ss.

Engisch, Karl. *Vom Weltbild des Juristen*. 2. ed. Heidelberg, 1965.

Feinberg, Joel. *Harm to others*. New York/Oxford, 1984.

____. *Harm to self*. New York/Oxford, 1986.

Fitzjames Stephen, James. *Liberty, equality, fraternity*. Cambridge, 1967. [reimp. 2. ed., 1874].

Frey, R. G. Act-Utilitarianism. In: LaFollette (coord.). *The blackwell guide to ethical theory*. Malden: Blackwell, 2000. S. 165 f.

Greco, Luís. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. *Revista Brasileira de Filosofia* 54, 2007, p. 321 e ss.

____. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". *RBCCrim* 78, São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 7 e ss.

____. *Cumplicidade através de ações neutras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

____. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

____. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. *RBCCrim* 49, São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 89 e ss.

Hassemer, Winfried. Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen? In: Hefendehl; Wohlers; Von Hirsch (coords.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden, 2003. p. 57 e ss.

____. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Frankfurt a. M., 1973.

Hefendehl, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002.

____. Mit langem Atem. Der Begriff des Rechtsguts. *GA*, 2007, p. 1 e ss.

HÖRNLE, Tatjana. Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik. *NJW*, 2008, p. 2085 e ss.

_____. *Grob anstössiges Verhalten*. Frankfurt a. M., 2005.

KAMM, F. M. Nonconsequentialism. In: LAFOLLETTE (coord.). *The blackwell guide to ethical theory*. Malden: Blackwell, 2000. p. 205 e ss.

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

MAYER, Hellmuth. *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*. Stuttgart, 1936.

MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 321, 330 e 332.

MILL, John Stuart. *On liberty*. London: Penguin Books, 1985.

NOZICK, Robert. *Anarchy, state, utopia*. Malden, 1974.

ROXIN, Claus. Großer Lauschangriff und Kernbereich privater Lebensgestaltung. In: SCHÖCH et alii (coords.). *Festschrift für Böttcher*. Berlin, 2007. p. 159 e ss.

_____. Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts? In: HEFENDEHL (coord.). *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Köln, 2005. p. 135 e ss.

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. München, 2006. vol. 1.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht. *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Richard Schmidt*. Leipzig, 1936. p. 49 e ss.

SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht*. 7. ed. München, 2007.

SCHÖCH. Empirische Grundlagen der Generalprävention. In: VOGLER (coord.). *Festschrift für Jescheck*. Berlin, 1985. vol. 1, p. 1081 e ss.

SCHUMANN, K. F. *Positive Generalprävention*. Heidelberg, 1989.

_____. Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiver Generalprävention. In: SCHÜNEMANN; VON HIRSCH; JAREBORG (coords.). *Positive Generalprävention*. Heidelberg, 1998. p. 17 e ss.

SCHÜNEMANN, Bernd. Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. In: HEFENDEHL; WOHLERS; VON HIRSCH (coords.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden, 2003. p. 133 e ss.

_____. Vom Unterschicht – zum Oberschichtstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch? In: KÜHNE; MIYAZAWA (coords.). *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderung in Japan und Deutschland*, 2000. p. 15 e ss.

SHAW, William. The consequentialist perspective. In: DREIER, J. (coord.). *Contemporary debates in moral theory*. Malden, 2006. p. 5 e ss.

STRATENWERTH, Günter. Zum Begriff des "Rechtsgutes". In: ESER et alii (coords.). *Festschrift für Lenckner*. München, 1998. p. 377 e ss.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *RBCCrim* 0, São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 75 e ss.

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

WELZEL, Hans. Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes. In: _____. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York, 1975. p. 224 e ss.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires, 2002.

47741

II [redacted]

1

A produção da prova por videoconferência

CAROLINA DZIMIDAS HABER

Mestre, Graduada e Doutoranda em Direito pela USP. Coordenadora-geral da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é analisar a produção da prova por videoconferência, com o intuito de avaliar se a sua realização desvirtua o procedimento previsto para a produção da prova testemunhal ou ofende as garantias asseguradas ao acusado na persecução penal. Assim, pretende-se examinar em que medida, na produção da prova testemunhal e na realização do interrogatório, há restrições às garantias do acusado, e se as recentes reformas legislativas contemplam tais restrições, considerando-se, inclusive, as recentes decisões dos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Videoconferência – Interrogatório – Prova testemunhal – Direito de defesa – Lei 11.690/2008 – Lei 11.900/2009.

ABSTRACT: The goal of this paper is to analyze the production of evidences by video conference with the objective or evaluating if its performance misrepresents the procedure established for the production of testimonial evidences or if it offends the guarantees secured to the accused in the criminal prosecution. Therefore, we aim to analyze to what extent, upon the production of the testimonial evidence and in the performance of the interrogation, there are restrictions to the guarantees of the accused and if recent legislative reforms address these restrictions, even considering recent rulings by Courts.

KEYWORDS: Video conference – Questioning – Testimonial evidence – Defense law – Law 11.690/2008 – Law 11.900/2009.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Prova testemunhal: 2.1 Breves noções sobre a teoria da prova; 2.2 A produção da prova testemunhal; 2.3 A produção da prova testemunhal por videoconferência; 2.4 O tratamento conferido ao tema pela lei processual penal brasileira – 3. A realização do interrogatório por videoconferência: 3.1 Argumentos pró e contra o emprego da videoconferência no interrogatório; 3.2 A posição dos tribunais superiores; 3.3 O tratamento conferido ao tema pela Lei 11.900/2009 – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

No processo penal, a prova pode ser entendida "como o meio pelo qual o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência ou inocorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo".[1] Apesar das fontes de prova serem limitadas, resumindo-se, geralmente, às pessoas, documentos ou objetos relacionados à prática da conduta criminosa,[2] os meios pelos quais podem ser levados ao processo são amplos, principalmente diante do desenvolvimento tecnológico vivenciado pela humanidade.

Se até pouco tempo as discussões sobre a realização de uma prova mediante procedimento diverso da forma prevista em lei, resumiam-se, no caso da prova testemunhal, às declarações apresentadas por escrito –, que claramente não observavam a necessidade da prova ser realizada perante o juiz e em contraditório –, atualmente, torna-se necessário avaliar em que medida a realização dessa prova, utilizando-se dos recursos tecnológicos como a videoconferência, desvirtua o procedimento previsto para a produção da prova testemunhal ou ofende as garantias asseguradas ao acusado na persecução penal.

1. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. I, p. 195. O autor destaca que "a 'verdade' atingida no processo – e também fora dele – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido tal qual as provas demonstram" (p. 195). A verdade auferida no processo penal, portanto, é a verdade relativa, que deve se aproximar o máximo possível da realidade, tendo em vista a necessidade de se legitimar a decisão judicial como uma decisão justa, isto é, "precedida de um processo que aspire a uma correta verificação dos fatos" (p. 196), observando-se princípios e garantias como o contraditório e a ampla defesa.

A videoconferência consiste num sistema de comunicação à distância, capaz de transmitir, em tempo real, a imagem, o som e dados, entre pessoas situadas em dois ou mais lugares distintos, através da linha telefônica, fibra ótica ou via satélite. Em cada ponto de conexão, se utiliza um equipamento composto de um monitor de alta resolução, capaz de reproduzir a imagem e o som, e um equipamento de transmissão.

Apesar de inserido no título que trata das provas no Código de Processo Penal, o interrogatório é entendido, muitas vezes, como meio de defesa, não de prova, em razão do direito constitucional ao silêncio. A questão não é pacífica, pois os autores ora indicam o interrogatório como meio de prova, ora como meio de defesa[3] e, ainda,

2. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 314. O autor destaca que, apesar da dificuldade de identificar outros meios de prova, além dos já previstos pelo legislador, certos casos podem significar o desvirtuamento da própria concepção de meio de prova. É o que ocorre quando "o Ministério Público pretende juntar, como prova, testemunho colhido unilateralmente em seu gabinete, alegando ser documento. Trata-se aqui de um verdadeiro *jogo de palavras* que levaria a se admitir a introdução, no processo, de elementos obtidos com violação da própria natureza da prova testemunhal, cujo valor está, justamente, na sua produção na presença do juiz e em contraditório, de forma a permitir que o magistrado e as partes possam acompanhar o depoimento, observando o comportamento e as reações do depoente, e formulando perguntas necessárias ao esclarecimento completo dos fatos relatados". No mesmo sentido, não é típica qualquer outra prova que não o exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios, por determinação expressa do art. 158 do CPP, bem como não pode ser admitido o reconhecimento fotográfico se a lei só admite que, para o reconhecimento de pessoas, haja a presença de indivíduos de características físicas semelhantes ao lado daquele que se pretende reconhecer (p. 314-315). No mesmo sentido, ver: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem*... cit., p. 345.

atribuem-lhe uma natureza mista, sendo tanto um meio de defesa quanto um meio de prova.[4]

Sendo assim, embora o tema do presente trabalho seja a análise da produção da prova por videoconferência, entendendo-se o interrogatório como meio de prova, cabe avaliar se a sua realização por videoconferência contraria os direitos do acusado. Ainda que não se entenda assim, tal avaliação permanece importante, até mesmo porque, no Brasil, o debate sobre a utilização da videoconferência no interrogatório encontra-se em estágio mais avançado do que no caso da produção da prova testemunhal. Em realidade, são poucos os autores que se debruçaram sobre essa hipótese, apesar de recente modificação legislativa nesse sentido. O exame do uso da videoconferência no interrogatório pode auxiliar, portanto, na compreensão da realização da oitiva de testemunhas por esse sistema.

Resta esclarecer que o tema é complexo e muito mais poderia ser dito. O objetivo, entretanto, não foi fazer uma análise mais extensa, tratando de todos os aspectos da videoconferência e possibilidades de seu uso na produção da prova, como na oitiva de peritos e corréus, mas sim avaliar em que medida, na produção da prova testemunhal e na realização do interrogatório, há restrições às garantias do acusado e se as recentes reformas legislativas contemplam tais restrições, considerando-se, inclusive, as recentes decisões dos tribunais.

2. Prova testemunhal

2.1 Breves noções sobre a teoria da prova

Antes de analisar o tema da produção da prova testemunhal por videoconferência é preciso entender do que se trata quando se utiliza

3. Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 96. De acordo com os autores, é certo que, por intermédio do interrogatório, "o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade. Mas não é para essa finalidade que o interrogatório está preordenado. Pode constituir *fonte de prova*, mas não *meio de prova* ".
4. Ver, sobre essa divergência: Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*... cit., p. 199, nota 7.

o termo *prova*, tendo em vista os vários sentidos atribuídos a esse vocábulo, tais como, fonte de prova, meio de prova, elemento de prova e meios de investigação de prova.[5]

Como elemento de prova, entende-se "cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa".[6] De outro lado, o resultado da prova significa "a própria conclusão que se extrai de diversos elementos de prova existentes, a propósito de um determinado fato".[7]

Por fim, distinguem-se, ainda, as expressões fontes de prova, meios de prova e meios de investigação de prova. No primeiro caso, tratam-se das "pessoas ou coisas das quais pode-se conseguir a prova" (ou o elemento de prova); no segundo, "os instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova)".[8] Ao contrário dos meios de prova, que se desenvolvem perante o juiz, em observância ao princípio do contraditório, os meios de investigação de prova são procedimentos extraprocessuais, regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas.[9]

5. Idem, p. 197; Gomes Filho, Antonio Magalhães. Notas... cit., p. 307.
6. Gomes Filho, Antonio Magalhães. Notas... cit., p. 307. Ao impor a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, por exemplo, o art. 5.º, LVI, da CF/1988, refere-se, na verdade, aos elementos de prova, ou seja, a declaração de uma testemunha, o conteúdo de um documento etc.
7. Idem, p. 308. Segundo o autor, é o sentido utilizado pelo Código de Processo Penal quando admite apelação nos casos em que a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, *d*, CPP) ou quando autoriza a revisão criminal se houver contrariedade à evidência dos autos (art. 621, I, CPP).
8. Idem, p. 308-309. Trata-se de distinção relevante, de acordo com o autor, na medida em que o acusado poderá ser fonte de prova se trouxer voluntariamente elementos probatórios úteis à decisão; entretanto, seu interrogatório não poderá ser considerado meio de prova por se tratar de instrumento de defesa, especialmente num processo penal garantidor, que assegura ao réu o direito de não colaborar para a obtenção de prova contra si mesmo.
9. Idem, p. 309.

Diante dessa terminologia, pode-se afirmar que o depoimento de uma testemunha é um elemento de prova, que, não obstante seja, geralmente, introduzido no processo de forma oral e pessoalmente, tem sido realizado por meios diversos, dentre os quais, a videoconferência.

Os meios de produção de prova podem ser identificados como típicos ou atípicos. Assim, as provas típicas são as reguladas em lei, enquanto as provas atípicas não foram previstas pelo legislador. É possível, ainda, distinguir as provas típicas e atípicas de acordo com a previsão de um procedimento próprio para a sua efetivação. Nessa acepção, uma prova pode estar prevista no ordenamento, mas é considerada atípica porque destituída de procedimento para sua realização.[10]

É possível, ainda, que o procedimento para a realização da prova esteja previsto no ordenamento, mas a prova seja produzida por procedimento diverso ou o procedimento regulamentar não tenha sido observado. Trata-se do que Gustavo Badaró denominou de prova anômala, isto é, a "prova típica produzida sem a observância do procedimento probatório".[11]

Dessa forma, ainda que não haja, no Código de Processo Penal, previsão de um regime rígido de taxatividade dos meios de prova,[12] não é possível admitir a produção de prova por um procedimento não previsto em lei. Mais do que saber se a prova é típica ou atípica, é preciso verificar se os requisitos e condições legais foram observados em sua produção.[13]

Antonio Scarance Fernandes identifica os principais problemas a respeito da tipicidade ou a atipicidade da prova nas seguintes

10. Fernandes, Antonio Scarance. Prova e sucedâneos da prova no processo penal. *RBCCrim* 66. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2007, p. 199.
11. Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas... cit., p. 344.
12. O art. 332 do CPC determina que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". Apesar de não haver dispositivo semelhante no Código de Processo Penal, Gustavo Badaró indica que sua aplicação no processo penal é consensual, sendo, portanto, admitida a produção de provas não disciplinadas em lei (*Direito processual*... cit., p. 200).
13. Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas... cit., p. 344.

situações: o meio de prova é típico, pois previsto no ordenamento e regulado mediante procedimento próprio; o meio de prova está previsto, porém, apesar de não regulado, há remissão na lei ao procedimento a ser seguido; o meio de prova está previsto, não está regulado e não há remissão a nenhum procedimento a ser seguido; o meio de prova é apenas referido nominalmente, sem qualquer regulamentação ou remissão sobre o procedimento a ser seguido; e, por fim, o meio de prova não é sequer referido.[14]

Não é o caso de examinar os problemas que advém do diagnóstico sobre a tipicidade ou não de uma prova, entretanto, essa breve análise sobre a teoria da prova permite identificar quais os requisitos que devem ser observados na produção da prova testemunhal. Trata-se, claramente, de prova típica, seja pela sua previsão no ordenamento, seja pela sua regulamentação mediante procedimento próprio. É preciso avaliar, no entanto, se o emprego da videoconferência desvirtua o procedimento estabelecido pelo legislador.

2.2 A produção da prova testemunhal

Conforme mencionado, a prova testemunhal é prova típica, pois prevista como tal em capítulo próprio no Código de Processo Penal, que regulamenta, ainda, o procedimento a ser observado para sua obtenção. O depoimento deve ser prestado oralmente (art. 204, CPP), mediante advertência das penas cominadas ao crime de falso testemunho, inquirindo-se cada testemunha de uma vez, devendo ser reservado espaços separados para garantir a incomunicabilidade entre elas (art. 210, CPP). As perguntas devem ser formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não sendo admitidas as que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida (art. 212, CPP), sendo permitidos às partes contraditar as testemunhas (art. 214, CPP). O juiz pode completar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, CPP) e proibir a testemunha de manifestar suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato (art. 213, CPP).[15]

14. Fernandes, Antonio Scarance. Prova... cit., p. 199-200.
15. Ver, nesse sentido: Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas... cit., p. 345.

Ao contrário da prova documental – formulada antes de ser introduzida no processo e submetida posteriormente ao contraditório, na fase de admissão da prova –, a prova testemunhal deve ser constituída no próprio processo, em contraditório, sendo a presença do juiz fundamental no momento da sua produção.[16]

É justamente porque deve ser produzida em audiência, na presença do juiz e das partes, permitindo um maior controle sobre a sua formação, que a prova testemunhal é considerada um dos mais importantes instrumentos de obtenção de elementos para a formação da convicção do juiz sobre a ocorrência ou não de determinado fato.[17]

Além do princípio do contraditório,[18] deve ser observado, na produção da prova testemunhal, o princípio da imediação, pois, além

16. Idem, p. 346. O autor ressalta que "a necessidade de respeito ao contraditório na produção da prova não se justifica em razão da garantia política de um justo processo, mas também por um fundamento epistemológico: o contraditório é o melhor método de conhecimento. A verdadeira prova não se obtém em segredo ou com pressão unilateral, mas de modo dialético". A Lei 11.690/2008 vinculou o conceito de prova à observância do contraditório ao alterar o art. 155, para dispor que "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".
17. Gomes Filho, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: Moura, Maria Thereza de Assis (org.). *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 283.
18. A observância do contraditório é, na verdade, essencial ao próprio conceito de prova. Só é possível considerar um dado como prova se tiver sido introduzido no processo na presença do juiz e com a participação das partes (Gomes Filho, Antonio Magalhães. Provas... cit., p. 250). O autor ressalta que o contraditório é essencial ao próprio conceito de processo e possui três funções: a primeira, política-ideológica, de legitimar decisões judiciais resultantes de procedimentos abertos à participação dos interessados, em igualdade de condições; a segunda, social, de legitimar a decisão a ser tomada ao permitir que as partes possam influenciar no resultado do processo; por fim, a terceira, técnica, por se tratar do melhor método para descobrir a verdade dos fatos ao levar em conta as contribuições trazidas pelas partes (p. 250-251).

do próprio conteúdo da narrativa, o juiz deve avaliar o sujeito da prova testemunhal, seu estado emotivo, a sugestibilidade ou a sua firmeza diante das perguntas que lhe são feitas, sua loquacidade ou excessiva insegurança.[19]

Ademais, em observância ao direito de ampla defesa e à exigência de que as provas sejam abertas, controladas e legalmente produzidas,[20] deve-se assegurar às partes a oportunidade de inquirir as testemunhas.[21]

Por esse motivo, não se deveria admitir, por exemplo, a juntada, no processo, de declarações escritas de uma testemunha em

19. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas... cit., p. 347.
20. De acordo com o art. 5.°, LX, da CF/1988, "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". O art. 14, I, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e o art. 8.°, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos também determinam a publicidade dos atos processuais penais. Trata-se de um direito fundamental do acusado, mas também da sociedade, pois o direito a um processo público representa um instrumento contra o arbítrio judicial e as irregularidades que podem ser perpetradas em razão do segredo processual.
21. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas... cit., p. 347. O art. 14, 3, *e*, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos dispõe que toda pessoa acusada tem direito "a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação". Da mesma forma, o art. 8.°, 2, *f*, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que, durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, "de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos". Diogo Rudge Malan trata do direito ao confronto na produção da prova oral, consubstanciado em seis vertentes: direito à produção da prova testemunhal em audiência pública; direito a presenciar a produção da prova testemunhal; direito à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; direito à imposição do compromisso de dizer a verdade às testemunhas; direito a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal; direito a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal (*Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 86).

substituição à sua oitiva ou a juntada de declarações de testemunhas colhidas sem a presença do juiz. Nesse caso, "ao se juntar aos autos a declaração de uma pessoa que tem ciência de um fato relevante para o processo (*fonte de prova*), valendo-se para tanto da disciplina legal da prova documental (*meio de prova*), está se pretendendo atingir a finalidade da prova testemunhal – alguém dar ciência ao juiz de um fato que teve conhecimento – com o emprego da prova documental".[22] Além de não respeitar o direito de ampla defesa, não se observam os princípios da imediação e do contraditório, pois a prova não foi produzida na presença das partes, ou foi produzida apenas na presença de uma delas, nem se permitiu o contato direto do juiz.

A garantia da ampla defesa apresenta-se sob dois aspectos: defesa técnica e autodefesa. A primeira é condição de paridade de armas, "imprescindível à concreta atuação do contraditório e, consequentemente, à própria imparcialidade do juiz".[23] A segunda consiste em dois aspectos, o direito de audiência e o direito de presença. O direito de audiência assegura que o acusado possa influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório. O direito de presença, de outro lado, manifesta-se pela possibilidade do acusado tomar posição, "a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas".[24]

O acusado possui, portanto, o direito à participação da audiência, sob pena de invalidade da prova produzida sem a sua presença.[25] A presença do réu na audiência possibilita sua avaliação sobre o comportamento da testemunha e, ainda que não proceda diretamente à sua inquirição, mas por meio de seu defensor, permite que comunique a este suas impressões e influencie na condução das perguntas a serem formuladas à testemunha.

Ademais, o direito de presença do acusado se justifica pela ideia de que é mais fácil contar uma inverdade sobre alguém na sua ausência,[26] além de desencorajar falsos testemunhos ou aumentar as chances de sua detecção.[27] A ausência do acusado pode afetar a pressão

22. Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas... cit., p. 347.
23. Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antonio Magalhães. *As nulidades*... cit., p. 93.
24. Idem, ibidem.

psicológica benéfica exercida na testemunha que presta declarações na presença do acusado.[28]

De outro lado, o princípio do contraditório determina que só possam ser valoradas pelo juiz as provas que tiverem sido produzidas na sua presença e com participação ativa das partes processuais. Ainda que se satisfaça com a concessão de ampla oportunidade às partes de se manifestarem sobre os elementos de prova constantes dos autos, é possível entender que a produção da prova por videoconferência ofende esse direito na medida em que só a presença física do acusado na audiência de oitiva de testemunhas pode assegurar a observância dessa garantia em sua plenitude.

25. Idem, p. 188. O STF decidiu que "o acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm – nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição" (HC 86.634/RJ, 2.ª T., j. 18.12.2006, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 23.02.2007). Entretanto, deve-se mencionar a posição do STJ no julgamento do HC 85.894/SP (5.ª T., j. 18.11.2008, rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 02.02.2009), de que a ausência do réu na audiência de oitiva de testemunhas não configura nulidade se a ela tiver comparecido seu defensor e não lhe tenha, de outro lado, sobrevindo qualquer prejuízo. De acordo com o relator, a realização da audiência por videoconferência no caso em análise teria ampliado, na verdade, o efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório, pois a presença do acusado na audiência é prescindível (ver, ainda, HC 96.319/MS, 6.ª T., j. 21.08.2008, rel. Min. Paulo Gallotti, *DJe* 08.09.2008; HC 94.049/GO, 5.ª T., j. 11.03.2008, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJ* 07.04.2008; e HC 79.080/SP, 5.ª T., j. 21.02.2008, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 26.05.2008).
26. Malan, Diogo Rudge. Op. cit.,p. 86.
27. Idem, p. 89.
28. Nappi, Donatella. L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale. Tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, aprile-giugno 1999, p. 506-507.

A presença do juiz também é imprescindível, pois a valoração sobre a credibilidade do testemunho se dá não só pelo seu conteúdo, mas também pelo comportamento da fonte de prova ao produzi-lo.[29] O juiz deve observar diretamente a testemunha, seu comportamento e sua linguagem corporal, aumentando, assim, a credibilidade da prova.[30]

Assim, é possível afirmar que a prova testemunhal só pode ser considerada pelo juiz se a sua produção for pública, oral, na presença das partes e, ainda, mediante a possibilidade de inquirição das testemunhas pelo acusado.

2.3 A produção da prova testemunhal por videoconferência

Considerando que a prova testemunhal deve ser produzida em contraditório, na presença das partes e do juiz, assegurando-se a possibilidade de o acusado inquirir as testemunhas e a publicidade dos atos processuais, resta saber em que medida o emprego da videoconferência para sua obtenção restringe tais garantias.

A análise da utilização do sistema de videoconferência para produção da prova testemunhal em outros países e nos tratados internacionais leva a conclusão de que sua admissão é excepcional e justifica-se nos casos em que não há outras possibilidades razoáveis e adequadas, em razão de uma ponderação dos interesses em jogo.

Isso porque ao lado dos princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, surge a necessidade de se conceder maior proteção aos direitos das vítimas contra os riscos de intimidação e do constrangimento de encontrar o acusado na sala de audiências.[31]

Na Espanha, por exemplo, a videoconferência foi vista como uma alternativa viável aos instrumentos disponíveis para evitar o contato da vítima com o acusado, como os testemunhos anônimos, produzidos na sua ausência, ou os testemunhos ocultos, em que se utilizam mecanismos que impossibilitam a identificação visual da testemunha, tais como a distorção da voz e a colocação de biombos entre o acusado e a vítima.[32]

29. MALAN, Diogo Rudge. Op. cit., p. 86.
30. Idem, p. 89.

Nos Estados Unidos, o mecanismo foi utilizado no caso de adolescentes e crianças vítimas de abusos sexuais.[33] Nos demais países europeus, a Itália valeu-se do sistema inicialmente para proteger as testemunhas nos processos contra mafiosos e, ainda, para ouvir testemunhas e peritos que se encontravam no exterior;[34] países como a França, Holanda, Suíça e Alemanha também admitem seu emprego.[35]

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Dec.

31. Na Europa, diversas recomendações demonstram a intenção de ampliar a proteção dos direitos das vítimas. É o caso da Convenção Europeia 116 do Conselho da Europa, de 24.11.1983; da Declaração dos Princípios Básicos da Justiça relativos às vítimas da criminalidade e de Abuso de Poder, Res. 1989/1957 do Conselho Econômico e Social, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 29.11.1985; e das Recomendações R (85) 11 e R (97) 13, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Mais recentemente, diversas resoluções enfatizam a necessidade de proteção das testemunhas em razão da colaboração na luta contra a delinquência internacional organizada (Resoluções do Conselho da União Europeia de 23.11.1995 e 20.12.1996). Além disso, a partir da constituição da União Europeia, tornou-se necessário adotar meios mais eficientes de integração entre os países membros, facilitando-se, por meio da videoconferência, a oitiva de testemunhas residentes no estrangeiro. É o que dispõe o Convênio da União Europeia relativo à assistência judicial em matéria penal de 29.05.2000 e a Decisão Marco do Conselho da União Europeia sobre o Estatuto da Vítima no Processo Penal, de 15.03.2001. Ver, sobre todas: Ortiz Pradillo, Juan Carlos. El uso de la videoconferencia en el proceso penal español. *RBCCrim* 67, São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2007, p. 167-168 e p. 177-178. O Estatuto da Corte Penal Internacional dispõe sobre a proteção das vítimas e das testemunhas e sua participação no processo, determinando a adoção de "medidas adequadas para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas" (art. 68). Apesar de prever o caráter público das audiências (art. 67), para proteger as vítimas, as testemunhas ou o acusado, autoriza a produção de prova por meios eletrônicos ou outros meios especiais (arts. 68.2 e 69.2). No caso do acusado perturbar a audiência, também pode ser determinada a sua remoção da sala e providenciada o acompanhamento do processo e o contato com seu defensor por meios técnicos de comunicação (art. 63.2).
32. Ortiz Pradillo, Juan Carlos. El uso de la videoconferência... cit., p. 172-173.

5.015, de 12.03.2004, dispõe, no art. 18, que, se em conformidade com os princípios fundamentais do direito interno e não sendo possível ou desejável que a pessoa compareça no Estado Parte requerente, testemunhas e peritos podem ser ouvidos por videoconferência.[36]

Conforme Juan Carlos Ortiz Pradillo, o uso da videoconferência deve observar os seguintes requisitos: a medida deve estar prevista legalmente (legalidade); apenas em casos excepcionais é possível limitar a publicidade dos atos judiciais, utilizando-se como critério para reconhecer essa hipótese a inexistência de outras possibilidades razoáveis e adequadas, ou seja, que não há outra medida que possa alcançar o mesmo resultado, com eficácia semelhante, nem que seja menos gravosa (excepcionalidade e proporcionalidade); deve-se identificar os motivos que levaram o juiz a adotar o sistema (especial motivação).[37]

A regra, portanto, é a presença física das testemunhas perante o juiz e as partes. Excepcionalmente, e desde que justificada, a videoconferência pode ser utilizada, seja porque a presença física pode causar grande constrangimento à vítima, seja porque a prova não poderia

33. Idem, p. 179. O autor menciona três atos que regulamentaram a utilização da videoconferência nos Estados Unidos: o *Criminal Justice Act* de 1988 (section 32), o *Criminal Justice Act* de 1991 (section 54) e o *Youth Justice and Criminal Evidence Act* de 1999.
34. O art. 147-bis do Código de Processo Penal italiano determina que a videoconferência deve ser utilizada nos casos em que a vítima está sob proteção. Sua adoção é facultativa, devendo ser submetida à avaliação do juiz em relação à exigência de proteção e segurança das pessoas a serem examinadas.
35. Ver, sobre os países europeus que adotaram o sistema, Ortiz Pradillo, Juan Carlos. Op. cit., p. 179-180 e Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual...* cit., p. 218. E, ainda, Valbuena González, Félix. La intervención a distancia de sujeitos en el proceso penal. *Revista del Poder Judicial*, n. 85, 2007, p. 234-244.
36. De acordo com Diogo Malan, "em que pese a incorporação desse tratado internacional ao nosso ordenamento jurídico interno, ela não é suficiente, por si só para tornar o instituto da prova testemunhal por videoconferência aplicável ao sistema penal brasileiro. Isso porque a Convenção de Palermo traz uma *recomendação*, vazada em termos amplos e genéricos, no sentido de os Estados signatários adotarem a videoconferência, sem estabelecer um *procedimento específico* para a utilização dela" (Op. cit., p. 181).

ser produzida perante o juiz da causa, como nos casos em que a testemunha reside em outro local e sua presença no local possa causar transtornos, em razão, por exemplo, de encontrar-se em estado precário de saúde ou ser muito nova ou muito idosa.

Além dos requisitos mencionados, devem ser observados aspectos procedimentais, tais como o emprego de um sistema que possibilite a interação visual, auditiva e verbal entre as partes processuais, em tempo real, bem como assegure a autenticidade do procedimento mediante a presença de um agente público em cada um dos pontos de comunicação, para identificar a pessoa a ser ouvida, assegurando, assim, o respeito aos princípios fundamentais na produção da prova.[38]

2.4 O tratamento conferido ao tema pela lei processual penal brasileira

Antes das reformas que alteraram o Código de Processo Penal em 2008,[39] não havia previsão legal da produção da prova testemunhal por videoconferência. A Lei 11.690/2008, alterou o art. 217 do CPP para prever que, no caso de a presença do réu causar humilhação, temor ou sério constrangimento, à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, ao invés de retirar o réu da sala de audiências, o juiz faça a inquirição pode videoconferência, afastando o réu somente na impossibilidade dessa forma.

O parágrafo único do art. 217 do CPP determina, ainda, que a adoção dessas medidas deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. A decisão, portanto, deve ser motivada, assegurando-se, assim, o exame das razões que a justificam.

A alteração foi vista como positiva, na medida em que a providência adotada pelo dispositivo anterior era muito mais drástica e lesiva ao direito de defesa e ao princípio da publicidade do processo,[40] pois determinava que o réu saísse da sala de audiência quando o juiz

37. Ortiz Pradillo, Juan Carlos. Op. cit., p. 202-204. Na Espanha, os arts. 325 e 731-*bis* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* dispõem que a videoconferência só poderá ser utilizada quando: (a) o juiz entender que a medida atende a razões de utilidade, segurança ou ordem pública; (b) o comparecimento pessoal em juízo for considerado particularmente gravoso ou prejudicial ou; (c) a testemunha for menor de idade.
38. Ortiz Pradillo, Juan Carlos. Op. cit., p. 206-208.

verificasse que, em razão de sua presença, poderia influir no ânimo da testemunha, prosseguindo a inquirição na presença do seu defensor.[41]

Nos casos previstos, a videoconferência permite que o réu continue em contato com o seu defensor, indicando eventuais perguntas que possam ser feitas à testemunha, na medida em que possui maior conhecimento sobre as circunstâncias dos fatos que devem ser esclarecidas.[42] Amplia-se, assim, a possibilidade de participação do acusado na audiência de oitiva da testemunha, permitindo que tenha maior contato com a prova.

39. No ano de 2008 foram aprovadas três leis que alteraram a disciplina de matérias importantes do Código de Processo Penal. A Lei 11.689, de 09.06.2008 alterou o procedimento dos crimes dolosos contra a vida; a Lei 11.690, de 09.06.2008, modificou a disciplina da prova; e a Lei 11.719, de 20.06.2008 alterou o procedimento comum, ordinário e sumário. Essas leis faziam parte de um pacote de projetos que foi elaborado por uma comissão de juristas para alterar o Código de Processo Penal, levando em conta a necessidade de adequar a legislação ordinária aos princípios e garantias consagrados pela Constituição de 1988. Um dos projetos de lei (PL 4.205/2001) elaborados nessa ocasião veda, inclusive, a realização do interrogatório por videoconferência (Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A lei estadual 11.819, de 05.01.2005, e o interrogatório por videoconferência: primeiras impressões. *Boletim IBCCRIM*, n. 148, vol. 12, São Paulo: IBCCrim, mar. 2005 p. 2). É importante mencionar que a Lei 11.690, de 09.06.2008, foi responsável, ao modificar da disciplina da prova, pela introdução, na legislação processual penal, de questões relevantes, tais como "a delimitação do alcance do princípio do livre convencimento do juiz, a consagração do contraditório como elemento essencial do próprio conceito de prova; a regulamentação legal da proibição das provas ilícitas; e, ainda, uma nova disciplina dos meios de prova pericial e testemunhal, mais adequada ao contraditório como método de formação de provas", além da introdução de importantes garantias processuais para a vítima (Gomes Filho, Antonio Magalhães. Provas... cit., p. 247).
40. Gomes Filho, Antonio Magalhães. Provas... cit., p. 289.
41. De acordo com Antonio Magalhães Gomes Filho, na prática, a medida revela-se ainda mais drástica, pois "era freqüente a retirada automática do acusado mediante simples manifestação de temor da testemunha, antes mesmo de iniciado o depoimento e da verificação de qualquer *atitude* por parte do réu" (Provas... cit., p. 289-290).

Posteriormente, a Lei 11.900, de 08.01.2009, alterou o art. 222 do CPP para autorizar a realização da oitiva da testemunha que mora fora da jurisdição por videoconferência, permitida a presença do defensor e sua realização durante a audiência de instrução e julgamento.

A alteração se coaduna com o espírito da reforma do Código de Processo Penal, que alterou a ordem de realização dos atos processuais, ao determinar que deverão ser ouvidos, em primeiro lugar, o ofendido e as testemunhas, e, após, o acusado,[43] assegurando-se, assim, que possa se defender de todas as acusações feitas contra ele, em respeito ao princípio da ampla defesa. Nesse sentido, autorizar a oitiva da testemunha que mora fora da jurisdição por videoconferência, pode garantir que o juiz e as partes tenham acesso ao seu depoimento antes da realização do interrogatório, observando-se, assim, o princípio mencionado.

De outro lado, respeita-se, ainda, o princípio da identidade física do juiz, consagrado no art. 399, § 2.º, do CPP, que, após a edição da Lei 11.719, de 20.06.2008, passou a determinar que "o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença", pois, uma vez que a oitiva de testemunhas por precatória é realizada perante outro juiz, assegura-se, com o acompanhamento do juiz da causa, um maior contato entre ele e a testemunha.

42. Idem, p. 290. A Lei 11.689/2008, ao adotar o sistema de exame direto e cruzado na inquirição das testemunhas, reforçou a importância desse contato do réu com seu defensor, pois as perguntas passaram a ser dirigidas ao depoente diretamente pelas partes. Na redação original, o art. 212 do CPP determinava que as perguntas deveriam ser requeridas ao juiz, que as formulava à testemunha. Pela nova regra, o depoente é colocado em contato direto com as partes, sendo inquirido, inicialmente, por quem o arrolou, e, em seguida, submetido ao exame cruzado da parte contrária. O juiz apenas decide sobre a admissibilidade das perguntas (p. 284-285).
43. O art. 400 do CPP dispõe que "na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado".

Ao restringir as hipóteses em que é possível ouvir testemunhas por videoconferência a situações excepcionais, em que se verifica a existência de grave constrangimento, ou aos casos em que a testemunha seria ouvida por precatória, seu emprego acabou servindo para diminuir as restrições às garantias, uma vez que, antes das alterações legislativas, o acusado não participava desse ato processual.

3. A REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA

3.1 Argumentos pró e contra o emprego da videoconferência no interrogatório

Diversos autores discutem se a videoconferência deveria ou não ser utilizada na realização do interrogatório do acusado. De um lado, defende-se seu uso como medida de: celeridade do processo criminal, capaz de tornar o procedimento mais ágil; economia com escoltas e deslocamento de policiais e viaturas, para transporte de presos; e segurança da população e dos próprios policiais encarregados da escolta.[44] Ademais, o contato visual e auditivo entre o juiz e o acusado estaria assegurado, bem como sua livre manifestação de vontade, desde que assistido pelo seu defensor.[45]

Há, ainda, argumentos de ordem processual que podem ser mencionados, como a possibilidade de gravar o ato, permitindo, a

44. Ver, nesse sentido: BARROS, Marco Antonio de. Teleaudiência, interrogatório on-line, videoconferência e o princípio da liberdade da prova. *Revista do Curso de Direito da FMU*, n. 25, ano 17, São Paulo: FMU, 2003, p. 203 e PINTO, Ronaldo Batista. Interrogatório on-line ou virtual – constitucionalidade do ato e vantagens em sua aplicação. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, n. 39, ano 7, São Paulo: IOB, ago-set. 2006, p. 10-11.

45. BARROS, Marco Antonio de. Op. cit., p. 203 e PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit., p. 12-13. De acordo com Vladimir Aras, "a presença virtual do acusado, em videoconferência, é uma *presença real*. O juiz ouve e o vê, e vice-versa. A inquirição é direta e a interação, recíproca. No vetor temporal, o acusado e o seu julgador estão juntos, presentes na mesma unidade de tempo. A diferença entre ambos é meramente espacial. Mas a tecnologia supera tal deslocamento, fazendo com que os efeitos e a finalidade das duas espécies de comparecimento judicial sejam plenamente equiparados. Nisso nada se perde" (Videoconferência no processo penal. *Boletim Científico*, n. 15, ano 4, abr.-jun. 2005, p. 178).

qualquer tempo, seu exame pelos tribunais, que normalmente julgam sem nunca ter visto o acusado; a hipótese legal de realização do interrogatório por precatória, que, da mesma forma, impossibilita o contato do juiz deprecante com o acusado;[46] e a possibilidade de julgamento à revelia, que também impede o contato entre o juiz e o acusado.[47]

Em sentido contrário, defende-se que "não há como falar em processo penal sem a presença do maior interessado na decisão – o acusado – nos atos processuais, que assim são qualificados exatamente pela circunstância de serem realizados diante do juiz e com a intervenção das partes. Daí ser inviável, a menos que se considere o processo como simples encenação ou formalidade, a ouvida do preso como acusado, ou mesmo como testemunha em outro processo, sem que o mesmo esteja fisicamente presente ao ato processual correspondente. Por mais sofisticados que sejam os meios eletrônicos, somente a presença efetiva da audiência pode assegurar a comunicação entre os sujeitos processuais. Basta lembrar que até mesmo para aferir a sinceridade ou falsidade de uma declaração conta muito a percepção direta e imediata das reações do réu ou da testemunha".[48]

Seria necessário, portanto, garantir o contato físico entre acusado e juiz,[49] assegurado, inclusive, pelo Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos ao determinar, em seu art. 14, 2, *d*, que toda pessoa acusada tem direito a estar presente no julgamento e defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha, e pelo

46. MADALENA, Pedro. Administração da justiça – videoconferência: interrogatório. *Revista IOB de direito penal e processual penal*, n. 53, ano 9, São Paulo: IOB, dez.-jan. 2009, p. 220. De acordo com Gustavo Badaró, "é de se observar que, embora sem previsão no Código de Processo Penal, tem se tornado cada vez mais comum a realização de interrogatórios por carta precatória. Nesse caso, a autodefesa não será exercida pelo juiz da causa, mas ante um juiz que só realizará tal ato. Obviamente, em tal caso, o interrogatório por videoconferência, perante o juiz do feito, mostra-se um meio de defesa mais eficaz que a simples leitura posterior de um interrogatório reduzido a termo pelo juiz deprecado" (*Direito processual...* cit., p. 221).
47. Ver, nesse sentido, voto do desembargador Ferraz de Arruda citado no acórdão do STF (HC 88.914/SP, 2.ª T., j. 14.08.2008, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 05.10.2007, p. 5).

art. 7.°, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao preconizar o direito do réu de ser conduzido à presença do juiz,[50] sem falar da previsão constitucional da garantia de ampla defesa (art. 5.°, LV, CF/1988).[51]

A manutenção do acusado no estabelecimento prisional poderia, ainda, impedi-lo de denunciar ameaças ou constrangimentos realizados pelos agentes penitenciários ou outros presos. Assegurar o seu comparecimento na sala de audiências garantiria, nesse sentido, seu contato com o juiz, que poderia tomar providências em face de

48. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Garantismo à paulista: a propósito da videoconferência. *Boletim IBCCRIM*. n. 147, vol. 12, São Paulo: IBCCrim, fev. 2005, p. 6. Na visão dos autores que defendem a realização do interrogatório por videoconferência a presença física é totalmente dispensável, em primeiro lugar, "porque não se tem notícia de interrogatório no qual o juiz tenha feito consignar que, ao formular determinada pergunta, viu-se o réu acometido de intenso rubor facial ou de tremor nas mãos. Segundo que essa espécie de constatação viria carregada por tamanho subjetivismo que se tornaria incapaz de conter algum valor probatório ou de prestar-se como elemento de defesa em favor do réu" (PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit., p. 13). Em seu relatório, o Min. Cezar Peluso conclui, no julgamento do HC 88.914/SP, que "em termos de garantia individual, o virtual não vale como se real ou atual fosse" (p. 20). De acordo com o Min. Cezar Peluso, todos os argumentos a favor da videoconferência relacionam-se à política criminal, tarefa que não cabe ao Poder Judiciário avaliar.
49. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Interrogatório on-line. *Boletim IBCCRIM*, n. 42, São Paulo: IBCCrim, jun. 1996, p. 1. A autora afirma que "os gestos, a entonação da voz, a postura do corpo, a emoção do olhar, dizem, por vezes, mais que as palavras. Mensagens subliminares são transmitidas e recebidas dos dois lados, ensejando, por vezes, rumos inesperados".
50. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Res. 5/2002: interrogatório on-line (parecer). *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, n. 39, ano 7, São Paulo: IOB, ago-set. 2006, p. 21. De outro lado, segundo Gustavo Badaró "o que o art. 7.5 da CADH assegura o direito a uma rápida verificação judicial da legalidade da prisão", afastando, assim, sua interpretação literal. "Em suma, seria uma garantia semelhante àquela prevista na Constituição brasileira, no art. 5.°, LXII, que assegura que 'a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz (...)' ". (*Direito processual*... cit., p. 220).

alguma arbitrariedade sofrida pelo acusado ou, ao menos, o ouviria de forma plena, observando-se a garantia da autodefesa em sua plenitude.[52]

Haveria, por fim, ofensa aos arts. 5.°, LX e 93, IX, da CF/1988, que obriga a publicidade dos atos processuais, ressalvada a defesa da intimidade ou o interesse social, e ao art. 792 do CPP determina que esses atos são, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais.[53] No sentido contrário, entende-se que o respeito à garantia da publicidade está assegurado, uma vez que o acesso à sala de audiências, onde são captadas as imagens, é irrestrito.[54]

3.2 A posição dos tribunais superiores

Por muito tempo admitiu-se, no STJ, a possibilidade de realização do interrogatório por videoconferência, que só poderia ser

51. Conforme já mencionado quando da análise da possibilidade de garantia da ampla defesa na produção da prova testemunhal por videoconferência, a ampla defesa consubstancia-se em duas vertentes: a autodefesa e a defesa técnica. A primeira compõe-se de dois aspectos: o direito de audiência e o direito de presença. Este "manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas" (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades...* cit., p. 93).
52. Gustavo Badaró menciona que, "mesmo no caso do interrogatório perante o juiz, estas mesmas pressões e ameaças podem ocorrer, antes de sair ou depois de retornar ao presídio, poderá também ser praticada durante o transporte do preso. Em suma, o interrogatório por videoconferência não cria um problema novo. Se assim o fosse, ninguém nunca teria ouvido falar em presos que foram coagidos a depor, antes do surgimento da videoconferência". E segue, afirmando que "o relevante é que, demonstrada qualquer forma de coação ou ameaça, antes ou depois do interrogatório, entre presentes ou por videoconferência, seja o mesmo reconhecido como nulo por violação da ampla defesa, o juiz deve determinar a realização de novo interrogatório, tomando as providências necessárias para que o mesmo se dê de forma espontânea, sem qualquer espécie de constrangimento" (*Direito processual...* cit., p. 221).
53. BRANCO, Tales Castelo. Parecer sobre interrogatório on-line. *Boletim IBCCRIM*, n. 124, São Paulo: IBCCrim, mar. 2003.
54. PINTO, Ronaldo Batista. Op. cit., p. 15.

anulado caso fosse demonstrado o prejuízo causado.[55] A nulidade em razão de violação da repartição constitucional de competência legislativa[56] também não foi reconhecida, entendendo-se que o art. 155 do CPP autorizava, na redação anterior à Lei 11.690/2008, ampla produção das provas, desde que não vedadas ou estipuladas de outra forma por lei.[57]

Não haveria, de outro lado, qualquer ofensa às garantias constitucionais, uma vez que, conforme já mencionado, o sistema possibilita o contato visual, verbal, em tempo real, entre todas as pessoas

55. Conferir STJ, HC 76.046/SP, 5.ª T., j. 10.05.2007, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 28.05.2007; HC 63.524/SP, 5.ª T., j. 09.08.2007, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 10.09.2007.
56. Duas leis estaduais regulamentaram a realização do interrogatório por videoconferência: a Lei 11.819/2005, em São Paulo, e a Lei 4.554/2005, no Rio de Janeiro. O art. 22, I, da CF/1988 dispõe que compete privativamente à União legislar sobre direito processual e o art. 24, XI, determina que os Estados possam legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual. De acordo com Antonio Magalhães Gomes Filho, procedimento "é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; trata-se, em outras palavras, de noção puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem", enquanto que "quando se pensa, ao contrário, nas relações entre os sujeitos, fala-se adequadamente em processo" (Garantismo à paulista: a propósito da videoconferência. *Boletim IBCCRIM*, n. 147, vol. 12, São Paulo: IBCCrim, fev. 2005, p. 6). Conclui, portanto, Antonio Scarance Fernandes, ao analisar a lei paulista, que "na lei em questão, ou seja, na Lei 11.819/2005, do Estado de São Paulo, a regra que autoriza a realização do interrogatório e das audiências por meio de videoconferência não é simples regra procedimental. Ela dispõe sobre aspecto essencial para a realização desses atos. A regra enfocada e as que advierem de sua regulamentação, a ser efetuada em 90 (noventa) dias, cuidarão, necessariamente, da forma de atuação dos sujeitos processuais, o que representará estatuir sobre poderes, direitos e deveres do juiz e das partes" (A inconstitucionalidade da lei estadual sobre videoconferência. *Boletim IBCCRIM*, n. 147, vol. 12, São Paulo: IBCCrim, fev. 2005, p. 7). Ver, ainda, no mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A lei estadual... cit., p. 2.
57. Art. 155. No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil.

envolvidas com processo e assegura o contato do réu com o seu defensor através de canal reservado.[58]

Entretanto, após o julgamento do HC 88.914/SP[59] pelo STF, o STJ mudou seu entendimento. Em voto proferido no HC 114.225/SP,[60] por exemplo, o relator Min. Arnaldo Esteves de Lima, se manifestou pela nulidade do interrogatório realizado por meio da videoconferência, por ofensa ao art. 5.º, LV, da CF/1988, que dispõe sobre a garantia do devido processo legal, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e a todos os acusados, o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Nos termos do acórdão prolatado, uma das vertentes do princípio da ampla defesa é a autodefesa, exercida exclusiva e pessoalmente pelo acusado, consubstanciando-se nos direitos de presença e audiência. De acordo com a ementa do acórdão, "por direito de presença, entende-se a oportunidade de o acusado acompanhar, ao lado de seu

58. Nesse sentido, ver HC 34.020/SP, 6.ª T., j. 15.09.2005, rel. Min. Paulo Medina, *DJ* 03.10.2005; RHC 15.558/SP, 5.ª T., j. 14.09.2004, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 11.10.2004; RHC 6.272/SP, 5.ª T., j. 03.04.1997, rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 05.05.1997.
59. HC 88.914/SP, 2.ª T., j. 14.08.2008, rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 05.10.2007.
60. HC 114.225/SP, 5.ª T., j. 18.12.2008, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 02.03.2009. No mesmo sentido, reconhecendo a nulidade absoluta do interrogatório realizado por videoconferência, ver STJ, HC 108.457/SP, 5.ª T., j. 18.09.2008, rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 03.11.2008; HC 94.069/SP, 5.ª T., j. 13.05.2008, rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 06.10.2008; HC 106.225/SP, 6.ª T., j. 19.08.2008, rel. Min. Jane Silva, *DJ* 22.09.2008; e HC 104.324/SP, 6.ª T., j. 19.08.2008, rel. Min. Jane Silva, *DJ* 08.09.2008. Em todas essas decisões, havia menção à ausência de lei regulamentando o tema, e que, se existisse regulamentação, a realização do interrogatório por videoconferência deveria ser motivada, com demonstração de sua excepcional necessidade no caso concreto. Da mesma forma, o posicionamento da 6.ª Turma também mudou. Ver, nesse sentido, HC 98.422/SP, 6.ª T., j. 20.05.2008, rel. Min. Jane Silva, *DJ* 29.09.2008; HC 102.440/SP, 6.ª T., j. 05.06.2008, rel. Min. Jane Silva, *DJ* 23.06.2008; HC 98.422/SP, 6.ª T., j. 20.05.2008, rel. Min. Jane Silva, *DJ* 29.09.2008; HC 106.225/SP, 6.ª T., j. 19.08.2008, rel. Min. Jane Silva, *DJ* 22.09.2008; HC 104.324/SP, 6.ª T., rel. Min. Jane Silva, *DJ* 08.09.2008.

defensor, todos os atos do processo, assegurando a sua maior proximidade com o juiz, as razões e as provas. O direito de audiência, por sua vez, traduz a possibilidade de o acusado influir, pessoalmente, na formação do convencimento do magistrado, o que ocorre no momento do interrogatório judicial, já que poderá oferecer a sua versão dos fatos, invocar o direito ao silêncio etc.".

O relator reconheceu, inclusive, a inconstitucionalidade da Lei 11.819/2005, do Estado de São Paulo, por ferir a competência privativa da União para dispor sobre normas de natureza processual.

O HC 88.914/SP foi impetrado no STF em favor de réu cujo interrogatório havia sido realizado por videoconferência, sem que tenha se servido de tempo hábil para preparar a autodefesa, nem ao prévio contato e orientação com seu defensor.[61] Ao proferir seu voto, o Min. Cezar Peluso vislumbrou ofensa ao devido processo legal, previsto no art. 5.°, LIV, da CF/1988, porque cabe à legislação definir o tempo e o lugar dos atos processuais. Se o Código de Processo Penal dispõe sobre o interrogatório, determinando que, em regra, as audiências, as sessões e os atos processuais, se realizem na sede do juízo ou no tribunal, não é possível realizar audiências ou qualquer outro ato processual fora dos lugares indicados, a não ser em casos excepcionais, mediante autorização legal.[62]

E segue afirmando que a perda de contato pessoal torna "asséptico" o ambiente dos tribunais, fazendo mecânica e insensível a atividade judiciária. "O interrogatório é evento afetivo, no sentido radical da expressão". Quanto maior, portanto, a possibilidade de participação, mais eficaz se torna.

Em primeiro lugar, seria preciso regulamentar o lugar onde devem estar defensor e intérprete, se junto ao juiz ou ao lado do réu. Se o defensor estiver ao lado do réu, não poderá consultar os autos, mas, por outro lado, se estiver na sala de audiências, não poderá fornecer o suporte necessário ao réu, a não ser que seja garantido um canal

61. Conforma já mencionado, a autodefesa, no interrogatório, é exercida mediante atuação pessoal do acusado, configurando-se a oportunidade para oferecer sua versão dos fatos ou invocar o direito ao silêncio.
62. O art. 403 do CPP previa, antes de ter sido revogado pela Lei 11.690/2008, que "no caso de enfermidade do réu, o juiz poderá transportar-se ao local onde ele se encontrar, ai procedendo a instrução".

reservado e a fiscalização no local onde se encontra, afastando-se qualquer forma de coação ou tortura, física ou psicológica.

Além disso, no caso examinado pelo STF, o juiz teria deixado de fundamentar a decisão de realizar o interrogatório por videoconferência, deixando de observar, portanto, a necessidade de justificar o seu uso e limitá-lo às hipóteses excepcionais. Conclui, então, o relator, que "não existe, nem nosso ordenamento, previsão legal para realização de interrogatório por videoconferência. E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-lo não poderia deixar de ser suficientemente motivada, com demonstração plena da sua excepcional necessidade no caso concreto".

E segue afirmando que "o sistema eletrônico poderia ser usado sem disciplina específica se não fora, o interrogatório, ato de tamanha importância à defesa, cuja plenitude é assegurada pela Constituição da República (art. 5.°, LV). A adoção da videoconferência leva à perda de substância do próprio fundamento do processo penal, e, sem peias nem controle, o interrogatório por videoconferência aparece como outra cerimônia degradante do processo".[63]

3.3 O tratamento conferido ao tema pela Lei 11.900/2009

A Lei 11.900/2009, alterou o Código de Processo Penal para prever que a realização do interrogatório do réu pode ser efetuada por videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender as finalidades dispostas nos incs. I ao IV do § 2.° do art. 185 do CPP:

63. Nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes, "não há lei a autorizar. Houvesse lei, certamente teríamos que discutir outras questões pontuadas no brilhantíssimo voto que sua Excelência acabou de proferir. Toda esta questão relativa à conformação, nos termos em que nós entendemos o contraditório e a ampla defesa. Encontrar-se uma conformação adequada que faça esta possível prática do ponto de vista tecnológico compatível com a ordem constitucional. Mas esse é um tema que poderá ser objeto de análise em outro momento se o legislador processual vier a estabelecer regras assemelhadas sobre o tema".

"I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217;

IV – responder à gravíssima questão de ordem pública".[64]

Nos termos da nova regulamentação, as partes devem ser intimadas da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência com 10 dias de antecedência (art. 185, § 3.º, CPP), garantindo-se o direito de entrevista prévia e reservada entre o réu e seu defensor, bem como o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência, e entre este e o preso (art. 185, § 5.º, CPP). Além disso, o réu preso pode acompanhar, pelo sistema tecnológico, todos os atos da audiência única de instrução e julgamento (art. 185, § 4.º, CPP).[65]

Com a regulamentação do emprego da videoconferência, afasta-se a possibilidade de invalidar sua realização em razão da falta de regulamentação legal do tema. Permanece, entretanto, a avaliação

64. O PL 679/2007, é de autoria do Senador Aloizio Mercadante. Em sua justificativa, o senador menciona a necessidade de compatibilizar o entendimento do STF com a introdução do mecanismo de videoconferência no ordenamento jurídico. Aprovado em 21.11.2008 no Senado Federal, o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde recebeu o n. 4.361/2008, tendo sido aprovado em 10.12.2008. Ao retornar ao Senado Federal, foi aprovado em 23.12.2008, em razão da pressão do Secretário de Justiça de São Paulo, Luiz Antonio Marrey, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade da lei paulista pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 90.900, na sessão de 30.10.2008, por ofensa ao art. 22, I, da CF/1988. Em razão dessa decisão, no julgamento do HC 91.859, a 1.ª Turma reconheceu a nulidade do interrogatório e determinou a expedição de alvará de soltura do paciente (j. 04.11.2008, rel. Min. Carlos Ayres Britto).

sobre a constitucionalidade no que tange ao direito de defesa do acusado. Entendendo-se que a garantia da ampla defesa em sua vertente do direito de presença significa presença física, deve-se concluir que a realização do interrogatório por videoconferência é inconstitucional. De outro lado, é possível argumentar que, devidamente regulamentada ou mediante a anuência do acusado,[66] a videoconferência pode ser utilizada, desde que a decisão pelo seu emprego seja motivada e se

65. Em alguns países o emprego da videoconferência também está limitado a critérios ou situações específicas. Na Espanha, justifica-se por razões de utilidade, segurança ou de ordem pública (art. 731 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*); na Itália, inicialmente nos julgamentos relacionados com a máfia e após a Lei 11, de 01.01.1998, que regulamentou o tema, nos casos em que há grave razão de segurança ou de ordem pública e quando se trata de crimes praticados por organização criminosa, dentre outras hipóteses; na França, desde que haja necessidade (de acordo com o art. 706.71 do Código de Processo Penal francês: "lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient, l'audition ou l'interrogatoire d'une personne ainsi que la confrontation entre plusieurs personnes peuvent être effectués en plusieurs points du territoire de la République se trouvant reliés par des moyens de télécommunications garantissant la confidentialité de la transmission").
66. De acordo com Gustavo Badaró, "não há incompatibilidade constitucional na realização do interrogatório por videoconferência, no caso em que *o acusado aceite a realização de tal ato a distância.* Se ele pode se recusar a exercer a autodefesa, calando-se, pode optar por exercê-la por meio de videoconferência. A questão mais complicada é a do interrogatório à distância contra a vontade do acusado. Poderia ser imposto ao acusado o exercício da autodefesa por videoconferência, se ele desejasse exercê-la pessoalmente, perante o juiz da causa? A princípio, a resposta seria negativa. Mas é possível conceber um sistema com características que aproximem muito o ato por videoconferência do ato entre presentes. Nunca serão iguais, mas poderão ser muito semelhantes. É possível admitir, em caráter excepcional, diante da impossibilidade de realização do ato entre presentes, para um rol expresso de crimes de maior gravidade e mediante decisão fundamentada de sua necessidade ante a impossibilidade de realização nos moldes tradicionais, que o exercício da autodefesa se dê por uma forma diferente daquela consistente no ato entre presentes" (*Direito processual...* cit., p. 220).

assegure, da melhor forma possível, a observância das garantias fundamentais do acusado, como o contato exclusivo e reservado com seu defensor.

4. Conclusão

Qualquer medida que restrinja os direitos e garantias assegurados ao indivíduo no processo penal deve ser vista de maneira restrita. Não é possível justificá-la apenas com argumentos de cunho utilitarista, para atender aos interesses da sociedade, como, por exemplo, a necessidade de se impor maior economia e celeridade aos atos processuais, a exigência de redução de custos, a imposição de maior eficiência estatal ou em prol da segurança.[67]

Somente a proteção de outros interesses individuais pode ser capaz de restringir os direitos em jogo no processo penal. Nesse sentido, justifica-se a produção da prova testemunhal por videoconferência para proteger os direitos das testemunhas que se sintam ameaçadas ou constrangidas pela presença do acusado ou para ampliar a observância das garantias do acusado com a realização de atos dos quais não participaria se realizados sem esse recurso tecnológico.

Com relação à produção da prova testemunhal, portanto, o testemunho oral prestado em audiência pública, na presença das partes, é um meio superior a qualquer outra forma de realizar essa prova. A princípio, a realização da audiência de oitiva de testemunhas sem a presença do acusado e do juiz da causa restringe a garantia da ampla defesa, especialmente sob o aspecto da autodefesa, e ofende os princípios do contraditório e da imediação.

Reconhecendo-se que há restrição, principalmente, da garantia da ampla defesa, a videoconferência deve ser utilizada em hipóteses excepcionais e de forma a assegurar, o máximo possível, a transmissão de qualidade, ao vivo e com a presença das partes processuais.

67. Diogo Malan, com amparo na teoria garantista de Luigi Ferrajoli e na concepção jusnaturalista de Ronald Dworkin afirma que "qualquer restrição equivocada de um direito fundamental individual deve ser vista como substancialmente mais grave do que sua expansão errônea" (Op. cit., p. 129).

Da mesma forma, deve restar comprovado o caráter imprescindível da testemunha, o risco concreto à sua segurança, além da existência de aparato tecnológico apto a assegurar as condições mínimas de confiabilidade do testemunho.[68] Respeitados esses requisitos, a videoconferência pode ser menos desvantajosa, pois permite, em casos que não haveria contato com a testemunha, que todos os participantes sejam vistos e ouvidos, preservando, assim, a idoneidade do ambiente e sua influência no depoimento.

Além disso, a testemunha pode ser ouvida em tempo real, reduzindo-se os prejuízos causados pela demora na devolução da carta precatória, assegurando-se a observância do princípio da identidade física do juiz e garantindo-se que a testemunha será ouvida antes do interrogatório do réu.

Conforme mencionado, as alterações do Código de Processo Penal realizadas pela Lei 11.690/2008 observaram a excepcionalidade da medida, restringindo o uso da videoconferência aos casos em que se verifique que a presença física do réu pode causar grave constrangimento à testemunha ou em que a oitiva seria realizada por carta precatória, determinando, ainda, a motivação da decisão judicial que autoriza seu emprego.

No caso da realização do interrogatório por videoconferência, entendendo-se o direito de presença como presença física, não é possível discordar que haveria restrição à garantia da ampla defesa. Considerando que qualquer medida que restrinja os direitos e garantias assegurados ao indivíduo no processo penal só se justifica em casos

68. MALAN, Diogo Rudge. Op. cit., p. 177. O autor indica, como requisitos mínimos do aparato tecnológico, "(i) a transmissão audiovisual bidirecional (*two-way*), de molde a permitir a efetiva interação entre a testemunha remota e os demais participantes do depoimento; (ii) um padrão de qualidade e clareza na transmissão do sinal que permita a *perfeita audição e visualização recíproca* entre todos os participantes do ato processual, além da continuidade da transmissão durante todo o ato processual; (iii) a plena visualização por parte das pessoas situadas na sala de audiências de todos os recantos do recinto onde a testemunha remota se encontra, a fim de evitar a presença de pessoas estranhas, que estejam orientando ou coagindo tal testemunha".

excepcionais e desde que sirva para proteger outros interesses individuais, o emprego da videoconferência deve ser restrito.

Trata-se do ato processual mais importante para a defesa e, de fato, a adoção da videoconferência distorce a plenitude de sua realização mediante a presença física das partes processuais.

Assim, é preciso assegurar que todas as formas de minimizar seus efeitos sejam observadas, garantindo-se, entre outros fatores: um alto grau de funcionalidade do instrumento tecnológico; que a defesa técnica seja exercida de forma mais ampla possível, de preferência com a presença de dois defensores, um na sala de audiência e o outro ao lado do acusado, mediante, inclusive, a comunicação entre o acusado e o defensor presente na sala de audiências e entre ambos defensores;[69] o seu emprego em casos excepcionais, e de forma justificada, prevendo-se em lei as hipóteses que o autorizam, bem como o procedimento a ser observado para sua utilização e necessidade de anuência do réu.[70]

Os casos excepcionais que justifiquem a realização do interrogatório por videoconferência não podem ser fundamentados, como já mencionado acima, em argumentos utilitaristas. Da mesma forma como ocorre com a produção da prova testemunhal por videoconferência, seu emprego deve ser autorizado mediante a ponderação entre os interesses individuais envolvidos ou, até mesmo, quando servir para atenuar as restrições às garantias do acusado.[71]

Ao alterar o Código de Processo Penal para prever a realização do interrogatório por videoconferência, a Lei 11.900/2009 deu um passo à frente no que se refere à necessidade de regulamentação do

69. Nappi, Donatella. Op. cit., p. 527-529.
70. Gustavo Badaró equiparou essa possibilidade, como visto na nota n. 66, aos casos em que o acusado se recuse a exercer a autodefesa, calando-se. Na opinião do autor, se o acusado se opor à realização do interrogatório por videoconferência, seu emprego deve ser excepcional, para um rol expresso de crimes de maior gravidade e mediante decisão fundamentada (*Direito processual*... cit., p. 220).
71. Antes da Lei 11.690/2008, o acusado não participava da oitiva de testemunhas nas hipóteses em que se verificava a existência de grave constrangimento, sendo retirado da sala, e quando a testemunha era ouvida por carta precatória.

sistema. Acertadamente, dispõe que as partes devem ser intimadas sobre a decisão que autoriza o emprego da videoconferência, determinando a fundamentação dessa decisão e a autorização em casos excepcionais, devidamente arrolados. Assegura, ainda, que o réu tem direito a entrevista prévia e reservada com seu defensor e ao acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre os advogados, o que esteja no presídio e o que esteja na sala de audiência do fórum, e entre este e o preso. Por fim, garante a fiscalização da sala reservada no estabelecimento prisional.

Resta analisar se os casos previstos no § 2.º do art. 185 do CPP, modificado pela Lei 11.900/2009, observam o requisito de excepcionalidade da medida e a necessidade de ponderação dos interesses em jogo.

Sobre a possibilidade de viabilizar a participação do réu no interrogatório, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal, ou nos casos em que seja preciso impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou de vítima, desde que essas não possam ser ouvidas por videoconferência, já se avaliou tratar-se de hipóteses em que há ponderação entre os interesses individuais envolvidos ou que funcionam como uma alternativa viável aos casos em que o acusado não poderia comparecer fisicamente, atenuando-se, inclusive, às restrições às suas garantias individuais.

Há mais duas hipóteses que devem ser observadas: (a) a possibilidade de prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento, e (b) de resposta à gravíssima questão de ordem pública.

A existência risco à segurança pública como critério a ser utilizado para justificar o emprego da videoconferência tem viés utilitarista, em razão do atendimento ao interesse público da sociedade.[72] De outro lado, o emprego da *ordem pública* para fundamentar restrições à direitos individuais tem sofrido muitas críticas, quando do exame dos critérios que autorizam a decretação da prisão preventiva,[73] tendo em vista sua elasticidade e indeterminação.[74]

Assim, para que se permita a restrição a um direito individual nessas hipóteses é preciso observar sempre os direitos em conflito, à

luz das peculiaridade do caso concreto.[75] O risco à segurança pública, por exemplo, deve ser um risco concreto a indivíduos identificáveis, pois não é possível contrapor, abstratamente, os direitos individuais como interesses privados e o interesse público.[76]

A avaliação dessas hipóteses no caso concreto pressupõe, ainda, um cotejo com as condições em que a videoconferência será realizada, pois é preciso assegurar que a transmissão ocorra nas melhores condições possíveis, de modo a permitir um padrão de qualidade do aparato tecnológico que assegure a máxima interação entre as partes.

5. Bibliografia

ARAS, Vladimir. Videoconferência no processo penal. *Boletim Científico*, n. 15, ano 4, Brasília: Ministério Público da União, abr.-jun. 2005, p. 173-195.

72. MALAN, Diogo Rudge. Op. cit., p. 129. O autor afirma que, "nesse sentido, a invocação de direitos coletivos, como a segurança pública, não se consubstancia em justificativa idônea para a restrição aos direitos individuais contra o Estado. Caso este último pudesse invocar a maioria democrática que legitima as suas ações, para fins de restringir um direito individual, a própria existência deste estaria comprometida. Um direito contra o Estado deve ser visto como um direito a fazer algo mesmo que a maioria considere errado fazê-lo, ou que a maioria seja prejudica pelo exercício desse direito (p. 129-130).
73. O art. 312 do CPP determina que "a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria".
74. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Videoconferência: reiterando o equívoco da ordem pública. *Boletim IBCCrim* 195, ano 16, São Paulo: IBCCrim, fev. 2009, p. 11-12.
75. MALAN, Diogo Rudge. Op. cit., p. 138.
76. Idem, ibidem: "Não se afigura correto afirmar que os direitos individuais fundamentais representam tão-só os interesses privados de seus respectivos titulares. Tal asserção ignora o fato de que o Direito Processual Penal não tem só uma função instrumental com relação ao Direito Penal, no sentido de atender aos interesses do poder-dever de punir do Estado. Pelo contrário, há inequívoco interesse *público* na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, proteção essa que se consubstancia em verdadeiro dever de todos os órgãos e agentes do Estado".

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A Lei estadual 11.819, de 05.01.2005, e o interrogatório por videoconferência: primeiras impressões. *Boletim IBCCrim*, n. 148, vol. 12, São Paulo: IBCCrim, mar. 2005, p. 2.

____. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. I.

____. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 341-352.

BARROS, Marco Antonio de. Teleaudiência, interrogatório on-line, videoconferência e o princípio da liberdade da prova. *Revista do Curso de Direito da FMU*, n. 25, ano 17, São Paulo: FMU, 2003. p. 197-209.

BRANCO, Tales Castelo. Parecer sobre interrogatório on-line. *Boletim IBCCrim*, n. 124, São Paulo: IBCCrim, mar. 2003, p. 2.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Videoconferência: reiterando o equívoco da ordem pública. *Boletim IBCCrim*, n. 195, ano 16, São Paulo: IBCCrim, fev. 2009, p. 11-12.

DELMANTO, Roberto. O interrogatório por videoconferência e os direitos fundamentais do acusado no processo penal. *Notáveis do direito penal – Livro em homenagem ao emérito professor doutor René Ariel Dotti*. Brasília: Consulex, 2006. p. 439-448.

FERNANDES, Antonio Scarance. A inconstitucionalidade da lei estadual sobre videoconferência. *Boletim IBCCrim*, n. 147, vol. 12, São Paulo: IBCCrim, fev. 2005, p. 7.

____. A mudança no tratamento do interrogatório. *Boletim IBCCrim*, n. 200, ano 17, São Paulo: IBCCrim, jul. 2009, p. 19-20.

____. Prova e sucedâneos da prova no processo penal. *RBCCrim*, n. 66, São Paulo: IBCCrim, maio-jun. 2007, p. 193-236.

GOMES, Rodrigo Carneiro. A videoconferência ou interrogatório on-line, seus contornos legais e a renovação do processo penal célere e eficaz. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, n. 45, ano 8, São Paulo: IOB, ago.-set. 2007, p. 42-50.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Garantismo à paulista: a propósito da videoconferência. *Boletim IBCCrim*, 147, vol. 12, São Paulo: IBCCrim, fev. 2005, p. 6.

____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303-318.

_____. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.). *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 246-297.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

MADALENA, Pedro. Administração da justiça – videoconferência: interrogatório. *Revista IOB de direito penal e processual penal*, n. 53, ano 9, São Paulo: IOB, dez.-jan. 2009, p. 218-226.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NAPPI, Donatella. L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale. Tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, aprile-giugno 1999, p. 487-537.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2007.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Interrogatório on-line. *Boletim IBCCrim*, n. 42, São Paulo: IBCCrim, jun. 1996, p. 1.

_____. Resolução n. 5/2002: interrogatório on-line (parecer). *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, n. 39, ano 7. São Paulo: IOB, ago.-set. 2006, p. 19-23.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. El uso de la videoconferencia em el proceso penal español. *RBCCrim*, n. 67, São Paulo: IBCCrim, jul.-ago. 2007, p. 164-211.

PINTO, Ronaldo Batista. Interrogatório on-line ou virtual – constitucionalidade do ato e vantagens em sua aplicação. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, n. 39, ano 7, São Paulo: IOB, ago.-set. 2006, p. 07-18.

PITOMBO, Sérgio Marques de Moraes. Interrogatório à distância. *Boletim IBCCrim*, n. 93, São Paulo: IBCCrim, ago. 2000, p. 01-02.

VALBUENA GONZÁLEZ, Félix. La intervención a distancia de sujeitos en el proceso penal. *Revista del Poder Judicial*, n. 85, Madrid, 2007, p. 221-288.

47748

2

A investigação criminal como meio de prova no crime de homicídio

MARCOS CARNEIRO LIMA

Graduado em Ciência Jurídicas e Sociais pela USP. Especialista em Gerenciamento de Crises, pela Polizia di Stato Italiana e pelo FBI. Professor de Gerenciamento de Crises na Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo. Delegado de Polícia.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: A busca da "verdade" é o objetivo maior de toda investigação criminal, e essa busca assume uma maior dimensão quando se trata de investigar um caso de homicídio. Diante do fato de alguém ter provocado a morte de seu semelhante, cria-se um estado de perplexidade que afeta a todos os indivíduos vinculados ao fato e, por extensão, a própria sociedade e o senso comum de justiça. A resolução do homicídio com a descoberta da autoria, para que o responsável seja devidamente julgado pela Justiça, será a missão dos policiais encarregados da investigação criminal. Estes deverão agir conforme dispuser a lei, superando os obstáculos e desafios para chegar à "verdade", a fim de que seja feita a justiça. Valendo-se dos avanços da ciência, coletarão provas que, mesmo obtidas na fase inquisitiva e, por suas peculiaridades, insuscetíveis de repetição, deverão ter peso decisivo no ato de julgar do magistrado durante a fase do contraditório.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação – Crime – Prova – Homicídio.

ABSTRACT: The quest for "truth" is the highest goal of any criminal investigation, and this search takes a major dimension when related to a case of murder. Considering the fact that someone caused the death of another human being, a state of perplexity is created, affecting all individuals tied to the fact and, by extension, society itself and the common sense of Justice. The resolution of the murder with the discovery of the authorship, so that the offender can be tried by the courts, will be the mission of the police agents in charge of the criminal investigation. They should act in compliance with the law, overcoming obstacles and challenges to reach the "truth" so that justice is made. Backed up by the advances of science, they will collect evidences that, even though obtained in the inquisitive stage, and due to its peculiarities insusceptible of repetition, should have a decisive weight over the judges' ruling during the contesting stage.

KEYWORDS: Investigation – Crime – Evidence – Murder.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Princípios gerais do direito processual: 2.1 Conceito; 2.2 Princípios da imparcialidade do juiz e da igualdade; 2.3 Princípios do contraditório e da ampla defesa; 2.4 Princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas; 2.5 Princípio da persuasão racional do juiz – 3. Processo penal: 3.1 Conceito; 3.2 Princípio do devido processo legal; 3.3 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos; 3.4 Princípio da atribuição do ônus da prova para a acusação; 3.5 Princípios da publicidade e da imediação – 4. Prova: 4.1 Conceito; 4.2 Classificação de provas; 4.3 Valoração das provas; 4.4 Indícios – 5. Provas policiais insuscetíveis de repetição: 5.1 Conceito; 5.2 Perícia; 5.3 Reconhecimento de pessoas e coisas; 5.4 Documento; 5.5 Busca e apreensão – 6. Inquérito policial: 6.1 Conceito; 6.2 Breve histórico; 6.3 Características; 6.4 Desafios presentes e futuros – 7. Investigação criminal – 8. Recognição visuográfica de local de crime – 9. Conclusão – 10. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO[1]

Desde os primórdios das sociedades humanas, quando as primeiras famílias se uniram para formar os primeiros clãs, houve a necessidade de criação de regras que permitissem aos homens das populações primitivas viver em sociedade, estabelecendo-se mecanismos que possibilitaram a convivência entre eles, partindo-se da prevalência das regras gerais sobre os interesses particulares de seus membros. Por esse motivo, temos o famoso brocardo jurídico: onde houver sociedade haverá direito.

O "Código" mais antigo que conhecemos é o de Hammurabi, elaborado durante o seu reinado na Babilônia por volta de 2.200 a.C. As leis dos hebreus, liderados por Moisés, teriam surgido 500 anos depois. O Salmo 119 define a Torá como a totalidade da Lei Divina como guia para a conduta humana neste mundo. Essa ligação entre as leis e as questões divinas perduraram durante séculos na cultura ocidental (tal situação ainda ocorre nos países muçulmanos que adotam o Corão como lei fundamental). Outras antigas referências são: a lei de Manu (XI século), o código da China (XI século), a legislação de

1. O presente artigo constitui a síntese da palestra proferida pelo autor durante o 15.º Seminário Internacional de Ciências Criminais.

Licurgo (VIII século) e as leis de Zeléuco, Caronda, Dracão, Sólon (VII século).

Na marcha inexorável da história chegamos ao Direito Romano, no período compreendido desde a fundação de Roma (754 a.C.) até a metade do século VI d.C., época em que o imperador do Oriente, Justiniano, determinou a codificação do Direito Romano, sendo esse monumento jurídico denominado, na Idade Média, *Corpus Iuris Civilis*.

No século XI, período da renovação dos estudos romanísticos, os juristas iniciam as investigações em torno dos problemas processuais, utilizando o material fornecido pelo Direito Romano e pelo Direito Canônico. Tal período culmina com o *Speculum iudiciale* (1271), de Duranti, que resume e condensa toda a doutrina até então elaborada.

A Filosofia do Direito na Idade Média tem em São Tomás de Aquino seu maior representante. Prova disso são os seus tratados: *De Justitia* e *De Legibus*, que constituem partes de sua obra mais importante, que é a Suma Teológica. No tratado *De Legibus*, São Tomás distingue as três espécies de leis: a lei eterna, a lei natural e a lei positiva. Esta é obra do legislador humano, mas que deve ser conforme a lei natural e, portanto, a lei eterna. Tais fundamentos são os pilares do jusnaturalismo, a base do direito natural. Com o renascimento e a reforma, provocando a cisão entre direito e teologia, surge a teoria do direito natural fundada na razão humana, sendo um dos seus expoentes o jurista holandês Hugo Grotius (1583-1645).

No decorrer dos séculos seguintes, chegamos ao conceito do direito moderno. O primeiro grande nome de penalista dos tempos modernos, que causou grande influência na reforma da justiça criminal com a obra *Dos delitos e das Penas*, é o de Cesare Bonesana, Marquês De Beccaria (1738-1794).

Na segunda metade do século XIX, nasce a chamada escola positiva (ou sociológica ou antropológica) do direito penal. César Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1929) e Raffaele Garofalo (1851-1934) são os expoentes desta fase. A antropologia, a psicologia e a sociologia agora estavam ao lado do direito, na complexidade que abarcava a ciência da criminologia.

Paralelamente ao desenvolvimento da ciência jurídica, em especial no campo penal, destaca-se a evolução histórica do direito processual penal. Segundo a lição de Almicare Carletti:

"Antes, vê-se nele o meio para atuar a repressão, mediante a mal distinta diferença entre imputado e culpado, a predeterminação legislativa das provas, os severos meios coercitivos processuais, que culminam na confissão extorquida com o atroz expediente da tortura." [2]

Prossegue Carletti em seu raciocínio:

"Enquanto antes o processo tinha sido instrumento de abusos nas mãos do poder público, então foi concebido como meio de defesa individual e como um complexo de garantias, com o escopo de atuar a tutela jurídica, sobre o pressuposto da presunção de inocência do imputado até quando uma sentença não o tenha declarado culpado. Pelo que o processo é entendido como um sistema de garantias, um complexo de formas, nada mais que ritos, e o conjunto das normas reguladoras se denomina direito penal formal." [3]

Essa breve síntese histórica ilustra o processo de evolução da humanidade, atingindo-se a complexidade hodierna, refletindo-se na estruturação do atual arcabouço jurídico e, por consequência, na questão da investigação criminal.

O aprimoramento da investigação criminal insere-se nesse contexto como uma garantia a mais do cidadão e do próprio Estado (*lato sensu*), principalmente no que tange à obtenção de provas para a elucidação cabal do fato criminoso Atualmente, o papel do Estado está bem delineado para se atingir tal desiderato.

Dentro da perspectiva do moderno Estado Democrático de Direito, espera-se que, na função estatal de dizer o Direito (jurisdição), sejam empregadas soluções satisfatórias no que se refere à reconstrução do passado, isto é, na identificação do fato ao qual se aplicará o direito. Para tanto, o aparato policial-investigativo, obedecendo os estritos limites da lei, não poderá estar em descompasso com os avanços tecnológicos, a fim de poder responder aos desafios que ora se apresentam, na complexa sociedade de nossos dias.

2. Almicare Carletti. Síntese da história e evolução do direito. *Revista CEJAP*, n. 8, ano 6. Campinas, fev. 2005, p. 53.
3. Idem, ibidem.

No processo penal pátrio, vige o princípio da verdade real, pois o mesmo visa o interesse público ou social de repressão ao crime, e, portanto, qualquer limitação à prova obtida licitamente prejudica a busca da verdade real e, consequentemente, a justa aplicação da lei.

Daí a importância da investigação criminal como meio de prova no crime de homicídio, que procuraremos demonstrar ao longo deste trabalho.

2. Princípios gerais do direito processual

2.1 Conceito

O direito processual é um ramo do direito público interno que, além de estruturar os órgãos da Justiça, também disciplina a "forma" que devem tomar os processos judiciais.

Nas lições de Cintra, Grinover e Dinamarco,

"O direito processual é, assim, do ponto de vista de sua função puramente jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhes sua própria individualidade e distingui-lo do direito material." [4]

A finalidade do poder de aplicar o direito conferido aos magistrados, denominado jurisdição, é de dar a cada um o que é seu, segundo normas preestabelecidas e instrumentalizadas no processo.

Princípios gerais do direito processual são os fundamentos que dão forma e caráter aos sistemas processuais e que, embora não se mostrando expressos, constituem os pressupostos lógicos necessários das normas legislativas. Os princípios refletem a orientação de cada concepção política no tempo e no espaço, porque são revestidos de cunho ideológico.

4. Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 40.

Alguns dos princípios gerais têm aplicação diversa no campo processual, quer seja no cível quanto no criminal, outros têm aplicações idênticas em ambos os campos. Dentro dessa ideia, que por extensão engloba a área da investigação criminal, abordaremos alguns destes princípios.

2.2 Princípios da imparcialidade do juiz e da igualdade

Esses dois princípios são básicos e de caráter universal, tanto é que estão contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU:

"Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundo de qualquer acusação criminal contra ela" (art. X).

O princípio da imparcialidade do juiz nos remete ao conceito do juiz natural, sendo este pré-constituído pela Constituição e por lei. O juiz natural se contrapõe aos tribunais de exceção, deixando patente que somente ele é o órgão investido de jurisdição. No art. 5.º, XXXVII, da CF/1988, está expressa a proibição de juízo ou tribunal de exceção: "não haverá juízo ou tribunal de exceção".

Segundo os processualistas Cintra, Grinover e Dinamarco:

"A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial; e o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas." [5]

Da mesma forma, o princípio da igualdade está disposto na nossa Carta Magna: "art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)".

Contudo, esse princípio não é absoluto, pois o primitivo conceito de igualdade absoluta hoje é atenuado pela questão da proporcionalidade, impondo-se tratamento desigual aos desiguais a fim de se atingir o equilíbrio desejado.

5. Idem, p. 52.

2.3 Princípios do contraditório e da ampla defesa

Novamente lembramos da importante contribuição dada por Beccaria, já citado anteriormente, cujas ideias liberais e humanitárias são raízes de diversos princípios, inclusive o do contraditório e da ampla defesa.

O princípio do contraditório pressupõe que as partes envolvidas em um processo tenham ciência dos atos praticados, de tal sorte que possam contrariá-los, estabelecendo-se na relação jurídica um verdadeiro diálogo com o juiz.

O processo é dialético: uma das partes apresenta uma tese contrastada pela antítese da outra parte, surgindo a síntese na decisão judicial.

O princípio da ampla defesa é intimamente ligado ao princípio do contraditório, tanto que na Constituição Federal estão presentes num único dispositivo legal – art. 5.º, LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes".

A ampla defesa abrange as questões da indispensabilidade de defesa técnica, ou seja, a exercida por advogado; e da autodefesa que está admitida como sendo um direito disponível pelo réu, que poderá optar pelo direito ao silêncio – "art. 5.º, LXIII: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

2.4 Princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas

Tal princípio consiste no pressuposto de que o juiz julgará com base nas alegações e provas apresentadas pelas partes, salvaguardando-se a imparcialidade do juiz.

Ressalva-se, por oportuno, que tal princípio também não é absoluto. Hoje, o juiz não é mero espectador da batalha judicial. Para comprovar, destacamos os seguintes artigos do Código de Processo Penal:

"Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante."

"Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível."

Assim, na busca da verdade real (ou verdade material) no processo penal predomina o sistema da livre investigação das provas por parte do juiz, pois é cristalina a prevalência do interesse público (o interesse repressivo) em face do interesse privado.

A verdade formal, aquilo que resulta ser verdadeiro em razão das provas constantes nos autos, só é admitida em caráter excepcional no processo penal.

2.5 Princípio da persuasão racional do juiz

A regra do livre convencimento motivado do juiz, ou da persuasão racional, vigora no processo penal pátrio, conforme explicita o artigo abaixo, do Código de Processo Penal: "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (...)".

Esse princípio situa-se entre o sistema da prova legal e o julgamento segundo a consciência. No sistema da prova legal as provas têm valores inalteráveis que o juiz aplica mecanicamente; enquanto que no julgamento segundo a consciência o juiz pode decidir com base na prova, mas também contra a prova ou mesmo sem prova. O sistema de se julgar seguindo a consciência é o utilizado pelos jurados, integrantes do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, ao responderem os quesitos enunciados.

O juiz julgará conforme sua convicção, formada em face do conjunto probatório, avaliados seguindo critérios críticos e racionais. O convencimento deverá ser motivado, afastando a suspeição de decisão arbitrária.

Por isso mesmo, é de crucial importância que as autoridades policiais, durante a investigação criminal, efetuem as coletas de provas com o máximo rigor e precisão técnica, pois elas poderão ser extremamente úteis no processo criminal, na obtenção da verdade real e na decisão justa do magistrado.

3. Processo penal

3.1 Conceito

Processo penal é aquele que apresenta, em um dos seus polos contrastantes, uma pretensão punitiva do Estado. No processo penal brasileiro adota-se o sistema acusatório. Este é um processo penal de partes, em que acusador e acusado se encontram em pé de igualdade; é, ainda, um processo de ação, com as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade.

Fruto da evolução dos valores da humanidade ao longo dos séculos, o processo penal moderno é sustentado em verdadeiros alicerces que são os seus princípios fundamentais, dentre os quais podemos citar: (a) o princípio do devido processo legal; (b) a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos; (c) o princípio da atribuição do ônus da prova para a acusação; (d) os princípios da publicidade e da imediação.

3.2 Princípio do devido processo legal

O princípio constitucional do devido processo legal (*due process of law*) pressupõe a observância de ritos e formas previamente estabelecidas para os atos processuais, garantindo ao indivíduo ser processado nos termos de normas jurídicas anteriores ao fato ensejador do processo. Impõe, também, a garantia do julgamento imparcial e do direito amplo de defesa.

O princípio do devido processo legal está disposto na Constituição Federal, onde adota expressamente a fórmula do direito anglo-saxão – art. 5.º, LIV: "ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

A prova válida, dentro deste princípio, será somente aquela produzida conforme as normas que estabelecem as regras a serem aplicadas na coleta das provas.

Entretanto, conforme destaca Elmir Duclerc:

"(...) convém lembrar que as exigências quanto às formas e aos ritos da atividade probatória, muito embora cumpram uma evidente função de garantia, têm natureza eminentemente instrumental, e, nesses termos, devem ser encaradas com alguma parcimônia, sujeitas, caso a caso, a uma avaliação sobre o efetivo prejuízo decorrente da sua inobservância." [6]

3.3 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

A Constituição Federal contempla a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, conforme art. 5.º, LVI: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Quando uma prova for inserida no processo penal sem qualquer violação de procedimento das normas adjetivas, mas obtida com violação de normas de direito material ou de princípios gerais (quer sejam de natureza processual ou material), a mesma será considerada ilícita. Por exemplo, uma confissão extrajudicial obtida por meio de tortura.

Na doutrina americana encontramos a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree*), que vem a ser a tese da contaminação de provas ilícitas por derivação. Isto é, as provas lícitas (os frutos) obtidas a partir de uma prova ilícita (a árvore envenenada) serão consideradas contaminadas e, portanto, ilícitas também.

Atualmente, para se contrapor ao caráter absoluto desse princípio, vem preponderando a teoria ou o princípio da proporcionalidade, cuja acepção leva em conta o interesse público sobre o interesse particular, porque nenhuma liberdade pública seria absoluta; havendo a possibilidade, em casos excepcionais, onde o direito tutelado é mais importante do que aquele atingido, da sua efetiva utilização. O exemplo clássico é o da bomba colocada em um avião, cujos passageiros seriam na maioria crianças, por um terrorista; este foi detido por policiais e somente ele sabe indicar o local no avião onde a bomba foi instalada. O avião está sobre um oceano e a bomba explodirá sem que

6. Elmir Duclerc. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 147.

haja tempo hábil para que o avião faça um pouso de emergência. Nesta situação excepcional, poderia em tese ser utilizada a coerção física para obrigar o terrorista indicar a localização da bomba e, assim, se evitar que centenas de crianças inocentes viessem a morrer.

3.4 Princípio da atribuição do ônus da prova para a acusação

O art. 156 do CPP versa sobre a questão do ônus da prova: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante". Assim, no processo penal a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. A prova deve ser feita por quem alega o fato, a causa ou a circunstância. Caso o réu, na defesa prévia, alegar ter agido em legítima defesa, a ele competirá provar a excludente de antijuridicidade. A questão da inversão do ônus da prova é de caráter excepcional, como no caso do art. 6.°, VIII, do CDC (Lei 8.078, de 11.09.1990).

Em virtude do princípio da verdade real, na esfera criminal, o juiz poderá determinar diligências independentemente de provocação das partes.

Deriva do princípio do ônus da prova para a acusação o princípio do *in dubio pro reo*, no qual havendo conflito entre provas, umas sinalizando a favor da acusação outras a favor do acusado, deverá o juiz considerá-la como não provada.

Segundo a lição de Vicente Greco Filho:

"(...) Podemos, também, chamar o 'ônus objetivo' de princípio da comunhão da prova, ou seja, a prova vale para ambas as partes independentemente de quem a tenha produzido. Daí se dizer que a prova nos autos não é da acusação ou da defesa, mas do juiz." [7]

7. Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 181.

3.5 Princípios da publicidade e da imediação

Antigamente, o princípio da publicidade somente estava expresso no art. 792 do CPP, atualmente tal princípio é de caráter constitucional presente nos artigos abaixo:

Art. 5.°, LX, da CF/1988: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

Art. 93, IX, da CF/1988: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes (...)".

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco:

"O princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos (sic) e advogados. Em última análise, o povo é o juiz dos juízes. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão, quando tais decisões hão de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo." [8]

Recorrendo mais uma vez aos ensinamentos dos mestres Cintra, Grinover e Dinamarco:

"O princípio da imediação exige o contato direto do juiz com as partes e as provas, a fim de que receba, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar (a imediação não está necessariamente ligada à oralidade, mas historicamente os dois princípios sempre andaram consideravelmente juntos). Como corolário indispensável da imediação, segue-se o princípio da identidade física do juiz: o magistrado deve ser o mesmo, do começo ao fim da instrução oral, salvo casos excepcionais, para que o julgamento não seja feito por um juiz que não teve contato direto com os atos processuais. A aplicação dos princípios mencionados completa-se com o da concentração da causa

8. Op. cit., p. 69.

em um período breve, reduzindo-se a uma única ou poucas audiências, em curtos intervalos." [9]

4. Prova

4.1 Conceito

A palavra prova vem do latim *probare*, com o significado de convencer, tornar crível, estabelecer uma verdade. Em sentido amplo, todo o meio suscetível de demonstrar a verdade de um argumento. No Direito, em sentido objetivo, todo o meio lícito empregado pela parte ou interessado na demonstração daquilo que alega.

Nas lições de Cintra, Grinover e Dinamarco: "(...) A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inocorrência dos fatos controvertidos no processo".[10]

Ademais, no campo do processo penal, a verdade a ser comprovada deverá ser a verdade real (ou verdade material); ao contrário, no âmbito do processo civil se admite a verdade formal. Esta, no processo penal, somente se admite em caráter excepcional. É o que ocorre no art. 386, VII, do CPP, quando absolvido o réu, não poderá ser instaurado novo processo criminal pelo mesmo fato, após a coisa julgada, ainda que venham a ser descobertas provas concludentes contra ele.

Na visão de Elmir Duclerc, temos a seguinte posição:

"Assim, pensamos que, da mesma forma que a norma, o conceito de prova pode ser tido como comunicação, como troca de mensagens entre emissores (partes, testemunhas, peritos) e receptor (o juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo decisório." [11]

O mesmo autor prosseguindo em seu raciocínio afirma:

9. Idem, p. 325.
10. Idem, p. 347.
11. Op. cit., p. 16.

"Na realidade, o conceito de elemento de prova traduz-se numa abstração que permite ao jurista compreender a prova como um conjunto, uma base de dados sobre o passado, construídos e transmitidos ao juiz através da linguagem." [12]

4.2 Classificação de provas

Segundo os ensinamentos contidos no Manual de Polícia Judiciária, fruto dos esforços de colegas brilhantes coordenados pelo ilustre mestre Carlos Alberto Marchi de Queiroz, aprendemos que as provas podem ser classificadas quanto ao objeto, quanto à fonte ou sujeito, quanto à forma e à especificação legal.[13]

Conforme Elmir Duclerc: "O objeto da prova são todos os fatos, principais ou secundários, que reclamam uma apreciação judicial e exigem uma comprovação".[14]

Pode ser direta, isto é, quando incidir sobre o fato principal; e indireta quando incidir sobre características secundárias.

Quanto à fonte, ou sujeito, pode ser pessoal ou real. Esta quando advinda de uma fonte inconsciente (por exemplo, as impressões digitais). Aquela quando advinda de uma fonte consciente de prova, caracterizando-se no pensamento (por exemplo, a própria pessoa).

As provas, quanto à forma, podem ser testemunhais, documentais e materiais (são as que pertencem às coisas da natureza e possuem massa).

Quanto à especificação legal podem ser nominadas e inominadas. Estas são passíveis de serem realizadas, embora não sejam previstas na legislação adjetiva (por exemplo, a recognição visuográfica de local de crime). Aquelas são previstas no Código de Processo Penal (por exemplo, no seu art. 162 que dispõe sobre a autópsia).

4.3 Valoração das provas

Basicamente são três os sistemas das provas que podem ser acolhidos pelos ordenamentos processuais: (a) o da prova legal; (b) o da

12. Idem, p. 17.
13. Carlos Alberto M. de Queiroz (coord.). *Manual de polícia judiciária*. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2000, p. 39.
14. Op. cit., p. 08.

valoração segundo a consciência do juiz; (c) o da persuasão racional, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados. Este último é o acolhido no nosso ordenamento jurídico, conforme o disposto no art. 155 do CPP, transcrito no item 2.5.

4.4 Indícios

A palavra advém do latim *indicium*, significando sinal, vestígio. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias, conforme está disposto, textualmente, no art. 239 do CPP.

Portanto, é inegável a importância dos indícios. Em geral o termo é aplicado no plural, em razão de que os vestígios geralmente se manifestam numa pluralidade. Para realçar a importância dos indícios, vamos reproduzir o *caput* do art. 413 do CPP: "O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação" .

Novamente, valemo-nos das lições contidas no já referido Manual de Polícia Judiciária:

"O indício é tão importante que, se bem fundamentado, pode servir de elemento de prova que, em conjunto com as demais circunstâncias do evento, justifica e mantém a prisão em flagrante e, até o próprio convencimento da autoridade judiciária a sustentar sentença penal condenatória." [15]

5. PROVAS POLICIAIS INSUSCETÍVEIS DE REPETIÇÃO

5.1 Conceito

Este tópico merece o devido destaque, em razão da questão relativa à recepção no processo penal condenatório das provas produzidas no inquérito policial, durante a investigação criminal, insuscetíveis de repetição. Para tanto, vamos nos valer do excelente artigo sobre o polêmico tema, publicado na Revista ADPESP, n. 26, ano 19, dez. 1998,

15. Carlos Alberto M. de Queiroz, op. cit., p. 39.

da autoria dos ilustres professores Maurício Henrique Guimarães Pereira, Alberto Angerami e Pedro Tonelli Neto.

A polêmica, segundo os autores acima, reside no tocante à possibilidade de recepção da prova colhida em um procedimento administrativo-inquisitivo pela instrução probatória, de caráter acusatório, do sistema penal em vigor. Aborda, ainda, o aspecto da falta dos cuidados necessários, por parte da polícia judiciária, na coleta das provas a serem apresentadas durante a instrução penal.

Na fase da instrução probatória, comumente, nem todas as provas colhidas durante a investigação criminal são passíveis de repetição, por variados motivos de ordem material impossíveis de superação humana.

Segundo os autores acima:

"Nessas circunstâncias, estabelece-se perplexidade sobre a regularidade do aproveitamento das experiências policiais para integrar a instrução probatória e, em consequência, passarem a constituir efetivamente provas processuais." [16]

Apesar do sistema de apreciação da prova no direito processual pátrio ser o da livre convicção, o que seria a resposta para o problema acima, ele é restringido em razão de outros princípios garantidores dos cidadãos, como, por exemplo, os princípios do contraditório, da igualdade entre as partes etc. Daí a necessidade premente de aprimoramento do trabalho policial-investigativo, de molde a superar, principalmente, os obstáculos mais preconceituosos no tocante à aceitação das provas colhidas na fase investigativa, sob a presidência da autoridade policial, dentro dos estritos limites da legalidade, com a isenção soberana de quem não é parte.

Entendemos que a decisão do Pretório Excelso, transcrita abaixo, sintetiza o melhor posicionamento sobre a questão da prova obtida no inquérito policial ser acolhida na fase judicial:

"(...) de acordo com o princípio do livre convencimento, alicerçado no exame conjunto das provas, é legítima a condenação que se funda na instrução policial não infirmada pela prova colhida na

16. Maurício Henrique G. Pereira; Alberto Angerami; Pedro Tonelli Neto. Provas policiais insuscetíveis de repetição. *Revista ADPESP*, n. 26, ano 19. São Paulo, dez. 1998, p. 10.

instrução judicial, porque o convencimento do julgador se inspira na realidade dos fatos apurados com isenção, e não no lugar onde se faz a colheita das provas" (ReCrim 1.333/DF, 2.ª T., j. 14.11.1978, v.u., rel. Min. Cordeiro Guerra, *DJU* 28.12.1978).

5.2 Perícia

Perícia é meio de prova e apreciação. O juiz está obrigado a conhecer o direito pátrio, assim, em relação a outros campos do saber, se socorre da perícia, pois esta lhe empresta conhecimento técnico-científico, para que possa perceber todos os fatos e suas causas, circunstâncias e consequências, a fim de poder aplicar, acertadamente, o direito sobre eles.

A perícia é insuscetível de repetição, em geral, pelo desaparecimento dos vestígios, motivo pelo qual sua utilização é permitida a qualquer dia e a qualquer hora.

O objeto da perícia é o exame no corpo de delito. Este é o conjunto de elementos materiais resultantes da prática de um crime. Segundo a lição de Dei Malatesta:

"Corpo de delito, propriamente, só pode significar aquilo que representa a exteriorização material e a aparição física do delito. Mas, a exteriorização material e a aparição física do delito não podendo consistir senão no que imediatamente se liga à consumação do próprio delito, representam, por assim dizer, sua figura física." [17]

O Código de Processo Penal adverte no art. 158: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado" .

Assim, para Ada Pellegrini et al:

"(...) a prova, se ausente o juiz ou qualquer das partes, é inválida, mas a perícia produzida na fase inquisitória, se presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, é prova antecipada de natureza cautelar." [18]

17. Nicola F. Dei Malatesta. *A lógica das provas em matéria criminal.* Campinas: Bookseller, 2004, p. 590.
18. Ada P. Grinover et al. apud Maurício Henrique G. Pereira et al, op. cit., p. 14.

5.3 Reconhecimento de pessoas e coisas

A lei cercou esse meio de prova de formalidades e cautelas próprias de atos judiciais, conforme as disposições enumeradas no art. 226 do CPP. As observações dessas disposições tem grande relevância nas investigações policiais, porque poderá haver o acolhimento das provas colhidas na fase inquisitória no decorrer da fase do contraditório.

Segundo Pereira, Angerami e Tonelli Neto:

"É utilizado em inquérito policial ou em instrução processual para: tornar certas e determinadas as pessoas do indiciado, nas infrações inicialmente de autoria desconhecida ou incerta, e da vítima ou testemunhas omissas, notadamente nas ações de crime organizado, por dependência ou medo respectivamente; e tornar certas e determinadas coisas como instrumento de infração, episódio criminoso, local de infração *et coetera*." [19]

5.4 Documento

Os arts. 231 a 238 do CPP versam sobre documentos, explicitando, em seu art. 232, que são considerados documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. A natureza jurídica é de meio de prova ou objetivo de prova. Nos ensinamentos dos mestres Pereira, Angerami e Tonelli Neto temos as seguintes definições:

"É meio de prova quando sua finalidade é provar a existência ou a inexistência de um fato ou circunstância através de seu conteúdo (fato representado), servindo de exemplo a certidão de óbito." [20]

"É objeto de prova quando a sua finalidade é ser examinado como continente (fato representativo), para que fique provada a existência de um fato ou circunstância, servindo de exemplo o cheque sem suficiente provisão de fundos." [21]

19. Maurício Henrique G. Pereira; Alberto Angerami; Pedro Tonelli Neto, op. cit., p. 12.
20. Idem, p. 13.
21. Idem, ibidem.

Não haverá necessidade de se repetir a produção de documento no processo, pois o inquérito policial acompanhará a denúncia e o documento é fonte de prova de conteúdo permanente.

5.5 Busca e apreensão

A questão da busca e apreensão é de tal ordem que o art. 5.°, XI, da CF, dispõe sobre as hipóteses em que a determinação judicial é indispensável à sua realização em domicílio: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Tanto é meio de prova quanto é providência acautelatória. Como medida cautelar deverão estar presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

A autoridade policial deverá solicitar o competente mandado judicial através de representação fundamentada, indicando o imóvel em que será realizada a busca domiciliar, o motivo e os fins da diligência, ciente que tal diligência é de caráter excepcional.

6. Inquérito policial

6.1 Conceito

A *informatio delicti*, independente da nomenclatura que receba, constitui uma forma de saber-poder, o meio pelo qual se obtém o conhecimento e se autentica a verdade, conforme escreveu Michel Foucault.[22]

A palavra inquérito vem do latim *quaerere,inquirere*, significando inquirir, indagar. Ou seja, parte-se dos questionamentos para se chegar ao entendimento do fato ocorrido, buscando-se a verdade. O rol de perguntas clássicas: (a) o quê?; (b) quando?; (c) onde?; (d) como?; (e) por quê?; (f) quem é a vítima?; (g) quem é o autor?; é fruto da lógica aplicada (ou metodologia). Esta é básica para a investigação policial, em razão da necessidade de um método orientador e disciplinador para se atingir o objetivo do trabalho investigativo, que

22. Michel Foucault, apud Célio Jacinto dos Santos. Inquérito policial: instrumento de defesa da cidadania. *Revista CEJAP*, n. 8, ano 6. Campinas, fev. 2005, p. 56.

é o pleno esclarecimento do fato criminoso, sustentado por provas lícitas colhidas durante a fase inquisitiva, para a efetiva ação da Justiça.

O inquérito criminal existe nas mais diversas culturas, adequando-se aos valores e interesses de cada comunidade, com denominações variadas: inquérito policial no Brasil; inquérito preliminar em Portugal; sumário, ou diligências prévias, ou diligências complementares na Espanha; *enquête preliminarie* e *instruction préparatoiré* na França; *indagine preliminari* na Itália; procedimento preparatório ou fase de averiguação na Alemanha; *prossecution* e *preliminary inquiry* na Inglaterra.

Apesar da indiscutível importância da apuração preliminar, cercada de todas as cautelas, dentro da legalidade e fazendo uso da moderna tecnologia, ainda há os que querem reduzir a importância do inquérito policial, taxando-o de mera peça informativa, conforme preleciona Cintra, Grinover e Dinamarco, "O inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria" .[23]

Como contraponto, nos valemos da lição primorosa do pranteado professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: "Dizer-se, por isso, que o inquérito policial consiste em mero procedimento administrativo e encerra a investigação administrativa, é simplificar, ao excesso, a realidade sensível".[24]

Verifica-se que, muitas vezes por puro preconceito, em razão do inquérito policial ser elaborado no âmbito da estrutura policial estatal, há os que advogam o fim do mesmo, ou a sua transferência para outra instituição com nome diverso, mas com a mesma finalidade de se elucidar os crimes, utilizando-se métodos investigativos de natureza policial.

6.2 Breve histórico

O inquérito policial de fato teria surgido com a Lei 261, de 03.12.1841, e não com a promulgação do Dec. 4.824, de 22.11.1871; segundo o ensinamento de João Mendes Júnior.[25]

23. Op. cit., p. 57.
24. Sérgio Marcos de M. Pitombo, apud Célio Jacinto dos Santos, op. cit., p. 55.

Conforme o disposto no art. 4.°, c/c § 9.°, do Capítulo I do Título I, da Lei 261, competia aos Chefes de Polícia e aos seus Delegados remeter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delito, com uma exposição do caso e de suas circunstâncias, aos juízes competentes, a fim de formarem a culpa.

Convém ressaltar, que o *nomen iuris* inquérito policial constou pela primeira vez no aludido Dec. 4.824, inclusive, havendo a definição legal do objeto do inquérito, ou seja, a verificação da existência da infração penal, o descobrimento de todas as suas circunstâncias e da respectiva autoria.

Embora tenha sido implantado com sucesso em todo território nacional, o inquérito policial sempre encontrou opositores. Estes o taxavam de moroso, bizantino, abusivo, além do fato de que todo o "processo" teria que ser duplicado durante a formação da culpa, resultando em prejuízos à Justiça pelo tempo perdido, pela ação das manobras advocatícias e pelo suborno.

Entretanto, o inquérito policial se manteve mesmo com o advento da República, fixando-se no Código de Processo Penal vigente, promulgado em 1941, no Livro I, Título II, do art. 4.° ao art. 23. Vale destacar a manifestação do Ministro da Justiça, Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, justificando o porquê de ser mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, abordando aspectos que, no nosso entendimento, perduram até hoje:

"(...) há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele a garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial,

25. João Mendes de Almeida Jr., apud Roberto M. Genofre. Os cem anos da criação da polícia de carreira de São Paulo. *Revista ADPESP*, n. 34, ano 24. São Paulo, dez. 2004, p. 47.

quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou a sugestões tendenciosas." [26]

Os princípios processuais que orientam o inquérito policial foram totalmente recepcionados pela Constituição Federal de 1988. No art. 144, no seu § 4.°, dispõe que incumbirão às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exceto as militares. No art. 129, VIII, da CF/1988, está presente o instituto do inquérito policial. Igualmente, no art. 140, da Constituição Estadual do Estado de São Paulo, há a disposição sobre a competência da Polícia Civil nas funções de polícia judiciária e na apuração de infrações penais, exceto as militares.

6.3 Características

O inquérito policial possui as seguintes características: procedimento administrativo, escrito e sigiloso, elaborado pela polícia judiciária, de caráter inquisitivo, oficial e obrigatório.

A finalidade do inquérito policial é a investigação do fato criminoso em sua materialidade e na sua autoria, visando fornecer elementos para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Em razão de sua natureza jurídica de instrução criminal extrajudicial, possui força probatória inequívoca, haja vista a aceitação de provas contidas no próprio inquérito, na maioria das vezes, e, principalmente, nos casos das provas policiais insuscetíveis de repetição.

Para o ilustre mestre Bismael B. Moraes, temos a seguinte definição de inquérito policial:

"(...) procedimento técnico-jurídico, formal e escrito, elaborado pela polícia judiciária, enfeixando a coleta dos elementos materiais probatórios das infrações penais, de suas circunstâncias fáticas e a identificação de seus autores, para auxiliar o Poder Judiciário na realização da justiça penal, bem como para a concretização de providências cautelares no interesse da ordem pública." [27]

26. Juarez de Oliveira. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 07.
27. Bismael B. Moraes, apud Maurício Henrique G. Pereira et al., op. cit., p. 09.

6.4 Desafios presentes e futuros

Com a promulgação da Lei 9.099, de 26.09.1995, dispondo sobre os Juizados Cíveis e Criminais, esperava-se uma grande mudança no tocante à agilidade da Justiça e na diminuição de inquéritos policiais nas Delegacias de Polícia. Contudo, apesar de alguns avanços, efetivamente ainda há muito que evoluir nesse campo. Hoje, lembrando que os crimes de menor potencial ofensivo de autoria desconhecida ainda são objetos de inquéritos policiais, constata-se que os termos circunstanciados estão sendo devolvidos para as unidades policiais para prosseguimento de diligências, juntada de laudos periciais etc., contrapondo-se aos ideais de agilidade e informalidade contidos no espírito da Lei 9.099, bem como na Lei 10.259, de 12.07.2001 dotada dos mesmos ideais, na qual foi ampliado o conceito de delito de menor potencial ofensivo.

Sempre houve, e ainda há, por parte dos dirigentes da polícia civil a preocupação com a qualidade dos inquéritos policiais, haja vista a Portaria DGP-18, de 25.11.1998, embora esse objetivo ainda não tenha sido totalmente atingido, em razão das dificuldades reais presentes na complexa burocracia estatal, no que tange às limitações orçamentárias que afetam questões relativas ao nível do funcionalismo público e a aquisição de equipamentos, além da problemática questão carcerária nos distritos policiais, somente recentemente minimizada mas ainda presente em algumas unidades. A título de ilustração, vamos reproduzir o parágrafo único do art. 4.º da portaria acima:

"Verificada a impossibilidade de ultimação das investigações no prazo legal, a autoridade policial solicitará dilação temporal para a conclusão do inquérito, expondo, de forma circunstanciada e em ato fundamentado, as razões que impossibilitaram o tempestivo encerramento, consignando, ademais, as diligências faltantes para a elucidação dos fatos e as providências imprescindíveis a garantir suas realizações dentro do prazo solicitado." [28]

A aplicação efetiva deste dispositivo traria sensível aumento na qualidade dos inquéritos policiais, pois devemos ter sempre em mente que o nosso trabalho é destinado à Justiça criminal, sendo o Ministério Público o primeiro receptor do mesmo. Assim, dentro da premissa

28. Carlos Alberto M. Queiroz, op. cit., p. 598.

da prevalência do interesse público, observados os limites da legalidade, as ações dos integrantes das instituições devem somar esforços na defesa da sociedade contra o crime.

Como prova inequívoca do interesse de nossos dirigentes em melhorar a qualidade dos inquéritos policiais temos as publicações de obras técnicas, *Manual de Polícia Judiciária* e *Manual Operacional do Policial Civil*, que são de grande valia para os policiais civis de São Paulo, na medida em que contribuem para o aprimoramento profissional dos integrantes da Polícia Civil.

Outro fator importante é o referente à valorização da ordem de serviço, onde são relacionadas as diligências determinadas pela autoridade policial aos seus agentes (*lato sensu*),a fim de se obter o esclarecimento de um crime. Assim, a elaboração da ordem de serviço não deverá ser mera ação burocrática, com determinações de ordens genéricas que poderiam constar em investigação policial de qualquer natureza em razão de sua obviedade, como, por exemplo, identificar o autor do crime, localizar a arma do crime etc. As determinações deverão ser específicas para cada caso e relacionadas por itens, o que irá facilitar a missão dos policiais designados para a elucidação do crime, propiciando uma maior interação entre chefia e subordinados, além de facilitar a elaboração do relatório de investigação, bastando responder os itens relacionados. Um relatório de investigação bem feito é muito importante no inquérito policial e, também, poderá sê-lo na fase processual. Quando o nível da investigação policial é de qualidade, geralmente os policiais que dela participaram são chamados para depoimentos na fase do contraditório, numa demonstração inegável do valor das investigações no julgamento de um crime, em especial nos casos de homicídios.

Dentro dessa linha de pensamento, seria de suma importância a inclusão de visitas às varas criminais e de júri dos alunos dos cursos de formação da Academia da Polícia Civil, a fim de propiciar ao futuro policial a real visão de um julgamento, quando ele teria a oportunidade de aquilatar o quanto é importante a coleta de provas e a investigação acurada, e também para se "quebrar" o equivocado conceito de que a presença de policiais em julgamentos é desnecessária, pois as informações colhidas já estariam formalmente reproduzidas no inquérito policial.

O inquérito policial não deve ser encarado como um procedimento burocrático, eivado de vícios arcaicos. De fato, deve ser o instrumento mais eficaz na busca da verdade durante a investigação criminal. Daí a importância capital da recognição visuográfica do local de crime, que será objeto de detalhamento mais acurado à frente, revolucionando os métodos de operações dos policiais, realçando-se a importância das impressões (sensações) colhidas durante a ação do policial, no primeiro contato imediato com o fato criminoso a ser investigado, e como explorar essa situação especialmente nos casos de homicídios dolosos.

O inquérito policial deve estar em constante aprimoramento, incorporando as novas tecnologias existentes, assumindo o papel de instrumento de defesa da cidadania. Hoje, as máquinas de escrever já são consideradas peças de museu e, até recentemente, resistiam bravamente nos plantões policiais e cartórios das Delegacias como o principal equipamento para a confecção dos inquéritos policiais. O advento da utilização da tecnologia da informática deu novo impulso na área da investigação criminal, refletindo-se na melhor qualidade dos inquéritos policiais.

7. Investigação criminal

A investigação criminal de natureza inquisitiva se dará por meio do inquérito policial. Para tanto, deverão ser observados os artigos do Código de Processo Penal que dispõem sobre tal matéria.

Inicialmente, o Título II aborda a questão do inquérito policial, do art. 4.º até o art. 23, relacionando, de forma explicativa, as ações a serem executadas pelas autoridades policiais, com o propósito de se apurar as infrações penais e sua autoria. Em especial, no seu art. 6.º, relaciona as providências básicas a serem adotadas em face da infração penal de que tiver ciência a autoridade policial.

No caso de crime de homicídio o inc. I do art. 6.º do CPP, é de capital importância, pois a preservação do local possibilita uma melhor coleta de provas ou indícios, bem como, uma compreensão da dinâmica do crime ocorrido. Tal disposição é repetida no art. 169 e parágrafo único do CPP. O fato de se estabelecer que o crime ocorreu em local diverso do local onde foi localizado o corpo, muda o enfoque da investigação criminal. Hoje, além do expediente de se jogar o

corpo da vítima em local distinto do local da execução, os criminosos têm ateado fogo nos corpos das vítimas, com o objetivo claro de se prejudicar as investigações criminais ao se dificultar, ou impossibilitar, a identificação do cadáver.

Observa-se no inc. II do art. 6.º do CPP, a alteração havida na questão da apreensão de objetos relacionados com o fato, pois esta se dará após liberação pelos peritos criminais. Esta alteração, ocorrida em razão da Lei 8.862, de 28.03.1994, é uma prova cabal da evolução da investigação criminal, que busca resguardar e valorizar a perícia criminal, sem contudo depreciar a figura da autoridade policial, porque o interesse é de caráter público, traçando-se limites objetivos a serem respeitados pelos envolvidos na investigação criminal.

A oitiva do ofendido, constante no inc. IV, deverá ter como parâmetro o disposto no art. 201, parágrafo único, do CPP.

Com relação ao indiciado, o seu interrogatório deverá seguir o disposto no art. 188 do CPP, pois o rol de perguntas possibilita um roteiro lógico para a investigação criminal. O art. 6.º não aborda a questão das testemunhas, mas estas deverão ser ouvidas com base principalmente no disposto nos arts. 202 e 203 do CPP.

Vale destacar que, em razão da natureza inquisitiva da investigação criminal, as oitivas não deverão se resumir a meras perguntas de praxe, cabendo ao policial o exercício mental de analisar as reações dos depoentes ao serem questionados, aplicando-se as modernas técnicas de interrogatório. O fundamental é o policial conhecer os aspectos particulares do homicídio a ser investigado. Conforme já mencionado anteriormente, quando foi abordada a questão da ordem de serviço, a investigação criminal não pode ser encarada como mera atividade burocrática, pois está em xeque um fato da mais alta importância para a sociedade em seu todo.

O inc. VII do referido art. 6.º do CPP, versa sobre a determinação, se for o caso, por parte da autoridade policial, para que se proceda ao exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias. Nos arts. 158 a 184 do CPP, encontram-se as disposições sobre tais procedimentos.

O crime de homicídio está em primeiro lugar no Código Penal pátrio, em sua parte especial, demonstrando, de forma inequívoca, a importância que representa a vida humana para o Estado e para toda a

sociedade brasileira. A complexidade que envolve a investigação de homicídio exige dos profissionais da área um aprimoramento técnico diferenciado, aliada à experiência de campo, para enfrentar o desafio de se elucidar um crime misterioso.

A investigação criminal no caso de homicídio necessita da participação de Delegado de Polícia, Escrivão de Polícia, Investigadores de Polícia, Médicos Legistas, Peritos Criminais, Papiloscopistas e Fotógrafo Técnico-Pericial.

Dentre os exames a serem efetuados podemos citar: perinecroscópico, necroscópico, papiloscópico, residuográfico, DNA, tipagem sanguínea, balístico etc.

A investigação criminal partirá do crime para o criminoso, tendo como núcleo da investigação a própria vítima do homicídio, procurando saber detalhes de seus antecedentes, tanto criminais como pessoais e profissionais. A atenção também estará voltada para as pessoas do círculo familiar, social e profissional da vítima e, obviamente, seus desafetos. A questão chave é descobrir quem teria motivação para praticar o crime ou lucraria com a morte da vítima.

Todo o percurso da fase investigativa, na tentativa de se elucidar um caso de homicídio, deverá ser feito dentro dos rígidos limites da legalidade. Recursos como escuta telefônica ou de ambiente, busca domiciliar, quebra de sigilo bancário, prisão temporária, somente com a devida autorização judicial, lembrando sempre que, por ser de caráter excepcional, as solicitações deverão ser devidamente fundamentadas, informando-se quais diligências foram executadas, quais ainda restam e o porquê da adequação, nessa fase da investigação, da concessão da medida de exceção solicitada ao juiz competente.

8. Recognição visuográfica de local de crime

Dentro do contexto de evolução das técnicas investigativas, surgiu o instituto da recognição visuográfica de local de crime, assim definida no magistério de Marco Antônio Desgualdo:

"A recognição visuográfica é a semente da futura investigação, depois de formalizada, levando-se em consideração o seu dinamismo e praticidade. Traz em seu bojo desde o local, hora, dia do fato e da semana como também condições climáticas então existentes, além de acrescentar subsídios coletados junto às testemunhas e pessoas que

tenham ciência dos acontecimentos. Traz ainda à colação minuciosa observação sobre o cadáver, identidade, possíveis hábitos, características comportamentais sustentadas pela vitimologia, além de croqui descritivo, resguardados os preceitos estabelecidos no art. 6.°, I, do CPP." [29]

A locução recognição visuográfica é um neologismo composto pelas palavras recognição, do latim *recognitio*, que significa reconhecimento, mais o adjetivo visual, do latim *visualis*, que diz respeito à vista, o sentido da visão, realçando que tal sentido assimila melhor as noções do conhecimento do que pela audição; aglutinado com o substantivo grafia, no sentido de técnica do uso da linguagem como comunicação escrita, ou através de ideogramas.

Essa nova técnica de investigação surge da experiência de campo, adquirida na árdua tarefa de esclarecer os crimes de homicídios, casos intrigantes que poderiam ser enredos de excelentes livros policiais, aliada à uma sólida formação acadêmica, sedimentada com uma erudição inconteste, do Delegado de Polícia Dr. Marco Antônio Desgualdo. O trabalho inovador foi publicado na *RBCCrim* 13, jan.-mar. 1996.[30]

O ponto de partida deste novo instituto fundamentou-se na necessidade da atualização de métodos e pesquisas no âmbito da investigação policial, especialmente nos casos de homicídios dolosos de autoria desconhecida, ousando na aplicação de processos de perquirições modelados pela heurística e pela semiótica.

Com base na ciência da cibernética e do conceito de aproveitamento dos fractais, ou frações, na tarefa de reconstituição do todo, buscou-se transferir tais princípios para a atividade investigativa no campo criminal. Encontramos no *Manual Operacional do Policial Civil* a seguinte definição:

"Partindo-se, então, da premissa de que, nessa reconstrução, os recursos da informática devem ser objeto de alcance e emprego

29. Marco Antônio Desgualdo. *Crimes contra a vida: recognição visuográfica e a lógica na investigação*. São Paulo: Seção Gráfica da Academia de Polícia, 1999, p. 06-07.
30. Idem. Recognição visuográfica do local do crime. *RBBCrim* 13/243-252. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1996.

científico, na busca da verdade, e que a cognição de indícios, locais de crimes e outras circunstâncias, podem ser carreadas para os autos como um fator de correta interpretação da materialidade e da autoria, surgiu a ideia de que a vivência da autoridade policial, enquanto pesquisador da criminalidade, pode ser resumida graficamente em uma única peça documental, que traduz o acompanhamento de circunstâncias e de fatos, desde a motivação do crime até o seu desfecho. Esse método, em si mesmo, é conhecido, doutrinariamente, como recognição visuográfica de local de crime." [31]

A recognição visuográfica busca uma observação holística do fato criminoso no tempo e no espaço, numa inter-relação constante e dinâmica, de tal forma que possibilite a coleta de diversas frações para se chegar ao todo. Concomitantemente, para a correta interpretação do que foi apurado, aplicando-se a técnica da recognição visuográfica, deverão ser utilizados os seguintes raciocínios: indutivos, dedutivos, abdutivos e analógicos. Também é fundamental o auxílio das ciências de observação (biologia, tipologia, sociologia e psiquiatria) e as de aplicação (medicina legal, polícia técnica ou científica e a ciência penitenciária).

A recognição visuográfica de local de crime se materializa a partir de uma reprodução gráfica, ilustrada, do local de crime, mediante a utilização de croqui, fotografia, exame de arma, exame externo do cadáver e oitiva sumária das testemunhas. Ou seja, a reprodução gráfica e ilustrada do local do crime até as suas causas imediatas, com o objetivo de se obter os vetores da autoria.

Segundo Marco Antônio Desgualdo:

"A ideia é a de que tudo isto somado a outros subsídios seja trasladado para o bojo da recognição visuográfica do local de crime. A peça não possui as limitações de um laudo, porquanto o pesquisador carreia para ele muito de sua experiência e militância profissional, e pode ser complementada, na coincidência dos detalhes, pela confissão do criminoso." [32]

31. Carlos Alberto M. De Queiroz. *Manual operacional do policial civil.* São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2002, p. 153-154.
32. Marco Antônio Desgualdo, *Crimes contra a vida...* cit., p. 07.

A linha lógica, traçada pela técnica investigativa em tela, apresenta diversos fatores objetivos a serem observados. Nos casos de homicídios o núcleo da observação é o corpo inanimado no local de crime e seus dados periféricos, que devem ser reproduzidos com prioridade na recognição visuográfica. Outros fatores objetivos são as condições meteorológicas, de tempo, de pressão atmosférica, dia da semana, hora, local e, se possível, a fase lunar, tudo acompanhado de croqui e fotografação.

Por diversas vezes ouvimos o questionamento: por que se levar em conta a fase lunar em uma investigação de homicídio? Bem, apenas para citar um dos porquês: se o crime de homicídio ocorreu em local externo, sem iluminação artificial, no período noturno, e há uma testemunha que alega ter visto o autor, apesar estar a uma certa distância da cena do crime, o fato de ser noite de lua cheia sem nuvens pesará na avaliação de tal testemunho, pois é factível que a iluminação lunar nesse caso tenha possibilitado a visualização do autor do crime. Se tal fato não for observado na fase investigativa, com certeza o será por um advogado perspicaz, colocando-se em xeque a qualidade da investigação criminal durante a fase judicial.

A grande lição para os investigadores, no sentido genérico do substantivo, é procurar desenvolver a argúcia, lembrando que a palavra tem a origem na mitologia grega, onde Argos era um monstro de 100 olhos, dos quais somente a metade dormia de cada vez. Portanto, o observador arguto é o dotado de raciocínio sutil e espirituoso, detalhista, cuja ação será o grande diferencial na investigação criminal, e a recognição visuográfica o instrumento a auxiliá-lo.

A ação de observar é seguida da ação de registrar, para que não se percam as frações que irão formar o todo, para se chegar ao completo esclarecimento de um crime. O famoso bloquinho de papel dos detetives clássicos, onde eram anotados dados e impressões no decorrer das investigações, será substituído pelo computador de mão com o programa da recognição visuográfica instalado, dando contorno tecnológico à ação policial. Atualmente, há um formulário esquemático que possibilita ao policial seguir um roteiro na coleta de dados no local de crime, bastando preencher os campos do aludido formulário.

O policial responsável pela investigação seguirá uma sequência lógica, a fim de que seja otimizada a sua ação no local de crime.

Inicialmente, irá constatar se o local do crime é externo ou interno, este quando referente a qualquer imóvel e aquele quando situado a céu aberto. O local deverá ser reproduzido com extrema fidelidade, exigindo do observador relativo vocabulário e percepção subjetiva de valores. Hoje, com a moderna técnica de identificação através do DNA, um toco de cigarro apagado, no interior de um imóvel onde ocorreu um crime de homicídio, pode significar a solução de um crime envolto em mistério. Portanto, deverá ser realizada necessariamente uma "varredura" minuciosa, pois cada fração coletada poderá ser crucial para o deslinde do crime.

O croqui é o próprio levantamento do local do crime, realizado através de desenho sem escalas. Nele deverão estar representados portas, janelas, móveis e objetos, anotando-se todos os detalhes que interessarem à investigação.

A fotografia do local é de importância ímpar, porque retrata de forma permanente o local de crime antes que o mesmo seja alterado. Aquelas primeiras imagens são únicas, pois com o exame externo no cadáver e sua retirada do local, somente elas ficaram como registro das primeiras impressões, e poderão ser úteis em casos de dúvidas futuras.

Merece destaque especial o cuidado com a arma utilizada no crime, pois, apesar de raramente ser encontrada em local de crime, principalmente quando se tratar de arma de fogo, a sua preservação é imprescindível para se obter as impressões digitais do provável autor do crime, deixadas durante o manuseio da mesma. Também deverá se buscar a sua correta identificação pela numeração, inclusive na parte interna da arma de fogo, possibilitando-se grandes passos na investigação. Atenção também no tocante a outros objetos mais comuns nos locais de homicídio, como estojos (ou cartuchos deflagrados) e projéteis, porque com o auxílio do microscópio eletrônico é possível se obter as ranhuras e depressões contidas nesses objetos, que são sinais causados por ocasião do disparo e, no caso de pistola semiautomática, também pela ejeção do estojo. Na sequência da investigação, apreendendo-se uma arma suspeita de ter sido usada no crime, poder-se-á efetuar um exame comparativo, tanto no estojo quanto no projétil, de grande auxílio na elucidação de homicídios.

As observações sobre o cadáver, seus ferimentos, seus trajes, posição do corpo e identificação são pontos basilares na investigação de homicídio. Posteriormente, quando da chegada do laudo necroscópico às mãos da autoridade policial responsável pela investigação, o mesmo deverá ser estudado de forma minuciosa, cotejando-o com as impressões registradas na recognição visuográfica de local de crime e com o laudo perinecroscópico.

As testemunhas representam um papel de destaque nos casos de homicídio. Por uma questão cultural, a primeira atitude das pessoas que presenciaram o ocorrido ou que, de uma forma ou de outra, estão relacionadas com a vítima ou com o autor, é de se esquivarem da condição de testemunhas mesmo quando são parentes. Por isso, é primordial a forma cautelosa de abordagem dessas pessoas por parte dos policiais, evitando-se atitudes que possam comprometer a investigação com a perda de testemunhos que poderiam elucidar o crime.

Os depoimentos deverão ser colhidos de forma objetiva, com base na concisão e na sequência cronológica, preferencialmente, até para se facilitar a manifestação das testemunhas. Hoje, com a utilização do disposto no Provimento 32/2000, da Corregedoria Geral de Justiça, houve uma sensível evolução no tocante aos testemunhos colhidos, pois com o sigilo do depoente, em relação ao seu nome e endereço, as pessoas se sentiram mais encorajadas a colaborarem.

Mais uma vez, reforçamos a ideia de não se burocratizar, ou executar de forma rotineira, procedimentos investigativos da importância das oitivas de testemunhas. Não basta apenas formular perguntas, impõe-se uma avaliação da testemunha, seus antecedentes, seu modo de agir, sua indumentária, forma de se expressar, enfim uma análise criteriosa para poder aquilatar o que é informado, e de que forma, pela testemunha. Daí a importância das técnicas de interrogatórios e do auxílio de literatura especializada sobre o tema.

Nos ensinamentos do autor deste inovador instituto:

"O certo é que se está enveredando por um caminho de amplas perspectivas, no qual as ciências humanas, como o direito e a psicologia se fundem com as ciências exatas, com as estatísticas e com as probabilidades, para o resultado final, que é contribuir para a apuração do fato e o estabelecimento da autoria." [33]

A aceitação do instituto da recognição visuográfica de local de crime na esfera judicial já ocorreu, conforme sentença prolatada no Processo 319/1997 da 28.ª Vara Criminal da Capital.[34]

9. Conclusão

A investigação criminal como meio de prova no crime de homicídio é perfeitamente cabível, na medida em que carreia para o bojo do inquérito policial provas antecipadas de natureza cautelar. Ademais, deverá ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime, em particular no de homicídio, pois, seja qual for a vítima, é um crime que provoca profundo trauma na família e na sociedade.

Assim, durante a investigação criminal haverá a possibilidade de formação de prova. Esta terá o caráter de provisoriedade, haja vista que obtida sem o devido processo contraditório, revestindo-se da condição de definitiva quando repetida na instrução penal à vista da contraditoriedade perfeita. Todavia, como já foi abordado neste trabalho, no inquérito policial poderá haver a formação de algumas provas que são insuscetíveis de repetição em juízo, daí a importância de sua correta produção.

Nesse diapasão, está inserida a prova inominada chamada de recognição visuográfica de local de crime, uma peça inquisitória inovadora que já é aceita pelos Tribunais e acatada pelo Ministério Público.

A Constituição Federal de 1988, a nominada Constituição Cidadã, se ergue como marco divisório no tocante à aplicação plena da legalidade pelos organismos policiais, não havendo hiato entre o dever-poder do Estado em reprimir o crime e as garantias individuais de direitos fundamentais, contidas no texto constitucional e estendida a cada cidadão.

A investigação criminal assume a cada dia maior importância, pois o desenvolvimento tecnológico avança a passos largos, tornando o ato de investigar cada vez mais técnico e preciso, sendo desafiada diariamente por uma criminalidade cada vez mais ousada e violenta,

33. Idem, p. 09.
34. Idem, p. 01.

que também faz uso da tecnologia moderna para atingir seus objetivos ilícitos.

Portanto, é necessário que o policial civil esteja em sintonia com os avanços da ciência, procurando se aprimorar constantemente, para melhor desempenhar a sua missão na sociedade atual, ciente de que a investigação criminal, na busca da fiel reconstituição de fatos ocorridos, deverá ser realizada sob a égide da lei, para ser devidamente avaliada no âmbito da Justiça Criminal.

10. Referências bibliográficas

Acquaviva, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva.* São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993.

Bastos, Celso Seixas Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1990.

Carletti, Almicare. Síntese da história e evolução do direito. *Revista CEJAP*, n. 8, ano 6, Campinas, fev. 2005, p. 53.

Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* São Paulo: Malheiros, 1998.

Desgualdo, Marco Antônio. *Crimes contra a vida: recognição visuográfica e a lógica na investigação.* São Paulo: Seção Gráfica da Academia de Polícia, 1999.

____. Recognição visuográfica do local do crime. *RBBCrim* 13/243-252, São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1996.

Duclerc, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Genofre, Roberto M. Os cem anos da criação da polícia de carreira de São Paulo. *Revista ADPESP*, n. 34, ano 24, São Paulo, dez. 2004, p. 47.

Greco Filho, Vicente. *Manual de processo penal.* São Paulo: Saraiva. 1991.

Jesus, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado.* São Paulo: Saraiva, 1988.

Malatesta, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal.* Campinas: Bookseller, 2004.

Oliveira, Juarez de. *Código de Processo Penal.* São Paulo: Saraiva, 1987.

Pereira, Maurício Henrique G.; Angerami, Alberto; Tonelli Neto, Pedro. Provas policiais insuscetíveis de repetição. *Revista ADPESP*, n. 26, ano 19, São Paulo, dez. 1998, p. 10.

Queiroz, Carlos Alberto Marchi de (coord.). *Manual de polícia judiciária.* São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2000.

_____. *Manual operacional do policial civil*. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2002.

SANTOS, Célio Jacinto dos. Inquérito policial: instrumento de defesa da cidadania. *Revista Cejap*, n. 8, ano 6, Campinas, fev. 2005, p. 56.

417743



1

La criminalización de la pobreza y la expansión de la población carcelaria

ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA

Profesora Titular de la Universidad de Salamanca.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: Este artigo expõe como a política criminal da atualidade é apenas uma técnica para avaliar e lidar com a criminalidade, buscando um controle "autoreferenciado". Assim, surgem algumas tendências enquadradas sob o rótulo de "lei e ordem", cuja lógica encontra seu lugar nas correntes em que a segurança é uma prioridade em todos os sentidos. Aparecem como sintomas de um afã preventivo e de controle total, esquecendo-se de impor medidas ou políticas sociais, que, por outro lado, deveriam ser prioridade em um Estado social. Esta política autoritária penal com base no "cálculo" do perigo e sua redistribuição recai sobre os mais fracos com o resultado muito comum de um número crescente de prisioneiros em nossas sociedades.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança pública – Tolerância zero – Populismo punitivo – População carcerária.

ABSTRACT: This article exposes how criminal policy is just a technique to evaluate and deal with criminality, attempting a "self-referenced" control. Thus, some trends emerge framed under the "law and order" label, whose logic finds its place in the mindsets where security pretense is a priority in all orders. They show up as symptoms of a preventive rush for total control, forgetting to referee social measures and policy, which on the other hand should be a priority in a social State. This authoritarian criminal policy based on "calculations" of danger and its redistribution, fall upon the weakest with the all too common result of a growing number of prisoners in our societies.

KEYWORDS: Public safety – Zero tolerance – Punitive populism – Prison population.

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Una política de seguridad ciudadana populista y autoritaria – 3. Tolerancia cero y la criminalización de la pobreza – 4. El resultado: la expansión de la población penitenciaria – 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el Estado contemporáneo se pasa del Estado de bienestar a un modelo con una definición más difusa en el que la institución estatal modifica las funciones atribuidas a su centralidad permanente, acomodándose a un modelo de Estado mínimo en los socioeconómico y máximo en lo referente al control social. Wacquant, lo ha definido con precisión: "difuminación del Estado Económico, debilitamiento del estado social, fortalecimiento y glorificación del Estado penal".[1] Surge así, una nueva forma de gestión de las insuficiencias integradoras del contrato liberal, no ya tejiendo una red social de seguridad frente a la exclusión (*safety net*), sino a través del ejercicio directo del control social sobre esos "espacios periféricos", mediante un entramado de vigilancia y sujeción (*dragnet*).[2]

Desde esta perspectiva, se modifica la aproximación a los efectos del sistema socioeconómico sobre los sectores sociales más desfavorecidos, ya que el modelo asistencial se ve sustituido por una aproximación que pone en primer término el paradigma del control.[3] Se construye socialmente el control y la vigilancia como obsesiones, y la segregación (de grupos de riesgo), la fortificación y la exclusión como urgencias.

Parece que el pragmatismo-eficientista es la nota del Derecho penal en esta era de la globalización. Lo que importa es que el sistema sea eficiente, que alcance sus resultados programados, aunque con un

1. Vid., WACQUANT. *Las cárceles de la miseria.* Madrid: Alianza, 2000.
2. Vid., SAN MARTÍN SEGURA. Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo. En: BERNUZ BENEITEZ, María José; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La tensión entre la libertad y seguridad.* Universidad de La Rioja, 2006, p. 71 y ss.
3. BRANDARIZ GARCÍA. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. En: FARALDO CABANA (dir.). *Nuevos retos del derecho penal de la globalización.* Valencia, 2004, p. 16.

alto costo en el recorte de los derechos y garantías fundamentales. Ciertamente, la intervención punitiva, residual en un sistema desregularizado en el ámbito económico, pero maximalista contra la marginalidad y la inmigración, permite distinguir con facilidad entre los intereses que la globalización del sistema penal privilegia y cuáles posterga.[4]

Pero, lo cierto es que a partir de esta redefinición de las prioridades fundamentadas en la seguridad, el modelo de control que se impone es el de exclusión de una parte de la población que no tiene ninguna función en el modelo productivo. Es una revitalización de la idea de *otredad*, de fragmentación, de separación, como fundamento del Orden en la que se instala el propio origen de la sociedad moderna. Se trataría de "el otro", los enemigos de la sociedad, los no-personas, los nuevos *homo sacer* del siglo XXI.[5] El control social se despoja así ahora de las "ataduras" disciplinarias en su versión *welfarista*, y aparece desnudo en su sentido más directo y crudo: se hace expresa la renuncia a cualquier intento de integrar tales espacios marginales, y se propone un control dirigido a redistribuir los riesgos inherentes a los mismos hasta hacerlos "tolerables" (en términos de eficiencia).

El resultado que se obtiene es que estamos asistiendo en todo el planeta al fenómeno de la explosión carcelaria, como consecuencia de la distinción entre los globalizados y los excluidos. Entre ellos, se destaca indudablemente lo siguiente: en la sociedad globalizada también la distribución de renta es inversamente proporcional a la distribución de los castigos. A los globalizados mejor renta y menos castigos; a los excluidos menor renta y más castigos. Bajo el influjo de los movimientos de la ley y orden son atacadas las clases marginadas, en otras palabras postulan la criminalización más dura de la micro-criminalidad, así como el aprisionamiento en masa de los excluidos; pero escapan las clases ricas, es decir, a pesar del clamor general (pero principalmente de la izquierda punitiva) por la criminalización de la macro-criminalidad (criminalidad de los poderosos). De manera tal

4. Vid., PÉREZ CEPEDA. Op. cit., p. 84 y ss.
5. PORTILLA CONTRERAS. La configuración del "Homo sacer" como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial. En: PÉREZ ALVAREZ. (ed.). *Serta*. In memoriam *Alexandra Baratta*. Universidad de Salamanca, 2004, p. 1401 y ss.

que, el incremento de las poblaciones penitenciarias en el mundo parece responder más a los modos de gestión del deterioro de la situación social y de la emergencia de la exclusión social que a un proporcional incremento de la criminalidad.[6]

2. Una política de seguridad ciudadana populista y autoritaria

En la actualidad, las campañas de ley y orden que se llevan a cabo en los diferentes estados,[7] resultan cuando menos expresivas, si se tiene en cuenta la tasa de criminalidad permanece con un perfil estable desde hace muchos años.[8] En efecto, la sensación de inseguridad o el miedo al crimen no guarda una relación directa con el nivel de riesgo real, es más el producto de una percepción generada –o amplificada– a través de los medios de comunicación. Lo que demuestra que nadie conoce los hechos, que la información se ha convertido en propaganda, lo que ha provocado que nuestras sociedades aparezcan atravesadas por el miedo, la inseguridad y la zozobra.[9]

En realidad, son los partidos políticos, los que partiendo de que el mensaje punitivo es receptivo, visibilizan un problema, en ocasiones con el fin de ocultar o distraer a atención sobre otros realmente más importantes. Los medios de comunicación se centran en este nuevo fenómeno, no como un conflicto social sino como un nuevo

6. Brandariz García. Op. cit., 2004, p. 29.
7. Vid. Liberatore Bechara. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. En: Mendes; Bottini; Pacelli (coords.). *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2010 (en prensa).
8. Valenzuela. *Boletín del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología*, n. 60, 2002. Vid., también críticamente, Díez Ripollés, J. L. El aumento de la criminalidad y la izquierda. *El País*, 09.05.2002, y Maqueda Abreu, M. L. Crítica a la reforma penal. *Jueces para la democracia*, n. 47, 2003, p. 8.
9. Esta inseguridad no sólo la es provocada por la criminalidad, sino que engloba también aspectos como la precariedad en el trabajo, los contratos a tiempo parcial, incluso por días o semanas, la falta de protección por desempleo, la pérdida del derecho a vacaciones o a remuneraciones extraordinarias. De ahí que hay quien afirma que la forma más eficaz para acabar con la inseguridad ciudadana, es la lucha contra la pobreza y la marginación.

delito, creando una opinión pública, que reclama la intervención del Estado ante esa amenaza. Según Calvo García,[10] se "propicia la construcción de un imaginario social y una sensibilización pública que, a su vez, genera un proceso de 'retroalimentación' que alienta una acción política oportunista y el despliegue de políticas informativas tendentes a prestar mayor atención a los problemas de seguridad, en general, y a un tratamiento sensacionalista de este fenómeno en particular. Esta espiral comunicativa configura un marco de producción ideológica tremendamente eficaz que determina el aumento progresivo de las demandas de seguridad por parte de la sociedad civil y, consiguientemente, la depuración de las técnicas de control social y el aumento de los márgenes de actuación y los recursos que despliegan las políticas estatales de seguridad". Tal y como se plantea esta dinámica, la seguridad ciudadana sale de la racionalidad acerca de la intervención penal, convirtiéndose en un interés electoralista, lo que provoca que afloren las orientaciones penales marcadamente represivas.[11]

En este contexto, la legitimidad del poder público exige que la promesa de la seguridad crezca, y sea ratificada ante la opinión pública. No obstante, los ciudadanos son meros espectadores de la denominada "política del espectáculo", ya que son los actores políticos quienes fomentan las diversas necesidades de seguridad contra la delincuencia, vendiendo posteriormente la ilusión de seguridad, de manera tal que toda política de seguridad se convierte en política criminal.[12] Ante esta exigencia de la intervención violenta del Estado para afianzamiento de su seguridad. Resulta alarmante ver cómo en sociedades teóricamente estables y con sistemas democráticos más o menos consolidados se ha pasado de pedir protección *contra* el poder público a pedir protección *del* poder público porque se piensa –simple y llanamente– que el riesgo de un poder arbitrario no es posible. En palabras de Hassemer "el Estado ya no es para el ciudadano un

10. Calvo García. Políticas de seguridad y transformaciones del derecho. *Oñati Proceedings* 18, 1995, p. 111.
11. García Arán. El retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003. *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 2, 2005, p. 375.
12. Vid., Baratta. El concepte actual de seguretat a Europa. *Revista Catalana de Seguridad Pública*, n. 8, 2001, p. 25 y 26.

monstruo que amenaza su libertad. Por el contrario, el Estado es el compañero de armas de los ciudadanos, dispuesto a defenderlos de los peligros y grandes problemas de la época (...) Los ciudadanos requieren del Estado, de forma exigente y a veces amenazante, el uso de la fuerza: el Estado tiene que protegerlos y asegurar su seguridad".[13]

Ciertamente, esta ideología de la seguridad ciudadana lleva implícita una instrumentalización del Derecho penal en orden a obtener ventajas políticas y no logros en la solución de los conflictos sociales como sería lo deseable. De tal manera que, el Derecho penal "actúa a modo de mecanismo políticamente deseado de encubrimiento y ocultación de las contradicciones del sistema",[14] enfrentándose, como advierte Maqueda Abreu, a uno de "sus más graves problemas de legitimación: servir de arma política".[15]

Todo ello, sin obviar que esta ideología de la seguridad ciudadana se sustenta en la racionalidad política del neoliberalismo, que no sólo trata de corregir el "exceso de democracia" que suponía el funcionamiento del Estado providencia y el modelo de ciudadanía social, sino también, y como consecuencia, el "exceso de seguridad" –como estabilidad de las condiciones materiales de vida– que tal política implicaba para el sujeto, y que suponía, al constituirse en mayor o menor medida sobre espacios desmercantilizados, un obstáculo para el desarrollo del Mercado como instancia central de regulación social. Se aprovecha de la revitalización de la comprensión positiva del riesgo –como oportunidad de ganancia– que ha acompañado al desarrollo del Mercado capitalista, y la figura liberal, y mítica, del individuo como *risk-taker*, como sujeto que prospera y avanza por sí mismo como elector racional con la sola ayuda del cálculo coste-beneficio.[16]

De manera tal que, la individualización del riesgo y el retroceso de las instituciones providencia implica, por un lado, la exigencia de

13. HASSEMER. *Persona, mundo y responsabilidad.* Trad. Muñoz Conde; Diaz Pita. Tirant lo Blanch, 1999, p. 270 y s.
14. En este sentido, vid., ALBRECHT. El derecho penal en la intervención de la política populista. En: *La insostenible situación del derecho penal, estudios de derecho penal.* Comares: Granada, 2002, p. 478.
15. MAQUEDA ABREU. Políticas de seguridad y Estado de Derecho. En: PÉREZ ÁLVAREZ (ed.). *Serta:* in memoriam *Alexandra Baratta*, 2004, p. 1287.
16. SAN MARTÍN SEGURA. Op. cit., p. 71 y ss.

una autoelaboración de la seguridad personal. La autoelaboración de la seguridad se logra a través de la obtención constante de nueva información sobre peligros potenciales, y mediante los bienes de consumo ofertados en el Mercado: los sistemas de seguridad privados con los que afrontar la "inseguridad ciudadana", así como las diversas formas de aseguramiento privado reemplazan progresivamente a las técnicas de riesgo socializado. Se fortalecen los controles internos en los vecindarios y se anima a las comunidades a tomar en sus manos su propia vigilancia.[17]

Siguiendo esta dinámica, cuando la criminalidad y su persecución se comercian como mercancía de la industria de la cultura.[18] El Derecho penal, se convierte en un instrumento técnico privilegiado y barato, ya que se da una imagen o apariencia de eficacia estatal, creando una sensación de tranquilidad y calmando las expectativas de la población respecto a determinado ámbitos de criminalidad.[19] En otras palabras, la política neoliberal del déficit cero provoca una huída hacia el Derecho penal,[20] que se plasma sobre todo en las cinco reformas durante el año 2003 tuvieron lugar en España, dando lugar a la culminación del "Código Penal de la seguridad", tal y como fue calificado por el que en ese momento era Ministro de Justicia. Dicho Código se aproxima a la criminalidad exclusivamente desde los síntomas, patrocina un modelo de intervención penal sin complejos, en su extensión y en su intensidad, que revelan una ideología profundamente represiva. Esta política criminal, bajo el imperativo de que había que "barrer las calles de delincuentes", responde al ideal de multiplicación de delitos y endurecimientos de las penas, habida cuenta de la incapacidad del Estado para articular medidas preventivas, menos aún una política social para frenar los comportamientos delictivos y alcanzar respuestas menos lesivas y más justas.[21]

17. Pérez Cepeda. Op. cit., p. 377 y ss.
18. Albrecht. Op. cit., 2002, p. 480.
19. Diaz Pita; Faraldo Cabana. La utilización simbólica del DP en las reformas de CP de 1995. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2002, p. 127.
20. Vid., Gónzalez Cussac. La contrarreforma penal de 2003: una nueva y vieja política criminal. *Revista Xuridica Gallega*, 2003, p. 18.
21. Pérez Cepeda. Op. cit., p. 377 y ss.

Esta obsesiva búsqueda de un ordenamiento eficaz ha llevado al legislador español a reformar más de veinte veces el CP desde 1998. Se trata de una legislación motorizada y un ordenamiento "Mcdonalizado",[22] desarrollando un escenario de amenaza e instalando un extenso sistema de control, flanqueado jurídico-penalmente sin un conocimiento criminológico y criminalístico sólido, lo que plantea problemas que van desde la proliferación de normas, innecesarias a veces, defectuosas técnicamente casi siempre, pasando por el constatado fracaso de intentar eliminar lagunas, que ha generalizado la idea de incertidumbre y provisionalidad normativa.[23]

Esta inflación e hipertrofia penal redunda en una política criminal errática que en la mayoría de los casos incrementa más que resuelve problemas de notable calado, con un notable riesgo de limitación de los principios fundamentales que rigen nuestro sistema. El ordenamiento punitivo ha adquirido nuevas atribuciones difícilmente conciliables con los principios de intervención mínima, accesoriedad y *ultima ratio*. A este abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad,[24] contribuye la utilización de la función simbólica del DP para llevar a cabo una política de gestos cara a la opinión pública, con efectos balsámicos de sentimientos colectivo,[25] pero también confirma que el ciclo autoritario en el que vivimos coincide, como ya se ha señalado, con el desmantelamiento del Estado de bienestar, es decir, asistimos a la sustitución del Estado asistencial por un Estado punitivo o de la seguridad, que pretende acabar con la criminalidad en todos sus ámbitos y todo ello en aras de la seguridad.[26]

22. Boix Palop. La Mcdonalización del ordenamiento jurídico. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, octubre 2001, p. 61 y ss.
23. En este sentido, vid., Mestre Delgado. La reforma permanentemente como (mala) técnica legislativa en derecho penal. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 1, 2004, p. 7 y ss.
24. Así se expresa Carbonell Mateu. Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la canalización de la legalidad. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, 2001. vol. 1, p. 129.
25. Zugaldía Espinar. Seguridad ciudadana y Estado Social de Derecho (A propósito del "Código Penal de la Seguridad" y el pensamiento funcionalista). *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Tirant lo Blanch, 2003, p. 1123.

La ideología de la inseguridad ciudadana, que habitualmente se asienta sobre una serie de valores más que cuestionables, en la actualidad distingue nítidamente entre ciudadanos y delincuentes, preconiza la dureza frente a intrusos y extraños, ignora las desigualdades sociales... No es nuevo el hecho de que desde el poder político, sólo se hable de la seguridad ciudadana, estereotipadamente reducida a la violencia callejera,[27] desarrollando una estrategia de sensibilización de la opinión pública y de inducción de la alarma social[28] para justificar como siempre, una vez que se ha generalizado entre la ciudadanía el miedo y el victimismo ante el delito, es decir, la sensación de inseguridad, el incremento de la presión punitiva[29] que culpabiliza y sanciona a los sectores más vulnerables.

Desde esta perspectiva de siempre, el recurso abusivo a la pena de prisión, cada vez más larga e inocuizadora, se manifiesta como el instrumento preferente para devolver a la sociedad la confianza y la sensación de protección que parece perdida, por ende se supone que sirve para mostrar una actitud solidaria con las víctimas. Como afirma Garland,[30] "la necesidad de reducir el sufrimiento actual o futuro de las víctimas funciona hoy en día como una justificación de cualquier

26. A esta motivación, y siguiendo la misma línea que otros gobiernos europeos, responde el llamado Plan de Lucha contra la Delincuencia. De la expresión lucha contenida en el propio nombre del Plan, se puede entender que si contra la delincuencia se lucha es porque al delincuente se le considera enemigo en la guerra que debe conducir a barrerlo de las calles, y al asimilar el delincuente con la basura no se encierra ninguna propuesta meditada para la acción político-criminal. La delincuencia, como señala ZUGALDÍA ESPINAR. Op. cit., p. 1123, no requiere un plan de lucha sino un plan de prevención.
27. LANDROVE DIAZ. El derecho penal "de la seguridad". *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia Y Bibliografía*, n. 4, 2003, p. 1924.
28. MAQUEDA ABREU. Op. cit., 2004, p. 1288.
29. LANDROVE DIAZ. Op. cit., 2003, p. 1924.
30. GARLAND. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa, 2005, p. 240.

tipo de medida de represión penal y el imperativo político de mostrarse sensible ante los sentimientos de las víctimas sirve ahora para reforzar los sentimientos retributivos que influyen cada vez más en la legislación penal".

Esta descarada dramatización del fenómeno delictivo, esta perversa concepción de la seguridad y este imparable endurecimiento de la represión penal, en primer lugar, ha mantenido vigente y cada vez más globalizado en ideal de una "seguridad ciudadana" que cercena libertades, dando paso al peligroso principio "tolerancia cero" hacia los infractores (sobre todo y especialmente si son pequeños delincuentes). La inseguridad ciudadana es exagerada para legitimar la intervención estatal que sirve para controlar más a las clases bajas y sirve como cortina de humo para ocultar los verdaderos problemas: la desigualdad y la explotación social.

En segundo lugar, se está afianzando como normal, algo que hasta el momento era excepcional, el modelo denominado por Jakobs como "Derecho penal del enemigo", aplicado a terroristas, narcotraficantes, delincuentes sexuales, extranjeros, pero en el que se pretende también neutralizar a los disidentes políticos y la expulsión de los sectores no productivos del sistema.[31] Existe una legislación penal y procesal penal dedicada a los enemigos del sistema.[32] En efecto, esta legislación responde a la idea de traducir lo excepcional en normal y la seguridad del Estado en seguridad de los ciudadanos.

Los hechos más significativos son quizás que se ha instaurado un nuevo modelo que se basa en la exclusión social, en inocuización y el apartamiento social de quienes se consideran, en lugar de ciudadanos, enemigos del orden establecido.[33] Se trata de un Derecho penal emergente, el de la guerra, que se sabe que arrastrará, en sus onda expansiva, a esa otra delincuencia marginal, "de poca monta", que se nutre de habituales y reincidentes, extranjeros, autores de delitos que causan alarma social por su relación con la droga, la propiedad... Encontrándonos así, ante "un no-derecho, una pura reacción defensiva de hecho frente a los sujetos excluidos",[34] pero también abarca a la

31. JAKOBS; CANCIO MELIÁ. *El derecho penal del enemigo*. Civitas, 2006.
32. PORTILLA CONTRERAS. Op. cit., p. 1411. Vid., críticamente respecto al derecho penal del enemigo brasileño, LIBERATORE BECHARA. Op. cit.
33. JAKOBS; CANCIO MELIÁ. Op. cit., p. 47 y ss.

delincuencia mayor, que se basa en la idea de peligrosidad aplicada a determinados grupos de sujetos que son excluidos del sistema, en la medida en que el legislador ya no dialoga con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos. Con esto, por una parte, se cambia completamente de paradigma, pues el destinatario de la norma, el sujeto, ya no se le valora como persona, postergando su dignidad y convirtiéndolo legalmente en el enemigo del sistema.[35] Por la otra, como modelo autoritario, utiliza la técnica de la emergencia o la excepcionalidad, que lejos de desaparecer, ha alcanzado su auténtico cenit,[36] es decir, el legislador se mueve dentro de parámetros justificativos típicos de un Derecho penal de excepción, conminando los delitos de los enemigos con penas draconianas, adelantando las posibilidades de sanción muy alejadas de la lesión del bien jurídico y recortando las garantías procesales, lo que conlleva mayores niveles de conflictividad social, de exclusión social y de recorte de las libertades. Por tanto, es un Derecho incompatible con los fundamentos del Estado de Derecho, el sistema democrático e incluso con su consideración misma como Derecho.[37]

La consecuencia de esta política-criminal autoritaria, orientada hacia la segregación punitiva y la justicia expresiva, en nuestra sociedad es que cada vez hay más presos, cuando los índices de criminalidad permanecen estables, son necesarias más cárceles y centros de internamiento para extranjeros. A estas alturas, el fin resocializador de las penas, constitucionalmente reconocido, ha sufrido un claro retroceso, devolviéndonos a la más cruda realidad: la pena de prisión es simplemente segregación y retribución.

34. Cf. MAQUEDA ABREU. Op. cit., 2004, p. 1298.
35. ACALE SÁNCHEZ. Del Código Penal de la Democracia al Código Penal de la Seguridad. En: PÉREZ ÁLVAREZ (ed.). Op. cit., p. 1199.
36. RAMOS VÁZQUEZ. Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista. En: PÉREZ ÁLVAREZ (ed.). Op. cit., p. 1426.
37. Vid., cómo se ha desarrollado en derecho penal de enemigo en la legislación española, vid., PÉREZ CEPEDA. Op. cit., p. 397 y ss.

3. Tolerancia cero y la criminalización de la pobreza

El populismo punitivo hace referencia a la universalidad de la cultura del control que surge de un determinado contexto socio-económico.[38] El neoliberalismo económico al recortar el Estado social acentúa las desigualdades sociales que propician el delito; favorece la inseguridad debido a la inestabilidad laboral y la deslocalización de las empresas, produciendo un amplio sector de personas excluidas en función de su pertenencia a una minoría étnica, género, edad y clase social.[39] Por su parte, el neoconservadurismo, introduce en la cultura jurídica los temas tradicionales como el orden, la jerarquía, la autoridad, demandando una sociedad más ordenada, más disciplinada, más estrictamente controlada. Las políticas penales que han producido una alianza entre ambas han sido calificadas como "nueva derecha" y han irrumpido con fuerza en España con un marcado cariz autoritario.[40]

A esto se añade que, sobre todo en Europa, el discurso del riesgo y la inseguridad se focaliza de forma prioritaria hacia terrenos donde el peligro es presentado como controlable: especialmente, la criminalidad –o más bien, ciertas formas de criminalidad– asociadas a determinados "grupos de riesgo" a través de renovadas técnicas de gestión de la desviación, de gobierno del riesgo. El "portafolio" de riesgos característico de un determinado contexto social es seleccionado institucionalmente de acuerdo a los atributos de las propias estructuras sociales, y esa selección se produce precisamente con el propósito de su autoconservación.[41] De este modo, la atención hacia el problema de la criminalidad –conectada frecuentemente a otros "problemas" como la inmigración o la exclusión social– es funcional para la

38. Garland. Op. cit., p. 275 y ss.
39. Afirma, Larrauri. Populismo punitivo... y cómo resistirlo, en *Jueces para la Democracia*, n. 55, 2006, p. 16 que "el gobierno progresista que quiera disminuir el populismo punitivo debe conseguir reducir las fuentes de ansiedad sociales y económicas a las que se enfrentan los grupos sociales que permanentemente están situados al borde de la exclusión".
40. Rivera; Monclús. Presentación. En: De Giorgi. *Tolerancia Cero, Estrategias y practicas de la sociedad de control*, Virus, 2005, p. 17.
41. Douglas. *Risk and Blame. Essays in Cultural Theory*. London: Routledge, 1994, p. 47.

alimentar una sensación subjetiva de seguridad y confianza hacia las propias medidas de protección.[42] Llevándose a cabo una lucha contra la criminalidad que en contexto de protección de los derechos, muestra una clara limitación y violación de éstos, en la medida en que presenta una fuerte dirección selectiva de la actividad de prevención respecto a los grupos con alta concentración de riesgo, es decir, los excluidos.[43]

En EEUU han sido desarrolladas y legitimadas las campañas político-normativas de *Law and Order*, recurrentes desde los años ochenta y noventa. También se lleva a cabo un asociacionismo preventivo que implica un desplazamiento de las responsabilidades de la seguridad desde el poder público a la comunidad, a las víctimas y al sector privado, centrándose más en las consecuencias de la criminalidad que en las causas de la misma. En el ámbito criminológico, estas políticas penales de la nueva derecha se plasman en una nueva criminología administrativa y actuarial, que defienden que la criminalidad tiene su explicación en la libre voluntad del delincuente y no en carencias sociales que puedan condicionar su comportamiento.[44] Desde esta perspectiva, el delincuente racional decide delinquir tras ponderar los costes y beneficios, de ahí que el énfasis sea en la prevención situacional destinada a reducir las oportunidades del delito e incrementar los costes,[45] así como que el recurso punitivo más eficaz sea la cárcel y que la pena sólo trate de neutralizar a los individuos. En suma, los criminólogos de la intolerancia sustituyen el objetivo rehabilitador

42. Mendoza Buergo. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. En: Agra, Domínguez, García Amado, Hebberecht, Recasens (eds.). *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto.* Atelier, 2003, p. 70.
43. Baratta. El concepte actual de seguretat a Europa. *Democracia e Diritto* 9/2000, n. 8, p. 27.
44. Díez Ripollés. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, [http://criminet.ugr.es]; el mismo, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. En: Bacigalupo; Cancio Meliá (coords.). *Derecho penal y política transnacional.* Atelier, 2005, p. 287.
45. De Giorgi. *Tolerancia Cero, estrategias y practicas de la sociedad de control.* Trad. I. Rivera Beiras y M. Monclús Masó. Barcelona: Virus, 2005, p. 55 y ss.

por una pretensión de hacer más difícil la comisión de determinados delitos centrando la actuación del control en la prevención situacional que consiste en poner trabas a la comisión del delito.[46] Sin bien, las principales objeciones que se han formulado provienen del ámbito criminológico, dada la escasa eficacia preventiva[47] que desarrolla una política penal de segregación represiva y punitiva de las poblaciones de riesgo, que no son otros que los marginados socialmente.

A la cabeza de esta tendencia político-criminal, que se pretende globalizadora a la hora de determinar los medios para proceder y prevenir la delincuencia, se encuentra la "tolerancia cero", que consiste en estrategias públicas variadas para control de la marginación. Una de las más desarrolladas ha sido en la ciudad de New York bajo el mandato del alcalde Giuliani, que ha supuesto una reorganización radical de la policía y se basaba en técnicas de management, reingeniería de procesos y dirección por objetivos, aplicadas a las comisarías como si fueran empresas de servicios.[48] El ámbito del control del delito se ha visto saturado por tecnologías de auditoria, de control fiscal, de medición del ejercicio de obligaciones y evolución del costo-beneficio. En el ámbito policial consiste en más efectivos, se incentiva económicamente los resultados cuantitativos y la mejora y ampliación de las bases de datos. El viejo lenguaje de causalidad social ha sido desplazado por un nuevo léxico de (factores de riesgo, estructuras de incentivos, oferta y demanda, costo del delito etc.) que traduce formas de cálculo económico al campo criminológico. Actualmente, no sólo se calculan los costos del delito, sino también los costos de la prevención, de la actividad policial, del proceso penal y del castigo y las

46. Vid., una amplia crítica, en Moclús Masó. Las criminologías anglosajonas: realismo criminológico *vs.* Criminología de la intolerancia. *Panoptico*, n. 6, 2003, p. 29 y ss.
47. Muñoz Conde. El nuevo derecho penal autoritario. En: _____; Losano (coords.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo, " cedant arma togae "*. Valencia, 2004, p. 180.
48. Ello, ha propiciado, como recoge Saez Varcarcel. La inseguridad, lema de la campaña electoral. *JpD*, n. 45, 2002, p. 7, "la normalización de los abusos policiales y de las detenciones masivas. Según estimaciones, un 80% de la población de jóvenes negros y latinos habría sido objeto de detención y cacheo, y la mitad de las detenciones policiales en el año de 1998 fueron anuladas por el fiscal o por los jueces".

cifras comparativas que se obtienen ayudan a moldear las elecciones políticas y las prioridades operativas. Pues bien, conviene precisar que esta lógica costo-beneficio es entonces irreconciliable con los gestos del Estado de guerra contra el delito, altamente costosos.[49]

No obstante, el éxito político de la "tolerancia cero" está en que su mensaje se dirige principalmente al ciudadano medio que nutre principalmente el cuerpo electoral, que se siente amenazado por los delitos que pueda ser víctima en su vida cotidiana. A través de un hostigamiento permanente hacia ciertos sectores sociales, se pretende la construcción de un mensaje de tranquilidad transmitido a los restantes sectores sociales.[50] Este ciudadano medio reclama seguridad física de su propia persona y de sus propiedades. Sin embargo, la "tolerancia cero" no se refiere sólo a la erradicación de los delitos de una cierta gravedad, sino también a la de los comportamientos simplemente molestos o de escasa relevancia penal, que inciden en la vida cotidiana de los ciudadanos.[51]

El origen está en la teoría *Broken windows* (cristal destrozado), propuesta por los criminólogos Wilson; Keling,[52] según la cual si se aparcan dos coches sin matricula en distintos barrios de la ciudad. En el barrio marginal, el auto será desguazado de manera inmediata. En la zona residencial, será respetado. Pero si fracturamos uno de sus cristales, también será objeto de despiece sistemático porque es señal de que nadie se preocupa. Esta teoría viene a decir que cuando los ciudadanos observan estos signos de desorden el mensaje implícito que reciben es el de que todo esta permitido, lo que atrae más desorden y la inhibición de los ciudadanos de dichas áreas con el consiguiente deterioro del control social informal. Así acaba generándose más

49. Pérez Cepeda. Op. cit., p. 422 y ss.
50. Wacquant. Op. cit., p. 34 y ss.
51. Muñoz Conde. Op. cit., 2004, p. 819.
52. Wilson; Kelling. Ventanas rotas. La policía y la seguridad de los barrios. Trad. Daniel Fridman. En: Derecho y sociedad. *Revista de Ciencias Sociales*, n. 15-16. Argentina, 2001, p. 67 y ss.

delincuencia en una espiral viciosa.[53] Su conclusión es que las incivilidades, los pequeños desórdenes, son avisos de que florezcan delitos graves o que concurran ataques violentos.

En esta misma línea, el principio de tolerancia cero también está sustentado por los *think tanks*, una ideología neoconservadora promovida por el Manhattan Institute, la Heritage Fundation, el American Enterprise Institute y algunos otros, que parten de la creencia de que si se combaten los pequeños desórdenes cotidianos, se hará retroceder el crimen, difundiendo estas ideas entre los dirigentes estadounidense, a partir de los setenta.[54] Debe penalizarse en su conjunto la inseguridad social y sus consecuencias, es decir, su objetivo es criminalizar y estimular la persecución policial de conductas que carecen de relevancia penal. Parece como si esta criminalidad tuviera como única causa la interacción entre el desorden y el daño se percibiera como algo normativo y simbólico de decadencia urbana, como actitud ante el Derecho, no como lesión de bienes jurídicos.[55]

Puede constatarse como, la "tolerancia cero" suele estar asociada a faltas y conductas que ni siquiera alcanzan el nivel de infracciones penales, confundiendo problemas de simple prevención policial sobre los conflictos cotidianos que únicamente son comportamientos incívicos con conflictos sociales penales.[56] Ahora bien, este principio no sólo se entiende en la mayoría de los casos como una predicción actuarial, que promueve la expansión del derecho penal, sino que se emplea también para fundamentar una acción represiva mayor hacia los grupos considerados de riesgo o las condiciones de vida, marcados en su totalidad por la sospecha,[57] es decir, hacia marginados, pobres y minorías, violando sus derechos civiles. Constatándose así que la función de guerra a la delincuencia llevada a cabo la tolerancia cero

53. MEDINA. Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, [http://criminet.ugr.es/recpc].
54. Un análisis crítico sobre esta corriente de pensamiento puede verse WACQUANT. L. Op. cit., p. 16 y ss.
55. HASSEMER. Op. cit., p. 277.
56. MUÑOZ CONDE. Op. cit., 2004, p. 179.
57. ALBRECHT. El derecho penal en la intervención de la política populista. *La insostenible situación del derecho penal*. Comares: Granada, 1999, p. 474.

en cuanto contexto de protección de los derechos, muestra una clara limitación y violación de estos derechos con una fuerte dirección selectiva de la actividad de prevención respecto a los grupos con alta concentración de riesgo; los excluidos[58] y acelera un proceso represor en los aparatos del Estado.

Este último tipo de políticas de "tolerancia cero" triunfan en Europa.[59] Wäcquant,[60] denuncia que a nuestro continente ha llegado la confianza en un régimen punitivo, policial y judicial que actúa sobre los perdedores del sistema, los pobres, los marginados, buena parte de los inmigrantes, criminalizándolos, considerándolos "elementos alógenos que es imperativo evacuar del cuerpo social". Se trata de medidas de ajuste estructural que no sólo tienen que ver con efectos en el plano económico y laboral, sino que alcanzan al tratamiento punitivo de la inseguridad y la marginalidad sociales, consecuencias de la aplicación de la ortodoxia económica y del desgaste sistemático al que es sometido el Estado del bienestar. A esto contribuyen, siguiendo los dictados de los *think tanks* neoconservadores estadounidenses, la capacidad que tienen algunas instituciones y medios para construir, amplificar y difundir, incluso dotándolas de un ropaje científico, las tesis y concepciones que sobre la seguridad y la inseguridad legitiman al Estado penal.[61] Como sostiene Garland para Estados Unidos y Gran Bretaña, la aplicación de una *estrategia de segregación punitiva* que viene a materializar un giro de la penalidad contemporánea en una línea marcadamente punitiva, requiere de un conjunto de políticas públicas altamente politizado, y para ello cuenta con el suficiente respaldo social y cultural.[62]

58. BARATTA. Op. cit., p. 27.
59. La reforma del CP francés de 23.10.2001 viene a criminalizar a los marginados: prostitución pasiva, familias nómadas que ocupen terrenos privados o comunales, mendicidad en grupo o agresiva, jóvenes que se reúnan en los vestíbulos, portales y lugares de paso común de los edificios. En Italia se castiga también el ejercicio de la prostitución en la vía pública.
60. WACQUANT. Op. cit., p. 75 y ss.
61. Cf. WACQUANT. Op. cit., p. 26-73. En el caso español, también tenemos receptores aplicados de los *think tanks* neoconservadores estadounidenses, como puede ser el caso de la Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Faes, presidida por José María Aznar.

En esta línea, y sobre la base de que el problema de la delincuencia tiene que ser atacado en su origen, entendiendo que éste se encuentra en la marginación social y la pequeña delincuencia, que no es suficientemente castigada y tiene altos niveles de tolerancia en la sociedad. Se adoptan fuertes medidas represivas, policiales y penales, calificando como conductas delictivas simples comportamientos marginales, como la prostitución, el vagabundaje, la mendicidad o la inmigración. Estas medidas, que tienen un claro antecedente en este Estado, la ley de peligrosidad y rehabilidatación social y su precedente la Ley de Vagos y Maleantes,[63] en cierta medida han reaparecido en el ordenamiento jurídico español como medidas de seguridad predelictuales camufladas bajo el nombre de prisión provisional.

Un claro ejemplo es la LO 13/2003, que permite imponer la prisión provisional con el fin de "evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima" (en este caso, independientemente de la pena del delito cometido (art. 503.1 c) y para evitar "el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos".Cuando el imputado sea además sospechoso de delincuencia habitual o de actuar concertadamente con otras personas de forma organizada, la aplicación de la prisión provisional puede declararse independientemente de la pena señalada por el delito cometido. Estas medidas parecen insertarse en el discurso y la lógica que no dista mucho de aquélla que sostiene que "es mejor mantener encerrado para siempre a un delincuente conocido que arriesgar la vida o la propiedad de otra víctima inocente".[64] También en el ámbito de los delitos habituales de hurto, lesiones y sustracción de vehículos de motor, persiguen también como se ha señalado antes, una utilización más amplia de la prisión preventiva. De esta forma la prisión provisional ve desbordado su carácter constitucional de medida cautelar exclusivamente destinada a evitar la fuga del imputado e impedir la desaparición, ocultación o manipulación de pruebas, para convertirse prácticamente una medida

62. GARLAND. Op. cit., p. 235 y ss.
63. MUÑOZ CONDE. Op. cit., 2004, p. 820.
64. GARLAND. Op. cit., p. 286-312.

de seguridad predelictual contra la pequeña delincuencia, dando cabida a innovaciones de alarma social, de seguridad ciudadana, que limitan derechos fundamentales como la presunción de inocencia y la libertad.

Frente a los extranjeros se desarrolla una tendencia a la expulsión/exclusión como paradigma del paso del sistema de control a la sociedad estrictamente penal basada en la desaparición de aquellos infractores del contrato social,[65] como se ha expuesto antes, abandonando cualquier pretensión de integración social. Para ellos, la expulsión es una alternativa al proceso penal (art. 57.7 Lex), no existe presunción de inocencia, se elimina la posibilidad de la suspensión condicional, ni la sustitución por otra (art. 89 CP), con el único fin de acelerar su expulsión.

En realidad, se trata de un programa que, por una parte, amplia el arbitrio para decidir si procede una intervención y cómo realizarla, ofreciendo un modelo reaccionario desligado de los principios y garantías del Derecho penal, con el fin de conseguir mayor flexibilidad y supuesta eficacia. Se infringe, con este proceder, la proporcionalidad entre la infracción y la reacción, así como la seguridad jurídica, ante la imposibilidad de determinar los presupuestos y las consecuencias de la reacción.[66] Por la otra, fomenta visiones de exclusión social a través de la estigmatización de ciertos colectivos sociales y criminaliza la pobreza. Estos pobres tienen utilidad cero, por tanto "tolerancia cero" con ellos. Recordemos aquello de que: "Hay que limpiar las calles". Bajo ese lema se hostiga y persigue a quienes viven en las calles: a los jóvenes, a los mendigos, a las prostitutas, a los inmigrantes... Se les somete a controles rutinarios de identidad, a cacheos, al registro de papeles y objeto personales, se verifican redadas periódicas en sus lugares de encuentro, se les conduce a la comisaría, se les detiene atribuyéndoles desobediencia a las órdenes de la policía... Existe una paulatina generalización de la vigilancia de espacios y vías públicas mediante cámaras y otros artefactos de control visual y auditivo.[67]

La "tolerancia cero" se desarrolla también en el ámbito legislativo penal, acogiendo el criterio de *three strikes and you are out*, que ordena la prisión perpetua para las personas que sean condenadas por

65. Portilla Contreras. Op. cit., p. 1404.
66. Idem.

tercera vez por un delito grave. Esta regla se aprobó por primera vez en Washington, posteriormente en otros veinticuatro estados y en el sistema Federal. En California no es ni siquiera importante la cualificación del tercer delito, lo importante es la reiteración. De este modo, se aborda el problema de la reincidencia, imponiendo penas draconianas en algunos casos en que se cometen tres delitos. El resultado es que se ha duplicado la población carcelaria, lo que pone de manifiesto que no tiene que ver con el nivel de delincuencia, sino que responde a decisiones políticas.[68]

Siguiendo esta línea en Estado español, imbuidos en el desarrollo de este principio, se da un tratamiento específico a la habitualidad y la reincidencia. Para conseguirlo, en primer lugar, se ha instaurado

67. Una manifestación de esta tendencia es "la ordenanza del civismo" vigente en Barcelona desde el año 2006, que pretende sancionar conductas dispares y en la mayoría de los casos no violentas. El conjunto del articulado, como señalan: BORJA; GARCÍA ARÁN, La represión preventiva. *El país* (Cataluña), 03.04.2006, es explícito, el objetivo es la represión de comportamientos en el espacio público: "Prever las normas de conducta en cada caso y sancionar aquéllas que puedan perturbar, lesionar o deteriorar tanto la convivencia como los bienes que se encuentran en el espacio público". Las medidas adoptadas significan la estigmatización de colectivos sociales enteros afectados por distintas formas de exclusión, precarización o faltos de perspectivas, propician la arbitrariedad y la desproporcionalidad de los castigos. Incluye sanciones para los que juegan, patinan o beben en la vía pública, los que duermen en la calle, los que orinan, los que piden limosna, los grafiteros, los que colocan pancartas, los que deterioran el mobiliario o la buena imagen de la urbe. También perseguirá y castigará la mendicidad, los *top manta,* los limpiaparabrisas y la "oferta o demanda de servicios sexuales", así como los actos racistas o sexistas. Con el fin de promover el control social vecinal se estimula la delación, entendida como un acto de civismo. En el caso de los inmigrantes se comprometen a que el Ayuntamiento ayudará a "regularizar" la situación legal de los denunciantes. Con todo esto, lo que se pretende, como denuncian Borja; García Arán es de borrar aquello que el poder no quiere sea visible, en otras palabras, "los efectos de unas políticas públicas y privadas que generan también miseria y marginación".
68. Los EEUU, albergan la tasa más alta de reclusión del planeta, junto a la mayor tasa de pobres en el primer mundo (más de dos millones de presos y 35 millones de pobres).

de nuevo la agravante de multirreincidencia (LO 11/2003) que permite al juez tras la comisión del tercer delito (art. 66.1.5) y si concurren dos o más agravantes y no hay atenuantes (art. 66.4) aplicar la pena superior en grado. La recuperación de esta figura, como se ha señalado antes, amén de su inconstitucionalidad al lesionar el principio de culpabilidad, es una manifestación de un Derecho penal autoritario y defensista, un Derecho penal de autor centrado en castigar a los pequeños delincuentes, cuando la reincidencia es la expresión más clara del fracaso de la pena como instrumento de prevención individual. Por otra parte, conculca, como ya se ha indicado, los principios de proporcionalidad y *ne bis in idem*. Con este modelo de determinación de la pena, también se elude la exigencia del principio de proporcionalidad, dado que con esta técnica se puede llegar a imponer penas desmesuradas para la entidad de los hechos cometidos. En otros casos de lesiones (art. 147.1 CP), hurto (art. 234 CP) y hurto de vehículos (art. 244.1 CP) la "tercera vez" en que el autor comete una falta en el transcurso de un año, la falta se transmuta en delito. A mi entender, cuando la tendencia debería ser hacer desaparecer todas las faltas porque son incompatibles con el carácter fragmentario del Derecho penal y le obliga ocuparse de simples bagatelas, sin embargo, se realiza una cruzada contra la pequeña delincuencia, violando el principio de proporcionalidad con el incremento de la represión punitiva en pro de la defensa social frente al considerado peligroso.[69]

Por ende, la legislación española puede hablarse de un cierto ensañamiento con el pequeño delincuente, lo que produce un cierto escándalo, por ejemplo cuando después de la LO 15/2003, se puede llegar a castigar con nueve años de prisión o más a alguien por vender unas pastillas o unas dosis de heroína (art. 368 con la agravante 5.ª del art. 66).[70] También llama la atención que en la LO15/2003 los evasores fiscales han visto despenalizadas sus conductas al elevar la cuantía del fraude a 120000 euros, castigándoles en su caso con una pena

69. En esta línea, vid., entre otros, QUINTERO OLIVARES. Adonde va el derecho penal. Reflexiones sobre leyes penales y los penalistas españoles. *Cuadernos Cívitas*, 2004, p. 97 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR. Op. cit., p. 1127.
70. CARBONELL; ORTS, Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad. *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Kykinson, 2005, p. 183.

de uno a cuatro años,[71] mientras que la pequeña delincuencia, la que realiza un robo por el procedimiento del tirón, si es multireincidente, puede ser sancionado con una pena de cinco años a siete años y medio.

Estas teorías que encuentran en la cárcel el recurso más eficaz, desarrollan un modelo de incapacitación y neutralización selectiva cuya finalidad es reducir las conductas que puedan causar un perjuicio a la seguridad de la comunidad, por lo que atribuyen a la pena la única función de la pura eliminación del sujeto del contexto social.[72] El resultado de estas políticas, como se verá en el último apartado, no es otro que la expansión de la población penitenciaria.

La "tolerancia cero", según Murray, en el ámbito de los jueces y tribunales significa que no tiene que preocuparse de las razones que empujan a cualquiera a cometer un delito ni por la vieja retórica de la resocialización de las penas,[73] reservando al Ejecutivo la única vía de flexibilización de las reacciones punitivas a través del indulto.[74] La Justicia no está nada más que para castigar a los culpables, indemnizar a los inocentes y defender los intereses de los ciudadanos respetuosos con la ley. Desde esta perspectiva, en este Estado, retomando una tendencia muy desarrollada por autoritarismo español, la desconfianza ante los jueces, bajo pretexto de garantizar una mayor seguridad jurídica en la aplicación de las normas penales, es también palpable y se manifiesta, de modo muy explicito, en la automaticidad que se pretende imponer a sus decisiones acerca de las penas y sus formas de cumplimiento, prescindiendo de la orientación resocializadoras de las penas y reservando al ejecutivo el indulto, como única vía de flexibilización de las reacciones punitivas.

Con este fin se cambia el art. 66 del CP (LO 11/2003) y sus reglas medición de pena concreta, imponiendo un sistema más complejo, que desnaturaliza las circunstancias y las confunde con subtipos agravado. Asimismo, se reforma el art. 89.1 (LO 11/2003) que obliga

71. El Proyecto de reforma del CP de 2009, sólo se incrementa la pena del delito fiscal hasta los seis años para los supuestos más graves como testaferrías, estructuras organizadas o elevada cuantía de lo defraudado.
72. Cf. De Giorgi. Op. cit., p. 57 y ss.
73. Citado por Saez Varcarcel. Op. cit., p. 8.
74. Martín Pallín. Democracia sin complejos. *El País*, 18.01.2003.

al juez, hasta ahora el precepto utilizaba el discrecional "podrán", a adoptar como "sustitutivo" la expulsión del extranjero cuando hayan sido condenados a penas inferiores a seis años[75] y el art. 78.2 (LO 7/2003), donde también se obliga al juez en determinados casos a adoptar el régimen excepcional de cómputo de los beneficios penitenciarios. Las restricciones en la aplicación del tercer grado, fueron tomadas en la Ley 7/2003, donde se establece un periodo de seguridad (art. 36. 2), en virtud del cual, cuando la pena de prisión impuesta sea superior cinco años, la clasificación en tercer grado penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. De esta forma, se asegura un mínimo retributivo situado en la mitad de la pena, que no podrá ser limitado ni reducido por nadie, atendiendo a las posibilidades de reinserción social. También se limitan, las posibilidades de acceso a la libertad condicional, los permisos de salida o los beneficios penitenciarios, introducidas, respectivamente, en las LLOO. 11/2003 y 7/2003. Igualmente manifiesta una desconfianza hacía los jueces de vigilancia penitenciaria cuando establece el carácter suspensivo de los recursos que se interpongan al adoptar la libertad condicional o el tercer grado (D. Adicional quinta de la LOPJ, LO 7/2003).

Las medidas indicadas se compaginan mal con el Estado de Derecho porque cuando se automatizan las reglas de individualización de la pena limitando el arbitrio judicial se corre el riesgo de instrumentalizar a la persona de forma contraria a su dignidad al hacer posible que las exigencias de la prevención general prevalezca sobre las exigencias de la prevención especial.[76] Pero, no se trata solamente de eso, al estimar que la burocracia judicial dificulta la rapidez y ejemplaridad en la aplicación de sanciones hay un incremento de espacios para la justicia negociada, que como es sabido es una de las innovaciones principales de las LLOO 8/2002 y 38/2002, es decir, de la legislación sobre juicios rápidos, cuestionables no sólo desde el punto de vista de los derechos básicos del imputado, sino que también tiene efectos corrosivos para el principio de resocialización del derecho material. En estas condiciones, como denuncia Muñoz Conde, las condenas a penas de prisión de los más desfavorecidos y más marginales, se

75. MAQUEDA ABREU. Op. cit., 2004, p. 1294.
76. ZUGALDÍA ESPINAR. Op. cit., p. 1127.

incrementan.[77] Todo esto sin obviar que, en este nuevo modelo se incrementa la potestad policial, al adquirir un papel más activo, ya que con la calificación de hacen de los hechos, determinan qué delitos deberían ser juzgados por juicios rápidos y cuáles no, teniendo potestad para citar a testigos, denunciante, denunciado y perjudicados.

En definitiva, se trata de una política criminal que enfatiza la represión a través diversas formas del uso de la fuerza pública, violencia institucional que se despliega con contundencia sobre los "colectivos peligrosos", lamentablemente son los inmigrantes irregulares, condición frecuentemente asociada a "sin trabajo", "sin domicilio legal", sin acceso a determinados equipamientos y servicios colectivos... y barrios oficialmente "criminalizados". Esta política a la larga además de injusta socialmente es muy peligrosa, puede provocar reacciones violentas en el seno de éstos, porque los abusos no preocupan ni son desvelados, es un diálogo en sociedad entre el marginado y el guardián del orden. El resultado del control de la población reducida a un rol precario del proceso productivo y sin ningún rol, limitando las garantías de sus derechos, ha provocado una mayor exclusión por lo que, en vez de aumentar la seguridad de pocos, crece la inseguridad de todos.[78]

El Derecho penal que enana de esta tendencia a la tolerancia cero se asienta sobre un proyecto político que consolida las desigualdades sociales y fomenta la exclusión social de ciertos colectivos de ciudadanos, mostrando su incapacidad para captar las actuales sociedades plurales y las tensiones sociales que conllevan.[79] La desigualdad social sumada a la desigualdad político-jurídica parece condenar a delinquir a esta población, que en su gran mayoría alimenta la economía informal o trabajos poco cualificados y mal pagados, lo cual sí que representa una amenaza para la convivencia social. De ahí que la tolerancia cero tenga una escasa eficacia en la prevención general de la delincuencia, a largo plazo no han disminuido el número de delitos,

77. MUÑOZ CONDE. Op. cit., 2004, p. 1125.
78. BARATTA. Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti? *Democracia e Diritto* 9, 2000, p. 26 y ss.
79. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana... cit., el mismo, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado... cit., 2005, p. 297.

sólo han aumentado el gasto policial, la actividad judicial y la población penitenciaria.[80] De nuevo, debe prestarse atención a una perniciosa ecuación: más policía, leyes más severas, más cárceles, significa un incremento de la población reclusa pero no el correlativo descenso de la criminalidad.[81]

Por todo lo expuesto, conviene reiterar que, para prevenir la pequeña y mediana criminalidad,[82] los inconvenientes hasta ahora expuestos del principio "tolerancia cero" pueden superarse en parte desarrollando tareas a las que obliga el modelo de Estado social y democrático de Derecho adoptado, en el art. 1 de la CE: en primer lugar, estableciendo unas condiciones económicas que estén al servicio del desarrollo humano con el fin de atajar los problemas sociales que provocan la marginación, las bolsas de pobreza, la inadaptación familiar, la bolsa de inmigración irregular, la falta de perspectivas de futuro para jóvenes sin formación, la lucha contra el paro o desajustes del mercado laboral; en segundo lugar, se debe favorecer la igualdad y la integración social de los extranjeros; en tercer lugar, se tienen que llevar a cabo políticas inteligentes, imaginativas y humanas en el arduo y complejo de la droga;[83] en cuarto lugar, deben desarrollarse políticas preventivas y sociales que fomenten la reinserción o la eliminación de las causas que producen el aumento de la criminalidad mediante el reforzamiento de los vínculos sociales de esas personas; en quinto lugar, una ejecución penal atenta a sus necesidades de reintegración social.

80. Muñoz Conde. Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la "tolerancia cero" al "derecho penal del enemigo". *Revista General de Derecho penal*, [www.iustel.com], 2005.
81. Vid. García-Pablos de Molina. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 269.
82. No debemos olvidar como señala Muñoz Conde. Op. cit., 2004, p. 820 y ss. que la pequeña y mediana criminalidad se integra a nivel de la población penitenciaria por un 80% de drogadictos, un 26% de enfermos de sida y un 20% de analfabetos funcionales, siendo reincidentes el 60% de la población reclusa.
83. Carbonell; Orts. Op. cit., p. 183.

4. El resultado: la expansión de la población penitenciaria

La crisis de la racionalidad rehabilitadora propia del Estado del Bienestar coincide con un crecimiento de la población penitenciaria que se manifiesta incesante y de extraordinarias proporciones, degradando las condiciones del encarcelamiento. En realidad, la administración penitenciaria tiende a ocupar los espacios dejados libres de la desmovilización institucional en amplios sectores de la vida política, social y económica del Estado de bienestar. Se trata de un drástico paso de una concepción "positiva" de la seguridad –como prevención colectiva de los riesgos y como solidaridad social– a una concepción "negativa" de la seguridad, como acuerdo tutela policial de la incolumidad individual.[84] Según Wacquant[85] la desregulación económica que da paso a la desinversión social y la expansión criminalizadota en el sistema penal, provocan el recurso masivo y sistemático del encarcelamiento, la "hiperinflación carcelaria", como único instrumento capaz de afrontar los conflictos causados de la demolición del Estado social y de la inseguridad material que se difunde en las capas inferiores de la pirámide social.

A este resultado, han contribuido de forma significativa la política penal globalizada de la tolerancia cero, que llevan a cabo, como se ha visto, estrategias de punición selectivas y para las que la cárcel cumple una función de neutralización de los sujetos peligrosos que son percibidos social e institucionalmente como fuente de riesgos. Como sintetiza Bauman, "El fuerte incremento del castigo por medio de la cárcel sugiere que a ciertos nuevos y extensos sectores de la población se les considera, por tal o cual motivo, amenazas al orden social, y su expulsión forzada del trato social por medio de la prisión aparece como un método eficaz para neutralizar esa amenaza o calmar la ansiedad social provocada por ella".[86]

84. Pérez Cepeda. Op. cit., p. 468 y ss.

85. Wacquant. Op. cit., p. 79 y ss. se acompaña de otras herramientas de "seguridad" como son la extensión horizontal de la red penal, esto es, el incremento de medidas que sin conllevar encierro en prisiones suponen privación de libertad y generalización de medidas de control y vigilancia.

En efecto, el hecho de priorizar objetivos retributivos, incapacitantes y disuasivos, unidos a una focalización obsesiva en la seguridad, ha llevado a que se desarrollen estrategias político-criminales concretas, de rasgos populistas-autoritarios y segregadores, que elevan el nivel de " *punitividad* ", esto es, de severidad del sistema penal,[87] criminalizando la pobreza,[88] justo en el momento en el que ha habido una restricción de los programas sociales y el mercado laboral se vuelve más permisivo. Estas políticas penales se muestran como la principal causa de la expansión de la población penitenciaria.

El caso más significativo de este fenómeno son los Estados Unidos. A partir del 1980 la población penitenciaria se ha triplicado, alcanzando a mediados del 2008 la cifra de 2.310.984 presos. La tasa de detención es la más alta del mundo: 760 ciudadanos encarcelados por cada 100.000,[89] siete veces más que en España. Estas cifras son más relevantes si se tiene en cuenta que en los Estados Unidos los presos son solamente un tercio de la población sometida a sanciones penales.

86. En su análisis de las cárceles como *fábricas de inmovilidad*, expone BAUMAN. *La globalización. Consecuencias humanas*. Trad. D. Zadunaisky. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 138 y ss. "El aislamiento total aparece como un ideal (hasta ahora) remoto, que reduce al otro a la personificación pura de la fuerza punitiva del derecho"; y refiriéndose a un ejemplo de cárcel, la de Pelican Bay en el estado de California, denuncia que en ella "la única tarea de los guardias es asegurarse de que los presos permanezcan en sus celdas, es decir, en un estado de ceguera e invisibilidad, incomunicados. Si no fuera que comen y defecan, uno confundiría sus celdas con ataúdes"; "lo que *hacen* los presos de Pelican Bay dentro de sus celdas *no tiene importancia*. Lo que sí importa es que permanezcan allí. No fue diseñada como fábrica de disciplina ni de trabajo disciplinado, sino de *marginación* y de personas habituadas a su estado de *marginados*; la característica del marginado en la era de la comprensión espacio-temporal es la *inmovilidad*. La cárcel de Pelican Bay se aproxima al ideal de la perfección en materia de *inmovilización* ".
87. En este sentido vid., MUÑAGORRI LAGUÍA. Derecho penal intercultural y crisis del principio de soberanía. En: RIVERA BEIRAS (coord.). Op. cit., p. 449; BRANDARIZ GARCÍA. *Política criminal de la exclusión*, Comares, 2007. Críticamente también vid., LIBERATORE BECHARA. Op. cit.
88. MUÑOZ CONDE. Op. cit., 2004, p. 182.
89. Le sigue de cerca Rusia con 620.

Hay en efecto más de cuatro millones de ciudadanos sometidos a control penal extrapenitenciario, por medio de sanciones de libertad vigilada (*probation*) y subordinados a medidas ambulatorias, conocidas generalmente como *intermediate sanctions*. La consecuencia es que hoy en día el sistema penal estadounidense se proyecta sobre cerca de seis millones y medio a las personas, estando la población carcelaria compuesta por pequeños delincuentes, particularmente toxicómanos e inmigrantes, condenados por tráfico de drogas a pequeña escala, por robos, hurtos, desórdenes etc., procedentes de los sectores más bajos de la sociedad, desempleados, marginados, esencialmente negros y latinos.

La expansión de la población carcelaria no es en absoluto circunstancias exclusivas de EEUU. La población penitenciaria es un fenómeno común a la mayor parte de los países del planeta, en concreto, de la Unión Europea. En este último caso, los índices mayores se han venido dando en los últimos años en España (164), Inglaterra-Gales (154) y Luxemburgo (155) situándose todos ellos entre 120-170 reclusos por cada 100.000 habitantes.[90] En Centroamérica, destacan: 208 reclusos en México, 288 en Panamá, 220 en Costa Rica, 273 en El Salvador, 161 en Honduras y 59 en Guatemala. En Suramérica, señalar que Chile es el país con un índice mayor 321 reclusos, le siguen con 244 en Uruguay, 242 en Brasil, 165 Colombia, 152 en Perú, 132 en Argentina y 85 en Venezuela.[91]

Pues bien, a pesar de que los Estados Unidos gozan de una primacía planetaria en los índices de encarcelamiento, sin apenas parangón en país alguno, y con cifras que multiplican las de los otros estados occidentales. Las cifras nos muestran en los Estados Unidos y en la mayoría de los países occidentales existe una transformación de las políticas penales. El control social se ha vuelto la función central

90. En el caso de tomar en consideración las tasas de los países integrados en 2004 en la UE, los índices de aquellos tres estados comunitarios se muestran inferiores a los de algunos de ellos 224 en Polonia, 184 en la República Checa, 273 en Estonia, 337 en Letonia, 234 en Lituania. Entre los países con tasas más bajas destacar 90 en Alemania, 63 en Dinamarca, 67 en Finlandia, 96 en Francia, 109 en Grecia, 97 en Italia, 100 en Holanda,76 en Suiza y 74 en Suecia.

91. Señalar que existen 126 reclusos en Ecuador, 95 en Paraguay, 80 en Bolivia.

asignada a las autoridades políticas de los Estados, que se convierte autorreferencial, como un fin en sí mismo. El control es practicado como represión policial respecto a los miembros de los grupos que las estadísticas consideran como peligrosos, sin que exista ninguna relación segura entre la expansión de la población penitenciaria y el aumento de la criminalidad. En los Estados Unidos, en particular, la comparación entre las tasas de criminalidad y la aplicación de medidas penales inspiradas a la ideología de la "tolerancia cero" no tienen ningún efecto persuasivo.[92]

Negada la relación causal que vincula índices de encarcelamiento y tasas de criminalidad, cabe remitirse, para la explicación del fenómeno, a dos factores:[93] la expansión del sector poblacional alcanzado por el sistema penitenciario, proyectado ahora sobre todo un conjunto de grupos sociales implicados en la pequeña delincuencia[94] y la duración media de las penas de prisión, es decir, por el endurecimiento general del sistema.[95]

En esta tendencia, España no constituye una excepción en relación con los últimos veinte años, puede comprobarse que en este lapso temporal el volumen de reclusos casi se ha triplicado. El incremento más notable, se produce en la etapa 1985-1995, momento álgido del encarcelamiento de los toxicómanos,[96] pues en ese período de apenas 10 años la población penitenciaria se duplica: de 22802 reclusos en 1985 asciende a 45198 en 1995. En el siguiente decenio el crecimiento no ha sido tan extraordinario, pero por una razón fundamental: en el período 1995-2000 la población penitenciaria española permanece estable, en torno a las 45.000 presencias carcelarias (habrá 45.309 reclusos al acabar ese período). Estos datos parecen contrastar con la entrada en vigor sobre del CP 1995, que según Gimbernat,

92. Zolo. Globalizzazione carceraria. L'esplosione del carcere negli Stati Uniti e in Europa, publicado en *il Manifesto*, 30.03.2006.
93. Vid., Brandariz García. Op. cit., 2007.
94. Cf. Wacquant. Op. cit., p. 82.
95. Larrauri Pijoan. Relación entre índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis. En: AA.VV. *La criminología aplicada II*. Madrid: CGPJ, 1999, p. 95.
96. Cf. Miró Miquel. La política criminal del problema de la droga. Etapas del problema y consecuencias de las soluciones adoptadas. En: Rivera Beiras (coord.). Op. cit., p. 303 y ss.

"está influenciado por el renacimiento en los últimos años de la ideología de la 'ley y orden', por un incremento descontrolado de nuevas figuras delictivas y por un insoportable rigor punitivo".[97] Sin embargo, en este periodo el CP de 1995 aún no había desplegado sus efectos sobre las penalidades más severas, pero se aprecian ciertas consecuencias descriminalizadoras inmediatas,[98] ya que aunque continúo una política criminal marcadamente represiva en materia de tráfico de drogas, mejoró el tratamiento al delincuente drogodependiente.[99]

La situación cambia por completo entre 2000-2005, en el limitado periodo de tiempo la población penitenciaria española se ha incrementado un 34% (desde 45.309 reclusos en 2000 a 60.707 en 2005), con crecimientos no muy alejados del 10% en cada una de esas anualidades. De este modo, el sistema penitenciario español se mantiene una más elevada tasa de encarcelamiento de entre los países occidentales de la UE: 164 reclusos por cada 100.000 habitantes, con 76.478 presencias penitenciarias en octubre del 2009.[100] A ello han de añadirse, los varios miles de emigrantes irregulares recluidos en los centros de internamiento. Sólo en el año 2003 fueron internados 19.595 extranjeros en los 10 centros de internamiento de extranjeros (CIE), con una capacidad total para 2.105 extranjeros.

Las razones explicativas de esta última tendencia creciente, según señala Brandariz[101] son dos esenciales: en primer lugar, la aplicación generalizada del CP 1995 (a mediados de 2004 ya sólo el 6,9% de los reclusos cumplían condena de acuerdo con el CP 1944/1973), que implica un aumento de la duración media de las condenas de privación de libertad. La segunda razón explicativa debe hallarse en la crisis penal de los migrantes, es decir, el masivo y creciente encarcelamiento de migrantes sirve para mediatizar la oferta simbólica de seguridad institucional.[102] Son entonces, los inmigrantes quienes configuran parte de la nueva subjetividad colectiva del sistema penal

97. Gibernat Ordeig. Prólogo a la primera edición del CP español de 1995, Tecnos, 1996.
98. Vid., Brandariz García. Op. cit., 2007.
99. Cf. Miró Miquel. Op. cit., p. 303 y ss.
100. Cuando tenemos una capacidad sólo 48,659 reclusos en nuestras prisiones.
101. Vid., Brandariz García. Op. cit., 2007.

postmoderno,[103] como nuevo grupo de riesgo que atrae la atención prioritaria de los órganos de persecución criminal (44% de los presos preventivos en 2002 eran extranjeros). Datos que, fueron utilizados y manipulados por el gobierno anterior, para justificar la reforma de 11/2003 y sustituir la persecución penal por la expulsión. Con ello se supone que el Estado conseguirá ahorrarse los costos de un proceso penal que demuestre su culpabilidad, disminuirá los gastos de mantenerlos en prisión, pero lo que es más importante, maquillará sus estadísticas, ya que la población inmigrada en las cárceles será menor.

Las conclusiones que se obtiene son las mismas que en EEUU, no hay ningún indicio que relacione de forma directa índice de encarcelamiento con tasa de criminalidad. Concretamente, España tiene la mayor tasa de encarcelamiento de Europa occidental, cuando sus niveles de criminalidad son de los más bajos.[104] La causa principal de este incremento como se señalaba al principio es la orientación de las prácticas político-criminales emprendidas. El problema es que esta política criminal represiva y segregacionista, como denuncia Brandariz[105] es que se ha desarrollado exponencialmente sobre todo a través de las reformas del CP en el año 2003, lo que presagia que en el futuro el crecimiento del contingente de reclusos será bastante mayor.

Entre las medidas que provocaran un incremento de la población carcelaria, conviene destacar que se establece un periodo de seguridad para acceder al tercer grado y la posibilidad de imponer penas de hasta 40 años, ampliando las medidas que pretenden garantizar el cumplimiento efectivo de la condena (LO 7/2000). Hay un endurecimiento de los requisitos generales –y particulares, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales– para acceder al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional, así como una restricción de los beneficios

102. Mosconi. Inmigración, seguridad y cárcel en Italia (en las perspectiva de la guerra global). En: Bergalli; Rivera (coords.). *Política criminal de la guerra*. Anthropos, 2005, p. 150.
103. Bergali. Globalización y control social: postfordismo y control punitivo. *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, n. 160, 2001, p. 124.
104. Cf., sobre el particular, Díez Ripollés. La reforma del sistema de penas. *El País*, 26.11.2005.
105. Brandariz García. Op. cit., 2007.

penitenciarios. La duración de la prisión mínima pasa a tres meses con la intención de otorgar una función de prevención general a las sanciones que corresponden a los delitos de menor gravedad (LO 15/2003), renunciando así a los objetivos resocializadores marcados en la Constitución.[106] Se prevé la aplicación automática e inconstitucional de la agravante de multireincidencia (LO 11/2003), cuando el imputado haya sido condenado por tres delitos.

Además, se aplica la habitualidad a la comisión de las faltas, cuando ya hubiera sido condenado por tres faltas de hurto, sustracción de vehículos de motor o lesiones. Se procede así mismo a la reconversión de faltas en delitos, cuando las lesiones, el hurto, la sustracción de vehículos cuando sean reiterados (LO 11/2003). Igualmente, para este sector se incluyen entre otras medidas: la agravación del delito continuado, la limitación de la libertad condicional etc. Se tipifican conductas excesivamente alejadas de cualquier posible lesión al bien jurídico reconocible, como ocurre con la posesión para el propio uso de material pornográfico en el que hayan intervenido menores. Por último, se han establecido penas dudosamente proporcionales en algunos delitos de peligro como el tráfico de drogas (LO 15/2005) y el trafico de personas (LO 11/2003).

También debe tomarse en consideración a estos efectos las reformas LO 13/2003, de 24 de octubre, y 15/2003, de 25 de noviembre de la LECrim sobre la prisión preventiva, que suponen el abandono, pese a lo que se expresa en la Exposición de motivos, como medida excepcional, ampliando los casos permite imponer la prisión preventiva cuando el imputado pueda actuar contra los bienes de la víctima, o bien haya indicios raciones de reiteración delictiva (art. 503.2 LECrim). Incluso, el límite máximo de la pena del delito objeto de enjuiciamiento, ahora en 2 años, como presupuesto para acordar la prisión preventiva, no será de aplicación en caso de existir antecedentes delictivos por delito doloso, en caso de delinquir de forma habitual u organizada, mediante la concertación para ello con otras personas, o en caso de existir 'antecedentes' de rebeldía (arts. 503.1.1, 503.3.a), 503.2 LECrim). Asimismo, se mantiene la posibilidad de que dure 4 años, o incluso más, en caso de sentencia condenatoria objeto de

106. GIMBERNAT ORDEIG. *Ensayos penales*, Tecnos, 1999, p. 90.

recurso (art. 504.2 LECrim); además, el cómputo de los plazos de referencia se interrumpirá en caso de dilaciones no imputables a la Administración de Justicia (art. 504.5 LECrim). En consecuencia, puede afirmarse con Landrove Díaz,[107] que una medida cautelar y transitoria, ha derivado en una condena por adelantado, que viola la presunción de inocencia y limita el derecho de defensa al encontrarse en prisión, provoca un incremento de la población penitenciaria, el hacinamiento en los centros y expone al sujeto a todos los riesgos inherentes al medio carcelario.

Con este panorama en el horizonte, esperemos que a la hora de construir la arquitectura logística que permita sostener un sistema penal con elevados –y crecientes– índices de población penitenciaria, no se adopte el modelo seguido por Estados Unidos que se basa en la privatización de la cárcel. El llamado *correctional business*, cuya estructura ha asumido las características de una "multinacional", difundiéndose en países como Gran Bretaña, Australia, Israel y Chile. En los Estados Unidos, el número creciente de institutos penitenciarios privados, mucho de los cuales cotizan en bolsa, hoy administra una población de más de 300.000 detenidos, cerca de un quinto de la población penitenciaria total.[108] La lógica de esta empresa económica es obviamente la obtención de beneficios para ello organiza el trabajo de los internos, convirtiéndolo en bastante productivo y rentable, lo que incide de manera relevante en los derechos de los internos. Si la privación de la libertad se somete a la lógica del beneficio, además de los efectos degradantes que comporta, entra en la dinámica de la disminución del gastos improductivos, como pueden ser los humanitarios, e incremento o mantenimiento de los ingresos, lo que supone que para el gestor privado es mucho más rentable la ocupación total del establecimiento, con el consiguiente desinterés por las políticas de reinserción, que como gestor debería tener a su cargo.[109] En España, afortunadamente todavía no es posible esta opción en la medida en que el art. 79 LOGP atribuye la dirección organización e inspección

107. Landrove Díaz. La reforma de la prisión provisional. *Diario La Ley*, n. 5226, 2004, p. 2.
108. Zolo. Op. cit.
109. García Arán. La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo. En *Ley penal*, n. 30, 2006, p. 1 y ss.

de los establecimientos penitenciarios a la Dirección General de Instituciones penitenciarias, por lo que en estos momentos no resulta posible la delegación a entidades privadas.

En contradicción con los postulados de esta lógica neoliberal, la expansión penitenciaria requiere cada vez más recursos públicos, que proponen el *actuarialismo* y el pensamiento económico coste-beneficiotanto en materia financiera, como en materia humana, es decir, de fuerzas de seguridad pública y de funcionarios de vigilancia prisional, o en fin, en materia logística, demandando inversiones en edificación penitenciaria. Al margen de otras consideraciones, la consolidación de ese volumen ingente de recursos, suministrados por actores públicos y privados, genera el riesgo de afirmar un lobby privilegiado en materia de decisión político-criminal, que tenderá en general a impulsar la expansión del sistema penal.[110]

Descartada esta opción, el grave problema de superpoblación carcelaria será uno de los retos de la Política Criminal en el futuro próximo, puesto que hace vana cualquier pretensión resocializadora, además de acercarse al problema de orden público.[111] Se abandona el modelo de la cárcel como lugar de reeducación y socialización, pasando a ser sólo un modelo de segregación y custodia, sin garantizar por ello mayor eficacia en la reducción de la criminalidad. Puede constarse que, a diferencia de otras épocas en las que se buscaba la reconducción y la reutilización del individuo para el ámbito laboral y social, en la "crisis de la sociedad salarial" y en el tránsito hacia la sociedad *post-fordista*, sólo busca, en sintonía con la lógica criminológica que se ha dado en llamar actuarial y managerial, la gestión de los sujetos percibidos como peligrosos a través de su aislamiento y neutralización.[112]

La prisión es utilizada, según Garland,[113] en la actualidad como una especie de reserva, una zona de cuarentena, en la que se segrega a individuos supuestamente peligrosos en nombre de la seguridad pública. La cárcel es sencillamente un lugar de aflicción –a veces de real tortura física y psíquica– y de violación de los derechos a los

110. Brandariz García. Op. cit., 2004, p. 32.
111. Pérez Cepeda. Op. cit., p. 468 y ss.
112. Cf. De Giorgi. Op. cit., p. 125 y ss.
113. Garland. Op. cit., p. 328 y ss., quien denomina a la prisión como "jaula de hierro".

ciudadanos presos. Ello provoca una autoidentificación diferencial y profesionalización del preso: alimenta subculturas de la desviación, asigna identidades imborrables, incluso a quien está también por poco tiempo. A eso se suma su carácter inicuo desde el punto de vista de la composición social, ya que la prisión, hoy como ayer, queda esencialmente como un lugar reservado a los substratos sociales más débiles y pobres de la sociedad. En el fondo de todo esto, hay nuevas inseguridades y urgentes solicitudes de protección. Junto a extensos procesos de marginación social, de discriminación racial y de empobrecimiento colectivo. Si bien, como incide Wäcquat, la institución penitenciaria, maquina barredora de la precariedad, "no se conforma con recoger y amontonar a los (sub) proletarios tenidos por inútiles, indeseables o peligroso, y ocultar así la miseria y neutralizar sus efectos más desestabilizadores; con demasiada frecuencia se olvida que ella misma contribuye activamente a extender y penalizar la inseguridad y el desamparo sociales que alimentan y le sirven de aval".[114]

5. Bibliografía

Acale Sánchez. Del Código Penal de la Democracia al Código Penal de la Seguridad. En: Pérez Álvarez (ed.). *Serta.* In memoriam *Alexandra Baratta.* Universidad de Salamanca, 2004.

Albrecht. El derecho penal en la intervención de la política populista. En: *La insostenible situación del derecho penal.* Comares: Granada, 1999.

_____. El derecho penal en la intervención de la política populista. En: *La insostenible situación del derecho penal, estudios de derecho penal.* Comares, 2002.

Baratta. Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti? *Democracia e Diritto* 9, 2000.

_____. El concepte actual de seguretat a Europa. *Revista Catalana de Seguridad Pública*, 2001.

Bauman. *La globalización. Consecuencias humanas.* Trad. D. Zadunaisky. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

Bergali. Globalización y control social: postfordismo y control punitivo. *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, n. 160, 2001.

Boix Palop. La Mcdonalización del Ordenamiento jurídico. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, octubre 2001.

Brandariz García. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. En: Faraldo

114. Wacquant. Op. cit., p. 148.

CABANA (dir.). *Nuevos retos del derecho penal de la globalización*. Valencia, 2004.

_____. *Política criminal de la exclusión*. Comares, 2007.

CALVO GARCÍA. Políticas de seguridad y transformaciones del derecho. *Oñati Proceedings* 18, 1995.

CARBONELL MATEU. Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la canalización de la legalidad. En: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, 2001. vol. 1.

CARBONELL; ORTS. Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad. En: *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Kykinson, 2005.

DE GIORGI. *Tolerancia Cero, Estrategias y practicas de la sociedad de control*. Trad. I. Rivera Beiras y M. Monclús Masó. Barcelona: Virus, 2005.

DIAZ PITA; FARALDO CABANA. La utilización simbólica del DP en las reformas de CP de 1995. *Revista de Derecho y proceso Penal*, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. [http://criminet.ugr.es].

_____. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. En: BACIGALUPO; CANCIO MELIÁ (coords.). *Derecho penal y política transnacional*. Atelier, 2005.

_____. El aumento de la criminalidad y la izquierda. *El País*, 09.05.2002.

_____. La reforma del sistema de penas. *El País*, 26.11.2005

DOUGLAS. *Risk and Blame. Essays in Cultural*. Theory. London: Routledge, 1994.

GARCÍA ARÁN. El retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003. *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 2, 2005.

_____. La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo. En *Ley penal*, n. 30, 2006.

_____; BORJA. La represión preventiva. *El país*, Cataluña, 03.04.2006.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

GARLAND. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG. *Ensayos penales*. Tecnos, 1999.

GÓNZALEZ CUSSAC. La contrarreforma penal de 2003: una nueva y vieja política criminal, *Revista Xuridica Gallega*, 2003.

HASSEMER. *Persona, mundo y responsabilidad*. Trad. Muñoz Conde; Diaz Pita. Tirant lo Blanch, 1999.

JAKOBS; CANCIO MELIÁ. *El Derecho penal del enemigo*. Civitas, 2003.

LANDROVE DIAZ. El derecho penal "de la seguridad". *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 4, 2003.

_____. La reforma de la prisión provisional. *Diario La Ley*, n. 5226, 2004.

LARRAURI PIJUAN. Relación entre índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis. En: AA.VV. *La Criminología aplicada II*. Madrid: CGPJ, 1999.

_____. Populismo punitivo... y cómo resistirlo. En: *Jueces para la Democracia*, n. 55, 2006.

LIBERATORE BECHARA. Direitos humanos e direito penal: Limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. En: MENDES; BOTTINI; PACELLI (coords.). *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAQUEDA ABREU, M. L. Crítica a la reforma penal, en *Jueces para la Democracia*, n. 47, 2003.

_____. Políticas de seguridad y Estado de Derecho. En: PÉREZ ÁLVAREZ (ed.). *Serta:* in memoriam *Alexandra Baratta*, 2004.

MARTÍN PALLÍN. Democracia sin complejos. *El País*, 18.01.2003.

MEDINA. Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, [http://criminet.ugr.es/recpc].

MENDOZA BUERGO. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. En: AGRA, DOMÍNGUEZ, GARCÍA AMADO, HEBBERECHT, RECASENS (eds.). *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Atelier, 2003.

MESTRE DELGADO. La reforma permanentemente como (mala) técnica legislativa en Derecho penal. *La ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 1, 2004.

MIRÓ MIQUEL. La política criminal del problema de la droga. Etapas del problema y consecuencias de las soluciones adoptadas. En: RIVERA BEIRAS (coord.). *Política criminal y sistema penal, Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Anthropos, 2005.

MOCLÚS MASÓ. Las criminologías anglosajonas: realismo criminológico vs. Criminología de la intolerancia. *Panoptico*, n. 6, 2003.

MOSCONI. Inmigración, seguridad y cárcel en Italia (en las perspectiva de la guerra global. En: BERGALLI; RIVERA (coords.). *Política criminal de la guerra*. Anthropos.

MUÑAGORRI LAGUÍA. Derecho penal intercultural y crisis del Principio de soberanía. En: RIVERA BEIRAS (coord.). *Política criminal y sistema penal, viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Anthropos, 2005.

MUÑOZ CONDE. El nuevo derecho penal autoritario. En: LOSANO; MUÑOZ CONDE (coords). *El derecho ante la globalización y el terrorismo, " cedant arma togae "* . Valencia, 2004.

_____. Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la "tolerancia cero" al "Derecho penal del enemigo". *Revista General de Derecho penal*, [www.iustel.com], 2005.

PÉREZ CEPEDA. *La Seguridad como fundamento del derecho penal postmoderno*, Iustel, 2007.

PORTILLA CONTRERAS. La configuración del "Homo sacer" como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial. En: PÉREZ ÁLVAREZ (ed.). *Serta.* In memoriam *Alexandra Baratta.* Universidad de Salamanca, 2004.

QUINTERO OLIVARES. Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre leyes penales y los penalistas españoles. *Cuadernos Cívitas*, 2004.

RAMOS VÁZQUEZ. Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista. En: PÉREZ ÁLVAREZ (ed.). *Serta. In memoriam Alexandra Baratta.* Universidad de Salamanca, 2004.

RIVERA; MONCLÚS. Presentación. En: DE GIORGI. *Tolerancia Cero, Estrategias y practicas de la sociedad de control*, Virus, 2005.

SAEZ VARCARCEL. La inseguridad, lema de la campaña electoral. *JpD*, n. 45, 2002.

SAN MARTÍN SEGURA. Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo. En: BERNUZ BENEITEZ; PÉREZ CEPEDA. *La tensión entre la libertad y seguridad.* Universidad de La Rioja, 2006.

VALENZUELA. *Boletín del Instituto Andaluz Inter.* Universitario de Criminología, n. 60, 2002.

WACQUANT. *Las cárceles de la miseria.* Madrid: Alianza, 2000.

WILSON; KELLING. Ventanas rotas. La policía y la seguridad de los barrios. Derecho y sociedad. Trad. Daniel Fridman. *Revista de Ciencias Sociales*, n. 15-16. Argentina, 2001.

ZOLO. Globalizzazione carceraria. L'esplosione del carcere negli Stati Uniti e in Europa. *Il Manifesto*, 30.03.2006.

ZUGALDÍA ESPINAR. Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho (a propósito del "Código Penal de la Seguridad" y el pensamiento funcionalista). *Estudios penales en Recuerdo del profesor Ruiz Antón.* Tirant lo Blanch, 2003.

47744

2

Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminógeno

GABRIEL VIEIRA BERLA

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O presente trabalho procede a uma análise crítica do instituto da reincidência e as implicações da conferência de tal signo de informação criminal a um indivíduo. A estigmatização produz, assim, efeitos extralegais que são nutridos pela existência de um Código Penal latente (*second code*), consubstanciado pela ideologia da defesa social. Baseada num discurso do medo, essa ideologia da defesa social prevalece hodiernamente, precipuamente devido a sua incorporação ao senso comum de crime, que responsabiliza o criminoso reincidente de ser a raiz de todo mal que aflige a coletividade. Outrora com fulcro na periculosidade, atualmente na culpabilidade – do autor –, ambas as fundamentações da reincidência não se coadunam com a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundadores do ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Reincidência – Ideologia da defesa social – *Second code* – Culpabilidade do autor – Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: This study intends to critically analyze the institute of recidivism and the given implications of such sign of criminal information to an individual. The stigmatization, therefore, produces extra legal effects which are maintained by the existence of the second code, materialized by the ideology of social defense. Based upon a speech of fear, this ideology of social defense currently prevails, especially because of its absorption by the common sense conception of crime, which blames the criminal recidivist for being the source of all evil which afflicts collectivity. Earlier based on the dangerousness, presently on the culpability – of the author – both fundamentals of recidivism do not match human being dignity, one of the founding principles of the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Recidivism – Ideology of social defense – Second code – Culpability of the author – Human being dignity.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A atual sistemática da reincidência no Código Penal – 3. Os efeitos extralegais da reincidência – 4. Os

grilhões da ideologia da defesa social – 5. Raízes da reincidência: inocuização do indivíduo perigoso – 6. Da periculosidade à culpabilidade (do autor) – 7. A (in)dignidade da pessoa humana rotulada de reincidente – 8. Considerações finais – 9. Bibliografia.

" 'Porque não nasci com duas mãos boas?', pensou o velho. 'Talvez seja eu o culpado, por não treinar esta mão como devia. Mas Deus sabe quantas oportunidades ela tem tido de aprender. Não se portou assim tão mal durante a noite e somente teve uma cãibra. Se tornar a ter cãibra, deixe que a linha a corte à vontade'." Ernest Hemingway – O Velho e o Mar.

1. Introdução

Nas últimas décadas,[1] a sociedade brasileira vem, gradativamente, se aproximando do marco teórico da "sociedade de risco" preconizado por Ulrich Beck (2002), cujo reflexo, na seara penal, consiste numa hipertrofia do direito regulador de comportamentos considerados crimes. A evolução dessa sociedade, com a extrema desigualdade na repartição de riquezas *pari passu* com os progressos técnico-científicos (Beck, 2002, p. 25-26), se desdobra na necessidade de grande expansão e enrijecimento do direito penal, para controlar os riscos advindos dessa crescente progressão tecnológica e para tutelar os interesses da classe dominante que se vê ameaçada pelo recrudescimento da criminalidade de massa, respectivamente.

Os avanços tecnológicos experimentados pela humanidade, frente ao surgimento da modernização reflexiva,[2] a qual radicaliza os perigos da Revolução Industrial, conduziram à noção de riscos universais que se massificam através da rápida transmissão de informação pelos meios de comunicação. Nesse sentido, a propagação do medo, resultado da insegurança social, entre a população que clama por respostas imediatas e maior controle do Estado, força este a trazer soluções rápidas, mediante a ampliação da proteção penal (Silva Sánchez, 2001,

1. Artigo apresentado como requisito de aprovação no Laboratório de Ciências Criminais do IBCCrim de 2008, elaborado sob orientação de Bruno Shimizu, cujos comentários, sugestões e indicações de bibliografia foram essenciais à sua feitura.

p. 41), a fim de fazer frente ao que se denominou de moderna criminalidade.[3]

De fato, a tutela prestada mediante o engenho do direito penal a diversas áreas da vida humana – *vis-à-vis* a grande quantidade de leis penais extravagantes que passaram a regular vários aspectos que outrora eram deixadas a cargo de outras searas do direito, como o do meio ambiente, do consumidor, da informática, econômico, tributário etc. – encobre, na verdade, a constatação de que quanto mais crimes são criados, maior é a cifra negra em relação a eles e, consequentemente, maior é a atuação repressiva estatal em relação aos crimes tradicionais. Estes últimos, por serem praticados majoritariamente pelos indivíduos da classe social inferior – causadores de problemas menores devido à sua incapacidade de acesso ao poder político e econômico ou à *mass media* – e, igualmente, por serem os crimes de mais fácil apuração, são objetos da quase totalidade dos crimes apurados pelas audiências de controle formal.

No enfrentamento à criminalidade moderna, o Estado é convocado a atuar – pelos gestores atípicos da moral, de Silva Sánchez ou empreendedores morais, de Becker[4] – em áreas nas quais não possui os aparatos suficientes a conferir uma resposta profícua e sanciona leis de impossível aplicação, cujos sujeitos criminalizáveis são grandes executivos e outros indivíduos provenientes dos altos estratos sociais

2. O conceito de modernização reflexiva, de acordo com Beck, se extrai através da relação dialética entre a lógica da distribuição do risco na sociedade e a individualização da desigualdade social que gera a destradicionalização das formas de vida criadas pela sociedade industrial. A relação entre riqueza e risco, na qual se fundava a sociedade industrial, se liquefez diante da generalização dos riscos na sociedade pós-moderna. O confronto entre as convicções herdadas e as novas formas sociais marcadas por uma miséria material autêntica conferem à modernização, portanto, um caráter reflexivo (Beck, 2002, p. 199-200).
3. A "moderna criminalidade", explica Winfried Hassemer, se caracteriza em três aspectos: (a) ausência de vítimas determinadas; (b) pouca visibilidade dos danos causados; e (c) *modus operandi* inovador, sem uso de armas. Como exemplo dessa criminalidade moderna o autor em epígrafe cita os exemplos da criminalidade econômica, ecológica, no comércio exterior etc. (Hassemer, 1993, p. 87-89).

e, portanto, imunes[5] à atuação das agências de controle penal. Como bem aponta Lola Aniyar de Castro:

"A imunidade que é reservada a certos grupos da comunidade em relação ao aparelho repressivo e judicial é garantida pela privacidade que envolve suas vidas e atividades, bem como pelo próprio ambiente institucional na qual às vezes desempenham suas atividades. (...) O respeito que inspiram às autoridades de qualquer nível consolida essa imunidade" (1983, p. 127).

Com efeito, no afã de ocultar essa inutilidade do aparelho repressor estatal que coloca em xeque a própria legitimidade do direito penal, pois que erigido à categoria de principal instrumento de segurança pública, selecionam-se na sociedade os indivíduos que mais facilmente podem ser capturados por esse sistema, a "obra tosca da criminalidade" (ZAFFARONI et al, 2003, p. 46) e, rotulando-os como o "mal social", razão de toda aflição da coletividade, servem de verdadeiros bodes expiatórios no enfrentamento estatal ao sentimento de insegurança social.

Nesse ínterim, apesar desse aumento quantitativo de leis penais, é possível asseverar que a atuação do sistema penal é voltada, precipuamente, para a persecução da criminalidade de massa, materializada em três crimes, que revelam a seletividade estrutural desse sistema: roubo, furto e tráfico de entorpecentes – os quais mantinham, em 2002 no Estado de São Paulo, sob a custódia do sistema penitenciário,

4. Os gestores atípicos da moral ou empreendedores morais, expressões sinonímias, conforme assevera Becker, são interessados na criação de regra cujo conteúdo acreditam poder corrigir algum mal no mundo que os perturba profundamente (2008, p. 153). Estes gestores, tradicionalmente derivados de classes burguesas-conservadoras, abrangem atualmente sujeitos pertencentes a classes inferiores da sociedade que reinvidicam proteção penal aos direitos individuais e difusos tais quais ecológicos, feministas, de consumidores, econômicos etc. (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 66-67).
5. Utilizamos o termo imune, no sentido amplo, para abarcar não somente as situações de imunidade ou imunização, mas também as de impunidade. Pretende-se, portanto, tratar de todas as situações nas quais, apesar da existência de lei penal que incrimine uma conduta qualquer, determinados sujeitos que praticam essa conduta, por qualquer motivo que seja, não são rotulados de criminosos.

cerca de 98% do total de detentos nos presídios.[6] A presença da criminalidade de massas, em especial a violenta, "ofusca" o desenvolvimento crescente da criminalidade moderna. Dessa constatação empírica verifica-se que, na equação criminal, a reação do sistema penal ao ato é uma variável mais significante do que o ato, taxado de criminoso, em si. Este não possui uma qualidade axiológica intrínseca, só adquire um significado concreto a partir da interação entre a pessoa que comete um ato e outras que reagem a ele (BECKER, 2008, p. 26-27). O ato só se torna criminoso, e entra para as estatísticas oficiais, se dele houver comunicação e consequente persecução (ZAFFARONI et al, 2003, p. 45-46). Desse modo, como leciona Alessandro Baratta, a partir das estatísticas criminais e também da reação da opinião pública e alarme social, constrói-se um sofisma a respeito da distribuição da criminalidade nos grupos sociais, relacionado-a exclusivamente às classes baixas, visão essa que a população, de modo geral, compartilha (2002, p. 103).

O caráter seletivo do direito penal se orienta, não pelo dano social do crime, mas pela vulnerabilidade dos criminosos, selecionando aqueles que não apenas são mais vulneráveis socialmente, mas, nesse meio, os mais vulneráveis psicologicamente, porquanto foram sujeitos passivos de um processo prévio de condicionamento no intuito de produzir essa vulnerabilidade psicológica,[7] o que os coloca em

6. A esse propósito, dentro do sistema penitenciário paulista, 64% dos detentos estavam presos por roubo, 19% por tráfico de drogas e 15% por furto; vale notar que a porcentagem ultrapassa o 100%, visto que existem presos cumprindo pena por mais de um crime (Censo Penitenciário 2002 – "Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel" – Funap. Disponível em: [www.funap.sp.gov.br]. Acesso em 11.03.2009). A mesma constatação foi feita por Virgínia Camargo em âmbito nacional: "(...) Entre 1995 a 2005, a população [carcerária] cresceu 94% de modo que a cadeia acaba sendo um espaço de punição, exclusão e materialização da criminalização da pobreza. (...) O último censo publicado em 23.10.1996, feito pelo Ministério da Justiça, sob responsabilidade de Paulo Tonet Camargo publicado pela Revista Veja, procurou esclarecer os problemas enfrentados pela atual realidade do sistema carcerário brasileiro. (...) Os homens já representavam 95,5% da população carcerária, e *a maioria cumpre pena por assalto, furto ou trafico de drogas* " (grifos nossos) (CAMARGO, 2006, p. 3).

situação de bons candidatos para a criminalização (ZAFFARONI, 1993, p. 24-25).

É desse núcleo criminal que se selecionam os componentes indesejáveis da sociedade, formadores do grupo, na acepção foucaultiana, dos "anormais", que irão representar os maus indivíduos da sociedade. Nas palavras de Michel Foucault:

"É o discurso que não apenas se organiza em torno do campo da perversidade, mas igualmente em torno do problema do perigo social: isto é, ele será também o discurso do medo, um discurso que terá por função detectar o perigo e opor-se a ele" (2002, p. 44).

Esse caráter maniqueísta do direito penal se desdobra em inúmeras representações e estereótipos, gerados por uma série de ritos que marcam visceralmente aqueles que se tornaram alvo do aparelho repressivo criminal, que passam, a partir desse momento, a ser vistos como a única fonte originária dos infortúnios no meio social, desempenhando, assim, um papel simbólico na representação do mal presente na sociedade.

Esse conjunto de cerimônias degradantes que estigmatizam os seres capturados pelo sistema repressor penal, separando-os dos demais seres "normais", se manifesta desde o primeiro contato do indivíduo com esse sistema, através do indiciamento, que já é o suficiente para "sujar" o seu passado, em virtude da anotação do ocorrido em sua folha de antecedentes policiais. Essa é a importância do "biógrafo", construtor de folhas de antecedentes criminais nas audiências de controle penal, que, conforme notou Foucault, "faz existir o 'criminoso' antes do crime e, num raciocínio-limite, fora deste" (2009, p. 238). As instâncias formais de controle penal – Polícia, Ministério Público, Judiciário – de posse dessa folha de antecedentes, concebem o

7. Nesse processo de vulnerabilização psicológica, é pertinente mencionar duas de suas causas produtoras importantes atualmente: a negação sistemática de direitos – imposta aos estratos sociais inferiores, dos quais irá surgir a categoria dos inconformados sem perspectiva, que se enveredam em pequenas atividades criminosas – e a reprodução do discurso de impunidade ou leniência generalizada pela mídia, que produz uma "metamensagem que incita publicamente os excluídos ao delito (podem delinquir que não vai acontecer nada)" (ZAFFARONI, 2007b, p. 76).

status social do indivíduo, conferindo-o caracteres que justifiquem sua seleção pelo sistema punitivo.

Ainda mais grave que essa simples anotação, é o rótulo conferido pelo controle judicial da reincidência, no qual o próprio ordenamento jurídico se encarrega de atribuir tais efeitos estigmatizantes. Assim sendo, após a criação da figura do reincidente, ocorre a amplificação da reação social e judicial, através dos "mecanismos psicosociais do etiquetamento" (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 131), que possibilitam o desenvolvimento da chamada carreira criminal.

O instituto da reincidência, dessarte, reflete de sobremaneira o apanágio estigmatizante do direito penal, razão pela qual se tornou um campo fértil de estudos da criminologia, a partir da teoria do *labelling approach*. São inúmeros os desdobramentos de sua atuação que influenciam, não só na autoimagem, mas também na reação do controle formal e informal a esse indivíduo rotulado, vez que o controle penal se insere numa perspectiva mais ampla de controle social. Conforme destaca Francisco Bissoli Filho:

"O aparato do sistema penal não é estanque ou isolado do universo do sistema social, estando, ao contrário, inserido neste contexto. Por isso, torna-se relevante mencionar as instituições sociais, entre elas a mídia, a escola em sentido amplo, a família, a igreja, os clubes e associações etc., as quais produzem e reproduzem o senso comum, modelando o sistema penal" (1998, p. 55).

Por outro lado, a fundamentação "científica" da reincidência começou a ser desenvolvida a partir da escola criminológica positivista italiana, cujo principal objeto de estudo foi a etiologia do crime, a partir dos constructos dogmáticos da ciência do direito penal. Nesse diapasão, o pensamento positivista desenvolveu o conceito de periculosidade ao estabelecer uma relação causal entre o criminoso e o crime, através da existência de determinadas anormalidades que explicariam sua inclinação natural à prática delituosa.

O Código Penal italiano de 1930, incorporando essas concepções positivistas, serviu de modelo para a elaboração do Código Penal brasileiro. Com fulcro nessas concepções positivistas, foi arquitetada a presunção absoluta da periculosidade do indivíduo considerado pela dogmática penal de reincidente. Hodiernamente, após as diversas reformas sofridas pelo Código Penal desde sua promulgação, muitos

conceitos consectários da periculosidade foram suprimidos, restando, ainda, o da reincidência (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 793).

A despeito da elisão da presunção de periculosidade através da reincidência, o Código Penal continua conferindo um tratamento deletério para o indivíduo que cai nas malhas do sistema repressivo penal após ter sido anteriormente condenado por sentença transitada em julgado. Por esse motivo, é necessário identificar os fundamentos que justificariam a manutenção da reincidência no ordenamento penal, os quais nos remetem ao exame da culpabilidade como condição de reprovabilidade da conduta delituosa, uma vez que a periculosidade só foi mantida na legislação penal nos casos de inimputabilidade.

A culpabilidade,[8] terceiro elemento analítico do crime, consiste, em termos bastante abrangentes, no juízo negativo que se formula ao autor, a reprovabilidade em relação ao seu comportamento em dissonância com o prescrito pelas normas jurídicas. Na perquirição da culpabilidade do indivíduo que pratica um fato definido como crime, é de suma importância delimitar o objeto da reprovação: se no delito cometido (culpabilidade do ato) ou em seu autor (culpabilidade do autor). É justamente desse dualismo que exsurge a discussão da compatibilidade da reincidência com o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. A ATUAL SISTEMÁTICA DA REINCIDÊNCIA NO CÓDIGO PENAL

A definição legal da reincidência é encontrada no art. 63 do CP. Assim, "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior".

No que concerne à natureza do crime, o Código Penal adotou a chamada reincidência genérica, visto que a espécie do crime cometido é irrelevante quanto à configuração, ou não, da reincidência.[9] Impende mencionar que a Lei 8.072/1990, em tema de direito material,

8. Na atual sistemática do Código Penal, segundo doutrina dominante, a imputação de cometimento de um crime, comportamento contrário ao prescrito na seara penal do ordenamento jurídico, implica a averiguação de determinados elementos que constituem os elementos analíticos estruturais do crime, quais sejam, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 379-380).

"retirou de velhos guardados penais um conceito totalmente superado: o de reincidência 'específica' " (SILVA FRANCO, 2007, p. 99). A Lei dos Crimes Hediondos trouxe, portanto, uma exceção à regra da reincidência genérica, sendo que, se a configuração da reincidência for derivada de dois crimes originários do rol de hediondos, a indigitada lei confere ainda mais efeitos danosos ao rotulado.

Quanto aos pressupostos para sua configuração, infere-se do dispositivo legal mencionado que o Brasil adota a denominada reincidência ficta, ou seja, basta uma condenação anterior com trânsito em julgado para que possa ocorrer a reincidência, não importando se houve ou não efetivo cumprimento da pena nessa condenação (PRADO, 2006, p. 505). Diferencia-se, pois, da reincidência real, a qual somente incide se o agente já houver cumprido a pena, ao menos parcialmente, relacionada ao crime anterior. Essa simples constatação nos leva a concluir que a reincidência, para o nosso sistema penal, não poderia se fundamentar em qualquer função da pena, vez que não a pressupõe.

O trânsito em julgado da sentença que condena o indivíduo pela prática de um crime, muito embora não tenha nenhum efeito profilático miraculoso ou similar – como muitos acreditam que a pena contém –, é de suma importância para a caracterização da reincidência, visto que a legislação penal brasileira adotou a reincidência ficta. Logo, do ponto de vista técnico-jurídico, criminoso primário (por mais estranha que possa parecer essa nomenclatura) não é somente aquele que é condenado pela primeira vez, mas inclusive aquele, que, apesar de possuir inúmeras condenações, não cometeu nenhum delito após o trânsito em julgado do primeiro crime pelo qual foi condenado (FRAGOSO, 2004, p. 415; YAROCHEWSKY, 2005, p. 39).

De outra parte, há de se perquirir em que momento deve-se passar a considerar que o indivíduo cometeu novo crime para os fins da

9. Há de se consignar que o Código Penal, por meio do art. 64, II, exclui os delitos militares próprios – aqueles que apenas militares podem cometer devido à sua qualificação especial, caso contrário são fatos atípicos – e também os delitos políticos, para efeitos de reincidência penal; igualmente, não é considerado reincidente aquele que fora condenado por prática de contravenção penal anterior, conforme se depreende do art. 7.º da LCP em cotejo com o art. 63 do CP (FRAGOSO, 2004, p. 320; ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 798).

reincidência. Isso porque, diferentemente do primeiro crime, o qual a redação legal exige sentença transitada em julgado, em relação ao segundo crime, a lei não faz a mesma exigência. Em outras palavras, a prática desse novo crime deve ser considerada, para os fins legais, somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir da condenação em primeiro grau, ou a partir da suposta data do fato criminoso? Essa questão é de essencial importância para a caracterização dos efeitos e da própria natureza do instituto.

A partir de um conceito analítico de crime, esse define-se como uma ação ou omissão típica, antijurídica e culpável (FRAGOSO, 2004, p. 178; PRADO, 2006, p. 236). A análise da existência de tais elementos analíticos, frente a um caso concreto, incumbe, por delegação constitucional, ao Judiciário. Só se pode falar em crime, portanto, a partir do momento em que há, no mínimo, uma sentença condenatória de primeiro grau. Entretanto, em cotejo com o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, o crime só pode ser considerado juridicamente existente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Uma interpretação sistemática da legislação penal conduziria à conclusão de que, apesar da falta de previsão expressa no Código Penal neste sentido, os efeitos da reincidência só poderiam irradiar após transitada em julgado a sentença do segundo crime.

Mas não é essa a interpretação dada ao artigo em comento na práxis forense. É de fácil percepção, no cotidiano da prática penal, que entre a teoria e a prática há divergências relevantes na aplicação do famigerado art. 61, I, do CP. Assim sendo, na prática, a partir da ocorrência do novo crime – após o trânsito em julgado de sentença que condenou o indivíduo pelo primeiro crime – começam a operar os efeitos nefastos da reincidência, que vão muito além de uma simples agravante da pena, conforme poderia deduzir-se a partir de sua posição topológica no Código Penal.

O art. 61, I, do CP, prevê a reincidência como a primeira das "circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime", conforme a dicção legal do dispositivo em epígrafe. A proeminência desta circunstância agravante, em relação às demais, é autenticamente confirmada pelo art. 67 o qual, ao tratar do concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes, elege as que

"resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência" como as preponderantes.[10]

Além de funcionar como agravante, a reincidência exerce importante papel como fator impeditivo de conferência de benefícios ao acusado durante todo o decorrer do processo penal e após este, desde o inquérito policial até a execução da pena imposta.

Em sede de execução penal, a verificação da reincidência traz as seguintes consequências previstas no Código Penal: (a) se em crime doloso, conforme previsão dos arts. 44, II, e 60, § 2.°, impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa; (b) também se em crimes dolosos por força do art. 77, I, impede concessão de *sursis*; (c) agrava o regime inicial de cumprimento de pena conforme o caso, consonante previsto no art. 33, § 2.°, *b* e *c*; (d) aumenta o prazo para concessão de livramento condicional, *ex vi* do art. 83, II; (e) como reza o artigo 110, recrudesce o prazo na prescrição da pretensão executória; (f) interrompe o prazo da prescrição, conforme redação do art. 117, VI, do CP; (g) revoga o *sursis*, obrigatoriamente na hipótese de condenação por crime doloso – art. 81, I –, e facultativamente em crime culposo ou contravenção penal – art. 81, § 1.°; (h) revoga o livramento condicional, obrigatoriamente no caso de condenação a pena privativa de liberdade, conforme o art. 86, e facultativamente na hipótese de crime ou contravenção penal se a pena não for privativa de liberdade, pela redação do art. 87; (i) no caso de condenação a pena que não seja de multa, revoga a reabilitação, por previsão do art. 95; (j) pelo teor do art. 44, § 5.°, confere ao juiz a faculdade de converter a pena restritiva de direito ou multa em privativa de liberdade; (k) impede o livramento condicional na hipótese de reincidência específica em crime hediondo e equiparados, tais quais a

10. A interpretação jurisprudencial deste artigo conduziu a uma escala de preponderância dentre as circunstâncias agravantes e atenuantes com base no grau de subjetividade destas. Nessa trilha de raciocínio, pacificaram-se os tribunais que, verificada a menoridade relativa do acusado, essa atenuante deve prevalecer. Em segundo lugar, encontra-se a reincidência. Logo, se o acusado não for menor de 21 anos na data do fato, a reincidência sempre irá prevalecer sobre qualquer outra agravante ou atenuante.

tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, por previsão expressa do art. 83, V.

Outrossim, impede o reconhecimento de causas de diminuição de pena dos arts. 155, § 2.°, e 171, § 1.°, do CP, e do art. 33, § 4.°, da Lei 11.343/2006, a Lei de Drogas; além do reconhecimento da causa de isenção de pena dos arts. 180, § 5.°, e 337-A, § 2.°, do CP.

No que tange às medidas cautelares do processo penal, que podem ser decretadas durante toda a vigência da persecução penal, desde o inquérito até a decisão em última instância recursal, a reincidência também surte efeitos maléficos. Uma técnica utilizada pelo legislador processual penal para não suscitar discussões de natureza técnica a respeito do instituto foi, em vez de falar em reincidência, se valer da expressão "se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado". A despeito dessa questão terminológica, nos meios forenses fala-se abertamente em reincidência nesses casos, como não haveria de ser diferente, até pela carga semântica inerente ao termo – tão ao gosto dos partidários da ideologia da defesa social. Assim, nas hipóteses de crimes dolosos, poderá o juiz decretar prisão preventiva (art. 313, III, do CPP) ou não conceder liberdade provisória com fiança (art. 323, III, do CPP), conforme o caso.

Devido aos efeitos deletérios previstos por toda legislação penal, em sentido amplo, o reconhecimento da reincidência para o acusado pode ser pior inclusive que a própria pena, devido à reação do controle social formal e informal a esse signo de informação criminal. Ainda mais porquanto "a extinção da punibilidade se dá com o cumprimento desta [pena], enquanto os efeitos maléficos da reincidência ainda perduram por cinco anos,[11] contados do cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade" (YAROCHEWSKY, 2005, p. 70).

11. O autor faz menção à questão temporal da reincidência, sobre a qual existem três sistemas possíveis, o sistema de perpetuidade, o sistema de temporariedade e o sistema misto. A partir da reforma do Código Penal de 1977, o Brasil adotou o sistema de temporariedade, sendo que a reforma de 1984 conferiu os atuais contornos do art. 64, I, do CP. Atualmente, portanto, são consideradas para a caracterização da reincidência apenas as condenações com trânsito em julgado anteriores a cinco anos.

Apesar da previsão legal do art. 64, I, do CP, que prevê o que a doutrina chama de "prescrição da reincidência", no prazo de cinco anos a partir do cumprimento da pena ou extinção da punibilidade, o signo de informação criminal continua vigorando no âmbito judicial, porém com efeitos teoricamente mais brandos e com outra alcunha, agora de "maus antecedentes". Não obstante, no "subsistema penal de polícia" (FERRAJOLI, 2006, p. 706), a reincidência continua vigorando com todos seus efeitos extralegais *ad eternum*, imortalizada na folha de antecedentes criminais.

3. Os efeitos extralegais da reincidência

A letra fria da lei penal, a grande maioria dos juízes, dos promotores e, especialmente, dos agentes policiais, trazem em seu discurso um ideal de defesa social que se traduz em combate, no sentido bélico da palavra, aos criminosos. Mas como identificá-los? A folha de antecedentes, e também as certidões criminais, exercem tal função; toma-se como indubitável a "justiça" de seus registros que os identificam como perigosos reincidentes e os selecionam como o mal a ser combatido pelo sistema penal.[12]

Basta uma anotação de indiciamento em inquérito policial para dotar o indivíduo de "maus antecedentes" – em sentido atécnico, mas prevalecente – e torná-lo, assim, alvo preferido das agências de

12. O sistema penal o qual nos referimos é o controle social punitivo institucionalizado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 69), "composto pelo aparato total de normas instituições, saberes, ações e decisões direta ou indiretamente relacionadas com o fenômeno criminal. Abrange não somente as agências legislativas (responsáveis pela criação de normas), instituições policiais, Ministério Público, Poder Judiciário e sistema prisional (responsáveis pela imposição ou aplicação das normas), como também inúmeras outras agências que concorrem para a aplicação das leis penais, dentre elas os órgãos públicos e agentes financeiros e econômicos que têm o dever de noticiar a prática de crimes (Polícia Ambiental, Banco Central, Vigilância Sanitária, Defesa do Consumidor, etc), a Ordem dos Advogados, a Medicina Legal, a Psiquiatria Forense, as Perícias Forenses, e aquelas responsáveis pela produção e reprodução dos saberes que envolvem o sistema penal, o que se faz principalmente através das escolas de ensino jurídico" (BISSOLI FILHO, 1998, p. 55).

controle formal. Essa situação se agrava quanto maior for o número de vezes que o indivíduo já tenha passado por essas agências de controle. Isso porque a reiteração dos registros criminais confere maior segurança no reconhecimento do indivíduo como verdadeiro criminoso. Por sua vez, inquestionável será esse reconhecimento se o indivíduo possuir alguma condenação em sua ficha criminal. Nessa hipótese, a própria lei confere-lhe um tratamento prejudicial, reforçando, ainda mais – pois o estereótipo já teria exercido seu relevante papel nessa identificação –, a certeza do agente repressivo de que se trata de um criminoso, presumivelmente perigoso, ainda que a lei não presuma essa periculosidade, pelo menos não explicitamente, como já o fez anteriormente.

Ainda que seja apenas uma sentença com trânsito em julgado, já será considerado "inimigo da lei", sendo assim um potencial reincidente, franco merecedor de um tratamento repressivo e depreciativo. A partir desse momento, a pessoa se torna, aos olhos dos agentes repressores formais, criminoso, bandido, *persona non grata* no meio social, que passarão a tomar em desfavor daquele "atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um" (SHECAIRA, 2008, p. 288). Esse é o efeito estigmatizante da condenação judicial penal, que dá origem à desviação secundária e à subsequente formação das carreiras criminais. Dessarte, quando surgir qualquer nova suspeita a respeito desse indivíduo já estigmatizado, esta "tenderá a ser tomada como certeza, mais ou menos na base da ideia: pode ser que dessa vez não tenha feito nada, mas trata-se, evidentemente, de um criminoso, justificando-se, pois, aproveitar a oportunidade para puni-lo pelo que deve ter feito ou pelo que fará, se for deixado livre" (THOMPSON, 2007, p. 68).

Esse raciocínio indutivo, impregnado no ideal dos agentes de controle formal, solidifica a seletividade da aplicação das normas penais. A persecução desses criminosos, desde o início, é guiada por representações de *status* e estereótipos, que manifestam a existência do denominado *second code*. Esse *second code* consiste na materialização, no plano psicológico dos atores do sistema penal, da ideologia da defesa social. Designa, desse modo, uma gama variada de regras e mecanismos não positivados por regras jurídicas, mas que, ainda que no plano inconsciente do aplicador da regra penal, determinam, em última instância, a aplicação (ou não) da lei penal, constituindo um

verdadeiro Código Penal latente amparado ideologicamente. O *second code* corresponde, portanto, ao conjunto de regras de interpretação e de aplicação de regras gerais, que existe paralelamente ao conjunto de regras gerais de comportamento, este último consistindo nas leis penais postas (BARATTA, 2002, p. 104).

O *second code* é construído no senso comum da percepção do crime, que orienta a persecução penal e extrai seu conteúdo não somente da lei, mas de todos os mecanismos e estruturas de poder e dominação da sociedade, inclusive a propriedade e a riqueza material, o que explica o fato de a maioria absoluta da população carcerária ter sido objeto de condenação com base em delitos cometidos contra o bem jurídico patrimônio. Ao extrapolar as regras e princípios metodológicos de interpretação, a existência do *second code* explica, no plano sociológico, o processo de filtragem pelos quais, da totalidade de atos desviantes cometidos, as agências de controle penal se ocupam apenas de uma pequena parcela (BARATTA, 2002, p. 105).

Como aponta Vera Regina Pereira de Andrade, a heterogeneidade de variáveis decisórias extralegais, "tem recebido assim uma recondução unitária a uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade que, pertencente ao *second code* da Polícia, do Ministério Público e dos juízes (assim como o 'senso comum' dos cidadãos), condiciona suas subseleções que têm, por outro lado, um caráter conservador e reprodutivo de assimetrias de que, afinal, se alimentam os estereótipos" (1997, p. 269).

Fritz Sack, principal expoente da recepção alemã do *labeling approach*, foi o responsável pelo desenvolvimento das formulações científicas do *second code*. Em sua visão, o crime é uma realidade social que se atribui como qualidade a determinados indivíduos gerando, além da responsabilidade penal, consequências sociais conexas, tais quais a estigmatização, mudança de *status* e identidade social etc. (BARATTA, 2002, p. 107). Nessa acepção, o crime não constitui um comportamento, mas um "bem negativo", análogo aos bens positivos, como patrimônio, renda e privilégio (BARATTA, 2002, p. 108) e sua distribuição se opera de acordo com a vulnerabilidade do indivíduo.

Em última análise, quem atribui a qualidade criminosa a outrem, em nosso sistema jurídico, são os juízes e tribunais, uma vez que "a sentença cria uma nova qualidade para o imputado, coloca-o em um

status que, sem a sentença, não possuiria" (BARATTA, 2002, p. 107). No exercício desse juízo atributivo, o magistrado leva consigo não só seu conhecimento jurídico penal, mas toda sua percepção individual do crime e do acusado, ou seja, o *second code* – mantenedor do caráter conservador e reprodutivo das assimetrias sociais – que irá influir sensivelmente em seu juízo de culpabilidade. Ademais, a portabilidade do passado do acusado, por meio dos antecedentes criminais, exerce, outrossim, grande influência na decisão do juiz. Cabe lembrar que a seleção dos fatos dignos de nota que compõem os antecedentes criminais foi feita pelo próprio tribunal; assim, "o passado a que se atende é – e só pode ser – o dos crimes oficiais, que, por obra da seleção preexistente e das cifras negras, se inscrevem (desproporcionada e) preferencialmente no registro criminal dos membros das classes inferiores" (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 546-547).

A previsão legal da reincidência fundamenta, e seus efeitos nocivos previstos corroboram, a ilação de periculosidade do criminoso reincidente e seu estereótipo no *second code*. Essa alimentação perversa, que se traduz numa isenção moral com base numa pretensa neutra aplicação da lei, induz o juiz, na verdade, a rotular o indivíduo como mal social a ser combatido, lançando mão de uma realidade construída pelos seus pares.

Por outro lado, possuir uma condenação criminal confere ao indivíduo um rótulo que cria nas agências de controle formal uma identidade pessoal unilateral, isto é, reconhece-se no indivíduo o papel social de criminoso, com todas as consequências negativas da criação de expectativas normativas em relação ao seu comportamento social – passa-se a acreditar que a pessoa sempre se comportará como criminoso – tornando-se um legítimo inimigo da lei.

Cria-se, desse modo, o *status* de criminoso atribuído a esse indivíduo, que irá atrair a atenção das audiências de controle para ao seu portador. Do elemento distintivo do *status*, extraem-se apreciações secundárias informalmente esperadas do indivíduo estigmatizado e que se sobrepõem a qualquer outro atributo seu, fazendo com que a posse de um traço desviante adquira um "valor simbólico generalizado, de modo que as pessoas dão por certo que seu portador possui outros traços indesejáveis presumivelmente associados a ele" (BECKER, 2008, p. 43). O indivíduo se torna, assim, "conhecido" nos meios policial e

judicial, a partir de uma pequena seleção de fatos sobre ele, que podem até ser verdadeiros, mas ganham relevância de tal forma, que passam a consistir no principal núcleo de sua personalidade, utilizados como um retrato global daquele (GOFFMAN, 2008, p. 82). A pessoa deixa de ter diversos papéis sociais – pai, trabalhador, amigo etc. – para ser genericamente reconhecido simplesmente como bandido.

Essa generalização do indivíduo rotulado produz o que Howard Becker denominou uma profecia autorrealizadora, ao colocar em "movimento vários mecanismos que conspiram para moldar a pessoa segundo a imagem que os outros têm dela" (2008, p. 44). São reduzidas as suas possibilidades de condução de vida pelos meios tradicionais, sendo o desviante rotulado induzido a desenvolver métodos ilegítimos de sobrevivência, após a adoção do estereótipo de desviante; esse é o denominado desvio secundário, concebido por Edwin Lemert, fruto dependente da reação social originada pelo primeiro desvio (SHECAIRA, 2008, p. 286). No Brasil, por exemplo, é largamente difundido o hábito de solicitação de atestado de antecedentes criminais aos indivíduos de classe baixa que procuram emprego, dificultando o acesso aos meios de percepção de renda legítimos por aqueles que já possuem passagem pelos tribunais penais.

A esse ponto, o indivíduo já se encontra no último nível de um mecanismo de retroalimentação que dificulta, quase impossibilita, o desviante rotulado de abandonar suas rotinas ilegais. Esse mecanismo, denominado processo de criminalização, foi desenvolvido por Edwin Schur, o qual reproduz Lola Aniyar de Castro, da seguinte forma:

"(1) A criminalização de condutas, que seria o ato ou conjunto de atos dirigidos no sentido de converter uma conduta que antes era lícita, em ilícita mediante a criação de uma lei penal. (2) A criminalização de indivíduos, que consiste nos procedimentos, situações, ritos ou cerimônias que levam a marcar como delinquentes, determinadas pessoas em vez de outras, embora tenham praticado atos semelhantes, mediante um sistema de seleção que não é sempre fácil determinar em detalhe (...). (3) A criminalização do desviante que compreenderia o processo psicológico e social mediante o qual quem não é mais um simples desviante se transforma em criminoso, quer dizer, o processo de formação de carreiras criminais" (1983, p. 103).

A criminalização de condutas, apesar de ser a primeira etapa do processo de criminalização, já demonstra a seletividade e desigualdade na escolha dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados, uma vez que estes são escolhidos a partir dos interesses da classe dominante. A criminalização de indivíduos, por sua vez, realça o caráter de seletividade do direito penal, ao selecionar nos estratos inferiores da população aqueles indivíduos que demonstram maior vulnerabilidade social e psicológica, para se tornarem criminosos escolhidos pelo sistema penal (ZAFFARONI, 1993, p. 25). A esse respeito, já foi amplamente comprovada a existência de uma cifra negra na persecução dos atos cometidos em desconformidade com a lei penal. Logo, pode-se inferir que é de acordo com o estereótipo do criminoso que habita o imaginário social, composto por uma adição de variáveis como classe social, etnia, gênero, fisionomia, idade etc. – na mais bem acabada acepção da antropologia criminal desenvolvida por Cesare Lombroso e que no Brasil é sintetizado pelas figuras do "negro favelado" e do "migrante nordestino" – que irão ser selecionados os indivíduos a serem rotulados de criminosos.

O estereótipo, elemento simbólico de fácil manipulação nas sociedades complexas (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 215), norteia a atuação das agências policiais e produz uma condição de pré-selecionamento de determinados indivíduos cujos predicados se enquadram nele. Consequentemente, como deduz Augusto Thompson:

"Na medida que se vai construindo o estereótipo do delinquente através dessa interação de uma pretensa ciência com a justiça punitiva, cada vez menos se dá importância a justificar a aplicação da pena com base na infringência a uma norma legal, preferindo-se adotar como razão suficiente para o emprego das medidas repressivas contra certos indivíduos a detecção de supostas características criminosas que seriam por ele portadas" (2007, p. 36-37).

Essa relação dedutiva só tende a recrudescer na medida em que se avança no processo de criminalização, uma vez que ao estereótipo social soma-se o rótulo conferido pelas audiências de controle formal. Consuma-se, a partir desse ponto, a construção da efígie do reincidente: "figura típica de um membro da escória social aliada a algumas anotações no boletim de antecedentes" (THOMPSON, 2007, p. 68).

Nessa senda, a criminalização do desviante, terceira escala desse processo, consiste no precípuo objeto da teoria interacionista do *labeling approach*. Para essa teoria, "a rotulação seria 'o processo pelo qual um papel desviante se cria e se mantém através da imposição dos rótulos delitivos' ", por meio da imposição de etiquetas sociais que criam "uma designação ou nome estereotipado, imputado a uma pessoa baseando-se em alguma informação que se tem sobre ela" (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p. 103-104).

Só é possível falar em crime, e consequentemente em criminoso, se há um sistema penal que o define e reage contra ele. Por isso, "o *status* social de delinquente, pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias" (BARATTA, 2002, p. 86).

Nessa trilha de raciocínio, Howard Becker percebeu que "um dos passos mais decisivos no processo de construção de um padrão estável de comportamento desviante talvez seja a experiência de ser apanhado e rotulado publicamente de desviante" (2008, p. 42). Essa constatação de natureza causal ressalta, na atuação da agência repressora formal, a qualidade de contingência de carreira, por meio da qual a própria agência criada para inibir comportamentos criminosos serve de suporte para a manutenção do comportamento a que se visa combater. Define-se contingência de carreira, portanto, no âmbito da ratificação de carreiras criminais, como aqueles "fatores dos quais depende a mobilidade de uma posição [da carreira] para outra" (BECKER, 2008, p. 35). Revela-se, por esse conceito, a importância da interação do sistema penal junto àquele que praticou um ato *contra legem*, na manutenção do comportamento em desconformidade com as normas penais.

O rótulo de reincidente, uma vez conferido a alguém, passa a ser seu principal elemento de identificação, tornando-o visível às agências de controle formal como criminoso e merecedor de reprovação independentemente de seus atos. A interação com tais agências começa a operar, assim, como uma contingência de carreira, sem o qual aquele que praticou a infração penal – ou ao menos acredita-se ter praticado[13] – não continuaria a praticá-las ou ter suas ações interpretadas

enquanto tais. Conclui-se, a esse respeito, que a reincidência não reflete, necessariamente, o grau de comprometimento com o crime, conforme o senso comum induz, mas tão somente a suscetibilidade do indivíduo em ser capturado pelas malhas das agências de controle do sistema penal.

Por exemplo, um policial só achará que alguém está em "atitude suspeita" no caso de seu estereótipo se adequar àquele que o policial acredita ser o de pessoas que cometeriam um crime. Se o policial o identifica como alguém que já foi anteriormente condenado por um crime, imediatamente o classificará como reincidente e seu comportamento não será mais suspeito, mas criminoso. Consequentemente, esse criminoso será conduzido à delegacia para averiguação – ainda que não tenha um indício sequer em seu desfavor – até que seja "descoberto" o crime por ele cometido. A partir daí, essa pessoa já será tratada como reincidente até que esse *status* seja finalmente ratificado pela autoridade judiciária.

Foi devido a essa arbitrariedade da atuação policial que Luigi Ferrajoli denominou as atuais agências policiais de subsistema penal de polícia. Nessa senda, esse subsistema adquire "funções de prevenção dos crimes e, de maneira mais geral, das turbações da ordem pública, feito através da defesa social *ante* ou *extra delictum*, aplicando por via administrativa a sujeitos 'perigosos' ou 'suspeitos' (...). O pressuposto geral da sua aplicação não é, de fato, a comissão de um crime, mas uma simples qualidade pessoal determinada vez a vez com critérios puramente potestativos: aquela de 'suspeito' ou de 'perigoso', associada muitas vezes a elementos sintomáticos como a condição de condenado, ou de reincidente, ou de ocioso, ou de vagabundo ou similar" (2006, p. 706).

13. Howard Becker, ao estudar os impositores de regras – agentes policiais – percebeu a importância da relação comportamental entre estes e os supostos desviantes em sua rotulação. Aduz, a esse propósito, que "boa parte da atividade de imposição é dedicada não à imposição efetiva de regras, mas à imposição de respeito com quem o impositor lida. Isso significa que uma pessoa pode ser rotulada de desviante não porque realmente infringiu uma regra, mas porque mostrou desrespeito pelo impositor da regra" (2008, p. 163).

Esse subsistema, dotado de funções "parajudiciárias", no seu exercício policialesco discricionário, assume, além da função investigativa, uma função judicante virtual, afinal, ao rotular o indivíduo como criminoso ou reincidente e assim encaminhá-lo ao magistrado, reduz enormemente as chances de aquele ser absolvido pelo Judiciário, antecipando, portanto, sua condenação. Possui ao seu sabor, inclusive, medidas cautelares, como o cárcere preventivo, ilegalmente utilizadas como antecipatórias da prisão-pena.

Após essa cerimônia degradante concretizada pelo subsistema policial, o indivíduo já foi seriamente despojado de sua identidade e recebeu outra degradada, marcada profundamente com a insígnia de bandido (Dias; Andrade, 1997, p. 350). A partir dessa estigmatização, por conseguinte, inicia-se, via de regra, o perene envolvimento do desviante com as diferentes agências de controle sociocriminal (Shecaira, 2008, p. 295), manifestação do caráter retroalimentativo do processo de criminalização.

A etiqueta social da reincidência, especificamente, baseia-se na existência de ao menos uma condenação criminal transitada em julgado e uma nova suposição de um ato desviante, conforme sua definição legal já explanada. A partir daí, incontáveis são os efeitos danosos ao portador desse rótulo, inclusive em sua autoimagem. No momento em que a etiqueta de reincidente "cola" no indivíduo, determinados comportamentos correspondentes a tal etiqueta, que já se tornaram expectativas normativas perante o resto da sociedade, são muitas vezes adotados pelo indivíduo, que passa a se perceber como a sociedade o vê, assumindo o papel social relegado a ele pela sociedade: o de bandido reincidente. Essa aceitação do papel social desviado, e atuação conforme suas caricaturas socialmente definidas, foram denominadas de *role engulfment*, ou seja, "mergulho no papel desviado" (Shecaira, 2008, p. 294), o qual modela a personalidade do indivíduo conforme o papel desviado pelo desenvolvimento de motivos e interesses desviantes (Becker, 2008, p. 41).[14] Uma vez interiorizado o rótulo facilita-se, ainda mais, a formação de carreiras criminais, a partir da desviação secundária e seus desdobramentos causais.

Todos esses efeitos extralegais maléficos advindos da rotulação, do originalmente desviante até transformá-lo em perigoso reincidente,

colocam as escâncaras as falhas dos pressupostos do instituto da reincidência, que culminam por definir e precisar, o que Foucault chamou de "a grande família dos anormais" que, conforme ele próprio define, é "formada em correlação com todo um conjunto de instituições de controle, toda uma série de mecanismos de vigilância e de distribuição; e, quando tiver sido quase inteiramente coberta pela categoria da 'degeneração', dará lugar a elaborações teóricas ridículas, mas com efeitos duradouramente reais" (2002, p. 413).

Essas "elaborações teóricas ridículas", construídas sob a guarida do *second code* enraizado no sistema penal pátrio, são sustentadas pela ideologia da defesa social, e mantêm institutos, tal qual a reincidência, vigentes e efetivos no Código Penal.

4. Os grilhões da ideologia da defesa social

A história da criminologia científica começou a ser escrita pela escola liberal clássica, consolidada através das obras de Francesco Carrara, Cesare Beccaria, Giandomenico Romagnosi, entre outros, a qual instituiu como precípuo objeto de análise o crime, enquanto ente jurídico abstrato racionalmente hipostasiado. Sendo expressão do pensamento Iluminista, adotou como sustentáculos o livre arbítrio e a pena retributiva. Teve como consequência, para a ciência penal, "a formulação pragmática dos pressupostos para uma teoria jurídica do delito e da pena, assim como do processo, no quadro de uma concepção liberal do Estado de Direito, baseada no princípio utilitarista da

14. Nessa passagem, uma observação se faz pertinente. Não se pode enxergar esse modelo sequencial de desvio, como uma invariável determinista. Do mesmo modo que não se devem adotar os exemplos de indivíduos que conseguem se desvencilhar desse ciclo de criminalização como prova irrefutável da eficácia do sistema na "regeneração de pessoas degradadas", não se pode asseverar que, uma vez iniciado o processo de criminalização, este constitui um caminho sem volta. O que se pretende demonstrar nessa exposição são os óbices que o próprio sistema penal impõe à adequação social do indivíduo uma vez rotulado, da restrição de oportunidades proporcionadas a ele que, no caso do originário dos estratos sociais inferiores, opera desde seu nascimento. O próprio Howard Becker já dizia: "as profecias nem sempre se confirmam, os mecanismos nem sempre funcionam" (2008, p. 46).

maior felicidade para o maior número, e sobre as ideias do contrato social e da divisão dos poderes" (BARATTA, 2002, p. 33).

Concebida como reação à escola clássica, a escola criminológica positivista, por outro lado, transladou o objeto investigativo do crime ao criminoso retomando-se, de forma científica, o legado deixado pelos fisionomistas.[15] Com clara inspiração na filosofia positivista naturalista, rompeu com os preceitos do livre arbítrio e da pena retributiva da escola clássica, em prol do determinismo, enquanto fonte da periculosidade, e da prevenção especial negativa.

Ao lançar mão do método experimental investigativo, com fulcro numa concepção determinista, buscou averiguar a etiologia da conduta criminosa, com o intuito de oferecer um tratamento adequado ao ser delinquente para, em última análise, curá-lo de sua patologia e, se isso não fosse possível, neutralizá-lo, mantendo-o longe do convívio social. O comportamento delituoso, por esse raciocínio, é apenas um elemento sintomático da personalidade do autor (BARATTA, 2002, p. 39), expressão de sua anormalidade.

Cesare Lombroso, por meio de sua obra *O homem delinquente*, inaugurou a escola positivista italiana, enfatizando os aspectos antropológicos, apesar de não negligenciar os fatores psicológicos e sociológicos, aprofundados em seguida por Rafaelle Garofalo e Enrico Ferri, respectivamente (BARATTA, 2002, p. 39). Independentemente da matriz principal da suposta "etiologia da delinquência" – se em fatores antropológicos, psicológicos ou sociológicos –, o enfoque investigativo realizado pela escola positivista italiana, o ser delinquente, sob um paradigma médico-explicativo, cravou-se fundo na dogmática penal (DIAS E ANDRADE, 1997, p. 17-19).

Apesar de diametralmente dissonantes no que concerne às concepções de homem e de sociedade, a escola clássica e a positivista apresentavam um ponto em comum: a presença da afirmação de uma ideologia[16] da defesa social "como nó teórico e político fundamental no sistema científico" (BARATTA, 2002, p. 41).

15. Sérgio Salomão Shecaira ao estudar os precursores da criminologia, faz menção à fisionomia, "a mais importante de todas essas pseudociências", que estudou a "aparência externa do indivíduo, ressaltando a relação existente entre o corpo e o psíquico" (2008, p. 85).

Entrementes, a ideologia da defesa social foi concebida "contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal" (BARATTA, 2002, p. 43). Em uma época de transição da sociedade feudal para a sociedade burguesa, a racionalidade da defesa social retirou o caráter espiritual-demoníaco do crime e conduziu-o a uma progressiva cientifização, sem perder, não obstante, o caráter maniqueísta. Desse modo, "a defesa social reivindica o mérito de haver liberado a política criminal (e em particular a penal) das hipotecas de velhas interpretações transcendentes e míticas e de havê-la reconduzido a uma prática cientifica através da qual a sociedade se defende do crime. A defesa social é portanto uma ideologia extremamente sedutora, enquanto é capaz de enriquecer o sistema repressivo (vigente) com os atributos da necessidade, da legitimidade e da cientificidade" (MASSIMO PAVARINI apud ANDRADE, 1997, p. 180).

Valendo-se da teoria do contratualismo rousseauniano, confere uma qualidade indelével àquele que rompeu com o contrato social: é inimigo da sociedade inteira. Assim, a cada infração penal o indivíduo é lançado "contra todo o corpo social; a sociedade tem o direito de se levantar em peso contra ele, para puni-lo" (FOUCAULT, 2009, p. 86), para se defender de um mal que atinge a todos os cidadãos.

De fato, esse predomínio da ideologia da defesa social se mantém até os dias que correm, apesar das alterações da dogmática penal, nas constantes reformas do Código Penal (ANDRADE, 1997, p. 137). Na realidade, é essa ideologia que confere consistência à funcionalidade

16. O autor menciona duas conotações ao termo ideologia. A primeira, numa acepção positiva que remonta a Karl Mannheim, se refere aos ideais ou programas de ação. A segunda, num significado negativo – o qual o autor adota e nós igualmente –, baseado na doutrina marxista, se refere à falsa consciência, a qual legitima instituições sociais com um discurso que prega funções ideais diferentes das realmente exercidas (BARATTA, 2002, p. 240). Não seria possível, nesse artigo, oferecer um conceito de ideologia por acreditar-se que essa não constitui uma noção definível. Para o propósito deste, basta realçar o duplo papel da ideologia enquanto "ideário histórico, social e político que oculta a realidade, e que esse ocultamento é uma forma de assegurar e manter a exploração econômica, a desigualdade social e a dominação política" (CHAUÍ, 2001, p. 7).

do sistema penal e possibilita a atuação concertada dos diversos órgãos que compõem tal sistema, desde as escolas de ensino jurídico até o Poder Judiciário, do legislador penal até o sistema penitenciário (Bissoli Filho, 1998, p. 57), assentada no *second code* que norteia a atuação de todo esse sistema.

Com efeito, é possível identificar alguns princípios norteadores dessa ideologia, conforme fez Alessandro Baratta: (a) princípio da legitimidade: o Estado é legitimado para combater a criminalidade causada por indivíduos que se desviam dos valores e normas sociais; (b) princípio do bem e mal: a sociedade representa o bem, enquanto que crime o mal que danifica aquela; (c) princípio da culpabilidade: o ato criminoso é uma atitude interior reprovável, na medida em que é contrária aos valores sociais; (d) princípio da prevenção: a pena deve prevenir o crime, abstratamente ao operar como mecanismo de contramotivação ao comportamento criminoso e concretamente ao ressocializar o criminoso; (e) princípio da igualdade: o sistema punitivo se aplica de modo igualitário a todos os indivíduos que descumprem a lei; e (f) princípio do interesse social e do delito natural: os interesses protegidos pelo direito penal são de natureza fundamental e, portanto, comuns a todos os cidadãos (2002, p. 42).

Um dos consectários da ideologia da defesa social de grande influência é o conhecido movimento da lei e ordem, que confere "suporte a ideia de que leis de extrema severidade e penas privativas de liberdade de alto calibre são suficientes para pôr cobro à criminalidade violenta. Nada mais ilusório" (Silva Franco, 2007, p. 100). Esse movimento apenas acrescenta altas doses de prevenção especial negativa ao caldeirão de medidas "salvadoras" da ideologia em questão.

Apesar da evidência de que a pena não constitui instrumento idôneo a cumprir nenhuma função preventiva, os partidários dessa ideologia propugnam pela construção progressiva de presídios, com cada vez mais investimento em sua segurança, como remédio à criminalidade crescente. Ignoram, no entanto, conforme demonstrou a teoria do *labeling approach*, o caráter de contingência de carreira da prisão. A pena ou medida supostamente ressocializadora consiste, na grande maioria dos delitos, em especial na criminalidade de massa, um processo de progressiva "dessocialização" (Zaffaroni, 2007a, p.

90) e nada mais faz que introjetar no apenado um crescente desprezo pela sociedade e suas instituições.

Logo, apesar da desconstrução teórica dos alicerces da ideologia da defesa social,[17] esta continua ecoando intensamente pelos meios jurídicos, passando pela opinião pública e até a população de modo geral. Assim sendo, desde os argumentos positivistas da periculosidade do criminoso, até os fundamentos da culpabilidade, que mantêm institutos como a reincidência no Código Penal, é perceptível a prevalência dessa ideologia, precipuamente nos dias de hoje, nos quais o discurso do medo parece angariar tantos adeptos.

5. Raízes da reincidência: inocuização do indivíduo perigoso

A reincidência esteve presente em todas as leis penais brasileiras promulgadas até a atualidade, em diferentes modalidades, ora com mais ou menos consequências danosas ao acusado. Hodiernamente, como já dito alhures, a adoção da reincidência ficta nos permite inferir que a fundamentação de tal instituto independe da função da pena. Posto isso, é de extrema importância vasculhar, por dentre as fundamentações já propostas, qual seria a adotada pelo ordenamento jurídico pátrio e, subsequentemente, perquirir se tal fundamentação se compagina com os princípios fundadores do nosso ordenamento jurídico. Comecemos, destarte, com a proposta da escola positivista italiana: a periculosidade do agente.

A partir do Código Penal de 1940, inspirado na escola positivista italiana, foi conferida grande ênfase à denominada periculosidade do agente criminoso, existindo, inclusive, a previsão do art. 78, IV, na

17. Conforme aponta Baratta, as escolas sucedâneas do positivismo criminológico passaram a contestar os princípios basilares da defesa social que conferiam ao positivismo suporte ideológico. Apenas a título de constatação, citamos: (a) o princípio da legitimidade foi negado pelas teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva; (b) o princípio do bem e do mal pela teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia; (c) o princípio da culpabilidade pela teoria da subcultura criminal; (d) o princípios da prevenção e da igualdade pela teoria do *labeling approach*; e (e) o princípio do interesse social e do delito natural pela sociologia do conflito (2002, p. 49-130).

qual a reincidência em crime doloso acarretava uma presunção de periculosidade sem admissão de prova em contrário, *iures et de iure*.

Nesse contexto, a reincidência criminal seria causada pela falha no tratamento médico conferido ao egresso do sistema penitenciário. O combate à reincidência deveria ser realizado, portanto, no âmbito da intervenção médica da medida de segurança. Essa foi a *ratio* dos idealizadores do Código Penal de 1940, conforme se depreende das palavras de Nélson Hungria: "a necessidade de solução do problema de combate à reincidência foi que inspirou a instituição da medida de segurança como complemento da pena" (1959, p. 110).

Foi precisamente por esse motivo que o Código Penal adotou, até a reforma de 1984, o chamado sistema duplo binário de execução da pena, na qual, com a decretação da periculosidade do agente, poderia ser aplicada medida de segurança, a ser iniciada logo após o cumprimento da pena, até que sobreviesse o laudo médico atestando a cessação da periculosidade do indivíduo.

Após a mencionada reforma, foi adotado no Brasil o sistema unitário ou vicariante, no qual não se admite aquela aplicação de medida de segurança subsequente à pena. Foi revogado, dessa maneira, o indigitado art. 78, IV, abandonando-se a dedução de periculosidade pela reincidência, permanecendo esta apenas em hipóteses de reconhecimento de inimputabilidade nos moldes do art. 97 do CP.

Inobstante tenha sido proscrita a reincidência como fator de presunção de periculosidade do indivíduo, o ideal dos operadores do direito continua conferindo longo alcance a tal inferência. Como apontam Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, ao tratar da resposta doutrinária a respeito do fundamento da reincidência, "a mais difundida como consequência da penosa recepção do positivismo na América Latina, é que a reincidência demonstra uma maior periculosidade da pessoa" (2003, p. 793).

Ao passar os olhos pelo fruto da atividade judiciária atual, percebe-se que não são poucos magistrados que se referem à "periculosidade do agente" e outras expressões tais quais "delinquente habitual", "perversidade do delinquente", que, em última análise, refletem uma carga ideológica que remete à periculosidade da escola criminológica positivista, mais especificamente à tipologia da delinquência de Enrico Ferri (Bettiol, 1976, p. 9).

Ao presumir que o autor de duas condutas valoradas pelo Código Penal como criminosas seja perigoso, está se criando na verdade uma ficção, com base em comportamentos humanos os quais, na grande maioria das vezes, se desconhecem os reais motivos.

De qualquer modo, pode-se afirmar que a jurisprudência está atualmente recriando casos de periculosidade presumida nos antigos moldes determinados pelo Código de 1940, mas, em face do inequívoco fracasso da recuperação do criminoso com base no paradigma do tratamento penitenciário, passou a defender a função neutralizadora, com um *plus* de retributivismo, do cárcere – ainda que seus efeitos sejam temporários, vez que não se admite pena de caráter perpétuo no país. Resulta claro o feitio maniqueísta desse estratagema ideológico: depositar os "maus elementos" da sociedade na instituição total dos indesejáveis.

A fim de disfarçar tal inclinação positivista, muitos migraram sua fundamentação, muito embora seja a mesma motivação ideológica subsistente, para o campo mais compassivo a ideologias do direito penal na atualidade, o da culpabilidade. Dessa maneira, ainda que a reforma de 1984 do Código Penal tenha eclipsado a acuidade do conceito de periculosidade, a reincidência ainda consiste numa excrescência da legislação penal que remonta a esse conceito, ainda que pela via oblíqua da culpabilidade. Substitui-se, apenas, o caráter comportamental de distúrbio de natureza médica-determinista, para uma valoração de natureza ética baseada no livre arbítrio, mas que convergem para resultados análogos (FERRAJOLI, 2006, p. 455).

6. DA PERICULOSIDADE À CULPABILIDADE (DO AUTOR)

O moderno conceito de culpabilidade pode ser entendido, em termos gerais, como uma reprovação que se faz ao autor de uma conduta típica e antijurídica, por não se ter motivado no cumprimento da norma jurídica penal, considerando que, nas circunstâncias da prática delitiva, era-lhe exigível que assim o fizesse. Assim, "por definição, 'culpabilidade' é um conceito normativo, um juízo de reprovação que se formula ao autor" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 577).

A reprovabilidade da conduta só tem sentido se a relacionarmos com a noção de evitabilidade do fato delituoso, isto é, só seria cabível o juízo de reprovação ao autor da conduta se estivesse em sua esfera

de ação fazer, ou não fazer, o que deve ser evitado por imposição legal (TOLEDO, 2001, p. 218-219). A evitabilidade do fato é um aspecto importante da peculiaridade do agir racional, reside no interior do psiquismo humano, na possibilidade de calcular as consequências de suas ações. Só é existente, outrossim, para aqueles que acreditam no livre-arbítrio dos seres humanos. Desse modo, é conspícuo que a atual sistemática da culpabilidade é incompatível com o determinismo da periculosidade nos moldes propostos pela escola criminológica positivista.

Assim, após a reforma realizada no Código Penal em 1984, houve uma mudança, pelo menos formal, no modelo jurídico da reincidência (em específico) e do próprio direito penal (genericamente). Ainda existem inúmeros resquícios que remontam a um direito penal da periculosidade, mas o sistema criminal brasileiro deu um passo em direção ao denominado direito penal da culpabilidade, apesar de fazê-lo com muita ênfase na figura do autor do fato avaliado criminoso.

A tônica da atual discussão sobre culpabilidade, que revela o objeto do juízo de censura da culpabilidade, se encontra no embate entre culpabilidade do fato e culpabilidade do autor. Ora, sobre o que deve pesar esse juízo de reprovabilidade, sobre o ato delituoso ou sobre seu autor?

Os autores modernos, conforme esclarece Heleno Cláudio Fragoso, costumam fundamentar a reincidência na "maior culpabilidade na rebeldia frente à ordem social, na contumácia da inimizade ao direito" (2004, p. 416). Na mesma linha de raciocínio, Luiz Regis Prado leciona que "a reincidência, enquanto circunstância agravante, influi na medida da culpabilidade, em razão de maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica" (2006, p. 505). A jurisprudência, de outra parte, faz referência, em diversas oportunidades, a expressões tais quais "o desprezo dos agentes pela lei", "opção do agente pela vida do crime" etc., que denotam a natureza eticizante da culpabilidade enquanto reveladora da responsabilidade moral do indivíduo que sabe agir em descompasso com o direito e mesmo assim o faz.

A estrutura do direito penal, no Brasil e na maioria dos países do globo, adota, como regra geral, a tipologia penal descritiva de condutas proibidas, não "modos de vida" proibidos. Logo, podemos concluir que a tipologia moderna do direito penal é descritiva de atos, não de personalidades indesejáveis (TOLEDO, 2001, p. 235-236).

No entanto, é unívoco que só pode se falar em reincidência caso se adote, como pressuposto, o juízo de censura sobre todo o histórico de vida do autor de um delito, ou seja, caso se adote a culpabilidade do autor. A culpabilidade do autor ou pela conduta de vida é tributária da retomada de Aristóteles no campo penal, para quem o homem se torna o que é por meio da escolha de determinado comportamento voluntário, ao menos, em sua origem. Sendo assim, "a personalidade que se afasta da virtude escolhe a si mesma" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 578). O desdobramento dessa retomada aristotélica, abriu as portas do direito penal para uma valoração ética não de condutas, mas de personalidades, que permitiu a entrada de toda uma variedade de concepções de culpabilidade do autor. A esse respeito fala-se em culpabilidade do caráter, culpabilidade pela conduta de vida, culpabilidade pela decisão de vida, culpabilidade na formação da personalidade, conceitos quase sinônimos que almejam reprovar o indivíduo pelo seu modo de vida (TOLEDO, 2001, p. 235-242).

Para amenizar essa ênfase ao indivíduo na apuração da culpabilidade, diversos doutrinadores têm tentado desenvolver conceitos mistos de culpabilidade, que combinem, numa espécie de meio termo ideal, os dois conceitos de culpabilidade. Ignoram, inobstante, que a culpabilidade do autor e do ato são incompatíveis entre si, sendo que "qualquer pretensão de combinar ambas as reprovações não pode conduzir a outro resultado que senão o de cair na segunda, isto é, em uma culpabilidade do autor" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 578). Giuseppe Bettiol, por exemplo, baseia-se na inclinação do indivíduo ao crime e na conduta mais censurável:

"A inclinação ao crime que existe no reincidente manifesta-se no próprio crime, adquirindo um relevo objetivo; e a agravação da pena justifica-se também no âmbito de um direito penal que dá relevância à ação porque uma pena mais intensa. Para maior culpa, maior expiação!" (1976, p. 17).

Mas revela a projetação da culpabilidade na personalidade do autor ao concluir que "pode dizer-se que quem, pela primeira vez furta, é punido porque furtou; no caso de reincidência, é punido porque é larápio" (BETTIOL, 1976, p. 17-18).

Qualquer tentativa de combinação entre tais conceitos diametralmente opostos resulta inequivocamente numa valoração da personalidade do autor, o que, por si só, confere destaque à culpabilidade do autor em detrimento da culpabilidade do ato. Desse modo, qualquer valoração negativa sobre a personalidade de uma pessoa redunda na mácula da não aceitação de valores escolhidos por aquele, premissa que confere guarida a concepções de Estados tipicamente totalitários, nos quais não se aceitam valores dissonantes daqueles "oficialmente" adotados. A partir dessa não aceitação, todos os indivíduos que professem valores dissonantes são rotulados de inimigos do Estado e consequentemente perseguidos. Todo Estado que instrumentaliza, pelo direito penal, essa perseguição confere a este "caráter constitutivo, e não meramente regulativo: ao invés de proibir condutas e prever efeitos jurídicos, passa a produção legal ou judicial de determinado *status* jurídico-social (perigosos, reincidentes, delinquentes habituais etc.), construindo verdadeira 'antropologia da desigualdade' " (DITTICIO, 2007, p. 66).

O instituto da reincidência confere esse caráter constitutivo ao direito penal, o qual, através da conferência de um estigma a determinados indivíduos, enfoca sua atuação na repreensão de "personalidades perversas". Tão somente a presença desse instituto já denota a adoção pelo direito penal brasileiro da culpabilidade do autor, já que "através da reincidência, não se visa o autor de um ato definido pela lei, mas o sujeito delinquente, uma certa vontade que manifesta seu caráter intrinsecamente criminoso" (FOUCAULT, 2009, p. 96).

Do exposto infere-se que a culpabilidade do autor erige como o ponto fulcral do instituto da reincidência. No entanto, há de se questionar se essa culpabilidade do autor é compatível com o próprio princípio da culpabilidade, entendido aqui como fundamento da pena – *nulla poena sine culpa* –, isso é, como medida da reprovabilidade da conduta do autor que legitima o Estado a aplicar-lhe a sanção cabível. Nessa acepção, conclui-se que o princípio da culpabilidade é incompatível com a culpabilidade do autor, uma vez que a legitimação para

aplicação da pena repousa naquela conduta específica que o Poder Judiciário se ocupa, não numa valoração da vida do indivíduo.

A culpabilidade do autor, ao pretender emanar um juízo de desvalor sobre a personalidade de um ser humano, evidencia, desde logo, sua conotação autoritária, peculiar de um Estado totalitário, ao pretender julgar algo tão subjetivo, como a personalidade de pessoas, a partir de traços genericamente suscitados num processo criminal. Esse exercício de generalização de personalidades não se coaduna com o papel do princípio da culpabilidade sob a égide de um Estado Democrático de Direito. Neste, o papel da culpabilidade consiste na delimitação da esfera do poder punitivo estatal, com o fito de proteger a autonomia individual e a esfera íntima do indivíduo, não invadi-la sob o pressuposto de individualização da pena.

A partir da adoção da culpabilidade do ato, a aferição da reprovabilidade passa a ser objetiva, o que confere uma segurança aos indivíduos no exercício de sua liberdade de ação, através da possibilidade deste saber se o que faz está em conformidade com o direito penal e se não, quais são as possíveis consequências desse agir em desacordo com as normas. Essa segurança, resultante do desdobramento do princípio da culpabilidade que fortalece o princípio da legalidade, é de extrema importância para proteção dos indivíduos contra condutas arbitrárias e imprevisíveis do Estado. Não por outro motivo que Francisco de Assis Toledo sustenta que "o *nullum crimen nulla poena sine lege*, o direito penal do fato e a culpabilidade do fato alinham-se imponentemente, numa perfeita sequência e implicação lógicas, como colunas de sustentação de um sistema indissoluvelmente ligado ao direito penal de índole democrática" (2001, p. 253).

7. A (IN)DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ROTULADA DE REINCIDENTE

A crítica que tradicionalmente se faz ao instituto da reincidência é sua contrariedade ao princípio do *ne bis in idem*, por consistir numa dupla valoração do mesmo fato, ou seja, o crime anteriormente cometido, pelo qual já foi atribuída uma pena ao agente, é sopesado na punição por novo fato. A reincidência, por esse prisma, serviria apenas para castigar mais severamente aquele que comete um segundo delito. No entanto, a função exercida pela reincidência de agravante de pena é apenas uma das facetas que esta possui na sistemática penal. Os

efeitos que a primeira condenação irradia, durante toda persecução penal do segundo delito até a execução da pena já agravada, demonstram esse extenso espectro funcional, que descarrega no acusado uma variedade de malefícios, todos frutos do mesmo fato.

Entende-se, a despeito da relevância e pertinência das críticas ao instituto da reincidência com base no princípio do *ne bis in idem*, que é na culpabilidade que se situa a discussão da mácula da reincidência, visto que "o que se pune através do instituto da reincidência não é o fato anteriormente punido, mas sim o que este fato concreto representaria a respeito de seu autor, de sua personalidade ou 'modo de condução de vida' " (Ditticio, 2007, p. 57-58). O discurso legitimador de que a reincidência se baseia em fatos é uma falácia cuja função consiste em encobrir o fato de que o objeto da reprovabilidade repousa no autor do fato, em seu histórico de vida.

A reincidência, enquanto mecanismo rotulador de indivíduos criminalizáveis e seus efeitos extremamente deletérios ao seu portador servem como instrumento de formação de bodes expiatórios sociais. A partir da estigmatização pela reincidência de uma pessoa, esta se torna um inimigo da sociedade, e uma legislação penal e processual penal especiais serão a ela aplicadas, com penas mais severas e supressão ou mitigação de garantias frente à persecução penal – também com o objetivo de incriminá-la mais facilmente –, do que seriam aplicadas a qualquer outro cidadão que venha a ser sujeito passivo de um processo penal (Ditticio, 2007, p. 72). Inaugura-se, conforme concebeu Günther Jakobs, o direito penal do inimigo para aqueles indivíduos que, por seu modo de vida criminosa, abdicaram ao direito de pertencer à classe dos cidadãos.

Jakobs, para justificar a criação da classe dos inimigos, conceitua pessoa a partir do ser humano em suas relações sociais; então aquele indivíduo que não oferece uma garantia cognitiva suficiente de comportamento, ou a *contrario sensu*, aquele que já demonstrou, pelo seu comportamento *contra legem* que não é uma pessoa confiável, não faz jus ao *status* de pessoa (2005, p. 57-60). A partir da criação dessa classe inimiga, composta por aqueles que perderam seu *status* de pessoa,

aplicar-lhes-ão o direito penal e processual penal correlato, o do inimigo (JAKOBS, 2005, p. 51). É clara a similitude de princípios norteadores desse direito penal do inimigo e o instituto da reincidência: o inimigo de Jakobs é o rotulado de reincidente no Brasil.

A transposição do conceito de inimigo para o direito penal, via reincidência, é incompatível com um Estado Democrático de Direito, ao inaugurar um direito que retira do qualificado de inimigo direitos inerentes a todo ser humano. Zaffaroni é bastante elucidativo nesse ponto: "o conceito mesmo de inimigo introduz de contrabando a dinâmica da guerra no Estado de direito, como uma exceção à sua regra ou princípio, sabendo ou não sabendo (a intenção pertence ao campo ético) que isso leva necessariamente ao Estado absoluto, porque o único critério objetivo para medir a periculosidade e o dano do infrator só pode ser o da periculosidade e do dano (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, se seus delitos, pelos quais deve ser julgado" (2007b, p. 25).

Essa dicotomia cidadão/inimigo revela o rebaixamento de seres humanos a uma categoria inferior a de outros, o que configura afronta grave ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que "a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. (...) Na medida em que se trata um ser humano com algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa" (ZAFFARONI, 2007b, p. 18).

Ora, é curial que "a dignidade é um valor concreto atribuído a todo ser humano, estendendo-se a qualquer pessoa, independentemente de seu *status* jurídico (não delinquente ou delinquente, reincidente ou primário)" (KARAM, 1994, p. 126). Não é admissível num Estado Democrático de Direito que elege como princípio fundador a dignidade da pessoa humana – art. 1.º, III, da CF/1988 – que um cidadão, autor de determinado fato considerado criminoso, seja visto de forma desigual a outro, autor de fato análogo, impondo-se a ele posição inferior.

Essa violação se torna mais evidente se considerarmos que o princípio da culpabilidade deita suas raízes no princípio maior da dignidade da pessoa humana, uma vez que a pena só pode ser imposta na medida da culpabilidade do agente, caso contrário revestir-se-ia a

pena de caráter instrumental – para o apaziguamento da insegurança social, e preventivo, ao se utilizar de um ser humano como amostra da força punitiva estatal àqueles que apresentam comportamentos indesejáveis. A adoção da reincidência, nesse aspecto, representa exatamente tal instrumentalização do ser humano, ao se pretender repreender alguém, não pelo seu ato, mas pelos seus valores, representados pelo seu histórico de vida, para demonstrar aos demais cidadãos a força do direito sobre os infratores contumazes que escolheram pela "vida do crime".

Um direito penal de cariz democrático só é compatível com a culpabilidade do ato. O princípio da culpabilidade, para que possa funcionar como um escudo protetor de indivíduos contra o poder de punir estatal, deve se circunscrever à aferição da reprovabilidade de comportamentos e nunca de caracteres. Esse é o entendimento de Maria Lúcia Karam ao defender que "para exercer sua função garantidora, a culpabilidade, só pode ser entendida como culpabilidade pelo fato realizado (culpabilidade pelo ato ou pelo injusto), único entendimento, aliás, constitucionalmente admissível. Vinculando-se à dignidade da pessoa humana – fundamento da República, consagrado no art. 1.º, III, da CF/1988 – o princípio da culpabilidade, como culpabilidade pelo fato realizado" (1994, p. 124).

Apesar de possuir um conteúdo polissêmico e de difícil precisão semântica, o princípio da dignidade da pessoa humana, numa perspectiva minimalista, pode ser entendido como uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano de ser considerado fim em si mesmo, não podendo ser visto, sob nenhuma hipótese, como meio, mero objeto (Kant, 1960, p. 69). Aplicado ao direito penal, torna-se mais tangível o conceito se o considerarmos em cotejo com o seu consectário da culpabilidade. Dessa forma, "o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, ao estruturar o princípio da culpabilidade, determina também um conteúdo material mínimo, qual seja, a obrigatoriedade do juízo acerca da reprovação do delito se referir à conduta praticada pelo delinquente – e não exigências da finalidade da pena ou de política criminal – e aludir à pessoa concreta, e não a um modelo concebido abstratamente" (Costa, 2008, p. 64).

Com efeito, o direito penal, ao funcionar como o distribuidor de rótulos indesejáveis a indivíduos já pré-selecionados, originariamente

pela sua condição sociocultural e sucessivamente pela sua condição criminalizada, transformam-nos em meros instrumentos de uma política criminal discriminatória, violando categoricamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

8. Considerações finais

A violação aos princípios do *ne bis in idem* – ao conferir múltiplas consequências nocivas ao indivíduo em razão de um fato anterior já reprovado penalmente –, mas de maneira especial aos da culpabilidade e da dignidade da pessoa, por transcender o juízo de reprovação do ato censurado à personalidade do indivíduo e por aviltá-lo e instrumentalizá-lo, respectivamente, eiva o instituto da reincidência pelo vício da inconstitucionalidade.

De um lado, a dignidade da pessoa humana, como um dos valores fundadores do Estado Democrático de Direito brasileiro, previsto no art. 1.º, III, da CF/1988, é norma formal e materialmente constitucional, plenamente dotada de eficácia. A reincidência, de outro, é norma infraconstitucional. Ora, frente à incompatibilidade entre as duas normas, observada a hierarquia normativa no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, conclui-se pela inconstitucionalidade do instituto da reincidência que, por isso, deve ser considerado como não recepcionado pela Carta de 1988.

Esse cotejo normativo revela a presença de ideais reciprocamente incompatíveis no bojo do ordenamento jurídico pátrio, ainda mais evidente se considerarmos que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil adotado pela Lei Fundamental, através do art. 3.º, III, é a erradicação da marginalização. A reincidência, longe de auxiliar a eliminar marginalização, fomenta-a de forma hercúlea. O fator criminogênico intrínseco ao instituto da reincidência, que atua no sentido de direcionar o sistema punitivo aos indivíduos mais vulneráveis à sua atuação, intensificando sua marginalização, denota a faceta obscura do direito, conforme acentua Tercio Sampaio Ferraz Jr., consistente em "um instrumento manipulável que frustra aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação" (2003, p. 32).

A reincidência, embasada numa técnica formalista irracional, longe de apresentar alguma benesse na política criminal, constitui um

ranço positivista de natureza constitutiva de um *status* indesejável. O ponto de partida no qual se insere, a sentença condenatória transitada em julgado, consiste numa irracionalidade que permeia todo seu funcionamento. A enorme quantidade de efeitos maléficos que traz ao indivíduo assim rotulado deveria pressupor uma qualidade inabalável de suas premissas, a fim de fornecer um suporte axiológico racional. Longe disso. Os efeitos criminógenos inerentes à sua natureza, inequivocamente perniciosos ao qualificado pelo signo da reincidência e disfuncionais para o sistema penal – numa perspectiva construtiva –, desqualificam por completo tal instituto que possui um caráter meramente simbólico perante o direito penal. Tais efeitos, contudo, são extremamente reais e perniciosos para a pessoa rotulada. Se considerarmos, ainda, a cifra negra, produto da atuação seletiva das agências de controle formais, se torna pacífica a constatação de que se trata de um instituto teratológico e irracional.

Essas constatações constituem uma clara expressão da seletividade do direito penal, caracterizado por diversos outros institutos e mecanismos originários dessa "ciência penal", construída sobre a base ideológica da defesa social. A propósito, todos os princípios que fundamentam essa ideologia têm por pano de fundo o consenso da população em torno dos valores sociais, os quais – comuns apenas aos detentores do poder político e econômico – são mantidos por um despotismo dissimulado. Conforme destaca Ralf Dahrendorf, "toda sociedade é baseada na coerção de alguns de seus membros por outros" (1982, p. 149). A conservação dessa pretensa estabilidade da estrutura social é resultado da relação política de domínio, que se manifesta, quando não eficaz pela coação ideológica, pela força repressiva penal. O direito penal, nessa linha de raciocínio, é apenas mais um instrumento de que se vale o Estado para conservar esse suposto consenso mantido pela opressão ora velada, ora manifesta.

Essa mão de ferro do mecanismo repressor estatal, que se manifesta através da seletividade e desigualdade da persecução penal, só tendem a recrudescer na medida do avanço da sociedade capitalista, ao se observar que "a divisão entre as classes sociais vai crescendo e as leis penais vão, progressivamente, tendo que ser aprovadas e aplicadas para manter uma estabilidade temporária, encobrindo confrontações violentas entre as classes sociais" (SHECAIRA, 2008, p. 329). .

A manutenção de estabilidade temporária e, vale dizer, aparente, pela criação de leis cada vez mais rigorosas, sancionadas casuisticamente, apenas aplaca momentaneamente o medo da população, mas não procura as reais raízes do problema – que se situam no seio do próprio sistema capitalista e sua extrema desigualdade na repartição de riquezas materiais.

A reivindicação dos empreendedores morais que se sentem ameaçados pela crescente violência nos meios urbanos, em decorrência da sensação de aumento da criminalidade de massa, é atendida pela criação de leis penais cada vez mais severas. Por outro lado, para aqueles empreendedores morais que clamam pela expansão criminal, para abranger a "criminalidade moderna", e têm seus interesses acolhidos, a legislação penal recrudesce para reprimir condutas de difícil criminalização, seja pela posição social do sujeito em tese criminalizável, seja pela falta de aparato estatal para persecução desses novos crimes, ou até pelo fato do direito penal ser completamente inidôneo para inibição efetiva dessas condutas.

Desse modo, a atuação penal se volta para repressão violenta dos tradicionais crimes de massa. Elegem-se para esse fim, sob a perspectiva do *second code*, como bodes expiatórios da criminalidade, os indivíduos vulneráveis das classes baixas que se encaixam no estereótipo de criminoso, este forjado pelo próprio sistema penal. A esse respeito, são duas as funções essenciais desse estereótipo:

"1. Serve para a suposta maioria não criminosa redefinir-se a si mesma com base nas normas que o delinquente violou e para reforçar o sistema de valores dominante. Reproduz o sistema e contribui para delimitar a zona do bem e a zona do mal, liberando a cultura danosa dos poderosos, que estariam a salvo por não pertencerem ao estereótipo. Haveria, portanto, classes criminosas e classes não criminosas. 2. Funciona como bode expiatório, já que dirige-se a ele toda agressividade latente nas tensões de classe que, em caso contrário, se voltaria contra os detentores do poder" (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 215).

Em outras palavras, a expansão meramente simbólica do direito penal para reprimir a criminalidade moderna não conseguiu – e nem conseguirá – "democratizar" a população carcerária, deixando à mercê uma classe de capturáveis que irá ser apontada como culpada por todo o sentimento de inseguridade compartilhado pela população.

De outra parte, a severidade das novas leis repressivas da criminalidade de massa não é capaz de reprimir esses crimes, e muitas vezes acaba por fomentá-los, fato já amplamente evidenciado pelos estudos desenvolvidos pela teoria do *labeling approach*. Mas essas constatações não impedem os paladinos da defesa social de, em momentos de inseguridade social, aparecerem com a solução miraculosa para o problema, consistente no enrijecimento da lei penal, que em suas opiniões são deveras permissivas para os bandidos que atormentam os demais bons cidadãos.

Nesse ínterim, adquire relevo o dúplice papel da mídia, mais especificamente da televisão, que é ao mesmo tempo é causa, mas também apresentadora da solução: em primeiro lugar, na criação dessa sensação de inseguridade da população (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 217-218) e, em seguida, na disseminação da campanha de lei e ordem que propugna um discurso vindicativo de ampliação do aparato penal estatal e da punição para aplacar essa insegurança. A esse propósito, Zaffaroni explicita a relação simbiótica entre a mídia e a ideologia da defesa social, ao argumentar que a difusão desse discurso ideológico "é favorecida pela brevidade e pelo impacto emocional do estilo vindicativo, que se encaixa perfeitamente na lógica discursiva da televisão" (2007b, p. 72).

Destarte, como forma de aplacar o medo, materializa-se, nos seres vulneráveis, a figura do mal, responsáveis assim pelo caos social. Daí a importância da figura do reincidente: ele é o atual criminoso nato de Lombroso, aquele que se sabe ser o inimigo. Sem o reincidente, a figura do criminoso se torna efêmera; perde-se, assim, o bode expiatório, o qual se torna intangível, não suficientemente definido para cumprir sua função redentora dos demais bons cidadãos.

Esse mecanismo de defesa do psiquismo, que opera coletivamente nesse caso, é denominado de projeção, o qual consiste na exteriorização do medo e do mal que existe dentro de si, nesse caso dentro da própria sociedade estruturada pelo modo de produção capitalista. Outrossim, "o criminoso passa a ser então um concentrado de todos os males da humanidade, e a sociedade tem necessidade de puni-lo severamente, prendê-lo, segregá-lo, pois assim estará punindo o que existe

de ruim dentro dela (e assim 'satisfazendo' o superego) e estará expulsando e mantendo longe de si, 'sob ferros', todas as suas coisas ruins" (SÁ, 2007, p. 142).

O medo e o mal são, por isso, indissociáveis, verdadeiros irmãos siameses (BAUMAN, 2008, p. 74), o primeiro impulsionando a busca e a eliminação do segundo. A partir daí origina-se uma eterna busca de razões externas à sociedade – assim considerada a partir da perspectiva dos que se intitulam cidadãos de bem – para a origem desse mal, facilmente encontrado no crime, conduzindo a uma verdadeira "cruzada moral" de identificação dos criminosos e reincidentes na sociedade, que só faz aguçar, e ressuscitar, expressões tais quais as de periculosidade, personalidade voltada para o crime, entre outras de caráter discriminatório. A sociedade, assim absorta em meio a um pretenso combate à criminalidade, legitima o uso crescente da violência estatal para a aniquilação dos criminosos que lhe causa tanto pavor.

Como aduz Winfried Hassemer, "a manipulação do medo coletivo difuso resultante da criminalidade de massas, praticada com o escopo de obter meios e instrumentos de combate à criminalidade violenta mediante a restrição das liberdades, constitui uma conhecida tática de política criminal populista, que não traz resposta aos problemas diários das pessoas frente à criminalidade de massas" (1993, p. 65).

Com base nessa trilha de raciocínio, essa sociedade que vivencia um medo intermitente e etéreo, possui uma necessidade intrínseca de projetar seus males em uma determinada categoria de indivíduos e responsabilizá-los pelo mal que a aflige, castigando-os severamente, forma de solução paliativa para a insegurança que a assombra.

Mas antes de punir essa categoria de indivíduos é necessário individualizá-los. Adquire proeminência, nesse ínterim, o processo de repartição simbólica dos seres portadores do *status* de reincidente. Essa função alegórica secular de caracterização antropológica aparece, diferentemente, em diversas épocas na história do direito penal. Assim, os reincidentes, "segundo a lei de Floreal ano X [1802], deviam ser marcados com a letra R" (FOUCAULT, 2009, p. 96). Na época dos suplícios, conforme mencionam Georg Rusche e Otto Kirchheimer, "a mutilação servia geralmente para identificar os criminosos com o mesmo sentido dos modernos arquivos criminais" (2004, p.

38).[18] A atual folha de antecedentes difere das técnicas de marcação corporais supracitadas apenas na sutileza e economia da tecnologia do poder punitivo operando sobre os indivíduos, tendo em vista que a ficha criminal é tão efetiva quanto à mutilação ou marcação a ferrete com a letra R.

Em suma, o combate à criminalidade se origina em torno do sentimento de ineficiência do combate ao crime, na qual não basta reduzir os índices de cometimento de crimes, mas sim caçar e segregar os criminosos perigosos. Estes últimos, nesse contexto bélico, são vistos como seres sub-humanos, meros obstáculos na luta contra a criminalidade, que precisam ser identificados e neutralizados. O "esquecimento do ser" (ZAFFARONI et al, 2003, p. 652), nesse contexto, leva a uma despersonalização do crime, que conduz a um desrespeito progressivo dos direitos desses indivíduos erigidos à categoria de inimigos. Como pontuou Foucault, "pouco a pouco, à medida que, no lugar do crime, a criminalidade se torna objeto da intervenção penal, a oposição entre primário e reincidente tenderá a tornar-se mais importante". Essa dicotomia primário/reincidente simboliza, nesse contexto, a luta do bem contra o mal, dos normais contra os anormais, dos cidadãos contra os inimigos, estes últimos atualmente marcados a "ferro e fogo" pela *capitis diminutio* da reincidência.

9. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle a violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

18. Percebe-se a equivalência funcional do atual registro criminal e das mutilações. Ainda mais quando se atenta para o fato da obstacularização, que ambos os instrumentos representam, no abandono das práticas ilegais pelos sujeitos passivos destes mecanismos de repartição diferencial simbólica de indivíduos. Nesse sentido, as mutilações, tanto quanto a atual exigência de atestado de antecedentes criminais para os membros das classes baixas que procuram emprego, tornavam "muito difícil para qualquer um punido desta maneira achar um emprego honesto novamente. Ele seria forçado a voltar para o caminho do crime e acabaria vítima de uma medida da lei mais dura" (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 38).

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

____. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmund. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo: hacia uma nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borras. Barcelona: Paidós, 2002.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. RT, 1976. vol. 3.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

CAMARGO, Virginia. Realidade do sistema prisional no Brasil. *Âmbito Jurídico* 33. Rio Grande, 30.09.2006. Disponível em: [www.ambitojuridico.com.br]. Acesso em: 11.03.2009.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *O que é ideologia?* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Brasiliense, 2001.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção positiva*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

DAHENDORF, Ralf. *As classes e seus conflitos na sociedade industrial*. Trad. José Viegas. Brasília: UnB, 1982.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997.

DITTICIO, Mário Henrique. *Crítica tridimensional da reincidência*. Dissertação de mestrado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chouckr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 36. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Trad. Márcia Bandeira Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal (arts. 75 a 101)*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. 3.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintella. Lisboa: Edições 70, 1960.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *RBCCrim* 6/117-132. São Paulo: Ed. RT, abr.-jul. 1994.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 1.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. rev. Madrid: Civitas, 2001.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminologia: aproximación desde um margen*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1993. vol. 1.

____. Defesa social e direito penal do autor. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal* 44/89-90. Porto Alegre, jun.-jul. 2007a.

____. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007b.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004.

3

Tédio, crime e criminologia: um convite à criminologia cultural

JEFF FERRELL

Ph.D. em Sociologia pela University of Texas (Austin, USA). Professor de Sociologia na Texas Christian University (USA). Professor Visitante de Criminologia na University of Kent (UK).

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: Sob as condições desumanizadoras do modernismo, o tédio tornou-se parte da experiência da vida cotidiana. Este tédio coletivo tem produzido não apenas momentos ilícitos de excitação – crimes efêmeros cometidos contra o próprio tédio –, mas irrupções de rebelião política e cultural. Da mesma forma, o instrumental da moderna criminologia, reforçado por metodologias racionalizadoras e abstrações analíticas, organizou um vasto conjunto de tédio. Contra este tédio institucionalizado, a criminologia cultural se constitui como rebelião, e nesta qualidade possibilita agitação intelectual através de inovação metodológica, de *insights* momentâneos e envolvimento humano.

PALAVRAS-CHAVE: Tédio – Crime – Criminologia – Criminologia cultural – Etnografia.

ABSTRACT: Under the dehumanizing conditions of modernism, boredom has come to pervade the experience of everyday life. This collective boredom has spawned not only moments of illicit excitement – that is, ephemeral crimes committed against boredom itself – but larger efflorescence of political and cultural rebellion. Likewise, the machinery of modern criminology has organized a vast collectivity of boredom buttressed by rationalized methodologies and analytic abstraction. Against this institutionalized boredom, cultural criminology offers a rebellion of its own, and with it the possibility of intellectual excitement by means of methodological innovation, momentary insight and human engagement.

KEYWORDS: Boredom – Crime – Criminology – Cultural Criminology – Ethnographic Method.

SUMÁRIO: 1. A política e a criminologia do tédio – 2. E nada a perder além do tédio – 3. Método – 4. Instantes – 5. Referências bibliográficas.

Tenho pensado sobre o tédio ultimamente.[1]

O campo de pesquisa de que me ocupei para uma recente publicação sobre políticas do espaço urbano, *Tearing Down the Streets* (FERRELL, 2001/2002), colocou-me perante o tema pela primeira vez. Ao longo da pesquisa, o "tédio" emergiu como um conceito, um princípio organizador comum àqueles mundos que estudei e com os quais compartilhei. Tocando com artistas de rua, noite após noite, músicas que provocavam reações apaixonadas – como as dos Sex Pistols, Clash e de outras bandas *punks* –, "London's Burning", do Clash, fornecia o dispositivo mais intenso. Quando cantávamos o refrão "London's burning with boredom now!" [2] – ou uma variação na qual, no lugar de "London", dizíamos o nome da cidade onde estávamos – as pessoas que nos ouviam gritavam incentivando, cantavam junto, inventavam letras, sacudiam as cabeças para cima e para baixo, riam e pediam bis. A música parecia servir para eles como uma espécie de hino, uma afirmação de algo – ou de uma ausência – nas suas vidas. E não foi somente este público de rua: dos membros de tribos que provavam na vida de *gang* "90% de tédio" (RODRIGUEZ, 1998, p. 177) aos respeitáveis cidadãos que contestavam o mundo de prazer do "tédio mecanizado" Disney (KUNSTLER, 1993, p. 225), o tédio tinha, de fato, grande público.[3]

Enquanto isso, descobri que grupos progressistas do espaço urbano, como *Critical Mass* e *Reclaim the Streets*, estavam "(des)organizando" uma série de atividades ilícitas voltadas a salvar as ruas do tráfego de automóveis e restabelecer, como alternativa, uma vida pública baseada na ideia de fluidez e de encontros *face to face*.[4] Além

1. Traduzido por Salo de Carvalho (PUC-RS), sob a revisão de Simone Hailliot. Artigo originalmente publicado no periódico *Theoretical Criminology*, n. 03, vol. 08, Londres: Sage, 2004, p. 287-302, sob o título *Boredom, Crime and Criminology*.
2. "Agora Londres está ardendo em tédio!" (NT).
3. O autor, em suas obras e, consequentemente, ao longo deste texto, utiliza estilo de redação narrativo, distinto da forma tradicional de escrita dos textos criminológicos. Durante a tradução procurou-se preservar ao máximo a estética proposta, sobretudo no que tange ao estilo de apresentação do pensamento ao leitor – estilo que interfere, sobretudo, na pontuação. Em alguns casos, para tornar mais compreensível a leitura ao público de língua portuguesa, a pontuação original foi deliberadamente alterada (NT).

disso, ativistas destes e de outros grupos similares enfatizaram que o automóvel, na qualidade de problema fatal em si mesmo, era, na realidade, sintoma de um conjunto maior de problemas contemporâneos relativos ao extermínio da espontaneidade humana, à rotinização da existência cotidiana e ao "enclausuramento da vida humana nos limites das relações de consumo (...) [dentro de] uma teia de atividades de exploração e de atitudes ofensivas, de comportamentos que empobrecem a experiência humana e degradam a ecologia do planeta" (CARLSSON, 2002, p. 76 e 82). Assim, por exemplo, quando *Reclaim the Streets* ilegalmente bloqueou a autoestrada M41 de Londres em 1996, o subsequente "festival de resistência" foi marcado com performances musicais, danças de rua, figuras carnavalescas e uma grande faixa alertando para as consequências apocalípticas do tédio forçado: "A sociedade que suprime todas as aventuras produz a abolição da única aventura possível".

Logicamente a faixa não era apenas um alerta: era um fantasma. Mais de um século antes a Internacional Situacionista, um agrupamento de artistas, escritores e revolucionários culturais, já havia lançado este e outros *slogans* subversivos – *slogans* que motivaram a insurreição de 1968 em Paris. A revolução de maio de 1968 durou curto espaço de tempo e, até 1972, símbolos dos Situacionistas, como Guy Debord, haviam enviado a própria Internacional para a lata de lixo da história cultural. Mas, como Greil Marcus (1990) demonstrou, esta corrente cultural subterrânea perdida seguiu infiltrando-se, borbulhando anos mais tarde nos gritos apaixonantes de Johnny Rotten e na política cultural incendiária do movimento *punk*. E, como descobri na investigação *Tearing Down the Streets*, esta mesma contracorrente segue na atualidade, à medida que os ativistas urbanos nas ruas dos Estados Unidos, da Grã-Bretanha e da Europa invocam o espírito de maio de 1968 e modelam suas ações no *ethos punk do it yourself*, na subversão Situacionista e, de maneira diferente, reeditam a crítica Situacionista à sociedade contemporânea.

4. Termos como *face to face*, *do it yourself* e outros, foram mantidos no original inglês em razão do seu uso comum no vernáculo e, sobretudo, em razão de dar mais força e significação ao pensamento do autor. Foram, em sua totalidade, identificados com itálico (NT).

Esta crítica, consequentemente, foi construída sobre o tédio. Em 1953, Ivan Chtcheglov lançou seu *Formulário para um Novo Urbanismo* – um dos documentos de fundação do Situacionismo – com uma negação explícita: "estamos entediados nas cidades, não existe mais nenhum Templo do Sol". Prossegue em tom de explicação e de ameaça: "Não temos a intenção de sustentar a civilização mecanicista e a arquitetura frígida que conduzem, finalmente, aos tediosos prazeres (...) uma doença mental arrasou o planeta: a banalização (...) como as demais razões para o desaparecimento da paixão" (CHTCHEGLOV, 1953). Sofisticando a crítica Situacionista, Raoul Vaneigem conclui de forma similar, identificando o tédio como um dos grandes horrores da vida moderna. "A terra prometida será o reino da morte pacífica", escreveu em *The Revolution of Everyday Life*. "Chega de Guernicas, chega de Auschwitzes, chega de Hiroshimas (...) Bravo! Mas e quanto a esta impossibilidade de viver, esta sufocante mediocridade e esta ausência de paixão (...)? Que ninguém diga que são detalhes menores ou questões secundárias" (VANEIGEM, 2001, p. 35).

Quando tais textos foram expostos nas paredes de Paris em 1968, esta precisa tonalidade permaneceu. "Nós não queremos um mundo onde a garantia de não morrer de inanição traga o risco de morrer de tédio", diz um grafite. Outro denunciava a política do tédio vigente: "Tédio", dizia, "é contrarrevolucionário". Poucos anos depois os *punks* foram igualmente contundentes contra o tédio. Como *manager* do proto-*punk* New York Dolls, em 1974, Malcolm McLaren, de forma inédita, publicou na imprensa a indagação "Quais são as políticas do tédio?" (TAYLOR, 1988, p. 22). Três anos depois, Jamie Reid – o diretor de arte de McLaren e dos Sex Pistols, inspirado nos Situacionistas –, propôs uma resposta do gênero em um pôster que desenhou para a música "Pretty Vacant": o pôster retrata dois ônibus urbanos, o primeiro indicando para "Lugar algum" e o segundo para "Tédio". Jon Savage, historiador de música, argumenta que o conjunto do estilo *punk* "fala de tédio", tornando-se "uma expressão teatralizada da prisão do tédio". "O tédio", acrescenta, "descreveu a política expansiva, obstruída, utópica que se construiu no centro dos Sex Pistols (...) todos envolvidos com os Sex Pistols instintivamente perceberam o aspecto espacial do Tédio e usaram esta retórica como chave" (SAVAGE, 1988, p. 48, 52 e 54; ver HEBDIGE, 1979, p. 27-29).

Assim, como disse, tenho pensado sobre o tédio ultimamente. O tédio parece ter emergido nas últimas décadas como uma espécie de tema subterrâneo, um contexto experimental e conceitual para o ativismo e a crítica, um fio condutor da política, aproximando o passado do presente. Neste sentido, tenho procurado considerar mais as condições sociais e culturais do tédio e suas consequências. Talvez realmente haja uma "política do tédio". Talvez afirmar que o "tédio é contrarrevolucionário" seja revelar algo sobre "políticas utópicas", sobre revoluções reais e imaginárias, sobre as possibilidades de mudança e de justiça social. E talvez o tédio possa nos dizer algo importante sobre crime e, por que não, sobre criminologia.

1. A POLÍTICA E A CRIMINOLOGIA DO TÉDIO

Em sua história literária do tédio, Patrícia Mayer Spacks observa que seu relato "começa na Inglaterra no início do século XVIII, pois o conceito de tédio se forma neste contexto" (1995, p. ix), e acrescenta que:

"Evocações ficcionais (e poéticas) do tédio se multiplicam exponencialmente no século XIX, em parte por razões ínsitas à compreensão geral da modernidade, a qual postula um sujeito isolado em um mundo secularizado e fragmentado, marcado pela perda ou pela incerteza das tradições: uma paradigmática situação de tédio" (1995, p. 219).

Embora seja uma "história literária" do "estado de espírito", as especificações de Spacks em relação ao local e ao tempo, bem como sua invocação da modernidade, sugerem uma história política e econômica do tédio. Em síntese, sugerem que os Situacionistas e outros autores confrontaram não apenas a sua própria apatia ao longo das últimas décadas, mas, algo maior, a emergência e a maturação do tédio moderno.

Se adicionarmos à caracterização da modernidade de Spacks alguns aspectos familiares aos sociólogos – racionalização burocrática, eficiência, rotinização, regulação, padronização –, realmente nos encontramos em uma "paradigmática situação de tédio". De fato, os vários itinerários da modernidade parecem fundir-se claramente num grande mecanismo de tédio. Quando o repetitivo sussurro das fábricas substitui os ritmos do artesanato, o entorpecimento do trabalho

alienado esvazia o significado do trabalho cotidiano e esgota a promessa fraudulenta do progresso moderno. Quando a eficiência se transforma em valor organizacional e cultural, proliferam previsibilidades, relatórios estatísticos emergem como medida de valor e o desenvolvimento pessoal e individual torna-se luxo que muitas organizações modernas não podem suportar. Quando a obediência a regras externas de regulação racionalizada define o sucesso e até mesmo a moralidade, a mesmice se torna uma virtude, a independência do pensamento um problema e os manuais literatura essencial do cânone moderno.

Ao olhar para a longa trajetória de amadurecimento do mundo moderno, podemos ver, na verdade, a institucionalização coletiva do tédio nas práticas do dia a dia – e, pior, institucionalizado no contraponto existencial do *ethos* moderno de participação democrática e significativa do cidadão na construção da vida cotidiana. O divórcio produzido por Frederick Taylor entre trabalho intelectual e trabalho manual para a construção da perfeitamente previsível "máquina humana" (*Southwest*, 1915, p. 19); o ataque de Henry Ford ao "desperdício de movimentos" (BRAVERMAN, 1974, p. 310n) ao projetar a mecânica da linha de montagem; a burocracia moderna, "eliminando do trabalho formal o amor, o ódio e todos os elementos puramente pessoais, irracionais e emocionais que escapam ao cálculo racional" (WEBER, 1949, p. 216) –; em cada traço a mesma trajetória de embotamento. Seguindo e reforçando este itinerário, as escolas públicas emergem como centros de treinamento para o novo tédio, laboratórios para a sublimação da individualidade em eficiência disciplinar; e para aqueles insuficientemente socializados na nova ordem, o manicômio, a prisão e o centro juvenil são oferecidos como instituições dedicadas ao reforço do tédio. Contra esta tendência, ao que parece, uma revolução é lançada – à exceção do fato de Lenin ter abraçado ansiosamente o taylorismo e procurado adaptá-lo às "organizações da administração soviética" (BRAVERMAN, 1974, p. 12). E hoje? "Poderíamos considerar os empregados das redes de *fast food*, das 'maquiladoras' mexicanas e das modernas universidades, suas vidas e emoções profissionais gerenciadas com a mesma eficiência de uma linha de montagem" (HOCHSCHILD, 1983).

E então, a mesma engrenagem da modernidade que massificou essas condições cotidianas de tédio foi responsabilizada por ter produzido seus contrapontos e seus corretivos: um novo mundo cultural de entretenimento controlado e excitações preconcebidas, disponíveis tanto para o operário quanto para o professor. E ainda, ao que parece, cada momento de excitação oferecido serviu apenas para amplificar o ritmo vazio da vida cotidiana. Thorstein Veblen compreendeu isto cedo; ele sabia que as esteiras da linha de montagem de Henry Ford zuniam dentro e fora da fábrica. "Para aproveitar com eficácia o que é oferecido pelas engrenagens da rotina, no trabalho e no lazer, soldo e recreação", Veblen escreveu em 1914, o consumidor deve saber facilmente o que está acontecendo e como e em quais quantidades e a que preço e onde e quando (...) A simples mecânica da conformidade com o cronograma de vida implica grau de discernimento treinado (1990, p. 313-314).

A Escola de Frankfurt, nos anos 40, também compreendeu – compreendeu que o tédio e suas alternativas massificadas formavam um fechado círculo de controle, uma espiral de consumo vazio. "A indústria cultural frauda infinitamente seus consumidores com suas intermináveis promessas. A promissória dos prazeres emitida e embalada em parcelas é indefinidamente prolongada", escreveram Horkheimer e Adorno (2002, p. 111). "O entretenimento promove a resignação que procura esquecer a si mesma no entretenimento" (2002, p. 113). Por fim, os Situacionistas igualmente entenderam, observando com horror, como o tédio, a alienação e o estranhamento extrapolavam os limites da fábrica em direção à totalidade da vida cotidiana. Ocupando "a maior parte do tempo vivido fora da produção moderna", o espetáculo, arguiu Debord, torna-se "o *modelo* atual da vida social dominante", seja experimentado como "informação ou propaganda, como publicidade ou entretenimento de consumo direto" (1983, p. 6, grifos no original). Vaneigem foi mais explícito:

"A sociedade emergente é uma sociedade de *voyeurs*. A cada um o seu [sic] próprio caleidoscópio: um pequeno estalar de dedos e a imagem muda (...) Mas esta monotonia das imagens que consumimos assume o controle (...) A mesma energia é arrancada do trabalhador no seu [sic] horário de expediente *e* nas suas [sic] horas de lazer, e

isto faz girar as turbinas do poder" (2001, p. 25-26, grifos no original).

Assim, ao que parece, aqueles que se encontram presos sob as ruínas do tédio moderno encontram pequeno alívio no trabalho ou no consumo – em realidade, seu tédio torna-se mais visceral que tudo, mais insuportável que tudo, enquanto promessas não cumpridas de excitação em massa se acumulam, e o *ethos* modernista do trabalho qualificado e da participação democrática torna-se apenas mais um embuste. Cercadas por todos os lados, as contradições do tédio moderno criam uma tensão de proporções Mertonianas (1938), uma disjunção existencial entre expectativas e experiências. O que fazer então com esta claustrofobia cultural tão letal que parece sufocar qualquer tentativa de fuga?

Desespero existencial é uma opção, um refúgio Mertoniano frente ao sonambulismo fatal. Resistência é outra. Mesmo quando Taylor e Ford calibravam seus instrumentos de organização do tédio, movimentos radicais como *Industrial Workers of the World* (os *Wobblies*), por exemplo, organizavam-se contra esta situação. Concebendo sabotagem como a "revogação consciente da eficiência" (KORNBLUH, 1998, p. 37; VEBLEN, 1948), os *Wobblies* praticaram-na para interromper processos laborais de repetição alienante. De igual forma, os *Wobblies* empregaram poemas, parábolas, músicas, brincadeiras, paródias e quadrinhos em suas ações diárias; entoaram hinos *Wobbly* durante greves e brigas de rua; encenaram a céu aberto. Os *Wobblies* eram, intencionalmente, antitédio.

Um século depois, grupos como *Critical Mass* e *Reclaim the Streets* igualmente adotam postura contra o tédio. Combinando ativismo em duas rodas e revolução cultural, os participantes do *Critical Mass* definem suas exuberantes jornadas ciclísticas não como um protesto político tradicional, mas como uma celebração *do it yourself* animada por música, ornamentos e brincadeiras. Na mesma linha, os ativistas do *Reclaim the Streets* se insurgem contra a regularidade da vida moderna e ocupam as ruas das cidades para realizar festivais comunitários espontâneos de prazer e criatividade. Para este e outros grupos, o objetivo é "quebrar a rotina" do tédio diário e reinstaurar no cotidiano a possibilidade do inesperado.

É uma longa trajetória dos *Wobblies* aos Situacionistas, e daí aos *punks* e ao *Critical Mass* e ao *Reclaim the Streets*; e todos parecem encontrar no repúdio ao tédio moderno um ponto em comum. "A sociedade que suprime todas as aventuras", que instaura o tédio coletivo nas práticas da vida cotidiana, parece excluir quem se aventura a abolir este mundo. Neste sentido, como argumentaram os Situacionistas, o tédio é realmente contrarrevolucionário – se por revolução entendermos a luta contra a moderna e desumanizadora padronização da experiência e a mercantilização da emoção. Como Vaneigem, aqueles que travam esta luta pela "revolução da vida cotidiana" visualizam situações efêmeras de risco e de incertezas. "Nós apenas organizaremos a detonação", dizem os Situacionistas. "A livre explosão deve sempre escapar de nós e de qualquer outro controle para sempre" (MARCUS, 1990, p. 179-180).

E ainda que um importante qualificador para qualquer forma livre de solução ao tédio organizado, situações explosivas – sejam eventos do *Critical Mass* ou de *punk street music* – são comumente e cada vez mais consideradas ilícitas pelas autoridades, emergindo alheias aos benefícios da legalidade. E existem outras incontáveis insurreições, pequenas revoluções contra a rotina do dia a dia, igualmente contrárias ao marasmo e à lei. Voando com *skydivers*, dirigindo motocicletas em alta velocidade, Stephen Lyng encontra em situações-limite ou de risco (*edgework*)[5] uma experiência intoxicante que se

5. O termo *edgework* é utilizado por Jeff Ferrel e Stephen Lyng para designar "situações limite", "situações de risco". Em outros momentos do texto, Ferrel utilizará *edgeworkers* para referir pessoas que vivem *on the edge of danger* ("na iminência do perigo") – *on the edge* significa "na beira", "na borda", "no limite". Se a tradução de *edgework* como "situações limite" ou "situações de risco" permite que o leitor encontre o significado mais próximo do original, o mesmo não ocorre com o termo *edgeworkers*. Em distintos momentos do texto a tradução poderia variar, conforme o contexto utilizado pelo autor, podendo ser compreendido como "aventureiros", "ativistas" ou, inclusive, em alguns casos, como "vanguarda". Desta forma, optou-se por traduzir *edgework* e manter *edgeworkers* no original em inglês. Sobre o tema, conferir a obra organizada por Stephen Lyng e Jeff Ferrell: *Edgework: The Sociology of Risk* (London: Routledge, 2004), na qual Ferrel publicou artigo intitulado: The only possible adventure: Edgework and Anarchy (NT).

contrapõe a "um sistema social identificado com conflitos de classe, alienação e ao imperativo do consumo" (1990, p. 869). Dirigindo em alta velocidade estas mesmas motocicletas, depois submergindo nas aventuras do *hip hop* e do grafite *underground*, eu (FERRELL, 1996) encontrei na "descarga de adrenalina" a mesma vívida experiência e emotiva resistência ao controle racionalizado. Dragan Milovanovic, Stephen Lyng e eu (FERRELL et al, 2001) registramos uma recuperação emocional da enfraquecida identidade humana nas experiências radicais de alto risco dos *Base jumpers*. Mike Presdee (2000) documenta a dissolução do carnaval na atomização da moderna sociedade de massa, exumando suas emoções remanescentes despedaçadas para encontrar alguns fragmentos perigosos atualmente regulados, até mesmo criminalizados; outros revendidos como excitação mercantilizada. Jack Katz explora momentos de sensual excitação nos quais "os protagonistas (...) vibram com a possibilidade de expansão de si mesmos" (1988, p. 73) – momentos que Pat O'Malley e Stephen Mugford caracterizam como "reação contra o mundano, contra a racionalidade secularizada e contra as (especiais) formas (modernas) do ambiente em que estão inextricavelmente implicados" (1994, p. 190).

Juntos, esses estudos – frequentemente agrupados sob a rubrica da "criminologia cultural" – revelam grupos criminosos ou criminalizados ocupados com a invenção de inúmeras experiências que violam o projeto modernista do tédio. A utilização de técnicas de sobrevivência cuidadosamente desenvolvidas em situações perigosas, a integração momentânea entre práticas artísticas e aventuras ilícitas, a adoção de rituais emotivos que antecedem a racionalidade pré-moderna – tudo isso sugere experiências antitédio precisamente porque recapturam, ainda que momentaneamente, a urgência da experiência humana autônoma. Sugerem uma questão maior: determinados crimes cometidos contra a pessoa ou contra a propriedade não seriam ações contra o tédio?

Vaneigem oferece uma resposta: "homicida de dezesseis anos de idade recentemente explicou: 'fiz isto porque estava entediado' " (VANEIGEM, 2001, p. 42-43). E Vaneigem nos conta algo pior: "qualquer pessoa que tenha sentido impulso autodestrutivo brotando dentro de si sabe que em decorrência do marasmo pode vir a matar os gestores do seu tédio". Posteriormente revela algo sobre os crimes de

uma ordem social tão entediante que proporciona somente "mortes a longo prazo".

"Um mundo que nos condena a uma morte sem sangue é naturalmente obrigado a propagar o gosto pelo sangue... o desejo de viver é apoderado espontaneamente pelas armas mortíferas; assassinato sem sentido e sadismo florescem. A destruição da paixão renasce como paixão pela destruição" (2001, p. 162).

Respostas como estas confirmam que os criminólogos devem seguir investigando as circunstâncias do tédio coletivo, historicamente estruturadas e negociadas a cada situação. Tais circunstâncias estupidificadoras moldam não apenas os momentos de excitação ilícita, mas as políticas dos movimentos sociais e as dinâmicas da rebelião cultural; para os *Wobblies* e os Situacionistas, assim como para os *Base jumpers* e os grafiteiros, o tédio constitui, na prática, o insuportável símbolo da modernidade. Na vida cotidiana a alienação não é uma categoria marxista e a racionalização não é um conceito weberiano; a alienação e a racionalização modernas, ao contrário, são uma interminável monotonia, uma doença incapacitante e, para alguns, uma morte lenta que "esvazia o horror da morte real" (VANEIGEM, 2001, p. 163).

Olhando o tédio sob este aspecto, vemos a longa história da modernidade tardia se desdobrar. Conforme Jock Young (2003) e Mike Presdee (2000) nos relembram, descobrimos que o criminoso, o consumidor e o revolucionário cultural são provavelmente mais parecidos que diferentes – para eles o tédio cria certo vazio comum. Afinal, a procura desesperada de vida em meio ao mortificante tédio, a fronteira entre o prazer e a dor, entre o crime e a comodidade, pode ser, de fato, sutil. Este caminho repleto de respeitáveis agitadores, bradando letras musicais, encontrando afirmação num cântico *punk* ao tédio, pode estar mais próximo da anarquia criminosa do *Reclaim the Streets* e da fugaz excitação de uma perseguição de carro roubado do que muitos gostariam de imaginar. "Uma pessoa injeta heroína em suas veias pela mesma razão que você aluga um vídeo", afirma o poeta Joseph Brodsky (RIVENBERG, 2003, p. 1): "para esquivar-se da redundância do tempo".

No mesmo sentido, o tédio nos proporciona uma abertura emotiva e experimental através da qual podemos visualizar as falhas do

projeto modernista. O tédio emitido pelos escaninhos dos escritórios e pelos *shoppings* não é infeliz efeito colateral; ele decorre diretamente dos processos de desumanização e das promessas fraudulentas sobre as quais são gerados. Tais situações são entediantes precisamente porque são sistematicamente drenadas das habilidades e das possibilidades humanas, a despeito da incerteza e da surpresa inerentes à criatividade à sua condição. Elas compartilham a supressão intencional da possibilidade humana e a preclusão de variações de ritmo, significado e intenção; implacáveis na gestão do detalhe, deixam espaço apenas para o tédio e as suas consequências. Assim, enquanto alguns morrem um pouco a cada dia, outros procuram destruir o tédio instituído, ora com uma lata de *spray*, ora com repentinas interrupções do tráfego de automóveis. E em várias destas grandes e pequenas revoluções, é evidente a procura de algo além da excitação. A excitação, ao que parece, representa um meio para se chegar a um fim, um fragmento daquilo que emerge como um antídoto ao tédio moderno: o envolvimento humano (FERRELL, 2004).

Excitação, envolvimento, manifestações ilícitas e possibilidades de insurreição, arremessados contra a implacável máquina do tédio moderno – isto sugere algo mais.

2. E NADA A PERDER ALÉM DO TÉDIO

Se ampliarmos ainda mais nossa análise sobre o tédio organizado – desta vez para incluirmos nossas práticas institucionais e profissionais como criminólogos – descobriremos uma trajetória paralela: da mesma forma que as outras instituições modernas, ao longo dos anos, esforçaram-se para expurgar a inventividade e a criatividade da vida cotidiana, o moderno instrumental da criminologia tem atuado de forma a eliminar a artesania criativa das investigações criminológicas alternativas.

Assim como nas fábricas, as agências oficiais e o mercado de trabalho foram racionalizados em nome do controle eficiente; a investigação criminológica é moldada conforme a eficiência científica, desumanizando os seus pesquisadores e aqueles aos quais se propõem investigar e controlar. Da mesma forma que a longa evolução da modernidade organizou o tédio coletivo, a evolução da moderna criminologia produziu a uniformização do tédio entre os seus

investigadores, seus estudantes e seus prisioneiros. E ainda, da mesma forma que o sistemático tédio moderno provocou revolta contra si mesmo – revoltas que inventaram o envolvimento e a excitação –, a inércia imobilizante do pensamento criminológico dominante originou, mais de uma vez, suas tensas contracorrentes.

Patricia e Peter Adler têm sustentado que vários trabalhos fundacionais na criminologia emergiram de uma abordagem idiossincrática e impressionista à pesquisa etnográfica, que em meados do século XX foi usurpada por "uma tradição de pesquisa de opinião que, desde então, perdura na disciplina" (1998, p. xiii). Descrevendo tendência semelhante, Joe Feagin, Tony Orum e Gideon Sjoberg (1991) igualmente argumentam que a "produção acadêmica sociológica dominante" – rotina eficiente de produção dos relatórios de pesquisa – impôs-se, ao longo do tempo, aos compromissos intelectuais mais profundos da "teoria sociológica" como forma de alcançar sucesso e realização profissional. Nos Estados Unidos, pelo menos, este deslocamento em direção às metodologias de pesquisa racionalizadas e às quantificações objetivas da produção intelectual tem sido reproduzido nas próprias universidades – organizações cada vez mais pautadas por práticas de gestão corporativas e por uma cultura burocrática de controle atuarial. Para os criminólogos norte-americanos, especialmente, esta máquina acadêmica tem sido cada vez mais associada, através das agências de justiça criminal e dos financiamentos públicos de pesquisa, a uma igualmente desumanizadora máquina estatal de vigilância, aprisionamento e controle. Não causa surpresa que Patricia e Peter Adler tenham nominado o presente período como "O Período Obscuro" (1998, p. xiv) – embora "Tempos Modernos" pudesse ser mais adequado.

Em consequência, o pensamento majoritário da criminologia acadêmica atual pode apenas ser descrito como... entediante. Assim como outras formas modernas de tédio, esta apatia acadêmica é resultado direto de suas condições de produção e da rotina metodológica e analítica imposta aos seres humanos, cujo objetivo é extrair de suas vidas dados áridos e objetivos. A vívida agonia da experiência da vitimização pelo crime reduzida em empirismo abstrato; a sensualidade do evento ilícito tabulada e reduzida a notas de rodapé – seria um feito notável de saneamento público, suponho, se não fosse tão

entediante. Recordando também os mecanismos de supervisão burocrática a que esses conjuntos de dados foram submetidos para serem impressos, percebe-se que os textos revelam precisamente aquilo que os Situacionistas anunciaram: um mundo intelectual no qual toda aventura foi, de fato, abolida.

Contudo os criminólogos têm se revoltado contra o manifesto tédio da criminologia em mais de uma oportunidade. Há, por exemplo, o que o casal Adler denomina de períodos de "Renascença" e de "Expressionismo Abstrato" (1998, p. xiii-xiv) da criminologia e da sociologia norte-americana – períodos em que a ascensão das pesquisas de opinião/empirismo abstrato no pensamento dominante foi alterada pela emergência das vívidas etnografias subculturais. Na mesma época, a Grã-Bretanha vivencia um momento de abandono e renúncia que Sir Leon Radzinowicz (YOUNG, 2003) lembra como dos "estudantes desobedientes": momento de emergência da *National Deviancy Conference* (NDC) e de múltiplas inovações no estudo do crime e da cultura. A descrição de Jock Young (2003) da NDC como "herética, irreverente, transgressiva e, sobretudo, divertida", confirma o que os seus livros e os seus artigos há muito comprovaram: não era... entediante. E hoje a criminologia cultural não é, igualmente, entediante.

Por que não? Suspeito que mesmo os críticos mais severos da criminologia cultural, advindos do pensamento criminológico dominante, concordam que não é entediante – e argumentam: é exatamente este o problema. Assim como outros autores de estudos culturais, argumentam que os criminológos culturais se rendem à cultura popular, selecionando e escolhendo dentre os detritos culturais esquisitices e atrevimentos. Conforme aduzem, a criminologia cultural consegue gerar interesse ao reapresentar estes temas degradados com estilo próximo ao romântico ou à narrativa, em detrimento da análise científica.

Mas na atualidade, eu argumentaria, o elemento sedutor da criminologia cultural não diz respeito ao seu tema; afinal, o mesmo tema, os mesmos desviantes e viciados em adrenalina, poderiam ser facilmente reduzidos a abstrações tabuladas – isto é, reduzidos ao tédio – por qualquer empirista metafísico competente. Ao contrário, a sedução, o vigor da criminologia cultural advém do seu *envolvimento* com os temas de investigação e de sua vontade de confrontar as condições socioculturais do tédio que permeiam a prática da criminologia

oficial. Dito de outra forma, o ataque dos criminólogos culturais ao tédio se origina tanto na política de sua teoria e do seu método quanto na promessa dos seus temas de estudo. Assim, à medida que os criminólogos culturais procuram reumanizar os processos de investigação e de análise criminológica, reproduzindo o trabalho dos *Wobblies* e dos Situacionistas, dos *edgeworkers* e dos ativistas do *Reclaim the Streets*, travam uma batalha contra o tédio que é, como estas outras, ao mesmo tempo, resistência intelectual e transgressão desorganizada. Em particular, travam uma batalha através do método e de instantes.

3. Método

A importação de metodologias "científicas" para a criminologia com a esperança de que se identifique como objetiva ciência social do crime é similar, portanto, à introdução do gerenciamento científico nos escritórios e fábricas: ambos resultam na desumanização sistemática das pessoas envolvidas e na institucionalização generalizada do tédio. Assim como o tédio do modernismo resulta da redução das questões humanas a categorias racionalizadas de trabalho e de consumo, o tédio do discurso criminológico deriva, em grande medida, da elaboração de metodologias que visam explicitamente reduzir as questões humanas a categorias cuidadosamente controladas de quantificação e cruzamento de dados. Assim como o tédio do modernismo é derivado da sistemática exaustão das incertezas e possibilidades da vida cotidiana, o tédio do pensamento criminológico resulta, em grande parte, dos projetos metodológicos direcionados, de forma igualmente explícita, a excluir a ambiguidade, o inesperado e o "erro humano" da pesquisa criminológica. Alinhadas aos aparatos estatais de controle em torno de fins comuns, estas metodologias levam à falência a promessa de uma produção acadêmica significativa, tornando-se, ao invés disso, a base para o tipo de "criminologia judicial" descrita por Ned Polsky (1998, p. 136) – a criminologia do "tecnólogo ou do engenheiro moral".

Enquanto nenhum método define a criminologia cultural, as metodologias etnográficas têm sido amplamente utilizadas como uma via alternativa para análise das dinâmicas do crime e da cultura, pois, conforme sustenta Paul Willis, tais metodologias oferecem "uma sensibilidade aos significados e aos valores, bem como uma capacidade

de representar e interpretar as articulações simbólicas, as práticas e as formas de produção cultural" (1977, p. 3). Proporcionando vulnerabilidade, humildade, risco e profundo envolvimento com os temas de estudo, tais metodologias proporcionam resgatar o fazer criminológico da criminologia judicial de racionalização científica e objetificação metodológica. Conduzidos adequadamente, os estudos etnográficos são impregnados de imprevisibilidade e de incerteza. Por natureza, tais investigações são profundamente ineficientes, elas seduzem o investigador a desviar-se dos cronogramas profissionalmente adequados para o mundano subterrâneo da vadiagem e dos atrasos. Por definição, tais estudos incorporam o significado cultural das pessoas estudadas, e assim afirmam a sua complexa humanidade que, de outra forma, são reduzidas a resíduos estatísticos e às perigosas ambiguidades do crime e do controle social que desaparecem com a pseudocerteza da "ciência social".

Desta forma, os estudos e as sensibilidades etnográficas frequentemente produzem, em todos envolvidos, um nível de envolvimento e excitação ausente nas eficientes acumulações de dados. Assim como o trabalho artesanal qualificado produz idiossincráticos desenhos inimagináveis nas repetições das linhas de montagem, a habilidade na pesquisa e na escrita etnográfica produz vívidas imagens, excêntricos *insights* e fragmentos ilícitos que permanecem inimagináveis, para não dizer ingerenciáveis, nas metodologias objetificantes. Ao seguir visualizando os etnógrafos e o seu público no interior de significados culturais marginalizados e tensas circunstâncias sociais, as metodologias etnográficas não se constituem em métodos, mas em um estilo de vida para aqueles dispostos a explorar as texturas incertas e em desenvolvimento do crime e do seu controle. Permitem, pois, que nos percamos de nós mesmos e das nossas habilidades como pesquisadores inseridos em série de eventos ilícitos e, com isso, coloquemos em marcha uma criminologia de instantes.[6]

6. Embora possível realizar tradução literal do que o autor denomina *criminology of moments*, em razão da existência de cognato na língua portuguesa, o termo *moments* foi traduzido por "instantes", cujo significado é idêntico e, sobretudo, permite maior adequação e significados eufônicos (NT).

4. Instantes

Várias revoltas políticas e culturais contra o tédio moderno compartilharam de uma estratégia comum: a criação de instantes que transcendem as estruturas do tédio; e, ao fazê-lo, incorporam dinâmicas próprias de envolvimento e excitação. Empregando armas culturais como a *détournement* (radical inversão do significado) e a *dérive* (vagar desorientado pela paisagem urbana), os Situacionistas procuraram contornar os símbolos do tédio moderno, e assim criar instantes epistemologicamente instáveis, contrários à compreensão tradicional, com objetivo de subverter o marasmo da vida cotidiana. Esquivando-se da política representativa e do planejamento de longo prazo, *Critical Mass* e *Reclaim the Streets*, do mesmo modo, adotam a dinâmica da ação direta, procurando criar instantes de celebração nos quais os prazeres espontâneos da interação furtiva recuperam as ruas da escravidão do tráfego e do comércio. Aqueles que buscam situações-limite e adrenalina se engajam neste tipo de revolução descontínua, encontrando efêmera união entre habilidade e aventura em momentos que duram somente até que o paraquedas se abra ou a tinta seque. Todos estes grupos combatem o tédio com instantes de excitação, criando o que Hakim Bey chama de "zonas temporárias de autonomia" (1995, p. 39) de envolvimento humano, e de possibilidades esculpidas a partir da alienação previsível da existência cotidiana. E para todos estes grupos, estes instantes não são apenas meios para uma revolução maior: eles *são* a revolução, a revolução do dia a dia que mantém a urgência humana e a excitação do desvio, precisamente porque não perdura (Ferrell, 2004).

Embora a pesquisa etnográfica frequente e apropriadamente se desenvolva como projeto de longo prazo, são estes instantes, ao que parece, que definem seu potencial – e isto, por sua vez, define a urgência experimental e a vivacidade teórica da criminologia cultural. Ao realizar projetos etnográficos, os criminólogos culturais são capturados por situações que um *edgeworker* apreciaria, momentos nos quais habilidades analíticas colidem com incerteza e perigo. Perdendo-nos, liberando nossas habilidades de pesquisadores, encontramos nestes instantes algo além do que poderíamos imaginar; descobrimos que, como os *edgeworkers* e os ativistas do *Critical Mass*, somos levados para além das fronteiras do cotidiano. Assim como os

Situacionistas, nossa crítica emerge na base fenomenológica da experiência: sua elegância é polida pelo atrito cotidiano do crime e do seu controle. Insurgindo-se contra "aquela obstinada preferência inglesa pelo particular, pela coisa em si" (HEBDIGE, 1988, p. 12), a análise torna-se dinâmica; entrelaçados às "inúmeras pequenas desordens angelicais" (KEROUAC, 1955, p. 172), *insights* analíticos assumem as pulsantes texturas da experiência vivida.

Recentemente, por exemplo, enquanto revirava uma pilha de lixo nos fundos de uma mansão, encontrei Thorstein Veblen. Envolvido em uma longa pesquisa etnográfica sobre os catadores urbanos e ilegais de lixo (FERRELL, 2005), tenho passado bastante tempo entre pilhas de sucata – e um dia, atrás desta grande mansão, descobri uma série de regalos festivos caros, decorações e presentes de bebês, muitos ainda novos, embrulhados em suas caixas, resultado de um chá de fraldas organizado apenas por ostentação. E lá estava Veblen (1948, p. 112 e 116), lembrando-me que em uma sociedade definida pela aquisição de mercadoria, o consumo se torna não apenas insigne, mas "honorífico", até mesmo "cerimonial", um ritual e uma dependência em movimento, sobretudo uma questão de simbolismo e *status*.

Em outras ocasiões encontrei-me partilhando instantes com Jean Genet. Ele estava lá numa tarde em que uma velha sem-teto e eu revirávamos uma montanha de lixo, observando como ela generosamente me deixava escolher as peças de roupa que retirava dos escombros. Ele estava lá, no depósito de sucata contando histórias com os velhos catadores – um grupo triste, porém independente, que provavelmente usa adesivos "Amo meu Patrão – Sou Autônomo" nos para-choques traseiros de seus carros velhos. Genet estava presente no dia em que conheci um sem-teto desdentado dirigindo uma bicicleta que havia construído com sucata; estava, igualmente, em outro dia, quando conheci um velho que catava enquanto conduzia sua cadeira de rodas pela sarjeta. Considerando este império que existe apenas nas áreas marginais, Genet lembrou seu próprio império de marginalidade existencial. "Nunca tentei fazer dele algo diferente daquilo que realmente era", dizia. "Nunca tentei adornar, mascarar, mas, ao contrário, procurei afirmar sua exata sordidez, e os signos mais sórdidos tornaram-se para mim signos de grandeza" (1964, p. 19).

Neste sentido, não consigo encontrar um momento etnográfico longe de Max Weber. Sua noção de *verstehen* se impõe sempre que me

envolvo com a generosidade e com a ingenuidade daqueles exilados que se encontram às margens da ordem (WEBER, 1949 e 1978; FERRELL, 1997). Faz-se presente, com regularidade, em outro dos meus projetos de pesquisa: a documentação dos santuários de beira de estrada construídos por familiares e amigos que perderam seus entes queridos para a violência do trânsito (FERRELL, 2003). Em alguns momentos a compaixão se apossa de mim à beira da rodovia quando um carro cruza em alta velocidade, oferecendo uma visceral proximidade da morte violenta. Em outros momentos são os próprios santuários, com fotos de crianças órfãs, pregadas nas cruzes, enunciando "nós amaremos você para sempre". E certa feita, num isolado santuário, enquanto descobria moedas, presentes e notas de comiseração lá deixados, Émile Durkheim (1933) surgiu, lembrando-me que estes santuários representam uma comunidade simbólica, uma vívida solidariedade social que emerge da morte solitária.

Em momentos como este, nós, criminólogos culturais, reinventamos o mundo moderno ao mirá-lo atentamente. Circulando por becos ou grandes rodovias, encontramos em cada nova pilha de lixo ou santuário de beira de estrada uma surpresa epistemológica, uma fronteira de possibilidade e de compreensão. Ao longo da estrada, instantes de *détournement* abrem-se à medida que a urgência sensual das situações se entrelaçam com nossas predileções analíticas de subverter os tradicionais entendimentos sobre segurança, decência, criminalidade e lei. Tais instantes faíscam de possibilidade humana e excitação intelectual, porque fundamentam análises na experiência – e porque situam nossas análises e experiências no interior das vidas cotidianas dos outros. Envolvidos com a generosidade do catador sem-teto, confrontados com a trágica beleza do santuário de beira de estrada – perdidos em cada um dos instantes que restauram a criminologia cultural – recrutamos a ajuda daqueles que estudamos para sabotar a máquina de tédio e desumanização que define a modernidade e a moderna criminologia.

Se continuarmos nesta linha de confrontação do tédio organizado das massas obedientes – se continuarmos construindo uma orientação que seja "ética, irreverente, transgressiva e, sobretudo, divertida" – talvez possamos transformar a criminologia cultural em uma revolução do cotidiano. O mais provável é que isto não ocorra, mas é sempre assim. Até mesmo Vaneigem, que compreendeu tais

probabilidades como ninguém, estava disposto a apostar neste "pressentimento de que a paixão pela vida estava" aumentando. Eu também estou disposto a fazer esta aposta em nome da criminologia cultural. Afinal de contas, "nós temos um mundo de prazer para conquistar", Vaneigem escreveu, "e não temos nada a perder, a não ser o tédio".

5. Referências bibliográficas

Adler, Patricia A; Adler, Peter. Foreword: Moving Backward. In: Ferrell, Jeff; Hamm, Mark S. (eds.). *Ethnography at the Edge*. Boston: Northeastern University Press, 1998. p. 12-16.

Bey, Hakim. Primitives and extropians. *Anarchy*, n. 4, vol. 14, 1995, p. 39-43.

Braverman, Harr. *Labor and monopoly capital*. New York: Monthly Review, 1974.

Carlsson, Chris. Cycling under the Radar. In: Carlsson, Chris (ed.). *Critical mass: bicycle's defiant celebration*. Oakland: AK, 2002. p. 75-82.

Chtcheglov, Ivan. Formulary for a New Urbanism. 1953. Disponível em: [www.bopsecrets.org].

Debord, Guy. *Society of the spectacle*. Detroit: Black and Red, 1983 [1967].

Durkheim, Émile. *The division of labor in society*. New York: Free Press, 1933.

Feagin, Joe; Orum, Anthony; Sjoberg, Gideon (eds.). *A case for the case study*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1991.

Ferrell, Jeff. *Crimes of style*. Boston: Northeastern University Press, 1996.

____. Criminological Verstehen. *Justice Quarterly*, n. 1, vol. 14, 1997, p. 3-23.

____. *Empire of scrounge*. New York: New York University Press, 2005.

____. Speed Kills. *Critical Criminology*, n. 3, vol. 11, 2003, p. 185-198.

____. *Tearing down the streets*. New York: Palgrave/St. Martin's/Macmillan, 2001/2002.

____. The only possible adventure: Edgework and Anarchy. In: _____; Lyng, Stephen (eds.). *Edgework: The sociology of risk*. London: Routledge, 2004.

____; Milovanovic, Dragan; Lyng, Stephen. Edgework, Media Practices, and the Elongation of Meaning. *Theoretical criminology*, n. 2, vol. 5, 2001, p. 177-202.

Genet, Jean. *The thief's journal*. New York: Grove, 1964.

Hebdige, Dick. *Hiding in the light*. London: Routledge, 1988.

____. *Subculture: The meaning of style*. London: Methuen, 1979.

HOCHSCHILD, Arlie R. *The managed heart*. Berkeley: University of California Press, 1983.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialectic of enlightenment*. Stanford: Stanford University Press, 2002 [1944/1947].

KATZ, Jack. *Seductions of crime*. New York: Basic Books, 1988.

KEROUAC, Jack. *On the road*. New York: Viking, 1955.

KORNBLUH, Joyce. *Rebel Voices: An IWW Anthology*. Chicago: Charles H. Kerr, 1998.

KUNSTLER, James Howard. *The geography of nowhere*. New York: Touchstone, 1993.

LYNG, Stephen. Edgework: A social psychological analysis of voluntary risk taking. *American Journal of Sociology*, n. 4, vol. 95, 1990, p. 851-86.

MARCUS, Greil. *Lipstick traces*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

MERTON, Robert K. Social Structure and Anomie. *American Sociological Review*, n. 5, vol. 3, 1938, p. 672-682.

O'MALLEY, Pat and Stephen Mugford. Crime, Excitement, and Modernity. In: BARAK, Gregg (ed.). *Varieties of criminology*. Westport: Praeger, 1994. p. 189-211.

POLSKY, Ned. *Hustlers, beats, and others*. New York: Lyons Press, 1998.

PRESDEE, Mike. *Cultural criminology and the carnival of crime*. London: Routledge, 2000.

RIVENBERG, Roy. The Boredom Epidemic. *Fort Worth Star-Telegram*, n. 1, vol. 5, mar. 2003.

RODRIGUEZ, Joseph. *East Side Stories: Gang Life in East LA*. New York: Power House, 1998.

SAVAGE, Jon. The Great Rock'n 'Roll Swindle'. In: TAYLOR, Paul (ed.). *Impresario: Malcolm McLaren and the British New Wave*. Cambridge: MIT, 1988. p. 45-58.

Southwest: Southern Industrial and Lumber Review Houston, maio, 1915.

SPACKS, Patricia Meyer. *Boredom: the literary history of a state of mind*. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

TAYLOR, Paul. The Impresario of Do-it-Yourself. In: TAYLOR, Paul (ed.). *Impresario: Malcolm McLaren and the British New Wave*. Cambridge: MIT, 1988. p. 11-30.

VANEIGEM, Raoul. *The Revolution of Everyday Life*. London: Rebel Press, 2001[1967].

VEBLEN, Thorstein. Conspicuous consumption. In: LERNER, Max (ed.). *The Portable Veblen*. New York: Viking, 1948. p. 111-40.

____. *The Instinct of Workmanship and the State of the Industrial Arts*. New Brunswick: Transaction, 1990.

WEBER, Max. Bureaucracy. In: GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (eds.). *From Max Weber*. New York: Oxford University Press, 1976. p. 196-244.

_____. *Economy and society*. Berkeley: University of California Press, 1978.

_____. *The methodology of the social sciences*. New York: Free Press, 1949.

WILLIS, Paul. *Learning to labour*. New York: Columbia University Press, 1977.

YOUNG, Jock. Critical criminology in the twenty first century. 2003. Disponível em: [www.malcolmread.co.uk].

47745

IV SISTEMA PRISIONAL

1
Liberdade religiosa e prisão

JOSÉ DE JESUS FILHO

Assessor jurídico da Pastoral Carcerária Nacional e representante no Brasil da CURE International (Citizens United for Rehabilitation of Errants).

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O presente artigo tem como fim discutir desde as perspectivas sociológica e jurídica os temas da liberdade e assistência religiosas nas prisões do Brasil e apresentar possíveis soluções para suprir a deficiência legislativa presente atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o autor, os entraves para o pleno gozo da liberdade religiosa na prisão e o respectivo direito à assistência religiosa são reflexos da lacuna normativa e da equivocada compreensão do papel da religião na prisão.

PALAVRAS-CHAVE: Religião – Liberdade religiosa – Assistência religiosa – Execução penal – Sistema penitenciário.

ABSTRACT: The aim of this paper is to discuss, from a sociological and legal perspective, the topics of religious freedom and religious assistance within the Brazilian prison system and to present feasible solutions that would put an end to a legislative deficiency which exists in the current Brazilian legal framework. According to the author, the obstacles to fully enjoy the freedom of religion and its respective right to religious assistance reflect the normative gap and the wrong understanding of the role of religion in prisons.

KEYWORDS: Religion – Religious freedom – Religious assistance – Criminal execution – Prison system.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Marco teórico – 3. Função da assistência religiosa nas prisões: 3.1 A relação entre religião e sistema prisional na história; 3.2 Funções intrínsecas e extrínsecas: 3.2.1 Disciplinária; 3.2.2 Redentora; 3.2.3 Corretiva; 3.2.4 Controle externo – 4. Modelos de assistência religiosa – 5. Liberdade e assistência religiosas no direito

brasileiro – 6. Compreensão da liberdade religiosa – 7. Assistência religiosa – 8. Natureza da prestação de assistência religiosa – 9. Restrições à liberdade religiosa – 10. Conclusão – 11. Referências bibliográficas.

" Muito embora seus direitos possam ser reduzidos devido a necessidades das exigências do ambiente institucional, o preso não está totalmente despido da proteção constitucional quando ele vai preso por um crime. Não existe uma cortina de ferro interposta entre a Constituição e as prisões deste país "

(Suprema Corte Americana, caso Wolff v. McDonnell, 1974).

1. Introdução

O presente artigo pretende ser um primeiro ensaio para a compreensão de liberdade religiosa e do direito à assistência religiosa nas prisões do Brasil.

Embora a assistência religiosa em si encontre já excelente bibliografia, tanto no campo da pesquisa empírica como da especulação teórica, o direito à assistência religiosa preconizado no art. 5.°, VII, da CF/1988 e no art. 24 da LEP carece de estudo mais aprofundado. Com efeito, poucas obras de direito constitucional mencionam referido direito, muitas simplesmente o saltam.

A iniciativa de escrever sobre o tema partiu de um problema real: a deficiência legislativa com respeito à liberdade religiosa e ao serviço religioso nas prisões e a consequente lacuna de normatização, a qual abriu caminho a uma série de restrições, proibições e mesmo arbitrariedades praticadas por administradores públicos.

As violações de direitos e arbitrariedades situam-se em dois campos. No campo da liberdade religiosa encontram-se, entre outras, a intolerância religiosa, proibição da liberdade de expressão, proibições de determinados cultos, proibição do uso de objetos religiosos e a suspensão da assistência religiosa como castigo individual ou coletivo.

Uma outra série de violações está relacionada ao direito de assistência religiosa, como a preferência a algumas religiões em detrimento de outras, limitação a um tempo ou espaço mínimo e insatisfatório de presença das igrejas em unidades prisionais, suspensão da assistência

religiosa sem o direito de defesa, proibição ou mesmo designação ou seleção de ministros de assistência religiosa por parte do próprio administrador, redução da atividade religiosa à prescrição do culto religioso, e até revistas vexatórias.

As limitações à assistência e à liberdade religiosas geralmente colocadas pela administração prisional fundam-se, por exemplo, no risco à segurança do ministro religioso, na padronização de normas, na possibilidade da associação religiosa dos presos esconder um plano para fuga ou rebelião, ou ainda, no uso da religião para a promoção das atividade de facções.

Não obstante já se ter constatado que alguns presos criam religiões idiossincráticas com necessidades esotéricas para ter acesso a recursos que de outra forma não teriam, tal como vinho, carne assada ou menor restrição ao sexo, as restrições fundam-se bem mais no receio em permitir que um ente externo e independente hierarquicamente da administração tenha acesso ao interior do estabelecimento prisional.

Outra razão que nos leva a cuidar do tema refere-se à pluralidade religiosa existente no Brasil e o direito do preso de ser assistido por um representante de sua fé religiosa. Frequentemente se verificam diferenças de tratamento entre as entidades religiosas, a depender da confissão religiosa do administrador prisional. Não há proporcionalidade, mas uma assimetria na concessão de direito de acesso aos presos para exercício da assistência religiosa dependendo da entidade religiosa ou igreja à qual presos pertencem.

O sistema prisional talvez seja uma boa referência da pluralidade religiosa. O número de presos estrangeiros multiplicou em sete ou oito vezes nos últimos cinco anos, muitos deles provenientes da África e da Ásia, onde o cristianismo não representa a maioria. Os estrangeiros regularmente demandam por liberdade de manifestação religiosa, uso de espaços adequados, feriados próprios, e dieta própria, como as restritivas à carne de porco.

Ainda que o tema do pluralismo religioso e os conflitos advindos sejam da intolerância religiosa, sejam do relativo despreparo de agentes prisionais não tenham causado sérios distúrbios no Brasil, em países europeus e nos Estados Unidos o debate tem ocupado o foco das discussões. As demandas por maior liberdade religiosa nesses países

têm levado estudiosos a um esforço por estabelecer o alcance da liberdade religiosa em especial nas prisões, onde ela encontra maiores obstáculos para sua plena expressão. Esses estudos estarão bem refletidos no nosso trabalho.

No nosso entender, os casos de restrição ao direito à assistência religiosa e as possíveis soluções exigem uma abordagem prévia sobre relacionamento entre religião e Estado.

Num Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais da pessoa orientam e iluminam qualquer tarefa de se estabelecer o grau e os limites dessa relação. De tal modo que, garantir a efetividade dos direitos da pessoa, em especial a liberdade religiosa, será a base na qual nos apoiaremos para estabelecer a articulação entre religião e Estado.

Apresentaremos um breve relato dos modelos atuais desse relacionamento à luz de seus reflexos no sistema prisional, enriquecendo-o com uma análise comparativa entre as formas adotadas em diferentes países, com vistas a encontrar a opção melhor aplicável dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, a necessidade de se encontrar o equilíbrio entre o direito do preso de seguir sua fé religiosa e a segurança institucional será tomada em consideração.

Nós não pretendemos esgotar o tema, ao contrário, a intenção deste artigo é levantar questões que consideramos importantes para o debate e futuro aprofundamento.

2. Marco teórico

O presente estudo parte da perspectiva da posição estrutural da religião na sociedade brasileira. Essa perspectiva é a mesma adotada por Furseth (2003). De acordo com ela, "Embora muitos estudos da religião tenham a tendência de focar inteiramente em crenças individuais e nas ações, há uma tradição dentro da sociologia da religião que analisa a posição estrutural da religião na esfera pública".

Assim, este artigo está mais preocupado com papel ocupado pela religião na esfera pública, nomeadamente no sistema prisional, à luz do preceito constitucional, que institui, porém não regula, essa ação.

Outrossim, percebemos durante a pesquisa que resultou neste trabalho que carecíamos de uma base teórica que fundamentasse nossa opção por estudar não o valor e o papel que a religião cumpre nas motivações e ações individuais e sim o uso que se faz da religião no sistema penitenciário. Esse marco teórico foi retirado de Allport (1960), e sua clássica distinção entre religiosidade intrínseca e extrínseca e de Merton (1970), este também em sua clássica distinção entre funções latentes e manifestas das instituições sociais. Por intrínseco deve se entender as razões que levam ao envolvimento com a religião motivado por suas crenças, enquanto que por extrínseco entendem-se as razões mais instrumentais e utilitárias para o envolvimento com a religião.

Estamos com efeito mais preocupados aqui com a religião como instrumento para alcançar determinados fins, ou seja, qual o uso que tanto os administradores como a sociedade prisional fazem da religião.

De outra parte, tomando em conta o funcionalismo de Merton (1970), faremos um esforço para identificar as funções latentes da religião na prisão à luz do valor extrínseco que ela irá cumprir.

3. Função da assistência religiosa nas prisões

3.1 A relação entre religião e sistema prisional na história

A ideia aqui é realizar uma breve análise histórica sobre a relação entre a religião e o sistema prisional ocidental.

Há uma série de fatores que combinados fornecem o papel da religião na prisão, por exemplo, "o grau de ameaça vivido pelo ambiente prisional influenciará o grau em que a religião é sustentada como técnica de segurança" (Clear, 2000).

A função da religião no sistema punitivo tem se alterado com o tempo. Com o processo de secularização, onde o Estado assume uma série de papéis outrora amparados pela religião. Ele passa agora a ser fator de agregação social e a religião deixa de ser a responsável pela melhoria das condições de vida, mas sim o Estado. Do mesmo modo, muitos dos serviços antes prestados pela religião, agora são prestados pelo Estado. A sociedade ocidental partiu de um modelo de cristandade, onde todas as instituições sociais eram cristãs, para um modelo

laical, onde o Estado se professa laico e a religião deixa de ser o fundamento das instituições sociais.

Alguns autores objetam que, embora haja uma vasta bibliografia sobre este desenvolvimento que vê o racionalismo secular como essencialmente moderno e a principal causa do declínio do engajamento religioso, o que nos leva a figurar as instâncias religiosas na sociedade moderna meramente como remanescentes de um mundo pré-moderno, sobrevivendo em um estado de tensão com perspectivas mais modernas, esta polarização entre racionalização e racionalidade na teoria social podem facilmente obscurecer uma compreensão mais construtiva dessa relação em especial em modernas instituições como a penitenciária. Desde este ponto de vista, racionalidade não constitui em si mesma uma fundação normativa capaz de substituir considerações morais ou juízos subjetivos provenientes de convicções religiosas (SMITH, 2004, p. 196).

Segundo Smith (2004, p. 197): "De muitas maneiras, a ascensão do moderno sistema penitenciário marca a vitória do discurso racional, mas não a vitória do discurso racional sobre a religião".

Até o final do século XIX o uso da religião teve forte influência punitiva. No mundo anglo-saxônico, apostava-se na tese de que o tempo despendido no exercício laboral e na meditação religiosa equiparia o infrator com a armadura espiritual, capaz de defletir a mais virulenta das doenças morais. Na virada do século XX, o conhecimento científico deslocou a religião da condição de paradigma explicador do fenômeno criminoso bem como do fundamento para o seu controle. Consequentemente, durante o século XX, a religião foi vista principalmente como um direito constitucional a ser protegido em vez de uma estratégia formal de controle punitivo (CLEAR, 2000, p. 54).

Ruotolo (2004) recorda que "com a criação das casas de correção, entre os séculos XVII e XVIII, as práticas religiosas no interior das instituições segregantes estariam destinadas a assumir um papel

distinto daquele que haviam assumido graças a atuação das confrarias,[1] tornando-se, de fato, um instrumento de disciplina e um elemento indispensável para a educação penitenciária, cujo fim era a recuperação e o melhoramento espiritual dos reclusos".

Essa função disciplinária se consolidaria no século XIX. O capelão que dependia exclusivamente do diretor da Casa de Pena tinha, entre outras atribuições, a função de anotar em um registro especial a conduta e os sentimentos religiosos do recluso, entregando-o periodicamente ao diretor do estabelecimento (Ruotolo, 2006).

3.2 Funções intrínsecas e extrínsecas

Em linhas gerais, as orientações intrínsecas para adesão à religião explicariam as razões dos fracassos mas também apontariam para as soluções.

Um aspecto importante seria a confrontação com a culpa. A religião teria o condão de exculpar o preso com relação ao sentimento de culpa. O distanciamento da religião permitiu que o mal entrasse na sua vida e isso teria tornado o crime possível. A ausência da religião teria aberto as portas para uma vida de sexo, drogas e outros prazeres malévolos.

Desde as orientações extrínsecas, a religião, na perspectiva da comunidade prisional, cumpriria funções relacionadas mais ao uso que o preso ou a presa faz dela, em especial como meio de adquirir benefícios, ocupar o tempo ocioso ou acesso ao mundo exterior. Com efeito, aponta-se que a participação nas atividades religiosas supõe o contato com os ministros religiosos do outro sexo, o que para muitos é motivação para integrar-se nos cultos religiosos.

Alguns pesquisadores citados por Thomas e Zaitzow têm conduzido pesquisas no sentido de demonstrar que a religião na prisão contribui para o sentimento de bem-estar, reduz a tensão e melhora a saúde dos presos em geral. Do mesmo modo, ainda que aparentemente seja pequeno o volume de pesquisas sobre o assunto, aposta-se na

1. Estas cumpriam importante papel assistencial junto aos reclusos desde a metade do século XVI.

hipótese de que a participação em programas religiosos poderia contribuir com a participação em outros programas tais como educação e laborterapia.

Muito embora os papéis mencionados acima sejam relevantes, eles já foram bem explorados por outros autores, o que para nós interessa mais aqui são os aspectos extrínsecos da religião do ponto de vista daqueles que viabilizam a assistência religiosa, tanto a administração penitenciária como as entidades religiosas, uma vez que são eles que servem como pano de fundo para as opções políticas resultantes na normatização dos direitos à assistência e liberdade religiosas.

3.2.1 Disciplinária

Esse papel tem sido um dos mais mencionados e explorados por aqueles envolvidos com o sistema prisional. Basta recordar que um dos pais do penitenciarismo moderno, o calvinista John Howard, desejava disciplinar e canalizar as emoções humanas de modo a ajustar os indivíduos no caminho da retidão (IGNATIEFF, 1987).

Como disse um funcionário da administração prisional: "A religião ocupa um importante lugar na recuperação do homem preso. Seja ela qual for, a influência do ambiente carcerário é muito forte e concorre, sobremaneira, para a manutenção da disciplina" (DIAS, p. 67).

Para Thomas e Zaiztow assim como as terapias em grupo, pesquisas têm revelado que a religião na prisão conduziria a uma elevação do nível de ajustamento à prisão como medida de redução das infrações disciplinares.

Do mesmo modo, os programas religiosos cumpririam a função de preencher o tempo ocioso dos presos e assim diminuir as chances de hostilidade.

Segundo alguns, os programas religiosos cumpririam também aqui a função de reduzir a interferências das gangues internas, na medida em que a religião funcionaria similarmente à afiliação a uma gangue.

Em alguns lugares, como temos visto em prisões no Mato Grosso, a participação no programa religioso é condição para a progressão de regime e outros benefícios da execução penal.

3.2.2 Redentora

O crime é identificado como pecado e o preso é o pecador por excelência ou o modelo de pecador. O serviço religioso somente alcança seu objetivo se levar o preso ao arrependimento e conversão, haveria aqui uma "mudança de vida", um "novo eu", ou numa expressão já bem conhecida por alguns movimentos cristãos "matar o criminoso para Salvar o Homem".

Essa postura tem sido manifestamente tomada pela *Prison Fellowship Ministries*, organização religiosa americana com ramos em vários países do mundo, ao argumentar que o crime é fundamentalmente um problema moral e espiritual que requer solução moral e espiritual, chegando inclusive a declarar que "infratores não necessitam simplesmente de reabilitação, eles carecem de regeneração de seu coração pecador" (KENNEDY, 2003, p. 223).

Kerley e Copes (2009) resumem esta ideia nas seguintes palavras:

"Especificamente, a reinterpretação do passado entre os convertidos dá maior significado ao presente e frequentemente permite ao preso confrontar-se melhor com as agruras da vida em prisão (...). Além disso, conversões religiosas permitem aos presos retratar a si mesmos enquanto seres em controle da orientação de suas vidas, independentemente do seu passado. Embora eles ainda possam justificar seu comportamento passado como sendo algo devido a forças incontroláveis, sua nova autodescoberta os empodera e os permite descobrir seu 'verdadeiro eu' (MARUNA et al, 2006). Ao descrever sua conversão religiosa, os presos frequentemente acentuam a importância de esta ser o primeiro passo de uma vida comprometida com a fé. Embora a epifania religiosa seja vista como um evento de mudança de vida, ela é somente o começo e não o fim da jornada espiritual".

Ainda que esta perspectiva possa ser vista desde o ponto de vista dos presos, colocamo-la aqui por ser ela uma das principais motivações para o engajamento de voluntários religiosos nas prisões.

3.2.3 Corretiva

Se bem que esta função possa ser bem compreendida dentro das duas anteriores, nós a destacamos porque o fim específico dela é corrigir para não voltar a delinquir, em outras palavras, o programa religioso visará como fim último a não reincidência. Historicamente a assistência religiosa foi vista como forma de tratamento do preso; por meio dos programas de assistência religiosa, ao final do tempo de cumprimento da pena, a pessoa estaria ressocializada e não reincidiria.

3.2.4 Controle externo

Esta função parte da ideia de que a prisão é uma violência institucional e deve ter sua aplicação reduzida ao máximo, e da constatação de que o preso provem geralmente aos grupos vulneráveis da sociedade, tendo sofrido processo de criminalização e "contenção punitiva". Ele está na prisão não porque praticou um mal à sociedade mas sim devido ao lugar social que ocupa.

Dentro desta perspectiva, a função da assistência religiosa é procurar reduzir ao máximo a destrutividade da prisão sobre presos e presas.

Principalmente no modelo que apontamos independente, a assistência religiosa cumpre importante papel na prevenção e combate da tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante em locais de privação da liberdade.

Com efeito, a presença de ministros de assistência religiosa, na condição de organismos externos e independentes da administração prisional já representa um alerta de que eventuais irregularidades ou violações de direitos humanos poderão vir à público. Além disso, constitui um comunicado ao preso de que um órgão independente vela por sua integridade física.

Vale dizer que o papel da religião no sistema prisional poderá variar dentro de um estado de uma região para outra e com o tempo. Na Noruega, por exemplo, em 1994 havia sete cargos para capelães com carga horária completa, esse número subiu para 18 em 2003. O papel do capelão na Noruega de representante da autoridade punitiva passou a conselheiro espiritual. A capelania prisional é considerada

parte integral do trabalho da Igreja da Noruega, ou seja, o que antes era um capelão vinculado aos interesses da administração pública, passou a ser uma autoridade eclesiástica a serviço da Igreja da Noruega nas prisões (FURSETH, 2003).

Parece-nos que no Brasil todas essas funções estão presentes em maior ou menor grau a depender da administração prisional local.

4. MODELOS DE ASSISTÊNCIA RELIGIOSA

Em geral observamos três modelos de assistência religiosa em Estados laicos do mundo ocidental:

a) O modelo tradicional: o Estado emprega os representantes das entidades religiosas como funcionários do próprio sistema, após terem sido designadas e apresentadas pelas autoridades das entidades religiosas;

b) O modelo independente com colaboração mútua: Espanha;

c) O modelo da separação total (Brasil e Uruguai).

O Brasil, como a maioria dos países ocidentais, declara-se laico, ou seja, não confessa qualquer religião. O Estado, porém, assume a proteção do direito à liberdade e à assistência religiosa, ou seja, tutela a assistência religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva. No entanto o Estado brasileiro, com exceção de Minas Gerais, não provê em suas unidades federadas o serviço de capelania e não emprega capelães para assistência em estabelecimentos prisionais. Assim ocorre também no México, Uruguai e em países ex-comunistas onde esta tradição não existe. Já a grande maioria dos Estados laicos do mundo ocidental, isto é, de toda a Europa de tradição democrática, EUA, Canadá e Chile, Argentina, Colômbia, República Dominicana, tradicionalmente financiam a infraestrutura de capelanias penitenciárias e o emprego de capelães, respeitando-se a pluralidade das religiões e de suas igrejas reconhecidas pelo Estado e que contem com integrantes entre os presos, desde que estas entidades religiosas estejam comprometidas com o respeito ao Estado Democrático de Direito e as exigências de segurança.

O chamado laicismo estatal não está sempre claro em matéria de assistência religiosa nas prisões. Basta recordar que em países como EUA, Chile, República Dominicana, Portugal, onde o Estado se

professa laico, porém provê capelães aos presos, os quais geralmente são católicos ou protestantes e administram o serviço religioso e inclusive se responsabilizam pela administração de outros grupos religiosos.

Ocorre que nesses locais o capelão é um agente público, geralmente subordinado ao diretor da unidade prisional ou ao capelão geral, o qual está subordinado ao chefe da administração penitenciária local, provincial ou nacional.

A esse modelo de assistência religiosa chamamos de modelo tradicional, devido ao fato de que os responsáveis da assistência religiosa são subordinados não somente à hierarquia eclesiástica como também à autoridade administrativa. Já o modelo de pleno voluntariado poderia ser chamado, sob este ponto de vista, modelo de separação total. Isso não quer dizer, porém, que os voluntários não se encontrem subordinados de forma alguma às determinações da autoridade administrativa, mas esta subordinação está tão somente vinculada a questões de segurança prisional. Suas palavras e ações e mesmo suas manifestações públicas não se sujeitam ao escrutínio da administração pública.

O critério de relacionamento entre religião e Estado melhor seria fundamentado nos direitos humanos da pessoa presa, de modo que a relação de conflito se diluiria quando o ponto de encontro da relação está na dignidade da pessoa humana, em vez de basear-se na relação de dependência ou independência dos programas religiosos no interior dos estabelecimentos prisionais. Uma colaboração normatizada solucionaria grande parte dos problemas encontrados no sistema prisional e este tenderia a humanização.

Assim, em Estados Democráticos de Direito optantes pelo laicismo com cultura de respeito aos direitos humanos, mesmo o financiamento da atividade religiosa pelo Estado, respeitando-se a liberdade e a pluralidade religiosas, a submissão legal do ministro religioso à autoridade administrativa não compromete a sua independência, uma vez que existe uma reserva legal de proteção contra atos arbitrários. Enquanto que em Estados cuja democracia ainda não está bem consolidada, mesmo a independência do ministro religioso sofre ataques autoritários por parte de alguns administradores públicos.

Já o modelo espanhol, ao menos em tese, uma vez que não se pode evitar excessos de ambas as partes, representa essa cooperação

entre o Estado Democrático e a religião, onde os limites e garantias desta estão perfeitamente delineados na legislação. Garante-se com isso a liberdade religiosa, a plena assistência religiosa aos presos e presas em tempo integral.

O Estado subvenciona o serviço de assistência religiosa por meio de um acordo com a entidade religiosa, de modo que esta se obriga a fornecer os ministros religiosos e estes não estão diretamente vinculados à administração prisional, mas sim o seu superior eclesiástico.

A Ordem de 24.11.1993, na qual estão dispostas as regras do acordo entre o Estado Espanhol e a Igreja Católica,[2] em seu Anexo I, especifica o número de capelães correspondentes ao número de presos:

Hasta 250	1	Completa
De 250 a 500	2	Uno de jornada completa y otro de media jornada
De 500 a 1.000	3	Dos de jornada completa y uno de media jornada
De 1.000 a 1.500	3	Completa
De 1.500 a 2.000	4	Completa
De 2.000 en adelante	5	Completa

Os representantes das entidades religiosas não sendo funcionários dos Estado têm a autonomia de agir exclusivamente em nome da religião e de sua instituição, reconhecida pelo Estado, a qual representa. O Estado assume a proteção, a tutela e mesmo a promoção da assistência religiosa, ao colocá-la no mesmo *status* das demais assistências reflexo dos direitos dos presos, ao prover, mediante

2. O Estado espanhol realizou acordos com outras igrejas e religiões.

convênio com as instituições religiosas, pagamento de salários para serviço em tempo integral, condições materiais para o efetivo exercício do trabalho religioso. Isso sem impossibilitar a presença de voluntários das entidades religiosas.

Para progredir na reflexão sistemática de análise e busca da melhor solução possível, apresentamos a seguir três tipos de modelos de relacionamento entre Estado e Igreja que identificamos em vários países. Podemos entendê-los também como três variantes da separação entre Estado e entidades religiosas:

1) Oposição entre religião e Estado, onde remanescem conflitos em todos os âmbitos da esfera pública, inclusive nas prisões;

2) Separação total, com indiferença do Estado em relação à religião;

3) Cooperação entre Estado e religião, onde o Estado quer se declarar laico ou não, não é "arreligioso", de modo que cria condições para que a assistência religiosa seja prestada ao seguidores de determinado credo.

5. Liberdade e assistência religiosas no direito brasileiro

Os fundamentos para a liberdade religiosa e sua assistência estão inscritos no texto constitucional:

"Art. 5.º (...):

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado livre exercício dos cultos religiosos (...);

VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (...)".

O art. 5.º, VII, da CF/1988, manteve a tradição das Constituições anteriores prevendo a assistência religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva, entre eles as prisões, mas foi além, comprometendo o próprio Estado na tutela dessa assistência. O Estado não só respeita a liberdade de crença religiosa ou filosófica, como também assume o compromisso de criar condições para que a assistência religiosa seja efetiva.

Com isso, a Constituição recepcionou a Lei de Execução Penal em seu art. 24 que estabelece o direito à assistência religiosa:

"Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1.º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2.º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa".

Embora o direito à assistência religiosa seja protegido pelo próprio art. 5.º da CF/1988 e pela Lei de Execução Penal, e a Lei 9.982/2000 supostamente tenha vindo a dar eficácia plena ao preceito constitucional, ela o fez de forma insuficiente e inadequada, repassando ao administrador a incumbência de disciplinar a assistência religiosa nas prisões:

"Art. 1.º Aos religiosos de todas as confissões assegura-se o acesso aos hospitais da rede pública ou privada, bem como aos estabelecimentos prisionais civis e militares, para dar atendimento religioso aos internados, desde que em comum acordo com estes, ou com seus familiares no caso de doentes que já não mais estejam no gozo de suas faculdades mentais.

Art. 2.º Os religiosos chamados a prestar assistência nas entidades definidas no art. 1.º deverão, em suas atividades, acatar as determinações legais e normas internas de cada instituição hospitalar ou penal, a fim de não por em risco as condições do paciente ou a segurança do ambiente hospitalar ou prisional.

Art. 3.º (Vetado)

Art. 4.º O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 90 (noventa) dias."

A lei assegura o acesso aos estabelecimentos prisionais reconhecendo às entidades religiosas o direito de adentrar nas dependências de uma unidade prisional bem como de ter acesso aos presos em geral, mas é extremamente lacônica no que tange à qualidade desse acesso, pois poderia ter disciplinado o direito do preso de entrevista privada com o ministro de confissão religiosa, a exemplo de normas

internacionais como as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da ONU, item 41, citadas mais adiante, e as regras da Recomendação (2006) 2 do Conselho da Europa:

"Liberdade de pensamento, consciência e religião.

29.1 A liberdade de pensamento, consciência e religião dos prisioneiros será respeitada.

29.2 O regime prisional será organizado tanto quanto possível para permitir aos presos a prática de sua religião e seguir suas crenças, atender os cultos ou encontros conduzidos por representantes aprovados de tais religiões e crenças, receber visitas em privado dos representantes de suas religiões ou crenças e ter posse de livros ou literatura relativa à sua religião ou crença.

29.3 Os prisioneiros não serão obrigados à prática de religião ou crença, atender cultos ou encontros religiosos, participar em práticas religiosas ou aceitar visita de um representante de qualquer religião".[3]

A Lei 9.982/2000 poderia ter disciplinado os limites do administrador para impor restrições à liberdade de religião e de culto e à assistência, mas fez justamente o contrário, delegou ao administrador tarefa que a ela foi atribuída pela Constituição.

Esse repasse ao administrador tem gerado uma variedade de respostas, desde o Ofício Circular SAP/GS 013/2001 e a Res. SAP 91/2002, mencionados abaixo, da Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo, de cunho garantista e reconhecendo *status* especial às entidades de assistência religiosa e garantindo-lhes acesso irrestrito aos estabelecimentos prisionais, indo inclusive além, reconhecendo nelas a assistência humanitária, repropondo ademais a relação das entidades religiosas com os presos, ou seja, mais do que pensar na pessoa presa como destinatária da assistência religiosa, pensá-la como pessoa humana integral e sujeito de direitos.

No âmbito internacional, a referência principal ainda são as Regras Mínimas da ONU para tratamento de prisioneiros:

"41.

1. Se o estabelecimento reunir um número suficiente de presos da mesma religião, um representante qualificado dessa religião será

3. Trad. livre. Texto original. Disponível em: [https://wcd.coe.int].

nomeado ou admitido. Se o número de presos o justificar e as condições o permitirem, tal serviço será na base de tempo completo.

2. Um representante qualificado, nomeado ou admitido nos termos do parágrafo 1, será autorizado a celebrar serviços religiosos regulares e a fazer visitas pastorais particulares a presos da sua religião, em ocasiões apropriadas.

3. Não será recusado o acesso de qualquer preso a um representante qualificado de qualquer religião. Por outro lado, se qualquer preso levantar objeções à visita de qualquer representante religioso, sua posição será inteiramente respeitada."

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), fixa, ao traduzir as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento do Preso no Brasil, em sua Res. CNPCP 14, de 11.11.1994 (*DOU* 02.12.1994), no art. 43 sobre a "Assistência Religiosa e Moral":

"Art. 43. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será permitida ao preso bem como a participação nos serviços organizado no estabelecimento prisional.

Parágrafo único – Deverá ser facilitada, nos estabelecimentos prisionais, a presença de representante religioso, com autorização para organizar serviços litúrgicos e fazer visita pastoral a adeptos de sua religião".

Nesse sentido, o Estado que mais avançou na matéria foi o Estado de São Paulo.

O Ofício Circular SAP/GS 013/2001, de 08.11.2001, da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo merece citação aqui pelo cunho garantista e reforçador do Estado Democrático de Direito:

"A recente Res. SAP-067, de 04 do mês de outubro, integra um momento importante da filosofia que deve vigorar nas unidades prisionais. O modelo antigo, de separação ou isolamento da penitenciária em referência à sociedade, cede, hoje, a um esquema de aproximação entre os dois lados. A expectativa do cidadão livre e desavisado era a de uma Administração *contra* os presos, da mesma forma como eles, quando estiveram soltos, se voltaram, por seus crimes, *contra* a comunidade. O resultado mostrou-se intolerável: rebeliões, tentativas de fugas, evasões, violência entre os presos, formação de

grupos criminosos com raio de ação extramuralhas, desajustes e recidivas.

Os ministros religiosos, os agentes pastorais e os membros das ONGs representam, nessa linha, por sua atuação ética e independente no interior das unidades, um poderoso e eficaz auxílio no estabelecimento dessas relações entre todos os que aí convivem. Nunca interferirão no regime disciplinar do presídio, mas sempre poderão denunciar às autoridades fatos ilegais que agridam a dignidade humana do preso ou funcionário.

Não são inquisidores nem informantes, empenhando-se apenas na garantia a seus assistidos, em qualquer recanto da prisão, do alimento da fé e do estímulo na preservação da autoestima, dos direitos humanos fundamentais e da coexistência fraterna.

Por tais razões, friso a V. S. e ao respectivo corpo funcional a relevância de oferecer-lhes apoio em seu *munus* pastoral, permitindo a qualquer deles que visite, sem nenhuma restrição de pessoa ou lugar, seus fiéis presos e os atenda com privacidade e segurança. Atitudes opostas às aconselhadas traduziriam, a meu parecer, o desejo de camuflar algo errado nos recessos da unidade, e reforçariam suspeitas de procedimentos internos contrários à dignidade humana.

Nessa conformidade, estou certo de que V. S. contribuirá para a efetiva aplicação dos princípios aqui enunciados, assim concorrendo para a melhoria e transparência dos serviços públicos prestados pela Secretaria que ora comando" (sic).

Por outro lado, a Portaria Depen 120, de 19.09.2007 é manifestamente inconstitucional ao declarar que a assistência religiosa poderá ser suspensa caso o ministro religioso apóie a crítica de presos à administração penitenciária, em clara violação aos direitos constitucionais de liberdade de expressão e de crítica:

"Art. 14. A autorização do coordenador do projeto e dos demais membros poderá ser cancelada, a qualquer tempo, por decisão motivada do Diretor do estabelecimento penal federal, nos seguintes casos:

(...)

IV – apoiar as ideias de presos assistidos que não tenham natureza de assistência religiosa, mas de críticas à administração do estabelecimento penal federal".

Tal norma atuou em evidente excesso de suas faculdades regulamentares, ferindo a Constituição Federal e delegando ao administrar a possibilidade de cancelar a atividade religiosa sem qualquer possibilidade de defesa do ministro religioso eventualmente afetado. Soa absurdo ler nesta norma que é o administrador quem define que atividades têm natureza religiosa.

6. Compreensão da liberdade religiosa

O direito à liberdade religiosa é amplo e supõe questionamentos sobre quais os seus limites. Questão a ser levantada é a de que se devem compreender também as manifestações que eventualmente não se autodenominam religiosas, tais como o kardecismo ou Seicho-No-Ie? As filosofias de vida podem ser compreendidas em um conceito amplo de religião?

O Ministro da Suprema Corte americana Hugo Black em 1946 ofereceu interpretação de cláusula que estabelece o Estado laico, levado ao extremo, da Primeira Emenda Constitucional: "Nem os Estados nem o Governo Federal podem levantar uma igreja. Nem aprovar leis que ajudem uma religião, todas as religiões ou preferir uma em detrimento de outra. Nem forçar nem influenciar uma pessoa a ir ou deixar de ir a uma igreja contra sua vontade ou forçá-la a professar uma crença ou descrença em uma religião. Nenhuma pessoa pode ser punida por professar crenças religiosas ou descrenças, por sua participação em igreja ou não participação. Tributo algum, em qualquer quantidade, pouco ou muito, pode ser cobrado para manter atividades religiosas ou instituições, como quer que se chamem ou forma que adotem para ensinar ou praticar religião".

Essa interpretação evidentemente não se coaduna com a nossa Constituição Federal, porém serve como referência da laicidade estatal que beira ao Estado "arreligioso", o que não é caso brasileiro.

Vale destacar a posição de Ruotolo (2004), que preconiza não a indiferença do Estado com relação às religiões, mas a tutela por parte do Estado para salvaguardar a liberdade de religião, em um regime de pluralismo confessional e cultural, partindo de um conceito de laicidade como "uma complexa dimensão do modelo pluralista, estendendo muito mais além do mero fenômeno religioso, a fim de definir o papel da ativa neutralidade de modo a promover, tutelar e

desenvolver as atividades culturais, artísticas, científicas e todo outro aspecto ulterior à vida política".

Dentro dessa compreensão, a afirmação da liberdade religiosa levaria a afirmação de algo mais amplo e anterior à liberdade religiosa que é a liberdade de consciência ou mesmo a liberdade de formação de consciência Ruotolo (2004).

Segundo Ruotolo (2004), a repercussão desse critério seria considerar anacrônica qualquer previsão de religião entre os elementos do programa reeducador.

Tomando em conta tais considerações, a liberdade religiosa compreenderia: o direito de expressar sua própria religião, o direito de não declarar as próprias convicções religiosas, a liberdade de não professar religião alguma, a liberdade de mudar de religião, não ter religião, direito de afirmar sua religião, de receber representantes qualificados de sua religião ou fé e ter acesso privado a ele, de obter orientação espiritual, de receber uma dieta adequada à sua crença religiosa, ou ao menos que lhe seja permitido receber de sua família referida dieta, de acesso a objetos próprios de sua religião e inclusive o direito de crítica à religião.

7. Assistência religiosa

A liberdade de religião supõe o direito implícito que é o das entidades religiosas terem acesso irrestrito ao interior de estabelecimentos prisionais bem como acesso a todos os presos. Isso não obstante, no Brasil a própria Constituição não só garantiu a liberdade religiosa, mas também o direito de assistência religiosa. Ao assumir a proteção à assistência religiosa o Estado confere às entidades religiosas o direito de acesso aos estabelecimentos de internação coletiva.

Essa ideia está bem representada no Dec. 44.395, de 10.11.1999 do Estado de São Paulo:

"Art. 1.º A prestação de assistência religiosa nos hospitais da rede pública e privada, manicômios e estabelecimentos penitenciários do Estado é garantida aos representantes de todas as crenças, atendidos os requisitos previstos neste regulamento".

Tema espinhoso diz respeito ao proselitismo religioso. Estão as entidades religiosas autorizadas a propor conversão religiosa aos

presos? O proselitismo tem sido prática comum entre populações vulneráveis Kennedy (2003). Se a garantia das entidades religiosas de acessar o interior dos presídios é mera contrapartida do direito do preso de acesso a um ministro religioso, o proselitismo não está autorizado e deve ser proibido.

O direito à assistência religiosa supõe que haverá proporcionalidade na duração em que uma entidade religiosa permanecerá no interior de um estabelecimento prisional de acordo com o número de presos que professam a respectiva fé religiosa. Essa proporcionalidade, todavia, não tem sido respeitada em um número elevado de prisões, havendo um número elevado de igrejas que ingressam nas prisões sem qualquer vínculo com presos e presas, com fim exclusivamente proselitista.

Por outro lado, a presença de entidades religiosas para o aconselhamento espiritual e celebração de cultos é sempre bem-vinda pela comunidade prisional, mesmo com relação àquelas que não contam com membros entre os presos, e cabe dizer que estes são livres para associar-se com quaisquer grupos religiosos, desde que estes venham para contribuir com a vida na prisão e não com intuito de beneficiar-se de sua vulnerabilidade para convertê-los.

8. Natureza da prestação de assistência religiosa

A assistência religiosa-espiritual como serviço básico estabelecido pela Lei de Execução Penal goza das mesmas prerrogativas e obrigações que os demais serviços.

Os dispositivos da Constituição e da Lei de Execução devem ser entendidos a partir do caráter público da atividade religiosa nas prisões. Como bem afirmam Beckford e Gilliat (1998), as atividades religiosas nas prisões são públicas no sentido de serem visíveis, coletivas e à disposição de todos os que as demandem.

Vale dizer também que a atividade religiosa pertence à esfera pública, no sentido de que não pertence nem ao âmbito privado ou familiar, nem ao âmbito laboral ou comercial, mas pertence à vida social onde os cidadãos supostamente gozam da liberdade de expressar suas opiniões, mobilizar-se em campanhas e movimentos.

Segundo Alves (2008): "a privatização de instituições e relações sociais implica sua desvinculação do Direito Público infraconstitucional, mas não do Direito Constitucional e tampouco da vida pública (e das normas, de Direito Público ou Privado, que regem os eventos, mesmo os mais íntimos e particulares)". Como recorda Perlingieri, a "unidade do fenômeno social e do ordenamento jurídico exige o estudo de cada instituto nos seus aspectos ditos privatísticos e publicísticos", motivo por que a "própria distinção entre direito privado e público está em crise". Em um Estado constitucional, de fato, tudo – inclusive todos os aspectos e eventos da ordem privada – apresenta algum tipo de interesse público. Não existe uma submissão ao Estado, mas uma identificação de que mesmo as mais íntimas liberdades (como a liberdade de consciência) apresentam aspectos públicos protegidos por determinados direitos reconhecidos pelo Estado (uma necessária proteção pública das garantias privadas). É, pois, fundamental reconhecer tal aspecto essencial do constitucionalismo ocidental, ou seja, o de que as garantias da autonomia privada (do indivíduo, das associações, dos cultos) são necessariamente garantias públicas, mas que não ferem a própria autonomia desses entes. Se é certo que as relações jurídicas relativas às organizações religiosas são essencialmente privadas, é claro que se não pode olvidar que "os problemas concernentes às relações civilísticas devem ser colocados recuperando os valores publicísticos ao Direito Privado e os valores privatísticos ao Direito Público".

A Lei de Execução coloca a assistência religiosa entre as seis assistências básicas ao preso. Para a Lei de Execução Penal a assistência religiosa, no nosso entender, tem caráter nitidamente público, de modo que ela goza do mesmo *status* e lhe deve conferir a mesma proteção.

9. Restrições à liberdade religiosa

Comumente se alega, para suspender a assistência religiosa, que tal se dá para garantir a própria segurança do grupo religioso, ou que a unidade prisional está em permanente rebelião ou que necessita de reformas e uma vez terminadas estas, o serviço religioso voltará à normalidade, o que pode nunca ocorrer.

Alguns administradores proíbem o acesso das entidades religiosas a determinados grupo de presos. Presos que supostamente oferecem risco à segurança interna ou que estão sob isolamento celular comumente são privados da assistência religiosa.

Do que na verdade essas restrições tratam é da resistência de administradores à presença de organismos externos bem como da maior ênfase na segurança e na disciplina em detrimento da individualização da pena e das assistências.

Essa violação ao direito de assistência religiosa poderia ser evitada se houvesse uma lei que regulasse a assistência religiosa em unidades prisionais e não deixasse, como faz a Lei 9.982/2000, ao arbítrio do administrador a regulação de tal atividade.

Geralmente os atos administrativos, como a Portaria Depen 120/2007, são produzidos à luz das necessidades de segurança e disciplina e não dos direitos dos presos.

A pluralidade religiosa não tomada em conta e menos o multiculturalismo, de modo que as minorias, como as religiões afro-brasileiras, são implicitamente proibidas de exercerem suas atividades. As religiões afro-brasileiras têm sido considerados como demoníacas:

"há uma forte resistência por parte das diretorias das unidades prisionais em permitir tais atividades, em função do preconceito que marca essas religiões, associadas ao demônio, ao mal e, portanto, relacionadas ao mundo do crime dos criminosos, desprovidas que são de certos valores cristãos como obediência, conformismo e passividade constitutivos de uma certa imagem do bem" (Dias, 2008).

Uma questão a ser debatida, mas que não cabe aqui explorar a fundo, é a das unidades prisionais administradas por associações religiosas. Como garantir que não haverá imposição de culto religioso ou que a participação nas liturgias religiosas não se torne condicionamento para a aquisição de benefícios da execução penal?

Aqueles que defendem a assunção da administração prisional em especial as assistências por organizações religiosas sugerem que seu cometimento é mais efetivo que aquele oferecido por organismos estatais ou não governamentais seculares. Todavia, não existe até o momento qualquer informação empírica independente que sustente essa pretensão (Kennedy, 2003).

Se é verdade que a Constituição Federal de 1988 protege a liberdade de culto e de uso da liturgia próprios, como harmonizar este direito com a proibição de uso de armas quando a prática religiosa prevê o uso de objetos que podem bem ser utilizados como armas? Ou quanto a objeto religioso feito de material precioso, já que o regulamento administrativo proíbe a circulação de valores dentro do ambiente prisional?

Todas essas questões devem ser tratadas com o cuidado de não sufocar a liberdade religiosa em benefício da segurança e disciplina.

Fato recente foi ao ar em um programa televisivo, um judeu ortodoxo foi preso em um Centro de Detenção Provisório e lá, segundo a reportagem, ele teria sido humilhado de várias maneiras, sua barba cortada, o *peiot* (cachos do cabelo) também cortado, sua *quipá*, *talit* e *tefilin* lançados ao chão. Todos estes fatos teriam sido acompanhados por humilhações e gritos do tipo "Heil Hittler". Surpreendeu porém, a resposta da Secretaria da Administração Penitenciária, ao dizer que cortar a barba era procedimento padrão, numa demonstração de despreparo no trato do tema da liberdade religiosa.

Para além dos crimes cometidos nesse ato, o tema da liberdade religiosa merece atenção, em especial ao uso de objetos religiosos e ao corte do cabelo e barba. As restrições à liberdade religiosa só poderão ocorrer se o Estado provar que determinado culto ou objeto oferecem risco à segurança institucional ou que eles não são da natureza da religião. Atos sinceros e religiosos em sua natureza não podem ser restringidos.

O corte da barba é mais significativo do ponto de vista da liberdade religiosa, uma vez que foi aqui onde se manifestou o conflito mais claramente. De um lado o procedimento padrão que exige o corte da barba, que para além das razões de higiene e disciplina, está o processo de institucionalização da pessoa, por outro lado, o direito de a pessoa conservar sua prática religiosa. Ora fica evidente, quando se olha à luz do ônus do Estado em provar que não haverá risco para a segurança, que a barba jamais deveria ter sido cortada.

Um marco no tratamento da matéria tem sido o *Religious Freedom Restoration Act* norte-americano de 1993 e a adoção da cláusula do "menor sacrifício possível" segundo a qual, para impor limitações substanciais à liberdade do indivíduo de praticar a própria religião, o

Estado deverá provar a existência de um interesse governamental irrenunciável e a inexistência de soluções menos lesivas que garantam a obtenção do mesmo resultado.

Essa lei impôs o ônus da prova ao Estado para impor restrições substanciais, e "limitação substancial" refere-se somente aos preceitos obrigatórios do credo religioso. Basta recordar que a confissão, que só pode ocorrer em entrevista privada entre o preso e o sacerdote católico, caberá ao Estado provar, não com mera argumentação escrita, o risco real para a segurança ou um outro interesse de Estado irrenunciável. Ainda assim, deverá demonstrar que não há uma via alternativa para a consecução da assistência religiosa.

10. Conclusão

Os direitos fundamentais da pessoa humana, em especial a liberdade de consciência, devem iluminar qualquer iniciativa, seja do Estado, seja das religiões na consecução de qualquer programa religioso nas prisões. Tomar a religião com fins corretivos, educativos ou disciplinares no ambiente prisional representa uma violência moral que para além de ferir a dignidade da pessoa, fere também os preceitos fundamentais da Constituição Federal, que nada mais são que reflexos da dignidade humana.

Isso, porém, não deve significar que as entidades religiosas, na condição de participação da comunidade na vida prisional, não devam cooperar com a redução da vulnerabilidade da pessoa presa e contribuir para que esta se reintegre à sociedade de modo harmônico, possa exercer plenamente seus direitos civis e políticos e viva em condição de igualdade com os demais membros da sociedade.

Na difícil tarefa de se equilibrar a liberdade religiosa, o direito à assistência religiosa e a necessidade de segurança pública, o Estado só pode impor restrições a esses direitos, quando provar estar impossibilitado de preservar a segurança.

Os princípios acima referidos deverão servir de base para uma normatização da assistência religiosa no país, de modo a elidir as atuais arbitrariedades de administradores públicos. Para uma legislação futura, algumas recomendações poderão ser úteis:

1) Qualquer limitação à atividade religiosa deverá ser fundamentada, cabendo o ônus da prova ao Estado;

2) O cancelamento ou suspensão da assistência religiosa deverá ser precedido pela oportunidade de defesa do ministro religioso;

3) A regulamentação da atividade religiosa deverá ser precedida de consulta a representante das várias manifestações religiosas existentes no país, inclusive com respeito às minorias;

4) O ministro de assistência religiosa deverá ter acesso irrestrito ao estabelecimento prisional a fim de ter acesso direto à comunidade prisional;

5) A assistência religiosa terá o mesmo *status* das demais assistências, de modo a conferir ao ministro religioso ou capelão exercício em tempo integral de atividade no interior da prisão;

6) O preso terá direito à entrevista privada com o ministro de assistência religiosa e será preservada a confidencialidade de sua entrevista e troca de correspondências.

11. Referências bibliográficas

Allport, Gordon W. *The individual and his religion*. New York: Macmillan Company, 1960.

Arreaza Camero, Emperatriz. *Algunas aproximaciones al estudio de la religión como control social*. Venezuela: Instituto de Criminologia Universidad del Zulia, 1984.

Beckford, James A.; Gilliat, Sophie. *Religion in prison: equal rites in a multi-faith society*. New York: Cambridge University Press, 1998.

Clear, Todd. The value of religion in prison: an inmate perspective. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, n. 16. London, 2000, p. 53-74.

Dias, Camila Caldeira Nunes. A sujeição pela disciplina: religião e castigo na prisão. *RBCCrim*, n. 73. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2008, p. 268-298.

____. *A igreja como esconderijo e a Bíblia como refúgio: religião e violência na prisão*. São Paulo: Humanitas, 2008.

____. Prática religiosa na prisão: tensões e ambiguidades. *Revista Transdiciplinar de Ciências Penitenciárias*, n. 1, vol. 4, Pelotas, jan-dez. 2005, p. 153-176.

Furseth, Inger. Secularization and the role of religion in state institutions. *Social Compass*, n. 2, vol. 50, London, 2003, p. 191-202.

Ignatieff, Michael. *A just measure of pain: the penitenciary in the industrial revolution 1750-1850*. London: Penguin Books, 1987.

KENNEDY, Sheila Suess. Redemption or rehabilitation? Charitable and criminal justice. *Criminal Justice Policy Review*, n. 14. London, 2003, p. 214-228.

KERLEY, Kent R.; COPES, Heith. "Keepin' my mind right": identity maintenance and religious social support in the prison context. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*. vol. 53, 2009, p. 228-244.

LEVIN, Brian. Radical religion in prison: How are prison officials to balance security interests and the right of racial supremacists to pursue religion? The jury's still out. *Southern Poverty Law Center*. Disponível em: [www.spicenter.org]. Acesso em: 20.07.2009.

MERTON, Robert. Funções manifestas e latentes. In: _____. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 85-103; 117-152.

RUOTOLO, Marcos. *Derechos de los detenidos y constitución*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

SMITH, Peter Scharff. A religious technology of the self: reationality and religion in the rise of modern penitenciary. *Punishment Society*. vol. 6, London, 2004.

VENTUROLI, Marco. L'assistenza religiosa nel sistema penitenziario italiano: profili teorici e pratico-applicativi. *L ' Indice Penale*, n. 2, vol. 11. Padova, jul.-dez. 2008.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

____. ____. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

47746

V SEÇÃO ESPECIAL: MANIFESTO

1

Manifiesto sobre la política criminal europea. European Criminal Policy Initiative

HELMUT SATZGER E KAI AMBOS

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Internacional

PREÁMBULO

Procedentes de diez países de la UE, los penalistas firmantes queremos trasladar a la opinión pública europea el siguiente manifiesto de principios de política criminal, que se corresponde con la tradición europea ilustrada, lo que implica que somos conscientes de que el pensamiento ilustrado europeo representó el fundamento y el motor de la civilización europea y, por ello también, del proceso de unificación. Por esta razón, en el futuro su preservación y profundización debe también servir de orientación, que estamos convencidos que de ello se deriva que cualquier regulación penal necesita del máximo de legitimación democrática y de adecuación al Estado de derecho y que precisamente, y por esta razón, sólo una política criminal basada en los principios jurídicos liberales puede garantizar una seguridad permanente. Los penalistas firmantes del siguiente manifiesto deseamos subrayar esta tradición en el proceso de integración europea, en cuanto que el derecho penal material y procesal son también materia de

este proceso. Las normas europeas de aproximación del derecho penal determinan en la actualidad en una medida considerable la legislación penal de los Estados Miembros. Esta tendencia será aún más intensa tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Las instituciones europeas se ocupan, por ello, de manera muy importante de la política criminal, sin que ésta sea reconocida como una política europea propia, y sin que en consecuencia exista una concepción político-criminal coherente. Los firmantes comparten sin embargo la convicción de que una política criminal equilibrada tiene como condición que el legislador europeo respete los principios fundamentales, relativos al Derecho penal material, que a continuación se enuncia a la hora de emanar cualquier tipo de acto jurídico con relevancia penal, fundamentando explícitamente su adecuación en el sentido del "good governance". Estos principios universales no representan un cuerpo extraño en el ordenamiento jurídico de la UE, sino que por el contrario y sin excepción pueden derivarse de sus fundamentos normativos.

I. Principios de política criminal

1. Necesidad de una finalidad de tutela legitima

El legislador europeo sólo puede ejercitar su competencia en materia penal cuando tutele un interés jurídico fundamental, (a) que se derive del derecho originario de la Unión, (b) que no esté en contradicción con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y con la Carta Europea de Derechos fundamentales, (c) y cuya lesión sea gravemente dañosa para la sociedad.

En el derecho europeo esta exigencia se deriva del principio de proporcionalidad. Sólo cuando una norma penal sirve a la protección de uno de estos intereses especialmente relevantes, resulta legítima y proporcionada. El legislador europeo, de acuerdo con el mandato de "good governance", debe fundamentar detalladamente el interés protegido y que el comportamiento punible lo lesiona de modo significativo. El simple aseguramiento de una política de la Unión no puede legitimar la utilización del derecho penal.

2. Principio de *ultima ratio*

Dado que la persona es el centro de la actividad de la Unión Europea, ésta sólo puede obligar a los Estados miembros a incriminar determinados comportamientos cuando no existe otro medio más leve

a su disposición para la tutela del interés protegido al que antes se hacía referencia.

Sólo atendiendo a este requisito, un acto jurídico puede ser "necesario" en el sentido del principio europeo de proporcionalidad, en cuanto que la sanción penal manifiesta un juicio de desvalor ético social estigmatizador que afecta gravemente a los derechos del ciudadano tal como están cimentados, entre otros lugares, en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Utilizar el derecho penal de forma inflacionaria conduce además a una pérdida de su fuerza y efectividad.

En atención al mandato de "good governance", la UE tiene el deber de fundamentar la utilización del derecho penal como ultima ratio del control social.

3. Principio de culpabilidad

Las obligaciones de incriminar determinados comportamientos que la UE dirige a los Estados miembros presuponen sin excepción alguna que el comportamiento sancionado es personalmente reprochable (*nulla poena sine culpa*). Esta exigencia deriva no sólo de la necesidad de utilizar el Derecho penal únicamente en relación a comportamientos de especial dañosidad social, sino que también atiende a preservar en su integridad la dignidad de la persona. Asimismo se encuentra en armonía con la necesidad de culpabilidad tal como ya es reconocida en el marco de las sanciones administrativas de la Comunidad Europea y conecta con la presunción de inocencia garantizada en el art. 48.1 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Lo anterior implica además que el legislador europeo debe fundamentar siempre que sus previsiones relativas al marco punitivo de un comportamiento posibilita la imposición de una pena conforme con el principio de culpabilidad, y en este sentido proporcionada.

Lo anterior no prejuzga la cuestión relativa a si las personas jurídicas pueden ser sancionadas penalmente. La responsabilidad de la persona jurídica debe distinguirse de la culpabilidad individual personal. Para ello deben desarrollarse de acuerdo con los Estados miembros unas reglas de imputación.

4. Principio de legalidad

El Derecho penal del Estado de Derecho se fundamenta necesariamente en el principio de legalidad. Éste, con sus diferentes plasmaciones, constituye un principio general en el sentido del art. 6.3 del TUE (Lisboa), reconocido además expresamente por el art. 7.1 del CEDH. En sentido político-criminal pueden derivarse de este principio tres exigencias fundamentales que el legislador europeo debe respetar.

a) Primera exigencia: principio de determinación

El principio de determinación en el marco de la UE requiere que los ciudadanos puedan prever los comportamientos por los que pueden ser penalmente responsables. Los tipos penales deben describir el comportamiento punible de manera clara y sencilla. Esto requiere especialmente un alto grado de comprensibilidad, en virtud de la cual el texto de la norma debe ser entendible "por sí mismo". En cualquier caso deben ser previsibles los elementos (1) objetivos y (2) subjetivos de la punibilidad, así como (3) sus consecuencias jurídicas.

Aunque debido a su carácter subsidiario, la armonización penal va acompañada necesariamente de un margen de apreciación para los Estados miembros, lo que implica que las normas europeas adolecen siempre de un cierto grado de falta de taxatividad, el principio de determinación como principio general del derecho comunitario y pilar elemental del Estado de Derecho debe estar presente en las disposiciones jurídicas europeas.

Cuanto menos margen de apreciación otorgue una decisión marco o una directiva a los Estados miembros, con mayor intensidad ha de cumplir la norma jurídica europea con el principio de determinación. Cuando la norma europea tenga como finalidad la unificación, o la armonización total, de los tipos penales nacionales debe respetar de igual modo que un tipo penal el principio de determinación.

Cuando las normas europeas, que obliguen a los Estados miembros a la utilización del derecho penal, remitan a otras disposiciones europeas, las exigencias del principio de determinación deben ser cumplidas en su totalidad por las respectivas regulaciones europeas. En caso distinto no resultaría posible la creación de un precepto penal nacional con un grado de determinación legal suficiente.

b) Segunda exigencia: Principio de irretroactividad y lex mitor

Las normas penales no pueden ser aplicadas retroactivamente en perjuicio del ciudadano afectado. Esta manifestación del principio de legalidad, que se deriva también de la necesidad de previsibilidad de la punibilidad, tiene como consecuencia para el legislador europeo que en el marco de la armonización del Derecho penal no puede hacer ninguna indicación que obligue a emanar preceptos penales de carácter retroactivo.

Una excepción a este principio debe admitirse tan sólo cuando favorezca al ciudadano afectado. Las disposiciones penales que han entrado en vigor tras la realización de los hechos y tienen efectos que favorecen al autor, despenalizando el hecho o rebajando las penas, pueden fundamentar una sentencia sin infringir el principio de irretroactividad (*lex mitor*). Aunque el principio de retroactividad favorable constituye un principio constatable en todos los ordenamientos, existen diferencias sin embargo en atención a su jerarquía normativa, especialmente en lo que concierne a su constitucionalidad. En la jurisprudencia del TJCE, así como en el art. 49 I 3 de la Carta Europea de Derechos fundamentales se le otorga, al menos en el marco europeo, el máximo nivel. El legislador europeo está por tanto obligado a respetarlo, por lo que a través de la armonización no puede indicar a los Estados miembros que apliquen el derecho existente en el momento de la realización del hecho cuando éste con posterioridad a su realización y antes del juicio ha sido modificado de forma favorable al reo.

c) Tercera exigencia: Necesidad de una ley parlamentaria (nulla poena sine lege parlamentaria)

Dado que el Derecho penal es "la espada más afilada del Estado", su utilización en una sociedad democrática debe legitimarse por el pueblo de la manera más directa posible.

Mientras que la UE no disponga de competencias para establecer un Derecho penal supranacional, formalmente los Estados miembros, es decir, los parlamentos nacionales, siguen siendo competentes para la creación de preceptos penales. Sin embargo, el legislador europeo al dirigirles directrices obligatorias limita su ámbito de decisión. En cuanto que este ámbito de decisión resulta recortado, la intervención del Parlamento nacional no resulta suficiente para legitimar democráticamente en su totalidad el derecho penal armonizado. Por esta

razón, debe exigirse el fortalecimiento de la legitimación democrática en Europa a través de una mayor participación del Parlamento europeo. En cuanto que el procedimiento de codecisión sólo resulta aplicable hasta ahora en el Derecho comunitario, pero no en el Derecho de la Unión, el déficit democrático únicamente se ha paliado en el primer lugar mencionado. La previsión del Tratado de Lisboa de aplicar de manera general el procedimiento de codecisión a la armonización del derecho penal debe por ello celebrarse, desde el aspecto de la legitimación democrática.

Con el fin de alcanzar una legitimación democrática satisfactoria del derecho secundario con relevancia penal y construir una mayor aceptación de sus disposiciones, los órganos participantes en el proceso legislativo europeo deben procurar siempre, que los parlamentos nacionales sean informados con prontitud y de manera completa acerca de los proyectos europeos. De este modo se posibilitará oportunamente a los Estados miembros influir en la redacción final de las disposiciones jurídicas y en la posiciones de conformidad de sus representantes en el Consejo. La posibilidad de que los Estados miembros cooperen con las instituciones comunitarias en igualdad de condiciones, así como entre ellos mismos, en el momento previo a la toma de decisiones relativas a disposiciones europeas, garantiza un nivel mínimo de control democrático. Esta cooperación posibilita además, bajo el punto de vista del *good governance* una legislación razonable y transparente, que puede enriquecerse adicionalmente a través de la participación de representantes de asociaciones y de la sociedad civil.

5. Principio de subsidiariedad

Las disposiciones jurídicas de la UE con relevancia penal, promulgadas con fundamento en una competencia compartida, están sujetas al principio de subsidiariedad en conformidad con las disposiciones generales del derecho de la UE. Por esta razón el legislador de la UE puede actuar únicamente cuando una medida (1) no sea eficaz en el ámbito de los Estados miembros y (2) debido a su extensión o a su eficacia pueda ser alcanzada mejor en el ámbito de la UE. Por este motivo las iniciativas del legislador penal nacional tienen preferencia a las del legislador europeo de acuerdo con la capacidad

de actuación de los Estados miembros. Ello posibilita una legislación penal lo más cercana posible a los ciudadanos.

En el ámbito del derecho penal el principio de subsidiariedad adquiere un significado especial, en cuanto que el orden de valores jurídico-penal de los Estados miembros forma parte de su "identidad nacional", que de acuerdo con el art. 4.2 del TUE (Lisboa) ha de respetarse expresamente. El test de subsidiariedad debe realizarse singularizadamente, es decir, sobre cada disposición y cada una de sus partes. Los actos legislativos deben fundamentarse extensamente de acuerdo con el protocolo de subsidiariedad (Protocolo n. 2 del Tratado de Lisboa). Las alegaciones realizadas por los Parlamentos nacionales en este momento deben respetarse.

De acuerdo con el *good governance* la propuesta de una disposición jurídica penalmente relevante debe ser siempre evaluada, a través de un control de subsidiariedad previo, ponderando todas las circunstancias y teniendo en cuenta todas las alternativas de actuación. Una afirmación formal de las condiciones de la subsidiariedad, como hasta ahora se ha venido realizando, no resulta en ningún caso suficiente.

6. El principio de coherencia

El alto grado de intromisión de la intervención del derecho penal exige que cualquier sistema penal guarde una gran coherencia interna. Únicamente bajo este presupuesto, una sociedad puede representar la justicia y un determinado orden de valores. Esta coherencia garantiza además, en última instancia, la aceptación del derecho penal.

El legislador europeo, en las directrices que da a los Estados miembros, debe respetar la coherencia de los sistemas penales nacionales, pues ello forma parte de la identidad nacional preservada por el art. 4.2 del TUE (coherencia vertical). Lo anterior implica especialmente que las penas mínimas establecidas por la Unión Europa no pueden originar un incremento asistemático de las penalidades máximas utilizadas por el derecho nacional. Además el legislador europeo debe tomar en cuenta los marcos penales ya utilizados en disposiciones ya existentes (coherencia horizontal, vid. art. 11.3 del Tratado de Lisboa).

El "good governance" exige que el legislador europeo antes de aprobar un acto jurídico compruebe su coherencia con los ordenamientos penales nacionales y con el ordenamiento europeo y fundamente de forma explícita, a partir de esta comprobación, que no existe contradicción alguna.

II. ACLARACIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE POLÍTICA CRIMINAL

Los principios que acaban de mencionarse son y deben convertirse en directrices de una legislación político-criminalmente razonable, pero son también idóneos para evaluar la justificación política criminal de los actos jurídicos actualmente en vigor o las propuestas legislativas. De este modo, se mostrará también la relevancia práctica y la oportunidad de nuestras propuestas. En lo que sigue, de un lado, se subrayará donde existen ya actualmente tendencias de política criminal encomiables, que pueden ser tomadas como ejemplo para ulteriores iniciativas legislativas con relevancia penal. De otro lado, se mostrarán los puntos débiles, que desde nuestro punto de vista necesitan ser corregidos y complementados siguiendo nuestras propuestas.

1. EN ATENCIÓN A LA *NECESIDAD DE UN FIN DE TUTELA LEGÍTIMO* ENCONTRAMOS UN CONJUNTO DE ACTOS QUE DE MANERA INDUBITADA CUMPLEN CON NUESTROS REQUISITOS:

– A la protección de un interés legítimo y especialmente importante se endereza por ejemplo la *Decisión marco para la lucha contra la trata de seres humanos*.[1] En un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia no resulta aceptable que se aproveche la situación de debilidad de una persona a través del engaño, la coacción o incluso la violencia con el fin de explotarla sexualmente o laboralmente. La víctima resulta atacada de este modo masivamente en el núcleo duro de sus derechos individuales (integridad corporal, libertad, autodeterminación sexual y fuerza de trabajo), derechos que explícitamente están protegidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

– Igualmente la *Convención para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas* [2] (la Convención PIF) y los protocolos adicionales persiguen en todos los casos un interés

1. DM 2002/629/JAI, DO 2002, n. L 203, p. 1.
2. DO 1995, n. C 316, p. 49; DO 1996, n. C 313, p. 2; DO n. C 221, p. 12.

legítimo, como es el mantenimiento de la autonomía financiera y de las prestaciones de la Comunidades Europeas o bien, en el futuro, de la Unión.

Resulta, sin embargo, más problemático el encontrar un interés de tutela legítimo en otros actos jurídicos:

– Aunque no puede negarse que la *Decisión marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil* [3] pretende tutelar un interés político-criminal indiscutiblemente legítimo, como es la protección de los menores, va demasiado lejos cuando en el art. 1. b) ii y iii incluye la representación de personas adultas que parezcan ser niños o la imagen realista de un niño inexistente (pornografía infantil virtual) practicando o participando en una conducta sexualmente explícita. Estas imágenes no afectan directamente a ningún menor, porque la persona involucrada o bien es mayor de edad o incluso no es ninguna persona real. Hasta el momento no ha podido demostrarse que estas representaciones ponen en peligro directamente a menores. De acuerdo con nuestra propuesta sería en cualquier caso necesario que el legislador europeo se esforzara en argumentar este extremo, en su caso mediante investigaciones empíricas, con el fin de justificar una criminalización tan amplia con un "fin legítimo".

– La *Decisión marco para la lucha contra la criminalidad organizada* [4] constriñe a los Estados miembros a castigar penalmente o bien la participación en la actividad ilegal de una asociación criminal (art. 2 b) o – en consonancia con el modelo anglosajón de conspiracy – la concertación para la comisión de determinados delitos (art. 2 b). Los intereses que pueden ser afectados a través de estos comportamientos y por tanto el fin legítimo tutelado resultan, sin embargo, demasiado vagos, ya que los delitos a los que la asociación o el acuerdo deben dirigirse se concretan indicando únicamente que deben tener una pena mínima de cuatro años. La Decisión marco no suministra más información acerca de qué tipo de delitos se trata. La única indicación

3. DM 2004/68/JAI, DO 2004, n. L 13, p. 44.
4. DM 2008/841/JAI, DO 2008, n. L 300, p. 42.

radica en el hecho de que los miembros de la asociación criminal deben actuar con el fin de conseguir, directa o indirectamente, una ventaja patrimonial.

Mas esto último afecta tan sólo a la motivación del autor y no al merecimiento de protección del interés contra el cual este comportamiento se dirige. Por esta razón no resulta suficientemente claro cual es la finalidad que persigue este precepto, con independencia de la difusa lucha contra la criminalidad organizada. A los Estados miembros no se les comunica de forma precisa que es lo que deben castigar. Sin una explicación más detallada se lesiona el principio de *good governance*.

2. El *Principio de ultima ratio* como consecuencia del principio (europeo) de proporcionalidad para la aplicación del derecho penal se puede reconocer en los siguientes casos:

– La *Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular* [5] muestra una tendencia positiva. El art. 9 de esta disposición fundamenta la obligación de criminalizar determinados supuestos de empleo ilegal de tal modo que no se trata simplemente de contravenir lo dispuesto en el art. 3.1, el empleo de un nacional de un tercer país en situación irregular. Los Estados miembros deben castigar únicamente el empleo ilegal cuando a esta situación se añade una de las siguientes circunstancias agravantes: la infracción continuada o reiterada de modo persistente; el empleo simultáneo de varios nacionales de países terceros en situación irregular o bien de menores de edad; la infracción se acompañe de unas condiciones laborales particularmente abusivas o se realice conociendo que el empleado ha sido víctima de la trata de personas. Para las infracciones más habituales no se requiere que la sanción tenga carácter penal. Todo ello podría reconocerse como una señal (¿consciente?) de respeto al principio de proporcionalidad penal y por consiguiente del principio de *ultima ratio*.

– La *Decisión marco relativa a los ataques contra los sistemas de información* [6] contiene obligaciones de criminalización relativas a la

5. Directiva 2009 (25/CE, DO L 2009, n. L 168, p. 24.
6. M 2005/222/JAI, DO 2005, n. L 69, p. 67.

entrada ilegal en un sistema de información (hacking, art. 2), a la obstaculización o interrupción del funcionamiento de un sistema de información (art. 3) y a las diversas formas de intromisión ilegal de datos (art. 4). Con el fin de no extender excesivamente la criminalización en todos estos supuestos se excluyen siempre los denominados casos de menor gravedad. En relación al Hacking se deja en manos de los Estados miembros el castigo de la tentativa, que en los otros casos resulta obligatorio. Podría dudarse si estas medidas resultan suficientes para impedir una punibilidad desbordada.

En cualquier caso los mencionados mecanismos apuntan en la dirección correcta, en cuanto que posibilitan a los Estados miembros ser congruentes con la extensión de sus propios preceptos penales. De este modo se garantiza igualmente el principio de coherencia (infra. 6).

– La *Decisión marco para la lucha contra el tráfico de drogas* [7] contiene en su art. 2.2 una cláusula que excluye la obligación de criminalización de pequeñas cantidades de drogas destinadas al propio consumo. De este modo, en este ámbito, se deja a los Estados miembros un margen de decisión político criminal que debe ser bien recibido, pues resulta muy valioso en atención a los diferentes puntos de partida de la política de drogas de los Estados miembros y del papel del derecho penal en este ámbito.

Por el contrario, de la mano de otros ejemplos de disposiciones ya aprobadas puede mostrarse que el principio de ultima ratio hasta ahora no ha encontrado de manera evidente un reconocimiento autónomo y constante, y que tampoco ha existido una argumentación específica en el sentido del *good governance*:

– La *Decisión marco que complementa a la relativa a la lucha contra el terrorismo* [8] obliga a tipificar en los Estados miembros, en relación con actividades terroristas, la incitación pública a la comisión de un acto de terrorismo, el denominado "reclutamiento" y la "formación" con fines terroristas, así como la tentativa y la participación en estos comportamientos. De este modo, se intenta contrarrestar la tendencia a que los terroristas abusen de Internet como "campo de

7. DM 2004/919/JAI, DP 2005, n. L 335, p. 8.
8. DM 2008/919/JAI, DO 2008, n. L 330, p. 21.

entrenamiento virtual". Sin embargo, con ello, se abarcan comportamientos que se realizan en un ámbito muy previo a la comisión de actos terroristas.

A través de esta Decisión marco, la Unión Europea conduce a los Estados miembros a un derecho penal que intenta prevenir peligros objetivos para bienes jurídicos. Se castigan comportamientos que únicamente fomentan la construcción de una actitud interna criminal en otras personas o el apoyo a esta actividad (el denominado derecho penal pre-preventivo). Este alargamiento de la amenaza penal y con ello la total desvinculación de una puesta en peligro objetiva, incluso abstracta, de un bien jurídico no resulta compatible con el principio de proporcionalidad europeo, en su manifestación de ultima ratio, como directriz político criminal.[9] Cuando un comportamiento no representa un peligro actual para el bien jurídico, no puede afirmarse que la protección penal resulte necesaria. En cualquier caso, de acuerdo con el principio de *good governance*, debería explicitarse en qué modo otras medidas podrían haber sido útiles, como una mayor vigilancia en Internet o la imposición de obligaciones al administrador de la *Web*.

– La *Decisión marco sobre la falsificación de medios de pago distintos al efectivo* [10] genera también una anticipación de la punibilidad, al considerar "necesario que la descripción de las diversas conductas que deben tipificarse en relación con el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo abarque toda la gama de actividades que en conjunto constituyen la amenaza del crimen organizado en este ámbito". La Decisión marco llega a tal extremo que en su art. 4 establece que debe sancionarse la elaboración o el suministro de objetos que sean objetivamente aptos para la realización de un delito. La aplicación del derecho penal en un momento tan anticipado cuando todavía existe apenas un riesgo para el bien jurídico requiere – en el sentido de *good governance* – una justificación más precisa que la mera referencia a la criminalidad organizada.

9. Una tendencia semejante al alargamiento de la intervención se observa en otras Decisiones Marco, vid. por ejemplo el art. 2. c) de la DM 2001/431/JAI, DO 2001, n. L 149, p. 1.
10. DM 2001/431/JAI, DO 2001, n. L 149, p. 1.

– La obligaciones de penalización que incluye la, ya mencionada, *Decisión marco relativa a la criminalidad organizada* [11] no se limitan a asociaciones criminales con un elevado grado de organización, sino que basta según art. 1 n. 2 cualquier agrupación siempre y cuando no se haya formado fortuitamente, aunque sus miembros no tengan asignados determinados roles, continuidad como miembros o la asociación no tenga una estructura definida. Por ese motivo, la obligación de penalizar es más extensa de lo que sería necesario en cuanto a la nocividad social de la criminalidad organizada, lo que hace difícil su justificación de acuerdo con el concepto de proporcionalidad.

– La *Directiva sobre derecho penal del medio ambiente* [12] plantea una problemática similar. Esta directiva obliga a los Estados miembros a castigar determinados actos que infringen una disposición de la CE, lo que en parte supone penalizar comportamientos por el incumplimiento de criterios formales. Así por ejemplo existe un transporte ilegal de residuos de acuerdo con el art. 3 lit. c de la Directiva sobre derecho penal del medio ambiente cuando se realiza el transporte sin la notificación de todas las autoridades administrativas (cf. art. 2 n. 35 lit. a Reglamento [CE] 1013/2006) o no está conforme con determinados formularios (art. 2 n. 35 l d y g iii del Reglamento [CE] 1013/206). La penalización de injusto meramente administrativo no se corresponde con el principio de *ultima ratio*, que tiene que ser preservado por el derecho penal.

– *La Decisión marco sobre corrupción entre privados* [13] no fundamenta suficientemente la posible utilización de medidas más leves de prevención de la corrupción en este ámbito. De este modo, se podría pensar en indemnizaciones económicas o medidas de *Compliance* (por ejemplo la introducción del principio de "cuatro ojos" en la concesión de pedidos o la rotación de personal en el departamento de adquisiciones). No se ha cumplido debidamente el deber de justificación para la aplicación del derecho penal como último medio del control social.

3. La aplicación del *principio de culpabilidad* en disposiciones con relevancia penal se refleja en algunos ejemplos:

11. DM 2008/841/JAI, DO 2008, n. L 300, p. 42.
12. Directiva 2008/99/CE, DO 2008, n. L 238, p. 28.
13. DM 2003/568/JAI, DO 2003, n. L 192, p. 54.

– En varios Estados miembros, la sanción penal de las personas jurídicas puede compaginarse con el concepto de reprochabilidad personal, que fundamenta su derecho penal. Por ese motivo debe valorarse positivamente que todas las decisiones marco que hacen referencia a sanciones de las personas jurídicas dejen abierto si la sanción tiene que ser de carácter penal. Como ejemplo puede mencionarse el art. 6 de la *Decisión marco sobre corrupción entre privados.*[14] Esta forma de discreción sería deseable para el futuro.

– Bajo este aspecto también es plausible que algunos instrumentos jurídicos, como la *Decisión Marco sobre falsificación de medios de pago distintos al efectivo* [15] *o también la Convención PIF* con respecto al castigo del fraude en contra de intereses financieros de la CE (art. 1.1)[16] requieran como elemento subjetivo del tipo explícitamente el dolo. Pero también se pone de manifiesto en la convención PIF que este importante requisito subjetivo tiene un fundamento frágil y puede ser fácilmente evitado, en cuanto art. 1.4 de la convención permite deducir el dolo de la existencia de circunstancias objetivas. Una deducción automática al dolo no es aceptable bajo el principio de culpabilidad.

Además existen objeciones en cuanto a otros actos jurídicos sobre todo en relación a la falta de diferenciación de la sanción para comportamientos totalmente diferentes. Esto levanta objeciones relativas al principio de culpabilidad:

– La *Decisión marco contra el terrorismo* [17] obliga a los Estados miembros a castigar la dirección de un grupo terrorista (art. 2.2.a) y su apoyo consciente – por ejemplo a través de financiación o información – (art. 2.2.b). En el primer caso la pena máxima debe ser como mínimo de 15 años, en el caso segundo al menos de 8 años (art. 5.3). En relación al principio de culpabilidad o bien al principio de proporcionalidad se plantea el problema de que estos grupos terroristas no necesariamente pueden tener la intención de cometer delitos graves (como ataques a la vida o la integridad física, secuestros o la

14. DO 2003/568/JAI, DO 2003, n. L 192, p. 54.
15. DM 2001/413/JAI, DO L 2001, n. L149, p. 1.
16. DO 1995, n. C 316, p. 49.
17. DM 2002/475/JAI, DO 2002, n. L 164 modificada por la DM 2008/919/JAI, DO 2008, n. L 330, p. 21.

elaboración de armas de destrucción masiva). Igualmente estos grupos terroristas pueden limitarse a *amenazar* con estos delitos (art. 1.1.i). En relación a la "participación en actividades de un grupo terrorista" la pena mínima a aplicar de 8 años resulta independiente de si el grupo se orienta a la comisión o a la mera amenaza de delitos terroristas. De este modo, el grado de peligro de los comportamientos de apoyo no se refleja en las consecuencias jurídicas. No se ha respectado el grado de culpabilidad en la determinación de las sanciones. En lo que atañe a la "dirección de un grupo terrorista" resultan aún más claras las dudas acerca del respeto al principio de culpabilidad. En principio parece oportuno, que en el art. 5.3 esté prevista para la dirección de un grupo terrorista, que solamente tiene como objetivo amenazar con actos terrorista una pena máxima de 8 años (en vez de 15), porque este comportamiento muestra un grado más reducido de peligrosidad. Pero en estos casos, según la concepción de la Decisión marco, los colaboradores corren el peligro de ser castigados con las mismas penas que los dirigentes. El hecho de que la Unión aplique la misma pena máxima para comportamientos de diferente grado de dañosidad social vulnera el principio de culpabilidad y la proporcionalidad de las penas.

– La nueva propuesta de *Decisión marco relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos*,[18] prevé en el art. 3.1 una pena máxima de un mínimo de 6 años. Esta pena tiene que hacer referencia a "actividades ilícitas (...) contemplados en los art. 1 y 2". El art. 1 contiene la obligación de penalizar determinados comportamientos, el art. 2 obliga a los Estados miembros a castigar la inducción, la complicidad y la tentativa del delito. De este modo, la Comisión se representa con una gravedad similar las penas máximas de la autoría, de la participación y de la tentativa, por otro lado. En relación al principio de culpabilidad resulta difícil de conciliar esta previsión con la participación, ya que el principio de culpabilidad exige que cada partícipe sea castigado en atención a su grado de culpabilidad. Con buenas razones, en muchos sistemas la complicidad se castiga, al menos facultativamente, con una pena más leve que la autoría.

18. COM (2009) 136 final, p. 14.

4. EN LA FORMULACIÓN DE PRECEPTOS JURÍDICOS CON CONTENIDO PENALMENTE RELEVANTE ES POSIBLE ENCONTRAR EJEMPLOS POSITIVOS, QUE RESPETAN LA *OBLIGACIÓN DE DETERMINACIÓN*, DERIVADA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

– En atención a este principio resultan encomiables aquellos preceptos penales que se esfuerzan por describir de manera más clara posible qué comportamientos deben ser sancionados por los Estados miembros. Un ejemplo puede encontrarse en el art. 3.1 c) de la *Decisión marco relativa contra la falsificación del euro* [19] que contiene una obligación de penalización en relación a la conducta consistente en "importar, exportar, transportar, recibir o procurarse moneda falsa". A estos efectos, el art. 1 en su segundo inciso aclara expresamente que debe entenderse incluso por moneda.

– De manera similar el art. 2.1 a) de la *Decisión marco relativa al tráfico ilegal de drogas* [20] establece la sanción de la "producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la entrega en cualquier condición, el corretaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas". Resulta positivo que el legislador europeo a través de numerosas indicaciones, con elementos muy aferrables, intente definir el comportamiento típico. No obstante, y por otro lado, también resulta evidente que el esfuerzo de introducir todas las formas típicas de comportamiento en el catálogo de conductas punibles lleva a que los conceptos se entrecrucen, sin que sea posible una clara separación de las distintas modalidades típicas (por ejemplo, la limitación entre la oferta y la oferta para la venta o bien la entrega, el envío en tránsito y el transporte). Aunque no guarda relación con la determinación, resulta cuestionable si constituye una política criminal razonable establecer un obligación de criminalización tan generosa.

– No deben dejar de mencionarse aquellos casos en los que los órganos europeos se ocupan de integrar normas armonizadoras procedentes de otras organizaciones internacionales en el marco de integración de la Unión Europea. En estos supuestos frecuentes es posible constatar un esfuerzo por alcanzar un mayor grado de determinación, tal como muestra por ejemplo el art. 1.1 c) de la *Decisión marco para*

19. DM 2000/383/JAI, DO 2000, n. L 140, p. 1.
20. DM 2004/757/JAI, DO 2004, n. L 335, p. 8.

la lucha contra la trata de seres humanos.[21] Al igual que en el correspondiente protocolo de Naciones Unidas la Decisión marco menciona el "abuso de autoridad" o "de la situación de vulnerabilidad", sin embargo, estos comportamientos son objeto de una concreción ulterior exigiendo que la "persona no tenga una alternativa real y apreciable, excepto someterse al abuso". Aunque puede discutirse si a través de este añadido se ha alcanzado un nivel de taxatividad más satisfactorio, deben reconocerse los esfuerzos del legislador europeo.

Dejando de lado estos casos, son muy numerosas las disposiciones que pueden ser criticadas atendiendo a la determinación. He aquí algunos ejemplos:

– La ya mencionada *Decisión marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil* [22] comprende, como hemos visto, en su art. 1. b) (ii) también la representaciones de adultos con apariencia de niños. Cuando un adulto representa una apariencia infantil, se sustrae a cualquier categoría jurídica. La apariencia que corresponde a una determinada edad es algo muy etéreo, una persona de dieciocho años puede aparecer como uno de diecisiete. Estas delimitaciones no resultan adecuadas en orden a realizar una subsunción con resultados previsibles y por ello deben rechazarse atendiendo a los fines del derecho penal.

– El art. 1.2 de la *Decisión marco para la lucha contra el racismo y la xenofobia* [23] permite a los Estados miembros la posibilidad de castigar determinados comportamientos cuando, entre otras condiciones, el comportamiento sea adecuado para perturbar el orden público. Queda totalmente abierto, qué comportamientos resultan idóneos. Aunque resulta encomiable que el legislador europeo permita a los Estados miembros un margen de configuración, constituye, sin embargo, un problema cuando hace esto dejando en sus manos conceptos totalmente indeterminados.

– A través del art. 2.1 de la *Decisión marco sobre la corrupción en el sector privado* [24] los Estados miembros están obligados a castigar penalmente la corrupción en el tráfico económico tanto del lado del

21. DM 2002/629/JAI, DO 2002, n. L 203, p. 1.
22. DM 2004/68/JAI, DO 2004, n. L 13, p. 44.
23. DM 2008/913/JAI, DO 2008, n. 328, p. 55.
24. DM 2008/841/JAI, DO 2008, n. L 300, p. 42.

otorgante como del aceptante. El elemento central de este tipo es que la contraprestación a la ventaja patrimonial consista en la infracción de las obligaciones por parte del empleado de la empresa. El concepto de infracción del deber se define de forma muy amplia en el art. 1.2, constituyendo "cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate". El elemento de infracción del deber debe determinarse especialmente a partir del derecho del Estado en cuestión, lo que conduce a que el otorgante de la ventaja en los casos de corrupción transnacional deba conocer el conjunto de obligaciones del aceptante, con el fin de poder prever su riesgo penal. Esto incluye tanto las previsiones legales, incluida la jurisprudencia, del Estado donde tiene lugar el soborno, como también las obligaciones particulares contractuales del sobornado. La falta de determinación del elemento infracción del deber se deriva de este modo directamente de la Decisión marco, sin que los Estados miembros puedan evitarla a través de una redacción más precisa.

– La *Directiva sobre delitos contra el medio ambiente* [25] describe a través de una larga cadena de remisiones lo que han de penalizar los Estados miembros. De ello se deriva un problema similar para el principio de determinación: el legislador nacional está obligado prácticamente a aceptar estas remisiones en su norma penal, con lo que la búsqueda de la norma aplicable se dificulta notablemente, hasta tal extremo que resulta prácticamente inexigible debido a la remisión simultánea al derecho nacional y europeo, a las diferentes reglas de interpretación y a las considerables diferencias lingüísticas que existen en el marco del derecho europeo. La única alternativa consistiría en extraer las singulares conductas punibles de entre la cadena de remisiones, tipificándolas en numerosos tipos singulares. No obstante, esta tarea es prácticamente irrealizable por parte del legislador estatal, y además no resulta jurídicamente admisible, en cuanto que supone una trascripción, no permitida, en el derecho nacional de normas comunitarias directamente aplicables. Esta forma de proceder conllevaría igualmente el riesgo de dejar de lado una constelación de casos y de este modo lesionar la obligación de transposición.

25. Directiva 2008/99/CE, DO 2008, n. L 238, p. 28.

5. MUCHAS CRÍTICAS Y RECELOS SE REFIEREN A LA FALTA DE RESPETO AL *PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD*, QUE TIENE SIGNIFICADO PARA EL DERECHO PENAL COMO LÍMITE COMPETENCIAL, CUANDO LA COMUNIDAD O LA UNIÓN DISPONEN DE COMPETENCIAS PARA LA ARMONIZACIÓN ATRIBUIDAS POR LOS TRATADOS. EN LAS DISPOSICIONES ADOPTADAS HASTA EL MOMENTO PUEDE OBSERVARSE QUE AL MENOS PARCIALMENTE SE HA RESPETADO ESTE PRINCIPIO

– El ejercicio de competencias penales en el ámbito europeo tiene un fundamento especial cuando la Comunidad o bien la Unión tutelan sus propios *intereses financieros* u otros intereses supranacionales, como la protección del euro frente a falsificaciones.

– El principio de subsidiariedad se respeta también cuando se trata de formas de criminalidad que poseen un especial carácter supranacional y no pueden ser sancionadas de forma eficaz por los Estados. En esta categoría, al menos como grandes temas, puede encuadrarse a modo de ejemplo el *terrorismo internacional y los delitos contra el medio ambiente*, debido en el primer caso a la estructura organizativa a la que pertenece el autor y en el segundo a que los efectos del hecho no se detienen ante las fronteras de cada país. El que en estos ámbitos resulte evidente el respeto del principio de subsidiariedad no significa que de modo automático todas las concretas formas de aparición de estos delitos o todos los comportamientos que guarden relación con ellos forzosamente deban ser regulados internacionalmente.

– Un indicio que muestra el respeto al principio de subsidiariedad puede ser también el que los Estados miembros se hayan esforzado en otros foros internacionales por conseguir la aproximación de sus derechos nacionales. Este es el caso de la *Decisión marco para la lucha contra la trata de personas*,[26] donde tanto la ONU,[27] como el Consejo de Europa[28] han realizado esfuerzos con el mismo fin. Aun

26. DM 2002/629/JAI, DO 2002, n. L 203, p. 1.
27. Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres, niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Res 55/25 de la Asamblea general de 15.11.2000 en vigor desde el 25.12.2003.

así habría que comprobar en relación a cada una de las singulares obligaciones de criminalización si se cumplen las exigencias del principio de subsidiariedad.

Desgraciadamente, el respeto al principio de subsidiariedad no constituye sin embargo la regla general, tal como muestran los siguientes ejemplos:

– La *Decisión marco para la lucha contra determinadas formas de racismo y xenofobia* [29] requiere de los Estados miembros que sancionen la incitación al odio racial (art. 1.1. a, b) así como la negación del holocausto y otros crímenes contra la humanidad (art. 1.1. c, d). El hecho que la Unión Europea en este punto ha sobrepasado claramente sus competencias deriva del art. 29.1 del TUE en relación con el n. 2 de este mismo precepto. En delitos que están estrechamente vinculados a un determinado país debería justificarse especialmente que se respeta el límite de competencias del principio de subsidiariedad. El fundamento ofrecido en relación a por qué en este ámbito era necesario una armonización de las normas mínimas fue, conjuntamente con la necesidad de mejorar la cooperación internacional (considerando n. 4), lo despreciable de esto comportamientos (considerando n. 5). La facilitación de la cooperación en materia de persecución no puede ser un fin en sí mismo. De aceptarse este argumento con carácter general, el principio de subsidiariedad en lo tocante al derecho penal se vaciaría, porque naturalmente la eliminación de las diferencias en los ordenamientos penales significa una facilitación de la cooperación y la ayuda judicial. No resulta evidente en este caso que la cooperación sin preceptos armonizados sufra graves perjuicios en este caso. En último término bajo estas disposiciones se encuentra el deseo de ofrecer una señal conjunta frente a comportamientos que resultan indeseables. Mas no debe abusarse del derecho penal para funciones

28. Vid. solo Recommendation n. R(91)11 of the Committee of Ministers to member States on sexual exploitation, pornography and prostitution of, and trafficking in, children and young adults; Recommendation No. R(2000)11 of the Committee of Ministers to member States on action against trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation; Recommendation n. R(2001)16 of the Committee of Ministers to member States on the protection of children against sexual exploitation.

29. DM 2008/913/JAI, DO 2008, n. 328, p. 55.

simbólicas. Este tipo de criminalizaciones no debe tener cabida alguna si el principio de subsidiariedad se toma en serio.

– Desde el ángulo de la subsidiariedad resulta dudoso el art. 4 de la Decisión marco que acaba de mencionarse, así como el art. 5.2 de la *Decisión marco para la lucha contra el terrorismo.* [30] Ambos preceptos obligan, de manera similar, a los Estados miembros, en el caso del terrorismo, a castigar de forma más severa delitos que han sido cometidos con ánimo terrorista o bien en el caso de la Decisión marco sobre racismo a delitos que fueron cometidos por móviles racistas o xenófobos. Aunque esta previsión es relativamente poco significativa, su resultado pueda ser razonable y se corresponde además con una práctica ya muy extendida en los Estados miembros, resulta difícil de fundamentar – y de hecho no se ha fundamentado – desde el punto de vista del principio de subsidiariedad por qué las regulaciones nacionales no pueden regular esta cuestión relativa a la determinación de la sanción y con ello por qué resulta necesaria una regulación europea.

– Por lo demás resulta llamativo que en casi todos las disposiciones el respeto del principio de subsidiariedad se afirme a través de una única frase de estilo, como por ejemplo muestra el considerando n. 8 de la *Decisión marco contra la criminalidad organizada:*[31] "Dado que los objetivos de la presente Decisión marco no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión de la acción, pueden lograrse mejor a nivel de la Unión". Como puede apreciarse falta por completo tanto la fundamentación empírica de la incapacidad de los Estados miembros para alcanzar los fines de la Decisión marco, como también la mención específica de los mismos.

6. FINALMENTE DEBEN EXPLICARSE EN RELACIÓN A ACTOS CONCRETOS NUESTRAS EXIGENCIAS RELATIVAS AL MANTENIMIENTO DEL *PRINCIPIO DE COHERENCIA*. EN PRINCIPIO DEBE SUBRAYARSE QUE, AL MENOS HASTA AHORA, EN ASPECTOS SINGULARES EXISTEN ESPACIOS LIBRES PARA LOS ESTADOS MIEMBROS QUE SIRVEN AL RESPETO DE LA COHERENCIA VERTICAL

– A la coherencia de los sistemas penales nacionales atiende en principio que los actores europeos hasta ahora hayan evitado

30. DM 2002/475, DO 2002, n. L 164, p. 3.
31. DM 2008/841/JAI, DO 2008, n. L 300, p. 42.

establecer sanciones penales para las personas jurídicas (vid. por ejemplo el art. 7 de la *Decisión marco para la lucha contra la corrupción en el sector privado*,[32] y ya supra. en relación al principio de culpabilidad).

Igualmente a los Estados miembros se les concede un amplio margen para la preservación de la coherencia vertical cuando algunas decisiones marco no establecen exigencia alguna en relación a las penas, es decir no requieren ninguna pena mínima, conformándose con una exigencia genérica de sanciones penales (eficaces, disuasivas, proporcionadas; o penas privativas de libertad en los casos graves, vid. solo el art. 6 de la *Decisión marco sobre la falsificación de medios de pago distintos al efectivo*).[33]

– Excepcionalmente el legislador europeo se ha esforzado incluso por evitar intromisiones más profundas en el sistema de sanciones de los Estados miembros. En los trabajos preparatorios[34] de la *Decisión marco destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada a la circulación y a la estancia irregulares* [35] se pensó en el art. 1.3, en relación a determinados comportamientos, establecer una pena mínima de 12 años, lo que hubiese sido incompatible con el sistema de sanciones sueco. De acuerdo con el derecho penal de este país este delito tiene una pena de hasta cuatro años, y la pena privativa de libertad temporal más alta que puede imponerse es de 10 años. Como consecuencia de las consultas la pena mínima para los casos más graves se estableció en ocho años y además se incluyó en el art. 1.4 una cláusula que permite a los Estados una pena menor si resulta imprescindible para mantener la coherencia de su sistema nacional. Se trata de un buen ejemplo acerca de cómo pueden tenerse en cuenta el interés de un Estado miembro a la preservación de su sistema penal.

32. DM 2003/568/JAI, DO 2003, n. L 192, p. 54.
33. DM 2001/413/JAI, DO L 2001, n. L 149, p. 1.
34. Fredrik Wersäll, Politik och juridik – vad är vad i tredje pelaren? Några tankar kring symbolpolitik kontra rationalitet. En Asp, Herlitz & Holmqvist, Festskrift till Nils Jareborg, Iustus förlag 2002, p. 659-670, (666).
35. DM 2002/946/JAI, DO 2002, n. L 328, p. 1.

Sin embargo, la praxis de las Instituciones europeas está aun lejos de tomar en consideración de forma continua como principio rector de su política criminal tanto la coherencia vertical como la horizontal:

– Donde faltan cláusulas semejantes a las que acaba de hacerse mención existen preceptos que resultan especialmente problemáticos para los, altamente diferenciados, sistemas penales nacionales. La *Decisión marco de lucha contra el terrorismo* [36] establece por ejemplo en el art. 5.3 en relación a determinados comportamientos terroristas una pena mínima, para los casos más graves, de 15 años. Esta previsión pone las cosas difíciles al derecho penal finlandés, donde la pena privativa de libertad de duración determinada no supera los 12 años, de modo que la Decisión marco sólo ha podido ser implementada a través de una solución artificial y extraña al sistema: una pena máxima excepcional de 12 + 3 años.

– Como ya se ha indicado, algunas disposiciones de la Unión Europea prevén idénticas penas para comportamientos cuyo grado de dañosidad social resulta muy diferente. Así la *Decisión marco para la lucha contra la trata de personas* [37] establece una pena mínima de 8 años cuando se realiza el tipo penal de la trata poniendo en peligro de forma dolosa o imprudente la vida de la víctima (art. 3.2 a). La misma pena mínima se establece en la Decisión marco relativa a la falsificación del euro para la alteración o falsificación de moneda fraudulenta. Esto muestra que en la actividad de la Unión con relevancia penal no se atiende todavía a la coherencia horizontal.[38] Los Estados miembros, dada la apertura de los preceptos "hacía arriba", podrían autónomamente establecer penas más elevadas para los comportamientos delictivos que encuentren más lesivos, con lo que de este modo al menos parcialmente podrían verse forzados a una clara agravación en sus sistema de sanciones, lo que resulta problemático en aras al mandato de coherencia vertical.

36. DM 2008/919/JAI, DO 2008, n. L 330, p. 21.
37. DM 2002/629/JAI, DO 2002, n. L 203, p. 1.
38. Weyembergh, Approximation of criminal laws, the Constitutional Treaty and The Hague Programme, Common Market Law Review 42 (2005), p. 1567 (1586).

– Para ilustrar la falta de coherencia horizontal nos remitiremos una vez más a la *Decisión marco de lucha contra el terrorismo*,[39] donde en relación a la participación en las actividades de una organización terrorista no se diferencia si ésta tiene como finalidad la realización (art. 1 a)-h) o sólo la amenaza de hechos más graves (art. 1 i). Sin embargo la misma Decisión marco prevé una diferenciación en caso de dirección: siempre que la asociación se limite a amenazar, la pena mínima máxima requerida se reduce a 8 años. Por lo tanto en estos casos no se establece una diferencia de pena mínima máxima a la hora de castigar la dirección o participación.

7. TAL COMO MUESTRAN ESTOS EJEMPLOS EN ALGUNOS CASOS LOS RESULTADOS DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA NO SON ACEPTABLES O SON AL MENOS CUESTIONABLES. AUNQUE EN NINGÚN CASO SE HA TRASPASADO EL LÍMITE DE LO INACEPTABLE, SE HAN APRECIADO TENDENCIAS PREOCUPANTES QUE NO DEBEN PASAR INADVERTIDAS: LA TENDENCIA A ESTABLECER DISPOSICIONES PENALES QUE NO PERSIGUEN CLARAMENTE LA TUTELA DE INTERÉS ALGUNO; LA TENDENCIA A DESCUIDAR EL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO; LA TENDENCIA A ESTABLECER OBLIGACIONES DE PENALIZACIÓN QUE CONDUCEN A LA INTRODUCCIÓN DE PRECEPTOS INDETERMINADOS EN LOS DERECHOS NACIONALES; ASÍ COMO LA TENDENCIA A REACCIONAR ANTE CUALQUIER PROBLEMA SOCIAL CON UN INCREMENTO DE LA REPRESIÓN, CONSIDERANDO QUE ELLO SUPONE YA UN VALOR AÑADIDO

Estas tendencias objetables se manifiestan también en el ámbito estatal, pero son considerablemente fortalecidas a través del desarrollo europeo. Nuestra preocupación radica en que si estos riesgos no son reconocidos a tiempo al final nos demos de bruces con un derecho penal inaceptable, contrario a los principios y las tradiciones liberales fundamentales.

Prof. Dr. Petter Asp, Stockholm University, S

Prof. Dr. Nikolaos Bitzilekis, Aristotle University of Thessaloniki, GR

Lect. univ. Dr. Sergiu Bogdan, Universitatea Babes-Bolyai, RO

Ass. Prof. Dr. Thomas Elholm, LL.M, University of

39. DM 2002/475/JAI, DO 2002, n. L 164 modificada por la DM 2008/919/JAI, DO 2008, n. L 330, p. 21.

Southern Denmark, DK
Prof. Dr. Luigi Foffani, Università di Modena e Reggio Emilia, I
Prof. Dr. Dan Frände, University of Helsinki, FIN
Prof. Dr. Helmut Fuchs, Universität Wien, A
Prof. Dr. Maria Kaiafa-Gbandi, Aristotle University of Thessaloniki, GR
Prof. Dr. Jocelyne Leblois-Happe, Université de Strasbourg, F
Prof. Dr. Adán Nieto Martín, Universidad de Castilla-La Mancha, E
Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, M.P.A., Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, D
Prof. Dr. Helmut Satzger, Ludwig-Maximilians-Universität München, D
Prof. Dr. Elisavet Symeonidou-Kastanidou, Aristotle University of Thessaloniki, GR
Ass. Prof. Dr. Ingeborg Zerbes, Universität Wien, A