Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais
Ano 17 • n. 80 • set.-out./ 2009

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, Luis 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 e Stella Maris Martinez.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

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

ISSN 1415-5400

Revista
BRASILEIRA DE
Ciências Criminais

Ano 17 • n. 80 • set.-out./ 2009

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 17 • n. 80 • set.-out./ 2009

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 52.007.010/004-03

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Sumário

I. Direito Penal

1. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo
   Fabio Roberto DrsquoAvila 7
2. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir
   Fábio Roque da Silva Araújo 35
3. A constitucionalização do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado
   Karyna Batista Sposato 80

II. Processo Penal

1. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica
   Felipe Kirchner 119
2. A execução antecipada da pena nos tribunais superiores brasileiros: os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade
   João Pedro Pereira Brandão 150
3. A regulamentação do sigilo das comunicações entre pessoas presentes e do sigilo profissional no direito processual penal chileno
   Marcio Geraldo Britto Arantes Filho 208

III. Crime e Sociedade

1. Breves notas sobre o abolicionismo penal
   Bruna Angotti 247
2. A crise constitucional do estado contemporâneo: estado de exceção e repressão penal

Bruno Heringer Júnior 280

3. Investigadores de papel. El papel de la policía judicial en la investigación de los delitos en la Ciudad de México
Elena Azaola Garrido e Miguel Ángel Ruiz Torres 323

4. O (in)visível tráfico de drogas: um estudo de sociologia das práticas jurídicas
Mariana Raupp 346

5. Origen y fundamentos criminológicos de la mediación
Miquel Ángel Núñez Paz 370

IV. Seção Especial: Direitos Humanos

1. Proibição de submissão a novo julgamento – regra do *ne bis in idem* – o sistema interamericano de direitos humanos e o direito comparado
Priscila Akemi Beltrame 407

V. Seção Especial: Resenha

1. Derecho administrativo sancionador: parte general, de Manuel Gómez Tomillo
Víctor Gabriel Rodríguez 431

VI. O Direito em Ação

1. A inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 30 do Código Penal Militar
Flavio Flores da Cunha Bierrenbach 439

Índice Alfabético-Remissivo

Autores 451

Temas 453

IBCCRIM – Diretoria da Gestão 2009-2010 457

Normas de Publicação para Autores 459



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

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

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

Monografias
Fernando Salla

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

I Direito Penal

1

Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo

Fabio Roberto D'Avila

Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Universidad de Frankfurt am Main. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Professor do mestrado e doutorado em Ciências Criminais da PUC-RS.

Área do Direito: Penal-Processo Penal

Resumo: As linhas que hoje perfazem a compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos e que, através de argumentos consistentes, contrapõem o sem número de críticas que de forma recorrente e insistente lhe são direcionadas e, simultaneamente, permitem a sua contínua renovação, tornam lídimo acreditar que os tempos em que vivemos são não tempos de abandono, mas de vívida renascença. A teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos longe está de resumir seu mérito a uma idéia reitora de argumentação. Corretamente compreendida, oferece não só um contributo inestimável, mas sim verdadeiramente insubstituível para a inteligência do que lhe há de mais próprio, para a inteligência da própria proibição penal, a

Abstract: The lines that today compose the understanding of a crime as an offense against legally protected values (Rechtsgut) and all the criticism that is constantly presented and which simultaneously make it possible to have its continuous renewal, encourage us to believe that the times we live in are not times of abandonment but times of true rebirth. The exclusive protection of legal goods theory (Rechtsgutstheorie) is far from being solely an idea of argument. If it is correctly understood it not only offers an invaluable contribution, but is also a truly irreplaceable component for the intelligence of criminal prohibition itself, based on legislative limits of unquestionable binding power.

partir de limites legislativos de indiscutível força vinculante.

Palavras-chave: Teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos – Bem jurídico-penal – Ofensividade – Ilícito penal – Proibição criminal – Limites materiais do direito penal.

Keywords: Exclusive protection of legal goods theory (Rechtsgutstheorie) – Legal goods (Rechtsgut) – Criminal wrongs – Criminal prohibition – Criminal law material limits.

Sumário: Notas introdutórias – 1. A material validade da proibição como problema primeiro do direito penal – 2. A teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos como hipótese – 3. Sobre a dimensão existencial do bem jurídico (*Seinaspekt*) – 4. Sobre a dimensão valorativa do bem jurídico (*Wertaspekt*) – 5. Um segundo nível de valoração – 6. Apontamentos finais – Bibliografia.

Notas introdutórias[1] [2]

Na primeira edição brasileira de seu *Direito penal – parte geral*, vinda à público na primavera de 2007, Jorge de Figueiredo Dias, nosso homenageado, mantém-se fiel ao paradigma jurídico-penal iluminista, reafirmando a sua convicção forte em um direito penal do bem jurídico, como pressuposto de legitimidade da ciência normativa do direito penal, ainda que no complexo âmbito relacional que nos abre a sociedade pós-industrial.[3] E fá-lo a partir de avanços dogmáticos de inestimável valor prático e teórico, quer no que tange ao conceito de bem jurídico, quer aos critérios de seu acertamento, cujo resultado não é senão contributos preciosos, através dos quais a atual teoria do bem jurídico se renova e sobre os quais, se bem vemos, ainda há de se apoiar nos anos que seguem.

1. Recebimento: 15.04.2009. Aprovação: 18.06.2009.
2. O presente trabalho foi elaborado com o fim de somar-se aos Escritos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, ainda inédito. A presente publicação, no âmbito da Revista Brasileira de Ciências Criminais, dá-se, por sua vez, única e exclusivamente, por acreditarmos que ela de modo algum desvirtua, mas, em verdade, apenas reforça a homenagem que este estudo, tão sinceramente, encerra.
3. Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Ed. RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2007, t. I, p. 154.

Figueiredo Dias lança novas luzes a uma reivindicação já cara à "moderna teoria portuguesa do crime" [4] e aos estudos de Eduardo Correia.[5] É dizer, à reivindicação pela dimensão substancial de legitimidade do ilícito-típico. A orientação a valores, característica dessa forma de pensar, propugna pela necessidade de um conteúdo objetivo ao ilícito penal, estabelecido não a partir da simples violação de dever, mas da lesão a interesses objetivos ou, mais propriamente, da lesão ou perigo de lesão a bens protegidos jurídico-penalmente.[6] Paralelamente à perfectibilização formal do tipo, corretamente entendido como "portador" ou "interposto da valoração jurídico-criminal",[7] passa a exigir atenção uma dimensão de cunho material, expressa na forma de " *negação de valores*, de interesses ou bens jurídico-criminais".[8]

Mas se Eduardo Correia, já a seu tempo, assinalava que a defesa de um conceito de bem jurídico como "luz que ilumina o legislador ao delinear os diversos 'Tatbestände' " efrentava críticas de vários lados, sejam provenientes da denominada Escola de Kiel – defensora aberta de um ilícito como mera violação de dever – ou mesmo do então recente finalismo – que, deslocando a ilicitude penal do desvalor assente na violação de bens jurídicos para o desvalor da ação, fazia resurgir os riscos de um " *Gesinnungs- Willenstrafrecht* " [9] –, é certo que, em um momento de tantas e tão profundas tranformações sociais, como é esse em que ora vivemos, não faltariam aos atuais defensores de um *direito penal do bem jurídico* críticas das mais diversas ordens.

Entre velhos e novos argumentos alega-se, principalmente, (a) a sua incapacidade em contribuir para a definição da tutela obrigatória – estaria restrita à tutela possível, nada dizendo sobre a obrigatória – e (b) insuficiência enquanto argumento crítico, mesmo que restrito à definição da tutela possível; (c) a impossibilidade de obter-se uma

4. Sobre a denominada "moderna teoria portuguesa do crime", ver HÜNERFELD, Peter. *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Verbrechenslehre und ihre Entwicklung in einem europäischen Zusammenhang*. Baden-Baden: Nomos, 1981, p. 161 e ss.
5. CORREIA, Eduardo. *Direito criminal* (reimpressão – com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Almedina, 1999. vol. 1.
6. HÜNERFELD, Peter. Op. cit., p. 175.
7. CORREIA, Eduardo. Op. cit., p.276.
8. Idem, p. 276 (itálico do autor).
9. Idem, p. 277 (nota 1) e 279 e ss.

definição material de bem jurídico ou mesmo a sua não preexistência ao legislador; (d) a sua inadequação a técnicas de tutela em expansão, nomeadamente no direito penal secundário; (e) a falácia do seu contributo na superação de delitos de cunho meramente moral, uma vez que, para a proibição de uma conduta, bastaria ser ela indesejada e, em razão disso, objeto de um acordo de base social e legislativamente reconhecido. Razões, enfim, de cunho histórico, prático, ideológico e dogmático-penal que unem-se na tentativa de demostrar a inaptidão do bem jurídico, enquanto argumento crítico de legitimidade do processo contemporâneo de criminalização.

Todavia, em que pese a atualidade desses argumentos, pouco há aqui de novo. É bem verdade que, no estado atual da doutrina do crime, o desenvolvimento da técnica e o aumento da complexidade das relações sociais é, em grande parte, responsável pelo surgimento de novos espaços de intervenção, repletos de conflitos próprios que não apenas os caracterizam, senão mesmo os distinguem dos problemas sobre os quais até então se tinha debruçado o direito penal clássico, permitindo, inclusive, a autonomia de determinados âmbitos de regulação.[10] Porém, no que tange à natureza dos problemas enfrentados pela teoria do bem jurídico, muito modesto tem sido o impacto de tais tranformações. Os problemas que hoje se colocam são, em sua grande maioria, já há muito conhecidos. Estão, isto sim, sensivelmente redimensionados em importância e problematicidade, principalmente quando tomados em um contexto intensamente informado por exigências funcionais, permitindo não só contrastes não experienciados em outros tempos, mas, e principalmente, elevados custos político-criminais.

E se, por um lado, o lugar e o significado alcançados por esse redimensionamento dos problemas do bem jurídico já seriam suficientes para recolocar a questão do conceito material do crime no centro da discussão penal contemporânea, abrindo caminhos para sua natural e necessária renovação ou mesmo *renaissence*, a verdade é que, por outro, o mexer e remexer de velhos argumentos apresenta-se, para alguns, como sinais de ineludível cansaço, a suprimir da

10. Sobre a questão, nomeadamente no que tange ao direito penal econômico, ver FARIA COSTA, José de. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 11 e ss.

Rechtsgutstheorie expectativas de novos desenvolvimentos, e a comprometer a sua continuidade como *topos* crítico irrenunciável à ordem penal. O seu abandono seria, nessa linha, o caminho natural.

1. A MATERIAL VALIDADE DA PROIBIÇÃO COMO PROBLEMA PRIMEIRO DO DIREITO PENAL

A questão acerca do que possa ser considerado materialmente uma conduta criminosa ou, mais propriamente, das qualidades materiais que deve reunir uma conduta para que possa ser objeto de uma proibição criminal é, e sempre será, o problema primeiro do direito penal.[11] E isso pelo simples fato de que dela depende a validade não só da *punição* penal, mas antes da própria *proibição* penal, do *não* jurídico-criminal, condição de existir do próprio pensar jurídico-penal. Não se trata, pois, do interrogar acerca do quando punir ou das condições de dignidade da punição penal que, conquanto revestido do mais límpido e inequívoco interesse, não pode aqui, em clara subversão da ordem lógica das coisas, alcançar preferência.[12] E sim, da primeva interrogação de legitimidade que só o *não* criminal, como gesto inaugural dessa forma de inteligir, é capaz de expressar.

Gesto esse que, ao se assumir como enunciar primeiro do direito penal, assume-se igualmente como ponto de cruzamentos de diversas matizes do saber, em uma complexa teia de relações e interesses, cujos desdobramentos em muito transcendem o espaço de reflexão que aqui se ensaia. O que ora se perfaz a partir de tal assertiva é, em contrapartida, reconhecidamente, muito mais modesto, nada mais que o simples lançar de luzes a uma quase-evidência.

Quando Romagnosi, em seu *Genesi del Diritto Penale* (1791), refere a necessidade de um direito *più forte* à *Podestá punitrice*, de modo a permitir, através da pena, o sacrifício de direitos do homem, uma vez

11. ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, v. HIRSCH e WOHLERS (orgs.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimatión del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 443.
12. Trabalhando, em contrapartida, no seguimento da compreensão majoritária, com critérios de *Pönalisierungswürdigkeit* e *Pönalisierungsbedürfitigkeit*, temos SCHENCK, Moritz von. *Pönalisierung der Folter in Deutschland. De lege lata et ferenda.* Tese de doutorado, Frankfurt a. Main, 2008, p. 113 e ss.

que "ogni pena involge nella sua nozione la sottrazione o totale, o parziale del bem essere di colui che la soffre",[13] o que está colocado, sem rodeios, é a plena consciência de que, ao lhe corresponder um custo intenso às liberdades individuais, padece o direito penal da contínua e inafastável necessidade de justificação, nunca encontrada senão na exata dimensão em que se projeta o seu próprio custo: na material validade que subjaz (deve subjazer) o jurídico.

A univocidade do que ora se constata deixa clara sua simples pretensão em demarcar um lugar de partida. Se se pode contestar as inúmeras tentativas de resolução já por tantos e diversos caminhos formuladas, parece-nos, em compensação, manifesto que a proibição penal, enquanto mais aguda manifestação estatal restritiva de direitos, carece de especial justificação,[14] de uma justificação que não pode ser simplesmente pressuposta pela legitimidade democrática do legislador[15] ou pela "boa vontade" estatal na persecução de seus fins – não raramente enredada na comum vertigem objetiva do Estado –, ou, ainda, sequer encontrada na circularidade e no vazio de argumentos meramente formalistas. E se, para alguns, a história não for suficiente para justificar tal carência de material validade, ao menos devem sê-lo as condições de existência estatal nos quadros de um Estado Democrático e Constitucional de Direito. Ao menos aqui, por uma questão de princípio, não pode o Estado restringir liberdades constitucionais por ele mesmo reconhecidas, sem uma razão suficiente, materialmente estabelecida.[16]

O reconhecimento de tal premissa nos impele a negar toda e qualquer razão a orientações que, partindo de críticas ao bem jurídico,

13. Romagnosi, Gian Domenico. *Genesi del diritto penale (1791)*. Org. por Robertino Ghiringhelli e prefácio de Ettore Albertoni. Milano: Giuffrè, 1996, p. 203.
14. Sobre o problema da carência (ou não) de uma especial justificação para a intervenção jurídico-penal, a partir de argumentos constitucionais, ver Lagodny, Otto. Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik. In: Hefendehl; v. Hirsch; Wohlers (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 83 e ss.; Böse, Martin. Grundrechte und Strafrecht als "Zwangsrecht". In: Hefendehl; v. Hirsch; Wohlers (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie...* cit., p. 89 e ss.
15. Também assim, Roxin, Claus. Op. cit., p. 444.

buscam estabelecer a validade da lei penal na suficiência da vontade social, democraticamente representada pelo legislativo, como quer Stratenwerth,[17] ou, ainda, estabelecidas em uma existência acintosamente formal, como propõem Lesch[18] e Koriath.[19] E isso não apenas porque tais teorias negam valor ao conceito de bem jurídico como

16. Nesse exato sentido, bem afirma Hassemer que a proibição penal de comportamentos desvinculada da tutela de bens jurídico não é outra coisa senão terror estatal, nada mais do que uma restrição da liberdade de agir despida de qualquer fundamento (HASSEMER, Winfried. Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen? In: HEFENDEHL; v. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie...* cit., p. 64). E outro não nos parece ser o sentido do art.18.º, n. 2 da Constituição da República Portuguesa: "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" (ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1993, p. 151; o que, logicamente, não está livre de divergências doutrinárias no que tange à sua interpretação. Ver VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra : Almedina, 2001, p. 290 e ss.).
17. Para Stratenwerth, a criação do tipo de abuso de informação privilegiada obteve sucesso na Suíça, mediante o argumento de se tratar de uma conduta indesejada, muito embora não se tenha alcançado consenso acerca do bem jurídico tutelado.
    Segundo ele, é preciso admitir que a posição social reconhecida pelo legislativo é decisiva para a manutenção ou não de uma norma (STRATENWERTH, Günter. 2.Sitzung, Rechtsgüterschurtz und Zurechnungsprobleme. Berichterstatter: Karsten Gaede und Tilo Mühlbauer. In: HEFENDEHL; v. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie...* cit., p. 299). Posicionamento que encontra forte crítica não só em Hassemer, mediante atributos como "resignado" (HASSEMER, Winfried. 2.Sitzung, Rechtsgüterschurtz und Zurechnungsprobleme. Berichterstatter: Karsten Gaede und Tilo Mühlbauer. In: HEFENDEHL; v. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie...* cit., p. 300), mas também em Schünemann, para quem a "teoria do basta" (*Basta-Theorie*) de Stratenwerth e sua "falácia naturalista" (*naturalistischen Fehlschluss*) devem ser recusadas (SCHÜNEMANN, Bernd. 2.Sitzung, Rechtsgüterschurtz und Zurechnungsprobleme. Berichterstatter: Karsten Gaede und Tilo Mühlbauer. In: HEFENDEHL; v. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie...* cit., p. 300).

topos crítico da lei penal ou ainda pelo fato de em nada contribuirem para o problema da validade material da proibição criminal, mas antes e sobretudo porque tais elaborações, ao arrancarem de um formalismo de validade ficcional, sequer fazem possível o problema de que aqui se ocupa. É, pois, não a crítica à solução proposta pela teoria do bem jurídico, o que, por certo, ao fim e ao cabo, acaba por reverter em contributos de relevo na busca do seu aprimoramento ou, ao menos, na elaboração de um caminho alternativo, mas sim a negativa do próprio problema da material validade da proibição penal, que se torna, em um Estado Democrático de Direito, a todas as luzes, inadmissível: pode-se negar a adequação do remédio, mas já não se pode ignorar a enfermidade.

2. A TEORIA DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COMO HIPÓTESE

Outro não tem sido o espaço que, historicamente, pretende ocupar a teoria do bem jurídico. Assumindo-se, legitimamente, na forma de uma " *ratio* em que se afirma uma validade",[20] a validade do direito penal e, *ipso fato*, das próprias normas penais, ingênuo seria sequer cogitar o cumprimento de tal tarefa isento de recorrentes e intensas dificuldades. O que, todavia, não significa, de modo algum, ausência de mérito ou insuficiente valia no enfrentamento da questão, mas o límpido resultado de dificuldades inerentes à natureza e à dimensão do seu encargo. Daí que abdicar, no atual momento das ciências penais, do potencial crítico do princípio de proteção de bens jurídicos signifique, como bem adverte Schünemann, fazer com que a teoria penal retroceda "a um nível pré-ilustrado".[21] O que assim é, não, evidentemente,

18. LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. München: Carl Heymanns, 1999, p. 204. Criticamente, ver SILVA DIAS, Augusto. O retorno ao sincretismo dogmático: uma recensão a Heiko Lesch, der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision, Ed. Carl Heymanns, Köln-München, 1999. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 11/323 e ss. Coimbra: FDUC, 2001.
19. KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 312.
20. CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 74. Coimbra: FDUC, 1998, p. 33.

pela ausência de dificuldades, mas pelo legado, inequívoco e sólido legado que a teoria do bem jurídico, ao longo dos anos, construiu e que ainda hoje lhe permite, nas precisas palavras do autor, a posição de "pedra forte do pensamento penal liberal e (...) da justiça", a ser preservada inclusive diante dos movimentos de europeização do direito penal.[22] Palavras que, conquanto não ignorem as suas mazelas, não deixam dúvida acerca do muito que já foi produzido e do muito que ainda se há de produzir a partir da categoria jurídica de bem jurídico-penal.

É bem verdade que a teoria do bem jurídico encontra fundamentação em diferentes níveis do pensar jurídico-penal, mediante argumentos próprios do contratualismo[23] ou mesmo de dimensões mais profundas do ser-aí comunitariamente inserido, propostos pela orientação onto-antropológica do direito penal.[24] Contudo, a despeito da indispensável densidade jurídico-penal que tais elaborações propiciam – e cujos louváveis esforços de desenvolvimento, por esse motivo, não devem ser, em hipótese alguma, abandonados –, já em uma dimensão mais próxima, já na sua ressonância lógico-normativa, cada vez mais imbricada com a própria ordem normativo-constitucional, é possível reconhecer e justificar a validade do pensamento penal centrado na tutela de bens jurídicos.

Se, na companhia de Armin Kaufmann, se parte da premissa de que a norma é, por uma exigência lógica, precedida de um juízo de

21. SCHÜNEMANN, Bernd. Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. In: HEFENDEHL; V. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie*... cit., p. 145.
22. Idem, p. 154.
23. Ver ROXIN, Claus. Op. cit., p. 447; SCHÜNEMANN, Bernd. Das Rechtsgüterschutzprinzip... cit., p. 137 e ss.
24. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, passim; do mesmo autor, Ilícito típico, resultado e hermenêutica. Ou o retorno à limpidez do essencial. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 1. Coimbra: FDUC, 2002, p. 7 e ss.; Uma ponte entre o direito penal e a filosofia: lugar de encontro sobre o sentido da pena. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 205 e ss.; e, por último, *Noções fundamentais de direito penal. Fragmenta* iuris poenalis. *Introdução*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 19 e ss.

valor,[25] deve-se, por igual imposição lógica, admitir que o momento primeiro da construção normativa parte, invariavelmente, de um juízo *positivo* de valor, de uma *valoração positiva*. "A primeira valoração", bem assinala o autor, em límpida argumentação, "é sempre positiva, pois uma valoração negativa pressupõe sempre uma positiva que a precede, por mais que ambas possam coincidir no tempo".[26] Valoração que não é outra coisa senão o original momento jurídico de reconhecimento, ainda que a traços grossos, e não raramente deformáveis, da concepção jurídico-penal de bem jurídico.

A primeira dimensão da teoria do bem jurídico é, por essa razão, independentemente da forma através da qual se revista esse juízo ou mesmo da essência do seu objeto, sempre um momento axiológico de signo positivo, no qual a comunidade organizada, historicamente datada, reconhece a boa e desejada existência de determinadas realidades sociais, reunindo esforços em prol da sua continuidade. O que, assim entendido, nada guarda de subjetivo. Pois, em que pese o *valor* ser "sempre valor para alguém," como bem nos fala Hessen,[27] é aqui inapelavelmente *valor construído* a partir de uma profunda referência histórico-comunitária.

Trata-se, assim, de um complexo momento de reconhecimento de valores de comunhão comunitária que, ao possuir como resultado a definição da matéria de possível incriminação, converte-se no problema nuclear da teoria do bem jurídico-penal. Isso por um lado. Por outro, a complexidade enfrentada na definição, tanto dos limites legítimos do juízo de valor, quanto da natureza do seu objeto, fá-lo um dos pontos mais controvertidos dessa mesma teoria, alvo preferencial dos seus críticos, nomeadamente no que tange aos aspectos *artificialidade* e *vagueza*.

Enquanto há quem, na linha de um já antigo debate, sustente que o bem jurídico não precede ao legislador[28] ou que é demasiadamente

25. KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normologik und moderne Strafrechtsdogmatik*. Göttingen: Otto Schwartz, 1954, p. 69 e ss. Também, sobre a relação *norma* e *bem*, LISZT, Franz v. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 21. e 22. ed. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1919, p. 5.
26. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 69.
27. HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Trad. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001, p. 50.

vago, Stratenwerth, por sua vez, é incisivo ao afirmar que, diante das inúmeras definições de bem jurídico, obter uma sua completa definição material é o mesmo que "obter a quadratura do círculo".[29]

Parece-nos claro que, nessa seara, qualquer proposta de elaboração ou desenvolvimento teóricos tenha, necessariamente, de partir de um conceito delimitado de bem jurídico, *punctum dolens* que acabará por condicionar a própria bondade da proposição. Quando muitas já são as acepções assumidas pelo conceito, o que, aliás, bem adverte Roxin, não é possível sequer dar início ao debate, sem antes precisar o que se está por entender a partir do conceito de bem jurídico-penal.[30]

Contudo, em que pese a inegável diversidade de opiniões e dificuldades enfrentadas em se obter um conceito fechado,[31] o estado atual da questão já parece contar com contributos em número satisfatório, no sentido de propiciar as linhas gerais de um conceito já suficientemente apto a operar em âmbito dogmático e político-criminal, as quais podem ser, em grande parte, surpreendidas, em aprimorada síntese, no próprio *Direito penal – parte geral* de nosso homenageado.[32]

Para Figueiredo Dias, o bem jurídico, em seu núcleo essencial – eis que deixa claro a dificuldade ou mesmo a impossibilidade da obtenção de um conceito fechado e apto à subsunção[33] – é "a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso".[34] E, se é certo que o conceito proposto é bastante amplo e que a própria concepção de "interesse", a que alude expressamente, abre uma interessante margem de discussão acerca da sua natureza relacional ou mesmo acerca de uma possível recepção, em seu quadro de significação, a simples finalidades – como, por sua vez, propõe Roxin[35] –; não é menos verdadeiro que o conceito ganha substancialmente em

28. A esse respeito, ver, v.g., a referência crítica de Roxin ao posicionamento de Andrew von Hirsch. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 445.
29. STRATENWERTH, Günther apud ROXIN, Claus. Op. cit., p. 445.
30. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 446.
31. Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 114.
32. Idem, p. 106 e ss.
33. Idem, p. 114 e 122.
34. Idem, p. 114.

densidade e delimitação, tornando-se uma categoria notadamente operatória, quando acrescido das exigências de *corporização*, de *transcendência* e de *analogia axiológico/teleológico-constitucional*, em bom termo expostas e defendidas pelo autor.

3. SOBRE A DIMENSÃO EXISTENCIAL DO BEM JURÍDICO (*SEINASPEKT*)

Em realidade, quer se opte por uma compreensão de bem jurídico na linha do proposto por Figueiredo Dias, quer se venha – e, quanto a nós, bem[36] –, no seguimento de Jescheck e Weigend, a assentar o conceito de bem jurídico em um "valor da ordem social" digno de tutela pelo direito (*ein rechtlich geschützter abstrakter Wert der Sozialordnung*),[37] muitas vezes criticado pelo seu alto grau de abstração,[38] o atendimento às exigências de *corporização*, de *transcendência* e de *analogia axiológico/teleológico-constitucional* permite ganhos significativos não só em âmbito axiológico, i.e., em seu *Wertaspekt*, como, inclusive, em seu âmbito "existencial", *Seinaspekt*.[39]

35. No entender de Roxin, é possível definir bens jurídicos como "realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim" (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 448). Conceito no qual a referência a *fins* pretende expressar a legitimidade de bens jurídicos criados pelo legislador, o que, quanto a nós, como será mais adiante tratado, está fora de cogitação.
36. Muito embora não se desconheça, por óbvio, as dificuldades conceituais que a noção de valor implica. Não por outra razão, já há muito adverte Hessen que o "conceito de 'valor' não pode rigorosamente definir-se", já que "pertence ao número daqueles conceitos supremos, como os de 'ser', 'existência' etc., que não admitem definição" (HESSEN, Johannes. Op. cit., p. 43).
37. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allegmeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 257. Ver também BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 11. ed. Bielefeld: Gieseking, 2003, p. 15, para quem o bem jurídico é um "valor ideal espiritualizado" (*ein vergeistigter ideeller Wert*).
38. SCHENCK, Moritz von. Op. cit., p. 123 e ss. Crítica a qual reconheceríamos razão, não fosse a exigência de corporização, de que ora se trata.

É certo que o potencial crítico da noção de bem jurídico-penal passa por uma expressão fenomênica, pois somente na forma de um fragmento de realidade, e não como realidade ideal, é que o bem jurídico pode ser alcançado, de forma prejudicial, pelo fato típico.[40] Isso, entretanto, está longe de significar que o bem não possa ser pensado na forma de um valor. De um valor que, por uma exigência de corporização, deve necessariamente encontrar projeção e concretização no mundo fenomênico, assumindo corpo em realidades suscetíveis de ofensa. Até porque, nos termos em que aqui se ensaia, também ele não é senão abstração desse mesmo mundo que, ao projetar-se, nada faz além de percorrer o caminho inverso, o caminho de retorno aos fragmentos de realidade que lhe permitiram alçar reconhecimento enquanto valor de comunhão comunitária.

O processo de concretização do bem jurídico é, por essa razão, elemento fundamental para o fortalecimento do seu potencial crítico, presente tanto nas hipóteses de tutela de bens individuais – na tutela da vida, observam Marinucci e Dolcini, o que está em questão não é uma abstrata *vita in sé*, mas a vida do *singolo uomo vivente*[41] –, quanto, e principalmente, na tutela de bens supraindividuais.

Diferentemente dos bens jurídicos individuais, cuja proximidade ou mesmo identidade com sua expressão fenomênica torna, não raramente, imperceptível o processo de corporização, os bens supraindividuais dizem respeito a níveis de abstração muito mais elevados e complexos, de expressão fenomênica invariavelmente multiforme, e que, ao buscar uma representação única, acaba por assumir, em um inevitável afastamento do mundo fenomênico, uma feição

39. No seguimento de Sina, observa Moritz que, enquanto a dimensão valorativa do bem jurídico está relacionada à sua orientação teleológica, o aspecto existencial trata do conteúdo substancial comum da matéria de tutela, ou seja, o conteúdo que irá permitir a conversão de um valor digno de tutela em um *bem* digno de tutela. Substância essa que, bem lembra o autor, assume diferentes ascepções na doutrina (v.g., *Zustand*, *Gegenstand*, *Objekt*, *Funktionseinheit* ou *Interesse*) (SCHENCK, Moritz von. Op. cit., p. 123).
40. Ver Idem, p.124 e ss.
41. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica.* 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. vol. 1, p. 545.

generalizante, muitas vezes, demasiadamente generalizante, perdendo-se, por vezes, da sua concreta expressão e induzindo a uma leitura típica em termos exclusivamente formais, nos inadmissíveis termos de um ilícito de mera desobediência.

Em casos como esse, a manutenção do caráter crítico do bem jurídico depende fundamentalmente de um adequado processo de concretização. É ele que permite revelar a expressão fenomênica de que se reveste, nas circunstâncias concretas do caso, o valor tutelado pela norma e que, por decorrência lógica, delimitará o efetivo âmbito de incidência do tipo. Não é por outra razão que Kuhlen,[42] ao tratar da tutela penal do meio ambiente – âmbito sintomático do que ora se expõe –, reivindica a concretização do bem jurídico meio ambiente em realidades próximas, capazes de expressar o que, *in casu*, deveria se entender por dano, e que, por óbvio, o meio ambiente, tomado, estritamente, enquanto ente ideal ou realidade global, é incapaz de exprimir.

Preocupação que, resguardadas suas especificidades, é igualmente surpreendida nos escritos de Marinucci e Dolcini.[43] Bens como a administração pública e a fé pública necessitam de um processo de *concretizzazione* e *specificazione* que, passando, respectivamente, pela individualização de procedimentos ou provimentos jurisdicionais ou de determinados documentos destinados à prova da verdade, sejam capazes de expressar agressões típicas capazes de ofensa – quer, v.g., na forma da inútil promoção de um procedimento judicial ou do seu desvio a partir de um falso testemunho, quer minando a confiança depositada pelos destinatários em um determinado meio de prova documental[44] –. Ou ainda, na precisa síntese dos autores, a individualização do bem jurídico (coletivo ou individual) "exige que o bem venha reconstruído com uma fisionomia tal, idônea a render-lhe a capacidade de ser ofendido no singular caso concreto".[45]

42. KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *ZStW* 105, 1993, p. 714 e ss. Para mais detalhes, ver o nosso O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *RBCCrim* 67/46 e ss. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2007.
43. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Op. cit., p. 544 e ss.
44. Idem, p. 545.
45. Idem, ibidem.

Um conceito crítico de bem jurídico assinala e exige, assim, o reconhecimento de uma dimensão existencial a ser concretizada e individualizada à luz das circunstâncias e das particularidades do caso concreto (*Seinaspekt*). Aspecto existencial que, conquanto indispensável, ao nada dizer acerca do seu aspecto valorativo (*Wertaspekt*), ainda não se faz suficiente na contraposição às alegações de excessiva vagueza e à pluralidade semântica. Mas também aqui, também acerca da sua alegada excessiva vagueza, estão equivocados os seus opositores. E, para tanto, é inestimável o contributo dos já referidos conceitos de *transcendência* e *analogia axiológico/teleológico-constitucional*.

4. Sobre a dimensão valorativa do bem jurídico (*Wertaspekt*)

Há muito vão as teorias metodológicas e os conceitos positivistas de bem jurídico. O atual estado da questão torna possível atestar, ao menos no que tange às teorias críticas, a suficiência de contributos acerca da necessidade de transcendência dos bens e de sua delimitação valorativa, a partir de balizes normativo-constitucionais.

Os bens jurídico-penais não são – ou, ao menos, não devem ser – criados pelo direito. A difícil tarefa do direito penal não está, definitivamente, na sua produção, mas no seu adequado "reconhecimento".[46] No reconhecimento de realidades que transcendem a ordem jurídico-penal e condicionam o seu âmbito legítimo de tutela. E isso, embora inequívoco no que se refere ao direito penal tradicional, já não encontra igual consenso quando versa sobre âmbitos de maior complexidade, como é, v.g., o âmbito econômico.[47]

Antes de qualquer coisa, é preciso ter claro que a retirada de uma exigência de transcendência dos valores sob tutela em determinados âmbitos, sejam quais forem eles, não é, em absoluto, questão de pormenor. A assunção de bens jurídicos artificiais significa, por um lado, uma importante cisão conceitual a partir da supressão de um elemento nuclear, sem que se tenha, de antemão e de forma clara, quer as razões

46. Mayer, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*. 2. ed. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923, p. 21.

47. Como já tivemos a oportunidade de referir, há quem, como Roxin, confira legitimidade a bens jurídicos criados pelo legislador, do que seria exemplo o direito penal tributário (Roxin, Claus. Op. cit., p. 448).

disso, quer os critérios segundo os quais isso se torna possível. Até porque se está a falar de um elemento crítico, é dizer, de um elemento cuja ausência deveria implicar a ilegitimidade da prescrição normativa e não o abandono do critério. Por outro, e principalmente, que estamos a tocar no que há de mais próprio e profundo na concepção de bem jurídico, na sua mais íntima e densa *ratio* histórica e crítica, motivos de tantas disputas, naquilo que faz a categoria ser o que é, e que, sendo, mantém o direito penal aberto à sua *ratio* social.

E, não bastasse isso, a aceitação e defesa de uma objetividade jurídica construída pelo direito parece antes traduzir uma certa incompreensão da complexidade social e das suas legítimas emanações, atribuindo o artificialismo à falta de um hoje inalcançável consenso comunitário horizontal e pleno. Nada há de artificial na economia. E nada há de artificial no reconhecimento comunitário, em âmbito econômico, de fragmentos de realidade dotados de uma valoração de signo positivo.[48] Não se pode, entretanto, e obviamente, em âmbitos de alta especialidade e complexidade, exigir uma sua geral e comum percepção comunitária. À complexidade e à especificidade do âmbito de regulação acompanha a complexidade e especificidade de seus atores, de suas relações e de seus pressupostos de existência e continuidade.

O bem jurídico-penal é – i.e., deve ser, inapelavelmente – a representação jurídica de um valor transcendente e corporizável. E, assim sendo, carecerá apenas de uma última dimensão de análise, da análise acerca da sua orientação axiológica, que hoje, em razão da conformação normativa dos Estados Democráticos de Direito, não pode se dar senão a partir de uma leitura constitucional. Ou ainda, como bem propõe Figueiredo Dias, a partir da verificação de uma relação de "analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins".[49] Isto é, bem adverte Feldens, não de uma relação de coincidência, "mas *de coerência, interação*

48. Assim, e por todos, assinala o nosso homenageado que, da "relação de codeterminação recíproca entre o bem jurídico e a conduta típica" no direito penal secundário, não se deve concluir que, nesse específico âmbito de juridicidade penal, "o bem jurídico é um *posterius* e não um *prius*, um *constituto* e não um *constituens* relativamente à estrutura do ilícito e à matéria proibida" (DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 122).
49. Idem, p. 120.

ou *efeito recíproco* ", a exigir uma interpretação do direito penal conforme a ordem axiológico-constitucional.[50]

A noção de bem jurídico alcança, pois, e finalmente, a sua completude conceitual na orientação e delimitação axiológicas que hoje lhe permite, em termos normativos, o quadro de valores e axiomas constitucionais.

5. Um segundo nível de valoração

O primeiro nível de valoração longe está, todavia, de satisfazer a totalidade das exigências de um critério penal material efetivamente crítico. Em verdade, a simples delimitação da possível matéria de incriminação pouco tem a dizer sobre a alegada incapacidade crítica do conceito de bem jurídico no desenvolvimento e ascensão de determinadas técnicas de tutela, ou mesmo, no cada vez mais alargado campo de intervenção jurídico-penal. E isso porque, como bem observam Hirsch e Wohlers, "praticamente qualquer tipo penal pode ser relacionado a um bem jurídico legítimo, se se está disposto a considerar suficiente a presença de relações de imputação indiretas." [51]

Bastante ilustrativo, a esse respeito, tem se apresentado o direito penal secundário, no que se refere à tutela penal em matéria de drogas e meio ambiente. Aqui não está tanto em questão a legitimidade dos bens jurídicos tutelados e sim a amplitude da tutela oferecida e as técnicas utilizadas para a sua implementação. Embora nem sempre mediante consenso, é possível identificar a tutela de valores legítimos na base da intervenção penal em matéria de entorpecentes. E indiscutível é a dignidade axiológica do meio ambiente em servir de base a proibições de natureza penal, respaldada, no Brasil, inclusive mediante

50. Feldens, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30 e ss. (itálico do autor), quem, na doutrina brasileira, em responsável estudo, mais longe tem levado as relações entre Constituição e direito penal, chegando a conceber, sob certo aspecto, a Constituição como *fundamento normativo* do direito penal (Idem, p. 16 e 42 e ss.). Ver, ainda, do mesmo autor, *A Constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, passim.

51. Hirsch, Andrew von; Wohlers, Wolfgang. Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung. In: _____; _____; Hefendehl (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie...* cit., p. 196.

expressa previsão constitucional (art. 225 da CF/1988).[52] O problema não está tanto na interrogação acerca da existência de um bem jurídico legítimo na base da incriminação, senão na forma como é proposta a tutela desse valor. Ou, nas palavras de Hirsch e Wohlers, em saber se devemos reagir, por meio de uma sanção jurídico-penal, a condutas relacionadas apenas indiretamente com interesses de tutela legítima.[53]

Não há dúvida de que responder positivamente a essa questão, atribuindo ao bem jurídico um papel meramente referencial na elaboração de tipos penais, equivale a negar à teoria do bem jurídico um papel efetivamente crítico no que diz respeito ao "como" da proibição penal e, simultaneamente, a admitir uma antecipação de tutela ao livre gosto do legislador e mediante a técnica que melhor lhe convier. A edição de tipos penais na forma de crimes de perigo presumido, de crimes de acumulação, de crimes de preparação ou mesmo de crimes de mera desobediência se tornaria, nessa medida, possível, sempre que teleologicamente orientada, mesmo que de forma remota ou indireta, a um determinado bem jurídico-penal. O que é, por certo, a todas as luzes, inadmissível nos quadros de uma teoria que se pretende crítica ao processo legislativo criminalizador.

Contudo, reconhecer e apoiar tal argumento não significa, de modo algum, acompanhar às objeções que, a partir daí, elaboram Hirsch e Wohlers à teoria do bem jurídico.[54] Muito pelo contrário. O mérito desse argumento reside, única e exclusivamente, em destacar a insuficiência de uma compreensão da teoria do bem jurídico restrita a um primeiro nível de valoração, como, aliás, bem ilustra o seu equívoco desenvolvimento no espaço de discursividade alemão. E coloca, de forma manifesta, a necessidade de reconhecimento de um segundo nível, no qual se busque resgatar a validade jurídico-penal da proibição/determinação de uma precisa conduta, diante do fim de tutela a que se propõe a norma, *rectius*, da denominada *relação de ofensividade*.

52. "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Ver, ainda, em especial, o §1.º, I e VII, e o § 3.º do referido artigo.
53. HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Op. cit., p. 197.
54. Idem, p.196, nomeadamente no que diz respeito a sua incapacidade de atender à função crítica que lhe foi atribuída.

É desnecessário dizer que a noção de ofensividade não é percebida, por muitos, e principalmente em certos espaços, como uma dimensão inerente ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Schenkel, v.g., referindo-se ao direito penal alemão, observa ser surpreendente a quase total ausência de atenção dispensada ao comportamento ofensivo na discussão sobre o bem jurídico-penal. O que se torna mais saliente quando se toma em consideração o importante papel que essa noção possui para a legitimação da norma penal, em outros âmbitos jurídicos – refere-se especificamente ao direito penal anglo-americano, com o seu *harm principle*, e à tradição penal italiana e portuguesa, no que concerne ao denominado *princípio da ofensividade*[55] –. Concluindo, por fim, pela necessidade do seu resgate como forma de afirmação do efetivo potencial crítico da idéia de tutela de bens jurídicos (*Rechtsgüterschutzgedanke*).[56]

Nesse mesmo sentido, algumas outras vozes também se fazem ouvir no espaço de discursividade alemão, como é o caso de Hohmann, com a revindicação de uma "causalidade realmente lesiva" (*realen Verletzungskausalität*),[57] e Stächelin, com as denominadas "formas de ofensa a bens jurídicos" (*Angriffswege auf die Rechtsgüter*).[58]

Hohmann afirma, de forma categórica, que um dos aspectos da função crítica da teoria do bem jurídico é a necessidade de uma "causalidade realmente lesiva".[59] À tradicional interrogação acerca da existência de um efetivo bem jurídico a fundamentar a norma, deve-se acrescentar um segundo questionamento, acerca da idoneidade do comportamento descrito no tipo em causar um dano ao bem jurídico.[60] Eis que, bem conclui o autor, apenas quando um comportamento

55. SCHENCK, Moritz von. Op. cit., p. 133.
56. Idem, p.133 e ss. e 144.
57. HOHMANN, Olaf. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*. Frankfurt a. M., 1991, p. 139 e ss.
58. STÄCHELIN, Gregor. *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*. Berlin, 1998, p. 55 e ss. e 90 e ss.; do mesmo autor, Interdependenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter. In: LÜDERSSEN (org.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, 1998, p. 239 e ss.
59. HOHMANN, Olaf. Op. cit., p. 139 e ss.
60. Idem, p.140.

é idôneo a causar um dano ao bem jurídico, pode-se falar em uma norma que tutela bens jurídicos.[61]

A exigência de uma "causalidade realmente lesiva" é, para Hohmann, não apenas de grande importância para a função crítica do conceito de bem jurídico, mas, sim, verdadeiramente irrenunciável, se não se quer dela desistir. Pois somente assim é possível manter os limites erigidos a partir da vinculação do legislador a um determinado bem jurídico.[62]

Stächelin, por sua parte, chama a atenção para a incapacidade de um conceito isolado de bem jurídico contribuir para a determinação dos comportamentos dignos de tutela penal. Nenhum bem jurídico – nem mesmo a vida humana –, observa o autor, é protegido de todo e qualquer "comportamento desrespeitoso" (*respektlosen Verhalten*) que contra ele seja dirigido, e isso, principalmente, quando se tem por base uma sanção de natureza criminal e um instrumento de tutela essencialmente fragmentário. Apenas algumas condutas, na sua relação com o bem jurídico, apresentam-se dignas de tutela penal, colocando, por conseqüência, a necessidade de um juízo acerca dessa condição, o que é por ele procedido nos termos da idéia de *Angriffswege auf Rechtsgüter*.[63]

Por *Angriffswege* (formas de ofensa) entende Stächelin as diferentes modalidade de lesão a bens valorados positivamente, compreendendo, assim, tanto a lesão em sentido estrito, como o pôr-em-perigo, nas formas de perigo concreto, abstrato ou potencial.[64] Conceito esse que não só pressupõe um *telos* claramente identificado no conceito de bem jurídico, mas dele depende em seu esforço na identificação dos comportamentos dignos de tutela jurídico-penal. Não descuida, por outro lado, que à questão das formas de ofensa – ou seja, à questão político-criminal dos comportamentos que, à luz da tutela de bens jurídicos, são penalmente dignos – pertence também a diferenciação entre dolo e culpa; preparação, tentativa e consumação; ação e omissão; e

61. Idem, ibidem.
62. Idem, ibidem.
63. STÄCHELIN, Gregor. *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat* cit., p. 56 e ss.
64. Idem, p. 55.

autoria e participação, na medida em que também esses conceitos representam diferentes graus de desrespeito para com a integridade do bem jurídico.[65]

Preocupações essas que, em um cenário científico marcado pelo silêncio, como é o espaço de discursividade penal alemão, tornam-se particularmente interessantes. E isso, principalmente, quando se considera a atenção concedida, nos últimos anos, por essa mesma doutrina, ao critério anglo-saxão denominado *Harm Principle*, o qual, resguardadas as respectivas idiossincrasias, pretende assumir um espaço muito semelhante àquele ocupado pela noção de ofensividade.[66]

Esse voltar de olhos, ainda que pontual, da doutrina penal alemã a um segundo nível de valoração, já tão afeito a outros espaços de juridicidade, em nada tem de surpreendente ou novo. Consiste, pelo contrário, no resgate de uma dimensão da teoria do bem jurídico, presente já na sua formulação originária por Birnbaum, em 1834, ao propor o crime como "lesão ou pôr-em-perigo, atribuível à vontade humana, de um bem a todos garantido igualmente pelo poder do Estado".[67] E que, à parte da rica experiência italiana,[68] já há muito se faz notar no direito

65. Idem, p.56.
66. Sobre o "princípio de dano ao outro" (*Harm principle to others*), o qual remete aos estudos de John Stuart Mill (*On Liberty and other essays*. Org. por John Gray. Oxford: Oxford Univ. Press, 1998, p. 5 e ss.), ver HIRSCH, Andrew von. Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle". In: HEFENDEHL; V. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie*... cit., p. 13 e ss.; do mesmo autor, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p. 69 e ss.; ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: C.H.Beck, 2006. vol 1, p. 54 e ss.
67. *In verbis*: "dass als Verbrechen nach der Natur der Sache oder als vernunftgemäss im Staate strafbar jede dem menschlichen Willen zuzurechnende Verletzung oder Gefährdung eines durch die Staatsgewalt Allen gleichmässig zu garantirenden Gutes anzusehen sein" (BIRNBAUM, J. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. *Arquiv des Criminalrechts*, 1834, p. 179).
68. Ver, em especial, o estudo de MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale*. Torino: Giappichelli, 2005; e, do mesmo autor, Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutslehre. *ZStW* 114, 2002, p. 720 e ss.

penal brasileiro, conquanto sem o devido desenvolvimento dogmático, o que bem ilustra os Comentários ao Código Penal de 1890, de Galdino Siqueira, para quem o crime, quanto ao seu "elemento physico ou material objectivo, suppõe a *lesão effectiva* ou potencial, isto é, a lesão pela qual um bem jurídico ou direito determinado é destruído ou soffre diminuição no seu valor, ou é posto em situação de *perigo concreto*, pela maneira determinada especialmente pela lei." [69]

Mas não só e não principalmente. A recuperação de um segundo juízo crítico de análise no âmbito da teoria do bem jurídico-penal representa, antes de qualquer coisa, o resgate do critério em sua completude lógica. De um critério que, assente na idéia de exclusiva tutela de determinadas realidades, não se pode perfectibilizar senão por uma dupla interrogação, a se projetar, simultaneamente, sobre o conceito de "realidade" submetida à tutela e sobre o de "tutela" a que se submete essa realidade. Pretender-se a construção de um critério crítico de exclusiva tutela de bens jurídicos, pressupondo possível a sua elaboração sem nada dizer acerca da própria noção de tutela penal, é esvaziá-lo em seu mais profundo sentido lógico-normativo e político-criminal – o que se torna ainda mais evidente quando, a exemplo da noção de bem jurídico, também a exigência de ofensividade renasce, em importância e força normativa, na crescente aceitação de sua recepção constitucional[70] –. E, a partir daí, em um insuportável esfacelamento da sua função crítica, admitir um critério que, com vistas à tutela de bens jurídicos, abre-se, irrestritamente, a condutas não violadoras de bens jurídicos.

69. Siqueira, Galdino. *Direito penal brazileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Dec. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)*. Brasília: Senado Federal/STJ, 2003. vol. 1 (obra fac-similar), p. 153; e, também, Costa e Silva, Antônio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado* (1930). Brasília: Senado Federal/STJ, 2004. vol. 1 (obra fac-similar), p. 48 e ss. Compreensão que, respeitadas as suas diferentes nuances, ainda hoje marca forte presença na literatura penal brasileira (ver Feldens, Luciano. *A Constituição penal...* cit., p. 44 e ss., Reale Júnior, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. 1, p. 21 e ss.; 28 e ss.; Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1, p. 22 e ss.; Santos, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007, p. 14 e ss. e 25 e ss.).

Não há dúvida de que, em uma análise escalonada de valorações, o primeiro nível de valoração é sempre positivo e terá, ao fim e ao cabo, o importante papel de definição do espaço legítimo de reconhecimento dos valores dignos de tutela penal. Contudo, e é isso que nesse ponto cumpre registrar, conquanto fundamental, uma valoração de ordem *positiva* é incapaz de conformar a proibição criminal. A proibição criminal é sempre proibição (proibição/determinação) de *comportamentos* jurídico-penalmente desvaliosos e, portanto, erigida a partir de uma valoração de ordem necessariamente *negativa*, a partir da admissão de um segundo nível de valoração, no qual determinados fatos, ao negarem o valor situacional do bem jurídico, centro da intencionalidade da norma, são percebidos negativamente pelo direito penal.

Se, por um lado, o bem jurídico, enquanto valor primeiro, enquanto elementar axiológico da formulação normativa, é o ponto não só de arranque da norma penal, mas de irremediável vinculação de seu *telos*, por outro, é o significado jurídico-penal da relação entre a conduta e o bem jurídico que, ao expressar diferentes formas de ataque ao valor primário, permite, em mútua dependência, erigir a proibição penal como composição normativa teleologicamente direcionada à tutela do valor primário. E que, embora não esgote, por óbvio, os níveis de valoração necessários ao juízo último de dignidade penal, fixa o limite primeiro de legitimidade da proibição penal e suas técnicas de implementação em um critério objetivo, dando conta, por consenqüência, das infundadas objeções à sua capacidade crítica nesses meandros.

6. Apontamentos finais

Em razão do significado normativo e político-criminal que é assinalado à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos, seria ingênuo esperar que o seu processo de desenvolvimento e afirmação se desse livre de oposições e dificuldades, ou mesmo, senão principalmente, livre de profundas incompreensões. Incompreensões que, não

70. Não outro tem sido entendimento professado por Feldens, para quem o princípio da ofensividade, expressão principiológica do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, "parece encontrar respaldo na Constituição". Acrescenta o autor que, "doutrinariamente, não se lhe nega tal projeção; também a jurisprudência conferiu-lhe acolhida" (Feldens, Luciano. *A Constituição penal*... cit., p. 45).

raramente, se dão já na própria definição das funções que lhe são atribuídas, criando expectativas de atendimento normativo e político-criminal reconhecidamente não legítimas, e críticas pelo desatendimento de papéis que, em verdade, nunca estiveram em seu horizonte teórico. Espaço em que, a todas as luzes, se insere as alegações de incapacidade em contribuir para a definição da tutela penal obrigatória, quando definitivamente não se pretende, com a idéia de ofensa a um bem jurídico, ocupar uma tal função. Trata-se de um elemento necessário para o reconhecimento de um ilícito penal legítimo e não, assumidamente, de um elemento suficiente.

As linhas que hoje perfazem a compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos e que, através de argumentos consistentes, contrapõem o sem número de críticas que de forma recorrente e insistente lhe são direcionadas e, simultaneamente, permitem a sua contínua renovação, tornam lídimo acreditar que os tempos em que vivemos são não tempos de abandono, mas de vívida renascença. A teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos longe está de resumir seu mérito a uma idéia reitora de argumentação, como quer Lagodny.[71] Corretamente compreendida, oferece não só um contributo inestimável, mas sim verdadeiramente insubstituível para a inteligência do que lhe há de mais próprio, para a inteligência da própria *proibição penal*, a partir de limites legislativos de indiscutível força vinculante. Isso é, quanto a nós, indesmentível. Resta saber – e isso apenas os anos vindouros dirão – se os elementos históricos e político-ideológicos que, ao longo dos séculos, na forma de conquistas de um pensamento humanitário, tornaram possível o fundamento que hoje lhe subjaz, serão capazes de suportar os custos do seu potencial crítico e, assim, resistir aos ventos de exacerbado securitarismo que, de tempos em tempos, ameaçam a sua continuidade teórica. Oxalá possamos ser, também aqui, assumidamente otimistas.

BIBLIOGRAFIA

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. Strafrecht. *Allgemeiner Teil*. 11. ed. Bielefeld: Gieseking, 2003.

71. LAGODNY, Otto. Das materielle Strafrecht. In: HEFENDEHL; v. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie*... cit., p. 87.

BIRNBAUM, J. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. *Arquiv des Criminalrechts*, 1834.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1.

BÖSE, Martin. Grundrechte und Strafrecht als "Zwangsrecht". In: HEFENDEHL; v. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 74. Coimbra: FDUC, 1998.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal* (reimpressão – com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Almedina, 1999. vol. 1.

COSTA E SILVA, Antônio José da. *Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado (1930)*. Brasília: Senado Federal; STJ, 2004. vol. 1 (obra fac-similar).

DRSQUOAVILA, Fabio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *RBCCrim* 67/29-58. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Ed. RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2007, t. I.

FARIA COSTA, José de. Ilícito típico, resultado e hermenêutica. Ou o retorno à limpidez do essencial. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 1. Coimbra: FDUC, 2002.

____. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia: lugar de encontro sobre o sentido da pena. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

____. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto, 2003.

____. *Noções fundamentais de direito penal. Fragmenta iuris poenalis*. Introdução. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

____. *O perigo em direito penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

____. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HASSEMER, Winfried. Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen? In: HEFENDEHL; v. HIRSCH; WOHLERS

(orgs.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. 2.Sitzung, Rechtsgüterschurtz und Zurechnungsprobleme. Berichterstatter: Karsten Gaede und Tilo Mühlbauer. In: HEFENDEHL; V. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Trad. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.

HIRSCH, Andrew von. Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle". In: HEFENDEHL; V. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung. In: _____; _____; HEFENDEHL (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.

HOHMANN, Olaf. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*. Frankfurt a. M., 1991.

HÜNERFELD, Peter. *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Verbrechenslehre und ihre Entwicklung in einem europäischen Zusammenhang*. Baden-Baden: Nomos, 1981.

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

KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normologik und moderne Strafrechtsdogmatik*. Göttingen : Otto Schwartz, 1954.

KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

KUHLEN, Lothar. *Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. ZStW* 105, 1993.

LAGODNY, Otto. Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik. In: HEFENDEHL; V. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.

LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. München: Carl Heymanns, 1999.

LISZT, Franz v. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 21. e 22. ed. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1919.

MANES, Vittorio. Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutslehre. *ZStW* 114, 2002.

_____. *Il principio di offensività nel diritto penale*. Torino: Giappichelli, 2005;

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. vol. 1.

MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*. 2. ed. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923.

MILL, John Stuart. *On Liberty and other essays*. Org. por John Gray. Oxford: Oxford Univ. Press, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 1.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Genesi del diritto penale (1791)*. Org. por Robertino Ghiringhelli e prefácio de Ettore Albertoni. Milano: Giuffrè, 1996.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, v. HIRSCH e WOHLERS. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimatión del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: C.H.Beck, 2006. vol. 1.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

SCHENCK, Moritz von. *Pönalisierung der Folter in Deutschland. De lege lata et ferenda*. Tese de doutorado, Frankfurt a. Main, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. 2.Sitzung, Rechtsgüterschurtz und Zurechnungsprobleme. Berichterstatter: Karsten Gaede und Tilo Mühlbauer. In: HEFENDEHL; v. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation. In: HEFENDEHL; v. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.

SILVA DIAS, Augusto. O retorno ao sincretismo dogmático: Uma recensão a Heiko Lesch, der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision, Ed. Carl Heymanns, Köln-München, 1999. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 11. Coimbra: FDUC, 2001.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brazileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Dec. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)*. Brasília: Senado Federal; STJ, 2003. vol. 1 (obra fac-similar).

STÄCHELIN, Gregor. Interdependenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter. In: LÜDERSSEN. *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* 1998, vol. 1.

_____. *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*. Berlin, 1998.

STRATENWERTH, Günter. 2.Sitzung, Rechtsgüterschurtz und Zurechnungsprobleme. Berichterstatter: Karsten Gaede und Tilo Mühlbauer. In: HEFENDEHL; v. HIRSCH; WOHLERS (orgs.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra : Almedina, 2001.

2

O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir

FÁBIO ROQUE DA SILVA ARAÚJO

Mestrando em Direito Público pela UFBA. Professor da Faculdade Baiana de Direito. Juiz Federal.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Constitucional

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar o princípio da proporcionalidade e suas repercussões no campo do direito penal. Muito embora referido princípio deva ser observado pelo julgador quando da aplicação e execução da pena, o objeto de estudo aqui levado a cabo cinge-se à apreciação do princípio relacionado à atuação do legislador penal, isto é, à fase de previsão em abstrato das condutas criminosas e respectivas sanções penais.

PALAVRAS-CHAVE: Proporcionalidade – Legislação penal – Legitimação constitucional.

ABSTRACT: This paper intends to analyze the principle of proportionality and its repercussions on Criminal Law. Although this principle should be observed by the judge when applying and executing sanctions, this study intends to analyze the principle of proportionality under the scope of the criminal legislator, that is, in the stage of foreseeing crime and imposing its respective sanctions.

KEYWORDS: Proportionality – Criminal legislation – Constitutional legitimacy.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Breve histórico: evolução do poder de punir: 1.1 As vinganças; 1.2 Direito penal. Primeiras noções de proporcionalidade; 1.3 Período humanitário – 2. A crítica do sistema penal: por que e como punir?: 2.1 A criminologia crítica e os abolicionistas. Por que punir?; 2.2 Minimalistas e garantistas. Como punir – 3. Leitura constitucional da intervenção penal: 3.1 Breves considerações sobre os papéis desempenhados pela Constituição na elaboração da lei penal; 3.2 O princípio da legalidade estrita; 3.3 O princípio da lesividade – 4. Princípio da proporcionalidade: 4.1 Da distinção entre regra, princípios e postulados; 4.2 Da razoabilidade; 4.3 Da proporcionalidade: 4.3.1 Adequação; 4.3.2 Necessidade; 4.3.3

Proporcionalidade em sentido estrito – 5. Do princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: 5.1 Considerações iniciais; 5.2 A adequação referida ao legislador penal: 5.2.1 O bem jurídico; 5.2.2 Da não incriminação das condutas éticas ou morais; 5.2.3 O discurso do bem jurídico; 5.3 A necessidade referida ao legislador penal: 5.3.1 Considerações iniciais; 5.3.2 Breves considerações acerca do punitivismo; 5.3.3 A afronta à necessidade penal; 5.4 A proporcionalidade em sentido estrito referida ao legislador penal: 5.4.1 Considerações iniciais; 5.4.2 A medida da pena – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

Introdução[1]

Desde as mais primitivas formas de organização social, o homem convive com fórmulas de retaliação a comportamentos considerados desviantes. Seja por meio de represálias oriundas de particulares, seja por punições emanadas do poder constituído pelo grupo social, as penas constituíram uma constante, na história da humanidade. Encontrar os fundamentos de (des) legitimação deste poder punitivo é a questão que intriga e aflige tantos quantos se debruçaram sobre as razões de existência do direito penal.

Estabelecidas estas premissas, cumpre-nos asseverar que o presente trabalho, sem pretensões de exaurir as discussões, objetiva apontar os fundamentos de legitimação do poder de punir do Estado, detentor monopolista do exercício da violência, adstringindo os limites deste poder aos vetores axiológicos traçados pela Constituição. No que concerne à nossa realidade, sustentamos, e procuramos demonstrar, que a ordem constitucional acolheu um paradigma garantista, propugnando uma intervenção penal mínima e funcionalizada.

Para tanto, faz-se necessário, além de desenhar um perfil histórico da evolução da ingerência penal na dinâmica social, ressaltar que o ato de criminalizar condutas não prescinde da observância de determinados pressupostos de cunho material, a par do mero formalismo da reserva legal. Neste contexto, sobressai em importância o princípio da proporcionalidade, como idôneo a delinear os contornos do *jus puniendi*, seja em sua feição abstrata – isto é, relacionada ao ato de legislar, de definição das condutas consideradas criminosas e cominação das sanções respectivas –, seja em sua feição concreta – dirigida ao

1. Recebimento:18.08.2008. Aprovação: 08.01.2009.

aplicador da pena. No presente trabalho, nosso objeto de estudo cinge-se à análise do princípio voltado ao legislador penal.

1. Breve histórico: evolução do poder de punir

1.1 As vinganças

As primeiras notícias históricas que se tem do direito penal apontam para a sua estreita relação com as vinganças que se desenvolviam nas comunidades da idade antiga ou, até mesmo, da pré-história. Convencionou-se proceder a uma distinção entre as espécies de vingança, de acordo com o fundamento da punição a ser imposta. Assim, neste período, podem ser identificadas, ao menos, três distintas espécies de vingança, a saber: (a) vingança divina; (b) vingança privada e (c) vingança pública.

A primeira espécie de vingança é fruto da forte influência exercida pela religião nos povos da antiguidade. Neste período, acreditava-se que os fenômenos naturais que traziam algum revés à população decorriam da insatisfação dos deuses, ofendidos com algum comportamento de membros do grupo. Desta forma, o comportamento desviante não constituía afronta ao indivíduo ou ao grupo social, e sim aos próprios deuses que, como retaliação, lançavam sua ira contra a população, em forma de catástrofes naturais, ou fenômenos naturais mais corriqueiros, como a ausência de chuvas ou as constantes ventanias, empecilhos à produção agrícola ou pesqueira, fonte de produção das comunidades.

Claro está que a forma de aplacar a ira dos deuses era a promoção da reprimenda em desfavor daquele que havia originado a revolta divina por meio da infração totêmica. Para logo se vê que não havia proporcionalidade entre a infração praticada e a sanção aplicada. Sendo os deuses as "vítimas" da infração, pouco importava que a conduta praticada contivesse mínimo grau de lesividade. A pena obedecia ao critério de veneração da divindade, razão pela qual quanto mais severa fosse, maior o desagravo aos deuses.

Em suma, o período da vingança divina caracterizou um direito penal teocrático e sacerdotal, em que as punições possuíam acentuado grau de severidade, desproporcionais à ofensa praticada, e que tinham na intimidação seu objetivo maior. A vingança divina marcou uma série de civilizações, podendo-se mencionar, de forma exemplificativa, o

Código de Manu, bem como as legislações do Egito (Cinco Livros), da Pérsia (Avesta), de Israel (Pentateuco) e da China (Livro das Cinco Penas).[2]

Ultrapassada a fase das vinganças divinas, houve a consagração das vinganças privadas, que poderiam ser tanto de cunho individual (a revanche da vítima, ou de seus familiares contra o ofensor) quanto de cunho coletivo, grupal. Freqüente, ainda, a exclusão de um membro do grupo – isto é, o banimento – quando este era o responsável pela infração, no que se convencionou chamar de "perda da paz".[3] Em contrapartida, se a ofensa partisse de um membro de outro grupo, tal atitude fatalmente ocasionaria a deflagração de uma guerra grupal, a chamada "vingança de sangue".

Com o passar do tempo, e o conseqüente abandono da organização tribal e a acolhida de concepções mais requintadas de organização, o controle social passa a ser exercido pela vingança pública. Ainda não havia que se falar em proporcionalidade entre delito e pena. As sanções eram desproporcionais, extremamente severas, orientadas pela idéia de intimidação e possuíam por característica, sobretudo, a idéia de tutela do soberano.

1.2 Direito penal. Primeiras noções de proporcionalidade

Como visto, os primeiros tempos do direito penal,[4] foram marcados pela desproporção entre o ato praticado e a sanção respectiva. A primeira concepção de obediência à proporcionalidade entre delitos e penas surge com o famigerado Código de Hamurabi que, ao institucionalizar a lei do talião, preconizou um limite objetivo à reprimenda penal.

2. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1, p. 36.
3. "Perdida a paz, estava o homem exposto à morte, não só porque, rompidos os vínculos mágicos ou de sangue com o clã, ficava à mercê da violência dos outros, mas ainda porque sozinho, no mundo de então, deserto de homens, dificilmente poderia defender-se das forças hostis da natureza, cósmicas ou animais" (BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. I, p. 33).
4. Para alguns autores, sequer há que se falar em direito penal quando da vigência das vinganças divina e privada. Neste sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 38.

Muito embora a idéia de "olho por olho, dente por dente" possa trazer consigo uma carga de crueldade e desumanidade na aplicação das sanções, o fato é que, ao preconizar que a reprimenda deveria ser idêntica à lesão perpetrada, a lei do talião institucionalizou a idéia de proporcionalidade entre o delito e a pena, constituindo progresso em relação ao quadro anterior.[5] Demais disso, relevante deixar consignado que a lei do talião fora acolhida não apenas pelo Código de Hamurabi, mas por inúmeras outras legislações da antiguidade, como a Lei das XII Tábuas dos romanos e o Pentateuco hebreu.[6]

Outra notícia histórica que se tem da proporcionalidade entre delitos e penas, insculpida em um documento, refere-se à Magna Carta de 1215, cujo teor previa que condes e barões haveriam de ser castigados apenas pelos seus iguais, e na proporção da gravidade das ofensas praticadas.[7] A despeito do seu caráter elitista, a Magna Carta representa um importantíssimo documento no sentido da consolidação de direitos,[8] dentre os quais se inclui, como visto, a proporcionalidade da sanção penal.

5. "O talião, que atualmente nos povos civilizados é símbolo de ferocidade bárbara, foi na humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, justamente porque impôs um limite, uma medida à reação pela vindita defensiva (olho por olho, dente por dente)." FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Luis Lemos D'Oliveira. Campinas: Russell, 2003, p. 22.
6. Em que pese o cristianismo possuir matriz hebraica, cumpre ressaltar que a lei do talião foi defenestrada por esta corrente de pensamento, na medida em que, para Jesus Cristo, nas palavras do apóstolo Mateus, *in verbis*: "Ouviste que foi dito: olho por olho, e dente por dente. Eu, porém, vos digo que não resistais ao mal; mas se qualquer te bater na face direita, oferece-lhe também a outra; e ao que quiser pleitear contigo, e tirar-te o vestido, larga-lhe também a capa" (Mt, 05: 38-40).
7. "Earls and barons shall be fined only by their equals, and in proportion to the gravity of their offence" (item 21).
8. "Se é certo que a *Magna Charta* efetivamente deixou a esmagadora maioria da população sem acesso aos direitos nela previstos, não menos é que serviu como um dos marcos para a consolidação de importantes direitos e garantias fundamentais, como o caso do *habeas corpus* e do direito de propriedade" (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42).

1.3 Período humanitário

A previsão de relativa proporcionalidade entre os delitos praticados e as sanções penais a serem impostas não eliminava a crueldade das penas. Com efeito, até o século XVIII os países da Europa conviviam com execuções bárbaras, transformadas em tenebrosos espetáculos públicos.[9] Se é certo que a proporcionalidade já conduzia o poder público a repudiar tais excessos para os delitos de pouca monta, isto é, de baixa lesividade, é certo também que, quando da prática de crimes considerados mais graves, a prática destas atrocidades constituía uma constante.

Tal quadro começa a sofrer alteração com o advento dos ideais iluministas. No campo das ciências criminais, as idéias sufragadas pelos pensadores iluministas caminharam no sentido da humanização da intervenção penal. De início, imperioso destacar que, com fundamento no direito natural, os iluministas sustentavam que toda pessoa possuiria direitos inalienáveis, imanentes a sua própria natureza,[10] razão pela qual a intervenção penal há de obedecer a critérios de racionalidade.

Sob outra perspectiva, no campo estritamente político, os pensadores iluministas insurgiam-se contra o poder absoluto do monarca. Ora, sendo o direito penal o meio pelo qual o poder público exerce a violência, legitimamente monopolizada por ele, a limitação do poder monarca relaciona-se, intimamente, com os freios à persecução criminal.

Nesta senda, sobressai-se em importância, além da obra de célebres autores, como Rousseau e Montesquieu,[11] o opúsculo "dos delitos e das penas", de Cesare de Bonesana, o Marquês de Beccaria. A par de uma série de limitações ao poder punitivo, preconizada por Beccaria, destaca-se, também, a idéia de proporcionalidade.[12] A vitória do ideal

9. Para uma breve noção do que aqui se afirma, cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 9-10.
10. Neste sentido, paradigmática a frase de Jean-Jacques Rousseau: "O homem nasceu livre, e em toda parte se encontra sob ferros" (*O contrato social e outros escritos*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995, p. 21).

liberal iluminista acarreta a consagração dos valores atinentes à humanização da intervenção penal, com a conseqüente proscrição da barbárie estatal até então em vigor.

Relevante destacar que esta humanização das sanções penais trouxe consigo o reforço à noção de proporcionalidade, plasmada no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "a lei sói deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito".

2. A CRÍTICA DO SISTEMA PENAL: POR QUE E COMO PUNIR?

2.1 A criminologia crítica e os abolicionistas. Por que punir?

O direito é uma das inúmeras formas de controle social. Além da regulamentação jurídica, as "normas" de convivência, não institucionalizadas, oriundas da dinâmica social, da conjuntura do espaço cultural e da religião, para citar apenas algumas, compõem o que se pode chamar de controle social. Quando estas formas de controle se mostrarem insuficientes, deve-se fazer valer o quanto prescrito pelas normas jurídicas.[13] Demais disso, antes de se recorrer às normas penais, devem

11. Também Montesquieu defendeu a idéia de proporção entre o delito e a pena, *in verbis*: "É um grande mal, entre nós, aplicar a mesma pena àquele que rouba em uma estrada e ao que rouba e assassina. É evidente que, para o bem da segurança pública, dever-se-ia estabelecer alguma diferença entre as penas" (*O espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 103).
12. Para Beccaria: "Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinqüir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas" (*Dos delitos e das penas*. 2. ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 37).
13. Na linha da doutrina majoritária, utilizamos a expressão normas jurídicas, muito embora a pertinência da distinção de Eros Roberto Grau, para quem: "O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo" (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23).

ser exauridas as instâncias extrapenais (civil, administrativa etc.), razão pela qual se diz que o direito penal é orientado pela idéia de *ultima ratio*, isto é de subsidiariedade.

O sistema penal, por seu turno, engloba todos os setores que se aproximam intimamente do poder de punir, desde a criminalização da conduta até a execução da pena a ser aplicada. Desta forma, legisladores, policiais, promotores, magistrados, o público e os funcionários envolvidos nas respectivas atividades compõem o sistema penal.[14]

A ineficiência do sistema penal, no que concerne aos fins a que se propõe, aliado a seu flagrante caráter seletivo, impulsionou críticas, não apenas a seu modo de funcionamento, mas a sua própria existência. As primeiras vozes que se insurgiram, não apenas de forma pontual, contra o sistema penal partiram de pensadores ligados à linha marxista.

Com efeito, pautado na concepção do marxismo clássico-ortodoxo de que a infra-estrutura econômica, consubstanciada nas formas de produção e reprodução dos bens materiais, determina e condiciona a superestrutura jurídica (além da política e ideológica), referidos pensadores identificaram o direito como instrumento mantenedor de privilégios de classe. Nesta senda, sendo certo que o direito penal é o braço armado do Estado, recaíram sobre o sistema penal as críticas mais acerbas, como maquinário de exclusão e segregação.

Esta linha de pensamento que condena o sistema penal como um todo, identificando-o como instrumento de repressão a serviço de determinada estrutura social classista,[15] ficou conhecida como criminologia crítica, ou radical,[16] e dela derivou a insurgência contra a

14. Frise-se, todavia, que esta a noção de sistema penal em seu sentido limitado, na medida em que, consoantes as lições de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, sistema penal em sentido amplo deveria ser entendido "(...) como 'controle social punitivo institucionalizado', nele se incluem ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal" (*Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 69).
15. Em obra clássica sobre o tema, escrita em 1939, Georg Rusche e Otto Kircheimer asseveram que: "Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção" (*Punição e estrutura social*. 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2004, p. 20).

legitimidade do próprio direito de punir. Posteriormente, estas correntes contrárias ao direito de punir – ditas abolicionistas, porquanto sustentam a abolição do sistema penal como um todo – se afastaram do marxismo ortodoxo, mas continuaram identificando no sistema penal um teor seletivo e excludente, porquanto o formalismo da isonomia jurídica não possui o condão de eliminar a desigualdade material que lhe é subjacente.

Discorrendo sobre as principais críticas apresentadas ao sistema penal e, em particular, à pena privativa de liberdade, Gamil Föppel el Hireche[17] apresenta as seguintes: (a) o cárcere não educa, ao revés, embrutece e dessocializa; (b) o custo de manutenção dos presídios é excessivamente alto, e os valores despendidos em sua construção/manutenção deveriam ser canalizados para a prevenção ao crime, com significativos investimentos na formação das pessoas; (c) o sistema penal seleciona suas vítimas nas classes mais humildes; (d) dentre os delitos praticados, é irrisório o quantitativo daqueles que chegam a ser sancionados (cifras ocultas);[18] (e) a persecução criminal pressupõe uma estigmatização, que se inicia antes mesmo da aplicação da pena; (f) em nome do direito penal, comete-se uma série de violações aos direitos humanos, como mortes e torturas; (g) o direito penal, para além de debelar o crime, cria-o, por meio da construção de rótulos, etiquetas (teoria do etiquetamento, *labelling aproach*).

16. O alinhamento à corrente marxista é expresso, por parte dos adeptos da criminologia crítica. Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos afirma que: "O compromisso da Criminologia Radical é com a abolição das desigualdades sociais em riqueza e poder (...) afirmando que a solução para o problema do crime depende da eliminação da exploração econômica e da opressão política de classe – e sua condição é a transformação socialista (...)" (*A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 36).
17. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 116-127.
18. Sobre o tema, cf. 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/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 102-104.

2.2 Minimalistas e garantistas. Como punir

Não apenas os abolicionistas se insurgiram contra a seletividade do sistema penal, mas também os minimalistas, que, em síntese, sustentam que a tutela penal há de ser mínima, isto é, adstringir-se a situações excepcionais em caráter subsidiário, referindo-se a casos extremos, em que as demais formas de tutela (jurídica ou extrajurídica) não surtam efeitos. Desta forma, em que pese assentir em boa medida com as críticas ao sistema penal, os minimalistas sustentam a manutenção do poder de punir estatal, conquanto a intervenção penal seja mínima, excepcional.

Não se pode deixar de aludir, ainda, ao garantismo penal, que também repudia o abolicionismo, pugnando pela existência de uma tutela penal racional que respeite uma esfera mínima de direitos que não poderão ser tolhidos ou ameaçados. Procurando explicitar o significado do garantismo, Luigi Ferrajoli ressalta que, *in verbis*:

"Segundo um primeiro significado, 'garantismo' designa um *modelo normativo de direito*: precisamente no que diz respeito ao direito penal, o modelo de 'estrita legalidade' *SG*, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. (...) em um segundo significado, 'garantismo' designa uma *teoria jurídica* da 'validade' e da 'efetividade' como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela 'existência' ou 'vigor' das normas. (...). Segundo um terceiro 'significado', por fim, 'garantismo' designa uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade" (*Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, p. 785-787).

Em suma o garantismo penal almeja estabelecer parâmetros de racionalidade à intervenção penal, proscrevendo o arbítrio punitivo, que pode ser identificado seja na criminalização de condutas banais, seja na inobservância de direitos no curso da persecução criminal, judicial ou extrajudicial.

3. Leitura constitucional da intervenção penal

3.1 Breves considerações sobre os papéis desempenhados pela Constituição na elaboração da lei penal

No ponto de evolução em que se encontra a Ciência Jurídica, é despiciendo incorrer em maiores considerações acerca da primazia das normas constitucionais sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Resta assente que as demais normas são hierarquicamente inferiores, na medida em que haurem seu fundamento de validade, direta ou indiretamente, da Constituição.

Em assim sendo, é um truísmo asseverar que o direito penal deve conformar seu âmbito de atuação ao quanto preconizado pela Constituição Federal. A despeito da aparente obviedade da assertiva, esta carece de uma apreciação mais acurada, sobretudo no que concerne à incriminação de condutas, haja vista o amplo campo de atuação, aparentemente, conferido ao legislador ordinário.

Neste sentido, relevante apresentar um breve panorama das funções exercidas pela Constituição, sobretudo no que tange à primeira fase de atuação do sistema penal, isto é, a criminalização, a previsão em abstrato da conduta criminosa e a cominação da respectiva sanção penal.

Dissertando sobre o tema em apreço, Luciano Feldens[19] assevera que a constituição pode se apresentar sob três diversos aspectos: (a) como limite material ao direito penal, estabelecendo proibições de incriminação; (b) como fonte exclusiva do direito penal, significando dizer que apenas poderão ser criminalizadas as condutas que representem afronta a bens constitucionalmente relevantes; (c) como fundamento normativo do direito penal, estabelecendo, ou não, obrigações de tutela penal.

Ainda no que concerne à leitura constitucional do direito penal, imprescindível fazer alusão ao papel desempenhado pelos princípios, sejam os expressos na Constituição, sejam os implícitos, decorrentes do conjunto de valores por ela consagrados. Sem pretensões de atuar

19. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38-68.

de forma exaustiva, podemos enumerar alguns princípios que, informando o direito penal, limitam o poder de punir do Estado.

Assim, podemos aludir aos princípios da culpabilidade (que veda a responsabilização objetiva, proscrita do direito penal, há muito), da humanidade (porquanto a Constituição Federal impede a adoção de penas cruéis), da reserva legal, da retroatividade benéfica da lei penal e da pessoalidade (ou intranscendência da pena). Alguns princípios, todavia, merecem uma apreciação mais detalhada, eis que diretamente associados ao nosso tema. São eles: a legalidade estrita e a lesividade.

3.2 O princípio da legalidade estrita

O direito penal, como todos os demais ramos da Ciência Jurídica, quando aplicados em concreto pressupõem, necessariamente, a sua filtragem constitucional. Assim, seja quando da previsão em abstrato, por parte do legislador, das condutas criminosas, seja quando da aplicação em concreto, por parte do julgador, das penas abstratamente previstas, os vetores axiológicos previstos constitucionalmente devem ser o parâmetro a ser seguido.

Ao determinar, no art. 5.°, XXXIX, da CF/1988, que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal, o legislador constituinte remeteu ao legislador ordinário a missão de definir os desvios de conduta social que deveriam ser tidos por criminosos. Neste dispositivo, a Constituição Federal acolheu o princípio da legalidade (representado pela célebre expressão latina, cunhada por Feuerbach, no início do século XIX: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*), viga de sustentação do direito penal moderno.

É de se salientar que, ao se deferir ao legislador a função de criminalizar as condutas, o direito penal passava a se revestir de um manto de legitimidade (ao menos formal), porquanto transplantava-se para o Parlamento, local em que se desenvolviam os embates do incipiente jogo democrático, as discussões pertinentes à tutela de bens e valores. Respaldava-se assim (ao menos formalmente, ressalte-se uma vez mais) a violência utilizada pelo Estado para fazer frente à violência cometida em detrimento dos bens por ele protegidos.

Do que até o presente momento foi destacado, importa salientar a principal idéia que orienta a existência do princípio da legalidade (bem assim, dos demais princípios que informam o direito penal): ele

nasce e se desenvolve como direito do cidadão, a ser oposto à sanha punitiva do Estado. O princípio da legalidade constitui o contraponto, o limite a ser observado pelo Estado quando da cominação de sanções.

A legalidade deve ser estrita. Assim, a tipificação penal há de ser clara, precisa, certa, determinada e específica (não se pode admitir tipificações indevidamente abertas como, v.g. "afrontar a ordem jurídica"),[20] além de pressupor a observância de limites materiais,[21] adiante expostos.

Se por um lado a observância do princípio da legalidade, isto é, a definição de crimes e cominação de penas por meio da lei em sentido estrito confere legitimidade ao poder de punir em sentido formal, tal não ocorre com a sua legitimidade material. Com efeito, se assim o fosse, o legislador ordinário possuiria poderes absolutos na criminalização de condutas, o que agride as noções mais basilares de Estado Democrático de Direito. Há de ser observada, como querem os garantistas, a esfera do "não-decidível", ou seja, um rol de garantias mínimas em relação às quais sequer a maioria poderia decidir, sob pena de consagrarmos, não uma democracia, mas uma ditadura da maioria.

3.3 O princípio da lesividade

Consoante o princípio da lesividade, apenas condutas que ocasionem lesões a bens jurídicos de terceiros podem ser criminalizadas.

O princípio da lesividade possui quatro funções:[22]

(a) obsta a incriminação de condutas internas;

20. Araújo, Fábio Roque da Silva. Considerações acerca do delito de radiodifusão clandestina: a questão das rádios piratas. *Revista da Seção Judiciária de Alagoas* 2, 2007, p. 139-158.
21. Enquanto o axioma da *mera legalidade* se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da *legalidade estrita* exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine judicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 93.
22. Batista, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 92-97.

Reconhece-se, no particular, que a cogitação não pode ser punida (*cogitationis poenam nem patitur*), já que as "idéias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientam para a prática de um crime".[23]

(b) veda a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;

Consagra-se, assim, a alteridade do direito penal. Neste sentido, a ordem constitucional proscreve a incriminação de condutas de autolesão. Esta a razão pela qual não se pode compactuar com a criminalização do suicídio,[24] sendo considerado crime, tão-somente, o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio.

Por conta da proibição de se criminalizar a autolesão, alguns tipos penais merecem uma revisão. Este o caso da criminalização do consumo de drogas (ou melhor, porte de drogas destinadas ao consumo), na medida em que é falacioso o discurso legislativo de que, nestas condutas, o bem jurídico tutelado pela norma penal é a saúde pública. Em verdade, trata-se de um caso flagrante de criminalização da autolesão, em, que o legislador houve por bem considerar criminosa a conduta do agente que, espontânea ou voluntariamente, ingere substâncias entorpecentes, produzindo danos ao seu organismo, comprometendo sua integridade física e sua higidez psicológica.

(c) proíbe a criminalização de estados ou condições existenciais;

Com esta orientação, consagra-se a idéia de que o direito penal moderno é do fato, e não do autor. Em síntese, o agente poderá ser sancionado, apenas, pelo que faz, não pelo que é.[25]

Com fundamento nesta função da lesividade, parcela da doutrina considera que as medidas de segurança, sanções penais destinadas aos

23. Idem, p. 92.
24. O suicídio tentado não é crime, por conta da impossibilidade de se criminalizar a autolesão. No que tange ao suicídio consumado, sendo certo que o nosso ordenamento jurídico consagra a observância do princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena, esta conduta jamais poderia ser criminalizada, na medida em que a morte extingue a punibilidade do agente (*mors ominia solvit*). Nem sempre, todavia, isto ocorreu, porquanto, quando da vigência do direito penal pré-iluminista, os sucessores do suicida respondiam pelo crime de suicídio.

inimputáveis – isto é, àqueles que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado não forem capazes de compreender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esta compreensão – e, em alguns casos, aos semi-imputáveis, deveriam ser proscritas do ordenamento.[26] O fundamento desta posição doutrinária é que as medidas de segurança são pautadas em juízos de perigosidade, próprios de um direito penal do autor, ao passo que o direito penal do fato é caracterizado por juízos de culpabilidade.

(d) proibição de se incriminar condutas que não afetem qualquer bem jurídico.

A importância do bem jurídico para incriminação de condutas que comportem algum desvio social será abordada (cf. infra 5.2.1). Além de constituir pressuposto material da intervenção penal, a imprescindibilidade de afronta a bens jurídicos constitui consectário lógico do princípio da lesividade.

4. Princípio da proporcionalidade

4.1 Da distinção entre regra, princípios e postulados

As normas jurídicas podem ser normas-regra e normas-princípio. A distinção entre princípios e regras foi estabelecida por inúmeros juristas consagrados, tais como Ronald Dworkin e Robert Alexy (para mencionar as doutrinas mais conhecidas nesta questão), além de Larenz, Esser, dentre outros. Para Claus-Wilhelm Canaris, os princípios se distinguem das regras, por duas características, a saber: (a) o conteúdo axiológico, pois os princípios os possuiriam de forma explícita, carecendo, destarte, de regras para a sua concretização; (b) os princípios receberiam seu conteúdo de sentido por um processo dialético de complementação e limitação.[27]

Para Dworkin, as regras são aplicadas no método tudo ou nada (*all or nothing*), ao passo que os princípios não determinam a decisão,

25. "Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação" (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. Ob.cit., p.116).
26. Neste sentido, idem, ibidem.
27. Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36.

mas contêm fundamentos que hão de ser conjugados com outros fundamentos, oriundos de outros princípios. Os princípios seriam aplicados, não sob critério "tudo ou nada",[28] mas sim sob o critério "mais ou menos".

Alexy, na linha preconizada por Dworkin, reputa caráter normativo, tanto às regras quanto aos princípios.[29] De acordo com o constitucionalista alemão, há três teses distintas, no que concerne à distinção entre regras e princípios. A primeira tese sustenta a impossibilidade de se diferenciar as normas em regras ou princípios, haja vista a diversidade existente.[30] Para os adeptos de uma segunda tese, é possível diferenciar as regras dos princípios, sendo certo que esta diferenciação é de grau de generalidade.[31] Alexy perfilha o entendimento sufragado pela terceira tese. Para esta, há distinção entre regras e princípios, e esta distinção não é apenas de grau, mas, antes, uma distinção qualitativa.

Neste sentido, Alexy afirma que os princípios são normas jurídicas por meio das quais se estabelece deveres de otimização, aplicáveis em diversos graus, e a medida de sua satisfação depende, tanto de possibilidades fáticas quanto das possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes.[32] Em sentido diverso, as regras podem ser cumpridas ou não.[33] Para Alexy, esta seria a principal distinção entre regras e princípios.

28. "As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão" (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39).
29. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.
30. "Diante disso, é necessário atentar para as diversas convergências e diferenças, semelhanças e dessemelhanças, que são encontradas no interior da classe das normas, algo que seria mais bem captado com a ajuda do conceito wittgensteiniano de *semelhança de família* que por meio de uma divisão em duas classes."(Idem, p. 89).
31. Idem, p. 90.
32. Idem, ibidem.
33. "Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível" (Idem, p. 91).

Como visto, para a doutrina que hoje prevalece, uma vez verificado o conflito entre regras jurídica, uma delas deverá ser afastada, aplicando-se, integralmente a que remanescer (aplicando-se, assim, o critério tudo-ou-nada); apenas os princípios estariam sujeitos a ponderação em concreto, podendo-se aplicá-los, a partir daí, em variados graus. Dissentindo do entendimento sufragado pelos autores mencionados, Humberto Ávila reputa possível que haja conflito entre regras, e este possa ser solucionado pela ponderação, não havendo que se falar em utilização *prima facie* do critério tudo-ou-nada.[34]

Assiste razão a Ávila quando assevera que pode haver colisão entre regras. Com efeito, comumente há casos em que se poderia aplicar mais de uma regra, devendo-se escolher qual delas será aplicada, sem que, com isso, materialize-se a exclusão da referida regra do ordenamento jurídico. Ocorre, todavia, que, neste caso, a ponderação que se fará não terá por objeto as regras, propriamente ditas, e sim os princípios que as fundamentam.[35]

Relevante deixar consignado, ainda na esteira do pensamento de Humberto Ávila,[36] que, além das regras e princípios, o autor trabalha com uma outra categoria: os postulados normativos. Postulados distinguir-se-iam das regras e princípios na medida em que estes se encontram no campo das normas, ao passo que os postulados inserem-se no âmbito das metanormas, isto é, das normas sobre normas, porquanto

34. "(...) não é adequado afirmar que as regras 'possuem' um modo absoluto 'tudo ou nada' de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios quanto as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados" (ÁVILA, Humberto. Ob.cit., p. 47).
35. Neste sentido, AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de; VILLAS BÔAS, Marcos de Aguiar. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. *RBCCrim* 74/230-280. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2008.
36. No mesmo sentido de Ávila, Eros Roberto Grau ressalta que: "O chamado 'princípio' da proporcionalidade consubstancia um *postulado normativo aplicativo* " (Ob. cit., p.183).

estabelecem estrutura de aplicação de outras normas, regras e princípios.[37]

Ainda de acordo com esta doutrina, os postulados podem ser inespecíficos, quando passíveis de aplicação, ainda quando não se leve em conta os elementos a serem submetidos a relacionamento. Como exemplo, poderia ser apontado o postulado da ponderação, que "exige sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos princípios, razões) e não indica como deve ser feito este sopesamento. Os elementos e os critérios não são específicos".[38] Podem, porém, os postulados ser específicos, quando sua aplicabilidade for condicionada a específicos elementos.

Ainda de acordo com Ávila, seriam postulados inespecíficos ou incondicionais:[39] (a) a ponderação, (b) a concordância prática e (c) a proibição de excesso; por seu turno, poderiam ser considerados postulados específicos ou condicionais:[40] (a) a igualdade, (b) a razoabilidade e (c) a proporcionalidade.

4.2 Da razoabilidade

Questão intrigante diz respeito ao emprego do termo razoabilidade, porquanto comumente utilizado em relação de fungibilidade com a proporcionalidade, pela doutrina nacional e estrangeira.[41]

Para referidos autores, a distinção entre os conceitos relaciona-se, muito mais, à sua origem, do que a distinções substanciais entre eles. Desta forma, temos que o princípio da razoabilidade origina-se do sistema jurídico anglo-saxão, como corolário do devido processo legal substancial (*due process of law*), deitando raízes na Magna Carta,[42] sob os auspícios da cláusula *law of the land.*

37. Ávila, Humberto. Ob. cit., p. 122.
38. Idem, p.129.
39. Idem, p. 130 et seq.
40. Idem, p. 137 et seq.
41. "De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência nacional, assim na Europa continental como no Brasil, costuma fazer referência, igualmente, ao princípio da *proporcionalidade*, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade" (Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224).

Nascida sob o pálio de uma concepção estritamente processual, a idéia de devido processo legal evoluiu para uma perspectiva substancial (*substantive due process of law*). Com fundamento nesta característica substancial, o devido processo legal foi erigido a relevante instrumento de defesa dos direitos individuais, contra o arbítrio estatal.

Sob outro prisma, a idéia de proporcionalidade associa-se ao direito de origem germânica, tendo evoluído a partir do direito administrativo. Para os que sustentam a similitude entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, malgrado a diversidade de origem e desenvolvimento, "(...) um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichoso".[43]

Não faltam, entretanto, autores que sufragam a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. Nesta linha, a proporcionalidade pressupõe, conforme, adiante, demonstrar-se-á, a adequação, necessariedade e a proporcionalidade propriamente dita (em sentido estrito), do meio empregado em relação ao fim almejado. Por seu turno, a razoabilidade não pressuporia esta relação de meio e fim.[44]

42. Virgílio Afonso da Silva contesta esta origem histórica, ressaltando que: "(...) na Inglaterra fala-se em princípio da *irrazoabilidade* e não em princípio da razoabilidade. E a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em decisão judicial proferida em 1948. E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como *teste Wednesbury*, implica tão somente rejeitar atos que sejam *excepcionalmente* irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão *Wednesbury*: 'se uma decisão (...) é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir'. Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis" (O proporcional e o razoável. *RT* 798/23-50. São Paulo: Ed. RT, abr. 2002).
43. Barroso, Luís Roberto. Ob. cit., p. 373.
44. Neste sentido, cf. Ávila, Humberto. Ob. cit., p. 146. Também Silva, Virgílio Afonso da. Ob. cit.

4.3 Da proporcionalidade

A proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.

Sob a égide destas constatações, há de ser aferido, no caso concreto, a pertinência de se limitar excessivamente determinados direitos, com vistas à proteção de outros. Exemplificando, e já transplantando a noção para a esfera do direito penal, há de se valorar a pertinência de se tolher o direito de liberdade dos indivíduos (com a adoção da pena privativa de liberdade, ainda, a espinha dorsal do nosso sistema punitivo) com vistas à tutela de direitos outros, quando a lesão perpetrada seja de somenos relevância.

À idéia de proporcionalidade, são ínsitas as noções relativas à moderação, prudência, equidade e proibição de excesso, dentre outras similares.[45] Estas noções, contudo, possuem considerável grau de subjetivismo, fornecendo poucos parâmetros objetivos que conduzam à sua delimitação. Esta a razão pela qual o princípio da proporcionalidade é decomposto em três subprincípios (ou subpostulados, para quem assim encara o princípio; também ditos elementos ou regras da proporcionalidade). Em suma, uma das funções destes elementos da proporcionalidade é conferir parâmetros, com maior grau de objetividade à sua delimitação.

O juízo de proporcionalidade é realizado de acordo com um critério trifásico. Assim, para se aferir a proporcionalidade do meio

45. Neste sentido, Dirley da Cunha Júnior, para quem o princípio da proporcionalidade: "(...) consubstancia, em essência, uma *pauta de natureza axiológica* que emana diretamente das idéias de justiça, eqüidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico" (*Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 221).

empregado em relação ao fim colimado, relevante que se atente para a adequação (ou idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito da medida.[46] Estes os elementos que compõem a estrutura analítica do princípio da proporcionalidade, desenvolvidos pela jurisprudência constitucional alemã.

Relevante destacar que os elementos apontados hão de ser aferidos na ordem lógica em que apresentados, ou seja, faz-se um juízo acerca da adequação da medida, para, posteriormente, apreciar-se a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.[47] À vista disto, fácil concluir não ser imprescindível a apreciação dos três elementos da proporcionalidade em toda e qualquer circunstância. Isto porque apenas se legitimará a análise da necessidade da medida, acaso aferida a sua adequação; e, apenas, se constatada sua necessidade, far-se-á o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Mas, afinal, o que significa cada um destes elementos que compõem a proporcionalidade?

4.3.1 Adequação

Sendo certo que a idéia que orienta a observância destas regras de aferição da proporcionalidade (seus elementos) é relação entre meios empregados e fins almejados, temos que a melhor forma de se definir estas regras é valorando esta relação meio-fim. Assim, um meio será

46. Feldens, Luciano. Ob.cit., p. 161.

47. Acolhemos, com isso, a tese amplamente majoritária na doutrina. Relevante salientar, todavia, que outras duas teorias remanescem em derredor do tema. Para a primeira, os elementos (ou sub-regras) da proporcionalidade seriam, apenas, a adequação e a necessidade. Esta teoria é adotada pelos críticos do sopesamento, que repudiam a proporcionalidade em sentido estrito, justamente por considerar que sua análise implica um sopesamento. Há uma última teoria, de acordo com a qual, além dos três elementos, haveria um quarto, qual seja, a análise da legitimidade dos fins que a medida pretende alcançar. A adoção desta última tem sido levada a efeito pela Corte Européia de Direitos Humanos (cf. Silva, Luís Virgílio Afonso da. Ob. cit.).

considerado adequado quando for considerado apto a alcançar o resultado pretendido,[48] ou quando a utilização deste meio, se não ensejar o alcance do objetivo, ao menos, fomente a sua realização.

Com efeito, Virgílio Afonso da Silva chama a atenção para o fato de que a doutrina brasileira costuma identificar a adequação apenas com a idéia de aptidão para alcance do fim pretendido, esquecendo-se que a adequação pressupõe, não apenas esta aptidão, mas também o fomento à realização deste fim. Em suma, um meio apenas será considerado inadequado, ou inidôneo, quando a sua utilização não possuir o condão, sequer, de fomentar a realização do fim pretendido.[49]

Afirmar-se, porém, que a adequação é a aptidão do meio para o alcance ou fomento do fim pretendido é definição insuficiente, conquanto remanesce um amplo espaço de discricionariedade na apreciação desta aptidão. Com efeito, remeter a discussão à esfera da aptidão do meio em relação ao fim não comporta a observância da mínima precisão necessária à identificação desta adequação.

Esta constatação conduziu alguns setores da doutrina à criação de alguns critérios que conferem concreção à idéia de adequação. Neste diapasão, Ávila[50] ressalta que três indagações básicas devem ser apresentadas: (a) o que significa um meio ser adequado à realização de um fim? (b) como deve ser analisada a relação de adequação? (c) qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?

48. Gomes, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 126.
49. Adotando por paradigma a decisão do Tribunal alemão que consagrou a idéia de proporcionalidade, afirma o constitucionalista brasileiro: "A causa do problema está na tradução imprecisa da decisão. A sentença em alemão seria melhor compreendida se se traduzisse o verbo *fördern*, usado na decisão, por *fomentar*, e não por *alcançar*, como faz Gilmar Ferreira Mendes, porque, de fato, o verbo *fördern* não pode ser traduzido por *alcançar*. *Fördern* significa fomentar, promover. Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado" (ob. cit.).
50. Ob. cit., p. 153 et seq.

No que se refere à primeira indagação, tem-se que apreciar os aspectos da relação entre meio e fim. Estes aspectos podem ser de três distintas naturezas: (a) quantitativo (intensidade); (b) qualitativo (qualidade); (c) probabilístico (certeza).

Em termos quantitativos, o meio poderá promover ou fomentar mais ou menos do que um outro meio, passível de ser utilizado. No que toca ao aspecto qualitativo, um meio poderá promover ou fomentar melhor, pior ou igual ao outro. Por fim, sob o aspecto probabilístico, um meio pode promover ou fomentar com mais, menos ou igual certeza o fim almejado. Desta forma, a opção entre meios mais adequados, nem sempre se fará na mesma esfera de apreciação, porquanto um meio poderá ser mais (aspecto quantitativo) adequado do que outro, mas, ao mesmo tempo, ser pior (aspecto qualitativo).[51] [52]

Quanto à segunda pergunta (como deve ser analisada a relação de adequação?) tem-se que aferir as três dimensões em que possível se manifestar a adequação: (a) abstração/concretude; (b) generalidade/ particularidade; (c) antecedência/ posteridade.

Consoante a primeira dimensão, haverá adequação da medida quando esta conduzir à promoção do fim em abstrato (possibilidade em tese de se alcançar o fim) ou em concreto, a depender, naturalmente, do caso. No que pertine à segunda dimensão, a medida empregada pode ser geralmente adequada – quando o fim é realizado na maioria dos casos, com a sua adoção – ou particularmente adequada – quando, em todos os casos individuais, houver o alcance deste fim. Por fim, quanto à terceira dimensão, pode-se exigir que determinada medida

51. Da obra de Ávila, extraímos o seguinte exemplo: "A escolha da Administração na compra de vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos) mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos) e outra vacina que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos)". Ob. cit., p. 153.
52. Ainda consoante Ávila, o administrador e o legislador têm o dever de escolher o meio que promova o fim, ainda que não seja o meio mais intenso, melhor ou mais seguro (cf. ob. cit., p. 153).

seja adequada no momento em que posta em prática ou posteriormente, quando julgada, por exemplo.

Por seu turno, a terceira das perguntas formuladas (qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração?) pressupõe a cisão do controle em forte e fraco. Consoante o "modelo forte de controle, qualquer demonstração de que o meio não promove a realização do fim é suficiente para declarar a invalidade da atuação administrativa".[53] De outro prisma, o controle fraco pressupõe uma demonstração cabal, muito mais percuciente, da inadequação da medida empregada.

4.3.2 Necessidade

Consoante a idéia de necessidade (exigibilidade), o meio a ser empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido. Sendo certo que o exame da proporcionalidade objetiva limitar a atuação estatal em prol da tutela de direitos do cidadão, é relevante salientar que a necessidade implica a adoção da medida que menos limite o direito fundamental em questão.

Naturalmente, que a escolha que se fará entre as medidas apresentadas, envolve, tão-somente, medidas adequadas, porquanto, conforme salientado, a aferição da adequação é realizada em momento anterior. Dentre estas medidas adequadas, e somente dentre elas, far-se-á a opção por aquela que menos afronte o direito fundamental: eis o elemento necessidade.

A aferição em concreto dos interesses em litígio, todavia, nem sempre apresenta uma solução simples. Robert Alexy[54] aponta dois principais motivos para a complexidade na definição da restrição a ser implementada no direito fundamental. A primeira, diz respeito ao fato de que a apreciação da necessidade, regra geral, diz respeito a uma relação meio-fim, por vezes, de difícil prognóstico. Nesta seara, avulta de importância a discricionariedade epistêmica,[55] no exame da adequação e necessidade da medida a ser adotada. Um segundo motivo que enseja a complexidade que envolve o tema relaciona-se às situações em que estejam em questão mais de dois princípios relevantes.

53. Idem, p. 156.
54. Ob. cit., p. 591 et seq.

4.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O terceiro elemento da proporcionalidade pressupõe a comparação entre os meios empregados e os fins colimados, de molde a que os meios sejam os menos danosos possíveis. O meio a ser utilizado não pode apresentar-se de forma desproporcional ao fim pretendido. Enfim, há um sopesamento[56] entre o meio a ser empregado e o fim a ser alcançado, de forma que, conquanto haja a realização ou fomento do fim perseguido, haja a menor restrição possível ao direito fundamental. Em outras palavras, pressupõe que as vantagens a serem trazidas pela adoção da medida superem as desvantagens.[57]

5. Do princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal

5.1 Considerações iniciais

Parece-nos haver restado demonstrado, pelo que até o momento foi exposto, que, muito embora o legislador constituinte haja outorgado ao legislador ordinário a missão de realizar a incriminação de condutas – consubstanciando a previsão do princípio da reserva legal – daí não se depreende ausência de restrições ao poder de legislar.

A Constituição Federal não se limita a conferir este poder de criminalização de condutas ao legislador; impõe, expressa ou implicitamente, uma pauta de valores a ser observada, seja estabelecendo um rol de vedações à incriminação, seja determinando-a, seja, por fim, criando balizas a serem seguidas. A inobservância dos vetores

55. No exemplo mencionado por Alexy para conferir primazia a esta discricionariedade epistêmica, o Tribunal Constitucional Federal alemão apreciou a questão relativa à colisão de interesses na criminalização da comercialização da *cannabis*. Na apreciação da matéria, o Tribunal decidiu que ante a inexistência de conhecimentos científicos que conduzissem a uma das opções (criminalização ou não), dever-se-ia atentar para a prerrogativa do legislador de avaliação e adoção de uma das escolhas potencialmente adequadas ao alcance do fim colimado (Ob. cit., p. 591).
56. Inúmeros autores rechaçam a idéia de sopesamento, propugnada por , tais como Jürgen Habermas, Friedrich Muller, Bernard Schlink e Matthias Jestaedt (cf. Silva, Virgílio Afonso da., ob. cit.). Em defesa do sopesamento, rebatendo as críticas de Habermas, cf. Alexy, Robert. Ob. cit., p. 594.
57. Cunha Júnior, Dirley da. Ob. cit., p. 222.

axiológicos instituídos pela Constituição Federal, quando da incriminação de condutas – previsão em abstrato do crime aliado à cominação das respectivas sanções penais – pode dar ensejo ao abuso de poder por parte do Legislativo.

Sem embargo, muito embora a doutrina constitucionalista clássica apresente-se refratária à aplicação da idéia de abuso do poder na esfera do Poder Legislativo, não faltam defensores da tese, dentre a doutrina mais abalizada.[58] Estabelecidas estas premissas, cumpre-nos apreciar o princípio da proporcionalidade em suas implicações na esfera do direito penal.

De antemão, relevante salientar que, na linha do quanto preconizado por Luigi Ferrajoli,[59] a proporcionalidade, referida às ciências criminais, pode ser aferida em três distintas ocasiões: (a) numa primeira ocasião, de predeterminação, em que será dirigida ao legislador, quando da criação do tipo penal, bem como da cominação abstrata das penas máxima e mínima; (b) posteriormente, como determinação, dirigida ao magistrado na fixação da pena (natureza e *quantum* da pena); (c) como pós-determinação, a ser aferida na fase de execução da pena.[60]

Aqui, interessa-nos, sobretudo, a fase de predeterminação, isto é, a incidência do princípio da proporcionalidade referida ao legislador. Para tanto, importa apreciar os elementos da proporcionalidade apresentados (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) em sua relação direta com o atuar do legislador penal.

58. Neste sentido, Paulo Roberto Lyrio Pimenta afirma ser este o entendimento da doutrina moderna, para quem seria possível configurar-se o abuso do poder de legislar quando não existir compatibilidade entre a norma e o fim previsto na Constituição. Conforme o autor, este o entendimento sustentado pela doutrina alemã, por considerável parcela da doutrina nacional (a exemplo de Gilmar Mendes e Celso Antônio Bandeira de Mello). Também esta a tese encampada pelo STF, sob o manto do princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso (*Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 201).
59. Ob. cit., p. 367.
60. Sobre a aplicação do garantismo à execução penal, cf. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2003, p. 153 et seq.

5.2 A adequação referida ao legislador penal

Conforme salientado, um meio será considerado adequado quando for apto a alcançar o resultado pretendido, ou quando a utilização deste meio, se não ensejar o alcance do objetivo, ao menos, fomente a sua realização.[61]

Por seu turno, convém esclarecer que a função do direito penal não é a punição pura e simples, por meio de imposições de aflições, nem tampouco a proibição, ou mesmo coibição, de condutas com maior ou menor grau de reprovabilidade social. Em verdade, a previsão, e posterior cominação de sanções, são apenas instrumentos a seres utilizados para o alcance do escopo precípuo do direito penal, que é a proteção de determinados bens jurídicos, considerados mais relevantes para a sociedade.

A adequação, portanto, quando referida ao legislador penal, há de levar em consideração este escopo, razão pela qual não será equivocado afirmar que, no que concerne à incriminação de condutas, a adequação deverá pressupor um juízo de valoração que estabeleça o sopesamento entre a gravidade dos meios empregados e a potencial obtenção do resultado que almeja, que, no caso, é a tutela dos bens jurídicos.[62]

É necessário salientar que a violência é imanente ao direito penal.[63] Isto não se refere apenas à violência, eventualmente, utilizada na prática do crime, mas, sobretudo à violência estatal na aplicação das sanções respectivas. A pena privativa de liberdade, eixo central do sistema de penas em vigor, é a expressão máxime da violência do Estado na tutela dos bens jurídicos; mas não só ela. Também as demais penas previstas em lei, como as restritivas de direitos ou a pena de multa, constituem violência estatal impingida àquele considerado culpado pela prática do delito.

61. Cf. supra 4.3.1.
62. Em sentido similar, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, que, preferindo a utilização do termo idoneidade, assevera que esta se encontra "(...) relacionada com *capacidade* de proteção do bem jurídico pela norma, a ser aferida a partir da valoração de todas as condições do sistema penal" (Ob. cit., p. 126-127).
63. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1.

Como salientado alhures, o Estado monopoliza a utilização legítima da violência, razão pela qual pode se valer da aplicação das referidas penas. Para tanto, como é óbvio, há de obedecer a uma série de requisitos, mormente associados à observância dos direitos e garantias do réu. Contudo, estes direitos hão de ser preservados mesmo em fase assaz anterior à deflagração da persecução criminal em juízo.

De fato, à tutela das garantias que constituem pilares do Estado Democrático de Direito há de ser conferida primazia até mesmo quando da incriminação, em abstrato, das condutas. E nesta fase, como demonstrado, as idéias de proporcionalidade desempenham papel de suma relevância.

No que toca à adequação, se a criminalização da conduta não possuir o condão de tutelar (ou fomentar esta tutela) o bem jurídico que se objetiva proteger, para logo se vê que estará configurado o abuso por parte do legislador. Em síntese, a orientar sua atuação, deve o legislador atentar para a efetividade da norma que será editada.[64]

Nesta linha, muito embora seja, por vezes, complexo realizar este prognóstico da efetividade, há situações em que a sua ausência é patente. Podemos citar, como exemplo de caso em que a incriminação seria de todo destituída de efetividade, a criminalização de conduta cujo bem jurídico – ou, não necessariamente o bem jurídico, mas o objeto material do crime, como no exemplo – já não exista. Assim, vislumbre-se a previsão, como crime ambiental, da caça de animal que esteja, não em extinção, mas extinto. Para logo se vê que a efetividade da medida seria inexistente.

Como outro exemplo de criminalização de conduta que nenhum efeito surtiria na tutela do bem jurídico, podendo, isto sim, causar sofrimentos desnecessários aos apenados, seria a hipótese (absurda) de se incriminar condutas necessárias ou impossíveis, que, em verdade, sequer são passíveis de submissão à incidência normativa.[65]

64. Afirma Mariângela Gomes que a idoneidade penal deve ser associada à efetividade penal, que, por seu turno, pode ser aferida em três distintos níveis: (a) efetividade da norma; (b) efetividade da pena; (c) efetividade dos aparatos (efetividade *stricto sensu* ou eficiência) (Ob. cit., p. 130). Neste passo, interessa-nos a análise da efetividade da norma.

65. Neste sentido, Silva Neto, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Ed. LTr, 2001, p. 17-18.

Demais disso, é imperioso ressaltar que, no que concerne à adequação, o parâmetro a ser valorado é a tutela penal do bem jurídico, pouco importando se as demais formas de controle social não são efetivas. Por outras palavras, o fato de a tutela do bem por outros meios (jurídicos ou extrajurídicos) não surtir efeito não conduz, por si só, à adoção da tutela penal.[66]

Para corroborar esta afirmação, o exemplo mencionado da incriminação da caça ao animal extinto é bastante ilustrativo. Ora, é certo que a adoção de outras medidas, como, por exemplo, sanções civis e administrativas, não surtiriam efeito algum, já que, não custa lembrar, o animal já não existe. A ausência de efetividade destas outras tutelas, extrapenais, é indiferente à tutela penal, que, no caso, continua sendo destituída de efetividade.

Sendo certo que, como dito, o ponto central na questão da adequação da tutela penal é a efetividade na tutela do bem jurídico-penal, cumpre uma análise mais pormenorizada deste.

5.2.1 O bem jurídico

Conquanto não desconheçamos eventuais divergências em derredor do tema, perfilhamos o entendimento de que não há que se falar em condutas criminosas por essência. Ao revés, crime é algo definido pelo legislador; é a lei que cria o crime.[67]

Se é certo que a previsão em lei (em sentido estrito) é o pressuposto formal da intervenção penal, não se pode olvidar que a tutela penal não prescinde de pressupostos materiais. De fato, não se pode conceber a existência de poderes ilimitados ao legislador ordinário na previsão de condutas como criminosas, sob pena de consagrarmos arbitrariedades inimagináveis, como a criminalização de opiniões ou gostos pessoais (como considerar crime determinado estilo musical).

66. Gomes, Mariângela Gama de Magalhães. Ob. cit., p. 132.
67. Para Garofalo, crime é toda conduta que afronta os mais basilares sentimentos de solidariedade social, teorias mais modernas, como a do *labelling approach* (teoria do etiquetamento) ressaltam que "(...) sob a etiqueta de 'delito', agrupa-se toda uma série de comportamentos que nada têm em comum, exceto quanto ao fato de estarem criminalizadas" (Queiroz, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100).

Alguns parâmetros orientam a atuação do legislador, que deles não pode se afastar. Dentre estes parâmetros, avulta de importância o chamado "princípio" da exclusiva proteção do bem jurídico.[68] Sem qualquer discordância em relação ao teor da tese, preferimos considerá-lo não como princípio autônomo, mas como uma das facetas da adequação, elemento da proporcionalidade, na atuação do legislador penal.

Com efeito, conforme demonstrado, a idéia subjacente à adequação na elaboração da legislação penal é a busca da efetividade na tutela dos bens jurídico. Com isto, torna-se implícito que os bens jurídicos, e apenas eles, merecem a proteção do Estado, sob o crivo da intervenção estatal mais drástica, a penal.

Todavia, não será demasiado chamar a atenção para o fato de que nem todo bem jurídico merece a tutela penal. Daí a importância de se referir a bem jurídico-penal, entendidos estes como os mais relevantes para a sociedade. O conceito, porém, será absolutamente destituído de sentido se não se souber quais são os bens a que a sociedade confere esta primazia; enfim, quais os bens mais caros à sociedade, quais os parâmetros para identificá-los?

De antemão, salutar deixar consignado que estes parâmetros devem ser objetivos, evitando-se, tanto quanto possível, relegar ao alvitre do legislador a definição dos bens que importem à sociedade. Estes parâmetros, saliente-se desde já, hão de ser buscados na Constituição.[69] Não se pode conceber a tutela de bens jurídicos que não sejam albergados, ainda que indiretamente, pela Constituição, já que nela estão

68. Neste sentido, Alice Bianchini, para quem, além do princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, seriam pressupostos materiais mínimos da tutela penal: (a) o princípio da necessidade; (b) o princípio da ofensividade. (*Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 28-29).

69. Ao discorrer sobre o bem jurídico-penal, assevera Luiz Regis Prado que: (...) vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (*Wertbild*) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito" (*Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. vol. 1, p. 266-267).

representados – ao menos em tese – os valores que imperam na sociedade.

Desta premissa surgiram teorias constitucionais do bem jurídico-penal, que podem ser divididas em dois grupos:[70] (a) teorias constitucionais amplas; (b) teorias constitucionais restritas.

De acordo com as teorias que compõem o primeiro dos grupos, a Constituição é adotada como parâmetro, mas de forma bastante genérica. Com fundamento na forma de organização do Estado constitucionalmente estruturado ou nos valores previstos no texto constitucional, erige-se o sistema penal, sendo os bens jurídico-penais consectário lógico desta estruturação.

Sob outra perspectiva, para as teorias restritas, os bens jurídico-penais hão de ser buscados diretamente na Constituição. Para eles, e ao contrário do que pensam os adeptos das primeiras correntes, a "existência de valores com relevo constitucional não faz pressupor a imposição de tutelá-los penalmente".[71]

De nossa parte, perfilhamos o entendimento sustentado por Claus Roxin, no sentido de que só podem ser erigidos à categoria de bem jurídico penalmente relevante os dados que sejam pressupostos a uma convivência pacífica entre os homens.[72] Esta concepção remonta ao Iluminismo, sendo corolário da visão contratualista do Estado. Se o Estado surge do acordo de vontades entre os homens, que cedem uma parcela de sua liberdade em prol da segurança e do bem coletivo, este Estado não pode intervir de forma significativa nesta parcela de liberdade, senão quando imperioso ao cumprimento do seu desiderato, que, em última instância, é a manutenção pacífica da convivência entre os homens.

Como consectário deste entendimento, legitima-se a atuação do Estado quando da criminalização de condutas como o homicídio, as lesões corporais, o furto e o roubo. Demais disso, não apenas bens individuais são imprescindíveis à preservação da convivência pacífica entre os homens. É necessário, para o bom desempenho das atividades

70. Bianchini, Alice. Ob. cit., p. 44 et seq.
71. Idem, p. 48.
72. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 35.

levadas a cabo pelo Estado, por exemplo, o bom funcionamento das instituições judiciárias, razão pela qual se legitima a incriminação de condutas que atentem contra a sua regular atuação.[73]

5.2.2 Da não incriminação das condutas éticas ou morais

Como decorrência da idéia aqui sustentada, resta impassível de criminalização as condutas que se adstrinjam à pregação de valores morais ou posturas éticas. Convém esclarecer que isto não significa que não se possa tornar crime condutas imorais. Isto será plenamente possível – e ocorre com certa freqüência – quando, aliado a esta imoralidade, houver a afronta aos bens jurídico-penais que, como vimos, consistem naqueles dados que constituem pressupostos à convivência pacífica entre os homens.

Por outro prisma, a só conduta imoral não pode ser criminalizada, sob pena de afronta aos valores plasmados na Constituição, que orientam a atuação do legislador penal e fundamentam o Estado Democrático de Direito. Neste diapasão, convém destacar que a democracia, mais do que a isonomia, há de prever o direito à diferença. Numa sociedade plural e democrática (como prevê a Constituição Federal), não se pode conceber a criminalização de condutas que consistam, tão-somente, na acolhida de valores morais, ou condutas sociais, diversos dos adotados pela maioria.

Neste sentido, um breve retrospecto em nossa legislação penal é suficiente a demonstrar o quanto já se abusou da intervenção penal para a afirmação de valores morais, mormente de cunho religioso. Assim, o Livro V das Ordenações Filipinas, em vigor até 1830 possuía títulos como "dos hereges e apóstatas", "dos que arrenegão ou blasfemão de Deos ou dos Santos", "dos feiticeiros", "dos que benzem cães, ou bichos sem autoridade d'El rey, ou dos Prelados" [74] etc. Estes são exemplos claros de utilização do aparato repressivo estatal para proselitismo de uma determinada religião, de todo incompatível com os vetores que orientam o direito penal moderno.

73. Neste sentido, também, Roxin, Claus, ob. cit., p. 34-35. O penalista alemão refere-se, ainda, à incriminação de condutas que atentem contra a livre circulação da moeda, eis que imprescindível às relações sociais de viés econômico.
74. Queiroz, Paulo. Ob. cit., p.26.

Todavia, exemplos de utilização da legislação punitiva como tutela de valores meramente morais (ou assim considerados, frise-se) não são exclusivos dos ordenamentos jurídicos não-laicos. De outro modo, não apenas com fito exclusivamente religioso, foi a legislação penal utilizada, em nosso país, como critério de criminalização de condutas destituídas de aptidão a afrontar os bens jurídicos.

O primeiro Código Penal editado pela República é lapidar neste sentido. Contextualizando o momento histórico, vivíamos a fase de recente abolição da escravidão, o que, como é consabido, não trouxe consigo as possibilidades de inserção social dos ex-escravos. Ao revés, as posturas segregacionistas que grassavam na sociedade pós-abolicionismo foram transplantadas para a legislação punitiva, que, imbuídas deste forte ranço ideológico e racista, incriminou condutas e práticas típicas da cultura afrodescendente, tais como o candomblé e a capoeira.

É certo que a criminalização do candomblé ainda se insere no rol da execrável punição de práticas religiosas, o que é de todo inconcebível. Já no caso da capoeira, por seu turno, constitui a incriminação de uma prática esportiva própria da cultura trazida das senzalas, numa sociedade já liberta da escravidão. Percebe-se claramente a pretensão de incriminação de um valor cultural, que dissentia da cultura da maioria (talvez nem mesmo da maioria quantitativa, mas, sem dúvida, da maioria que detinha o poder e ditava a legislação). É este tipo de perseguição (cultural, moral, religiosa etc.) que há de ser proscrita da legislação penal, que, consoante salientado, só pode incidir sobre condutas que constituam afronta aos bens jurídico-penais, isto é, aqueles imprescindíveis à convivência pacífica em sociedade.

Outro exemplo patente de criminalização de valores exclusivamente morais é a que recai sobre a vida sexual de pessoas adultas e capazes. Não relacionado a menores (que, presumivelmente, não possuem maturidade sexual, presunção esta que, frise-se é relativa)[75] ou pessoas que não possuem aptidão mental que as habilite à compreensão dos atos praticados, a vida sexual das pessoas em nada afeta a vida

75. Este o entendimento amplamente majoritário na doutrina. A tese também já foi acolhida pelo STF (cf. HC 73662/MG, j. 21.05.1996, rel. Min. Marco Aurélio).

da comunidade, não afronta qualquer bem jurídico, muito menos aqueles detentores de dignidade penal.

Esta a razão pela qual não se pune em nosso ordenamento jurídico, por exemplo, o incesto. Por mais que, para os valores vigentes em nossa sociedade, atualmente, as relações incestuosas afigurem-se como imorais, o fato é que, uma vez envolvendo pessoas adultas e capazes, não há que se falar em qualquer lesão a bem jurídico de terceiros, mormente os de envergadura tal que possam sem qualificados como penalmente relevantes.

Ainda no campo da vida sexual de adultos capazes, há de ser repudiada a incriminação do homossexualismo,[76] bissexualismo, pansexualismo ou qualquer outra prática sexual, condutas que, uma vez consentida por pessoas com livre capacidade para externar este consentimento, em nada afronta bens jurídico-penais. Em muito boa hora, aliás, o legislador penal aboliu o crime de adultério, eis que, neste caso, muito embora haja uma violação patente a um dos deveres do casamento, e, portanto, lesão a direitos do consorte ludibriado, a afronta não é de magnitude tamanha que enseje a intervenção penal. Por outras palavras, a pessoa deve fidelidade conjugal a seu cônjuge, e não à sociedade.

À vista destas razões, sufragamos o entendimento de que também a prática do jogo haveria de ser descriminalizada, devendo ser repudiada a previsão da Lei de Contravenções Penais (art. 50 et seq). Com efeito, não vislumbramos qualquer razão para a previsão como delito (não crime, mas contravenção penal) das condutas relativas à prática de jogos de azar, senão uma anacrônica concepção de proteção a valores reputados morais.

Quando da prática dos jogos de azar, não há qualquer violação a bem jurídico. Nem se diga que o jogo poderia conduzir ao vício, na medida em que, se assim for, o bem jurídico a ser tutelado seria do próprio agente. Nestas circunstâncias, a lei estaria legitimando a autolesão, em descompasso com o, já mencionado, princípio da lesividade. O mesmo raciocínio pode ser suscitado para eventuais alegações acerca da possibilidade de o jogo conduzir pessoas à insolvência.

76. Relata-nos Roxin que, na Alemanha, o homossexualismo entre homens adultos foi severamente punido até 1969 (ob. cit., p. 36).

Demais disso, também não vislumbramos constitucionalidade na criminalização do porte de drogas destinadas ao consumo próprio. A uma porque, como já salientado, criminaliza-se a autolesão, a duas porque incriminar tal conduta nada mais é do que a consagração da intervenção penal em um valor exclusivamente moral. Ora, o fato de fazer uso de substâncias entorpecentes, quando desacompanhado de qualquer efeito danoso à esfera de direitos de terceiros, nada mais é do que a pretensão de vida asceta,[77] imposta pelo legislador à sociedade. Demais disso, não há razões que justifiquem a distinção ente o tratamento conferido às drogas consideradas lícitas (cujos efeitos danosos também são comprovados) e as ilícitas.

5.2.3 O discurso do bem jurídico

Ao se conferir primazia à tutela do bem jurídico-penal como limite ao poder de punir do Estado, deve-se salientar que não se pode incorrer no equívoco de se valer de forma indiscriminada desta expressão para legitimar a expansão do punitivismo. Nesta esteira, importa salientar que o discurso do bem jurídico é comumente utilizado, em regra, em descompasso com a realidade.

De forma exemplificativa, podemos recorrer aos exemplos fornecidos por Roxin, quando, ao asseverar que o homossexualismo foi punido na Alemanha até o final da década de 70 do século XX, ressalta que o discurso em voga era o da proteção ao bem jurídico "estrutura heterossexual das relações sexuais",[78] ou, quando se reprime criminalmente o porte de haxixe para uso pessoal, e se propala a idéia de que se protege a "existência de uma sociedade sem drogas".[79]

Transplantando o exemplo do porte de drogas para uso pessoal para o nosso ordenamento jurídico, relevante salientar que o discurso oficial reputa que, no caso, o bem jurídico tutelado pela norma penal é a saúde pública, e não a saúde individual do usuário (o que desvelaria sua flagrante afronta ao princípio da lesividade). Esta é uma das formas de utilização do discurso do bem jurídico como instrumento de manipulação da intervenção penal, com vistas a conferir-lhe legitimidade. Esta manipulação do discurso, encontrada em alguns tipos

77. Queiroz, Paulo. Ob. cit., p.26.
78. Ob. cit., p. 36.
79. Idem, p. 37.

penais, conforme demonstrado, contribui para o expansionismo de uma tutela penal irracional e destituída de fundamentação constitucional.

No que concerne aos bens jurídicos, importa, por fim, fazer breve alusão à tendência doutrinária de desconsiderá-los, para fins de intervenção penal. De acordo com este entendimento, tendo em vista as inúmeras hipóteses em que lesões a bens jurídicos são toleradas pelo Estado, este não pode ser o parâmetro de legitimação do poder de punir. Para os adeptos destas correntes, a "nocividade social" é que deve orientar a intervenção estatal de natureza penal.

Por desconsiderar a noção de bem jurídico (acolhendo exceções como regra), que, como vimos, legitima constitucionalmente a intervenção penal, reputamos um retrocesso[80] a adoção de referidas teorias. Demais disso, ao se trabalhar com a vaga e imprecisa noção de nocividade social, referidas teses legitimam e recrudescem o caráter seletivo da punição estatal, conferindo primazia ao alvitre do legislador na definição desta nocividade.

5.3 A necessidade referida ao legislador penal

5.3.1 Considerações iniciais

Conforme salientado, o juízo trifásico da proporcionalidade obedece a uma rígida ordem lógica. Desta forma, apenas haverá que se falar em apreciação da necessidade da tutela penal, acaso ultrapassado o juízo de sua adequação. Em suma, uma vez constatado que a intervenção penal sequer é apta a tutelar o bem jurídico que pretende (juízo de adequação), não há que se perquirir acerca da sua necessidade.

Em contrapartida, uma vez realizado um juízo positivo acerca da adequação da medida, isto é, aferida a idoneidade da tutela penal, proceder-se-á ao juízo de necessidade. Conforme salientamos, ao tratar do

80. Em sentido similar, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, que, ao dissertar sobre o tema, assevera que: "Cremos que este organicismo jurídico transcendental não passa, como já vimos, de uma expressão extrema da total decadência do pensamento jurídico-penal dos nossos dias, em que lamentavelmente mergulhou um amplo setor doutrinário" (*Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 256).

subprincípio da necessidade,[81] a ele é ínsita a idéia de que o meio a ser empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido. Na seara penal, a necessidade da medida é consectário do princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*).

Assim, avulta de importância a necessidade da tutela penal, de acordo com o qual, a intervenção penal só se legitima em último caso (*ultima ratio*), isto é, quando insuficientes as demais formas de debelar ou conter o desvio de conduta praticado. Neste sentido, há de se recorrer, primeiramente, às formas de controle social[82] extrajurídicos, como o que decorre da cultura, religião, escola, família etc. Acaso infrutíferas estas tentativas de contenção dos desvios de conduta, deve-se recorrer aos demais ramos do direito, como o civil, administrativo etc. Após ultrapassados os recursos a estas instâncias de controle social, pode-se valer do direito penal, ou seja, apenas quando realmente necessário, quando todas as formas de se conter os atos que mereçam reprovação social falharem.

Este caráter excepcional que marca o recurso ao direito penal justifica-se pelo fato de que a sanção penal é a mais drástica intervenção estatal na esfera de direitos do indivíduo. A violência da intervenção penal é tamanha que se adstringe a casos extremos.[83] A violência contra o indivíduo não se restringe aos casos de aplicação da pena. Ao revés, por mais que a Constituição Federal assegure o princípio da inocência (e não apenas presunção de inocência, como se diz comumente), o fato é que a só deflagração da persecução criminal traz consigo fardo estigmatizante e cruel.

81. Cf, supra 4.3.2.
82. "A posição do sistema do Direito Penal se encontra no campo do controle social, o sistema de Direito Penal é uma de suas partes. Ele possui as mesmas características estruturais como outras áreas do controle social: norma, sanção, processo" (HASSEMER, Wifried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.212).
83. "Justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo" (FERRAJOLI, Luigi. Ob.cit., p. 427).

5.3.2 Breves considerações acerca do punitivismo

Reputo punitivistas as doutrinas que apregoam a expansão do direito penal, para abarcar os mais variados ramos da dinâmica social. Estas doutrinas, ditas maximalistas, sustentam que a intervenção penal há de ser utilizada, não em último caso, como sustentam os minimalistas, mas como uma das primeiras manifestações de controle social. Assim, o direito penal atuaria não como forma de tutela secundária dos bens jurídicos, mas primária.

Exemplo clássico de doutrina punitivista é a "teoria das janelas quebradas" (*broken windows theory*), gestada nos Estados Unidos da América. Consoante o quanto preconizado por esta doutrina, deve-se fazer incidir a tutela penal até mesmo aos mínimos desvios de conduta social, para que estes não se convolem em graves crimes. A lógica que orienta esta doutrina é algo parecido com: "hoje está furtando um pão, amanhã assaltando um banco". A política criminal outrora adotada em Nova York, e popularmente conhecida como tolerância zero (*zero tolerance*), é expressão máxime da acolhida desta doutrina.

Atualmente, percebe-se um aumento considerável dos adeptos das doutrinas punitivistas, mormente dentre aqueles que, historicamente foram identificados com a redução da intervenção penal. Com efeito, conforme salientamos alhures,[84] é crescente a adesão destas teses por parte, até mesmo, de grupos sociais historicamente comprometidos com os movimentos esquerdistas que, como vimos, foram os autores das críticas mais ásperas ao sistema penal.

Estes grupos sociais, atualmente, pugnam por uma tutela penal que contemple a defesa de bens jurídicos como o meio ambiente, a liberdade sexual, a diferenças étnicas etc. Os criminólogos que encampam tais teorias são os realistas de esquerda.[85] A previsão de crimes ambientais, contra grupos econômicos, dentre outros, resulta do fortalecimento deste modo de pensar.

84. Araújo, Fábio Roque da Silva. Instrumentalidade constitucional do processo penal: aproximação a uma leitura garantista. *Revista Baiana de Direito* 2/37-64. Salvador, 2008.
85. Expressão utilizada por Alberto Silva Franco, ao prefaciar a obra de Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangelli, José Henrique.Ob. cit., p. 7.

Sem que se pretenda incorrer em maiores valorações acerca dos fundamentos políticos da (des) legitimação das doutrinas repressivistas, e adstringindo nossa apreciação ao campo estritamente jurídico, reputamos que movimentos como "lei e ordem" colidem frontalmente com o paradigma da intervenção mínima, isto é, com o subprincípio da necessidade da tutela penal. Sem embargo, a adoção da tese de que os mínimos desvios de conduta hão de se submeter às sanções penais está na contramão do quanto sustentado pela *ultima ratio* que orienta o direito penal moderno.

5.3.3 A afronta à necessidade penal

Em diversas oportunidades o legislador previu condutas incriminadoras em violação à idéia de necessidade, que confere legitimidade material à intervenção penal. Convém trazer a lume algumas destas condutas.

De antemão, a Lei de Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688/1941), em suas múltiplas previsões típicas, constitui afronta à necessidade penal. Os tipos penais arrolados pela referida Lei (alguns de inconstitucionalidade gritante, como é o caso da tipificação da "vadiagem" – art. 59) são expressão máxime da criminalização de condutas que, regra geral, poderiam ser tuteladas por outras formas de controle social. A própria previsão das sanções abstratamente cominadas às práticas contravencionais – em regra, delitos apenados apenas com multa – já demonstra que o legislador considera estas condutas de somenos importância, destituídas de ofensividade, o que não as torna aptas a desencadear a repressão penal.[86]

Outro exemplo da desnecessidade da tutela penal encontra-se plasmado no art. 183 da Lei 9.472/1997 (Lei Geral de

86. Neste sentido, abordando esta questão à luz da legislação italiana, Ferrajoli acentua que: "(...) o fato de o legislador ter determinado qualificar certas condutas como simples contravenções, e de alguma maneira a elas agregar a punição – seja mesmo à discricionariedade do juiz – com uma simples multa, é suficiente para fazer supor que ele mesmo tornou tais condutas menos ofensivas que todos os outros crimes; e isto em uma perspectiva de um direito penal mínimo é, sem dúvida, um primeiro critério pragmático de despenalização, idôneo a satisfazer o nosso princípio de necessidade ou de economia do direito penal" (ob. cit., p. 660).

Telecomunicações), consistente na execução clandestina de serviços de telecomunicações, referidos à radiodifusão.[87] Neste caso, imperioso salientar que a Administração Pública possui meios muito mais eficazes de conter este desvio de conduta, consistente na utilização indevida do espectro de radiofreqüência, bem público da União. Estes meio referem-se às sanções administrativas previstas na própria Lei 9.472/1997, aplicadas pela Agência Nacional de Telecomunicações, após regular instauração e julgamento do processo administrativo por descumprimento de obrigações (pado), assegurado, como não poderia deixar de ser, o exercício do contraditório.

Este é mais um exemplo lapidar em que as demais formas de controle social (no caso, exercido por meio das sanções administrativas) são muito mais eficazes no combate ao desvio verificado, tornando-se a tutela penal, então, instrumento de aflições e suplícios desnecessários. Outros exemplos podem ser mencionados, como os crimes ambientais (em sua maior parte) ou os delitos de trânsito, que não constituam fato típico já previsto no Código Penal – que, como regra geral, deveriam ser tratados, exclusivamente, na esfera administrativa.

5.4 A proporcionalidade em sentido estrito referida ao legislador penal

5.4.1 Considerações iniciais

Já tivemos a oportunidade de salientar que à idéia de proporcionalidade em sentido estrito, terceiro subprincípio da proporcionalidade, está ínsita a noção de que as vantagens a serem obtidas pela adoção das medidas empregadas devem superar as suas desvantagens.[88] Na seara penal, a questão merece uma análise bastante acurada, porquanto, como já ressaltado, a tutela penal constitui a intervenção mais drástica a ser utilizada pelo Estado, haja vista a violência que lhe é intrínseca.

87. A rigor, sufragamos o entendimento de que nem sequer pode o referido tipo ser aplicado aos serviços de radiodifusão de sons e imagens, por conta da superveniência da EC 8/1995, que estabeleceu distinções entre este serviço e o de telecomunicações. Sobre o tema, cf. ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *Considerações acerca do delito de radiodifusão clandestina...* cit.

88. Cf., supra, 4.3.3.

Desta forma – e jamais perdendo de vista que nosso objeto de estudo é o princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal, quando da incriminação de condutas, ou seja, quando da previsão em abstrato de condutas como criminosas e respectiva previsão de sanções penais – deve ser ponderado se a quantidade e a qualidade da pena não possuem o condão de trazer mais desvantagens do que as vantagens que pode proporcionar. De forma mais simples, sendo certo que a incriminação de condutas objetiva, em última instância – acolhendo como paradigma o discurso oficial da criminalização, que, naturalmente, é passível de controvérsias – a preservação da paz social. Há de ser perquirir se a violência a ser utilizada pelo Estado na previsão, aplicação e execução da pena não será mais danosa à sociedade do que a coibição da conduta que pretende.

Procurando apresentar um exemplo, de molde a conferir concreção ao que aqui é exposto, vislumbremos a hipótese (esdrúxula, reconhecemos) de um ordenamento jurídico que previsse a pena capital para o delito de furto, ainda que bagatelar. Este é um exemplo claro de que o objetivo pretendido pelo legislador (coibição dos furtos) será potencialmente obtido às custas de um suplício assaz demasiado para aqueles que cometerem os referidos delitos. As execuções daqueles que hajam incorrido em referido desvio de conduta – cujas conseqüências para a sociedade serão mínimas, mormente quando disser respeito às infrações bagatelares – acarretarão muito mais danos, comprometerão muito mais a paz social que se pretende do que os mencionados desvios.

À vista destas premissas, ressalta patente, uma vez mais, que o legislador penal não possui o amplo campo de discricionariedade que, *prima facie*, o princípio da reserva legal confere. Quando da incriminação de condutas, as mazelas, oriundas da aplicação e execução da pena prevista em abstrato, hão de ser sopesadas, em relação à pacificação social que se pretende. De forma mais objetiva, quando da criminalização, para o fim a que se destina o direito penal – tutela subsidiária dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade –, deve-se aferir os prós e os contras.

5.4.2 A medida da pena

Naturalmente, não se poderia exigir do legislador constituinte que fixasse as balizas em relação às quais poderia o legislador

ordinário fixar as penas para cada espécie de delito. Estes parâmetros são ditados pelos princípios que orientam e fundamentam a ordenação punitiva, como ocorre no caso do princípio da proporcionalidade.

No que concerne especificamente à determinação das penas (qualidade e quantidade) em abstrato, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe algumas diretrizes a serem observadas. Neste ponto, cabem algumas considerações acerca da previsão da pena mínima. Diverge a doutrina neste ponto. Desta forma, afirma-se que a fixação da pena mínima é um imperativo que se apresenta ao legislador, como forma de garantia do bem jurídico tutelado, com a medida da sanção necessária e proporcional à sua tutela.[89]

Em contrapartida, assevera-se, a nosso ver com razão, que o legislador penal não deveria fixar penas mínimas.[90] É conveniente deixar consignado que a pena, por mais paradoxal que pareça, constitui, ela também, um direito do condenado. Isto porque quando se aplica ao condenado a pena em determinado patamar, ou de determinada qualidade, assegura-se-lhe que não poderá cumprir pena em patamar superior. Ou seja, o condenado possui o direito, e não apenas o dever, de cumprir a pena de "X" anos, e não em "X+1" anos; possui o direito de cumprir a sua pena de multa, e não a privativa de liberdade.

Desta forma, se a pena constitui direito do condenado, estabelecer-se um mínimo legal para as penas, de forma rígida, sem que se faculte ao julgador a fixação em patamar inferior[91] a este, afronta direito do condenado que cumpra todos os requisitos legais para a obtenção de uma pena mais baixa.

89. Neste sentido, GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Ob. cit., p. 161.
90. "Por esta razão, a meu juízo, pelo menos para as penas privativas de liberdade, não se justifica a estipulação de um mínimo legal: em outras palavras, seria oportuno confiar ao poder eqüitativo do juiz a eleição da pena abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo ou vinculando-o a um limite mínimo bastante baixo" (FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 368).
91. A despeito de nosso objeto de análise ser a proporcionalidade referida ao legislador, e não ao julgador, cumpre ressaltar que perfilhamos o entendimento de que, malgrado a legislação penal estabeleça os patamares mínimo e máximo da pena, é facultado ao julgador fixá-la aquém do mínimo, não se podendo dizer o mesmo da aplicação da pena além do máximo, sob pena de violação a direitos do condenado.

De toda sorte, sendo certo que o estabelecimento de patamares mínimos na fixação da pena é uma realidade em nosso ordenamento jurídico, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe ao legislador o estabelecimento de um *quantum* não muito excessivo entre as penas mínimas e as máximas. Com efeito, se o patamar estabelecido entre a pena mínima e a máxima for excessivo, a margem de atuação do julgador estará expandida em demasia, o que, a rigor, consagra um sistema punitivo carente de critérios objetivos de fixação da penalidade.

6. Conclusão

Conforme visto, o princípio da proporcionalidade desempenha papel fundamental no sentido de legitimar e limitar o poder de punir do Estado. Referido princípio não se orienta, tão-somente, ao julgador, ao responsável pela aplicação em concreto da sanção penal abstratamente cominada. Ao revés, ao proceder à incriminação das condutas, deve o legislador pautar-se pelas diretrizes ditadas por referido princípio, sob pena de, sob o manto da legitimidade formal do princípio da legalidade, consagrar afrontas e violações ao sistema de direitos e garantias desenhado pela Constituição Federal de 1988.

7. Referências bibliográficas

Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Araújo, Fábio Roque da Silva. Considerações acerca do delito de radiodifusão clandestina: a questão das rádios piratas. *Revista da Seção Judiciária de Alagoas* 2/139-158, 2007.

____. Instrumentalidade constitucional do processo penal: aproximação a uma leitura garantista. *Revista Baiana de Direito* 2/37-64. Salvador, 2008.

Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Azevedo, Bernardo Montalvão Varjão de; Villas Bôas, Marcos de Aguiar. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. *RBCCrim* 74/230-280. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2008.

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/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 1999.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. I.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução: Luis Lemos D'Oliveira. Campinas: Russell, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HASSEMER, Wifried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. vol. 1.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROUSSEAU, J. J. *O contrato social e outros escritos.* Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal.* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social.* 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia radical.* 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

DA, Silva. Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *RT* 798/23-50. São Paulo: Ed. RT, abr. 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

____. *Direito constitucional econômico.* São Paulo: Ed. LTr, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.* 5. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral.* 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

3

A constitucionalização do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado

KARYNA BATISTA SPOSATO

Mestre em Direito Penal pela USP. Doutoranda em Direito pela UFBA e pela Universidade Pablo de Olavide (Espanha). Professora de Direito Penal da Faculdade Ruy Barbosa. Consultora nacional do Fundo das Nações pela Infância em matéria de Justiça da Infância e Juventude.

ÁREA DO DIREITO: Criança e Adolescente; Constitucional; Penal-Processo Penal

RESUMO: Vivemos desde a transição democrática brasileira, um inegável processo de constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, cujas conseqüências e efeitos podem ser identificados nas novas configurações de qualquer tipo ou natureza de relação jurídica da qual participe uma criança ou um adolescente. Com o objetivo de aprofundar a reflexão no tema da responsabilidade penal de menores de idade e o recorrente debate público em torno de propostas de redução da idade de responsabilidade criminal e de alteração da regra constitucional da inimputabilidade aos 18 anos, o presente texto analisa em que medida a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente cria uma barreira para tais propostas de emenda e reforma constitucional. De um lado parece inegável que a constitucionalização do Direito da Criança e do

ABSTRACT: Since the Brazilian democratic transition we have experienced an unquestionable process of constitutionalization of the Rights of Children and Adolescents in the Brazilian Legal System. Its consequences and effects can be identified in new settings of all types or nature of legal relations concerning children or adolescents. With the objective of deepening the reflection on criminal liability of minors and the recurrent public debate on the proposal to reduce the criminal liability age and make changes to the constitutional rule of criminal liability under 18 years of age. This paper analyzes to what extent the constitutionalization of the Rights of Children and Adolescents create a barrier to these proposals of amendment and Constitutional Reform. On one hand it seems unquestionable that the constitutionalization of the Rights of Children and Adolescents open significant spaces of

Adolescente abra significativos espaços de controle sobre qualquer impulso ou compulsão de descumprimento de norma constitucional e conseqüentemente de sua alteração. De outro, o reconhecimento da natureza penal das medidas aplicadas aos adolescentes a partir dos 12 anos, esvazia o debate da redução da idade penal em conteúdo e utilidade. Mais que isso, o reconhecimento de sua dimensão constitucional implica inevitavelmente traçar os efetivos impedimentos de tais propostas prosperarem dentro do nosso sistema constitucional.

Palavras-chave: Constitucionalização – Neoconstitucionalismo – Imputabilidade penal – Direitos fundamentais – Constituição material – Condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

control over any impulse of compulsion for non-compliances to a constitutional norm and as a consequence, its altering. On the other hand, the recognition of the criminal nature of the measures applied to adolescents of 12 years of age or older, empties the debate over the reduction of criminal age in terms of content and use. More than that, the recognition of its constitutional dimensions inevitably results in outlining the effective restraints of the progress of such proposals within our constitutional system.

Keywords: Constitutionalization – Neoconstitutionalism – Criminal liability – Fundamental rights – Material constitution – Peculiar condition of the person under development.

Sumário: 1. Aproximações ao conceito de constitucionalização e neoconstitucionalismo : 1.1 A constitucionalização do direito na Constituição Federal brasileira de 1988 – 2. Criança e Constituição no ordenamento jurídico brasileiro: 2.1 Princípios constitucionais do direito da criança e do adolescente: da retórica ao respeito – 3. Impedimentos constitucionais à redução da idade penal: 3.1 Preexistência de um modelo jurídico de responsabilidade penal diferenciada; 3.2 Inconstitucionalidade das propostas de redução da idade penal e violação da Constituição material – 4. Considerações finais – Referências bibliográficas.

" Tecendo a manhã

Um galo sozinho não tece uma manhã: ele precisará sempre de outros galos.

De um que apanhe esse grito que ele e o lance a outro; de um outro galo

que apanhe o grito de um galo antes e o lance a outro; e de outros galos

que com muitos outros galos se cruzem os fios de sol de seus gritos de galo,

para que a manhã, desde uma teia tênue, se vá tecendo, entre todos os galos.

E se encorpando em tela, entre todos, se erguendo tenda, onde entrem todos,
se entretendendo para todos, no toldo (a manhã) que plana livre de armação.
A manhã, toldo de um tecido tão aéreo que, tecido, se eleva por si: luz balão."
(João Cabral de Melo Neto.
A educação pela pedra.
Rio de Janeiro:Editora do Autor, 1966)

1. Aproximações ao conceito de constitucionalização e neoconstitucionalismo[1] [2]

Para percorrer o caminho proposto por este texto dois conceitos preliminares são imprescindíveis. A definição de "constitucionalização" de um lado, e de outro, de "neoconstitucionalismo" como pontos de partida da reflexão que se pretende tecer, especialmente para a configuração do atual Direito da Criança no ordenamento jurídico brasileiro.

Para delimitar a expressão constitucionalização e seus efeitos no campo dos direitos de crianças e adolescentes, valemo-nos das lições de Riccardo Guastini, constitucionalista italiano que desenvolveu sete critérios ou condições de avaliação da presença de normas constitucionais nos ordenamentos jurídicos.

Em primeiro lugar, a constitucionalização de um determinado ordenamento jurídico significa para o autor que o mesmo encontra-se totalmente impregnado por normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza, portanto, por uma Constituição extremamente invasora, até mesmo intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, assim como também a ação de atores políticos e as relações sociais.[3]

Como a constitucionalização pode ser aferida em diferentes graus e estágios, as sete condições propostas por Guastini oferecem aspectos

1. Recebimento: 22.07.2009. Aprovação: 06.08.2009.
2. Dedicado a Gabriel, em meus sete meses de gestação. Por que a espera é um doce e singular processo de gerar um filho e gerar também uma mãe.
3. Guastini, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 49.

de análise, no mais das vezes, extremamente inter-relacionados. Assim, a primeira condição correspondente a uma Constituição rígida, implica conseqüentemente que seja também escrita e protegida contra a legislação ordinária. Em outras palavras, a Constituição goza de superioridade em relação à legislação ordinária. Está por cima dela, não podendo ser derrogada ou modificada. Se atualmente quase todas as Constituições contemporâneas são escritas e ao mesmo tempo rígidas, convém destacar, como adverte Guastini que a constitucionalização é mais acentuada quando existem princípios constitucionais (expressamente formulados ou mesmo implícitos) que não podem ser modificados de modo algum, nem sequer por procedimentos de revisão constitucional. Quando isto se apresenta, chama-se de Constituição material ao conjunto de princípios imutáveis.

Independentemente do modelo de controle da constitucionalidade adotado, este é o segundo aspecto a ser observado, ou seja, a existência de uma instância de controle sobre a conformidade das leis com a Constituição. O terceiro aspecto corresponde à força vinculante da Constituição e pode ser traduzido como a idéia de que toda norma constitucional, independentemente de sua estrutura ou conteúdo normativo, é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos. O quarto aspecto, também intensamente relacionado a este, diz respeito à interpretação do texto constitucional de forma extensiva, ou seja, de modo que não sobrem espaços vazios para nenhum tipo de discricionariedade legislativa, e assim, toda decisão legislativa se vê pré-regulada por uma norma constitucional.[4]

A quinta condição indica a superação da lógica liberal clássica de que as normas constitucionais não regulam relações entre particulares. Conforme o constitucionalismo, atual cabe sim às Constituições moldar as relações sociais, e deste modo, os princípios gerais ou normas programáticas constitucionais podem produzir efeitos diretos, sendo aplicados por qualquer juiz por ocasião de qualquer controvérsia. Já a sexta condição indica a necessidade de uma interpretação das leis conforme a Constituição, o que significa a adoção da interpretação mais harmoniosa e adequada à Constituição, evitando-se qualquer tipo de contradição.[5]

A sétima e última condição, implica influência da Constituição nas relações políticas. Seja no tocante à resolução de conflitos de competências entre distintos órgãos, seja no controle da discricionariedade

política, ou ainda para justificar ações e decisões dos órgãos constitucionais e atores políticos.

Paralelamente, por neoconstitucionalismo podemos entender o fenômeno de mudanças e transformações operadas no modelo de Estado Constitucional, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial, em diversos países e partes do mundo.[6]

Muito embora possamos ainda encontrar no âmbito da teoria constitucional moderna uma abordagem do neoconstitucionalismo como determinada teoria do Direito, ou seja, como esforço explicativo

4. À título ilustrativo, sobre a Supremacia da Constituição, merece menção o trecho da MC na ADIn 293/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 16.04.1993: "O poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional. Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na ida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao STF incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada" (Cunha Júnior, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 32)
5. Trata-se do que José Joaquim Gomes Canotilho denomina de "superlegalidade material", que quando combinada à superlegalidade formal (constituição como norma reguladora da produção jurídica) produz o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, encerrando a idéia de que as normas jurídicas só estarão conformes com a Constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.(Cunha Júnior, Dirley da. Op. cit., 2006, p. 28.)
6. Esta é a concepção que perpassa toda a obra coordenada por Miguel Carbonell. Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

ou justificativo de um novo estado de coisas, neste texto nossa opção metodológica é pela perspectiva que alude a um modelo de organização jurídico-política ou de Estado de Direito.

Tomando as lições de Luigi Ferrajoli, a expressão "Estado de Direito" abarca por sua vez, duas coisas distintas.[7] Em um sentido formal, Estado de Direito designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos por lei e exercidos nas formas e procedimentos também legalmente estabelecidos, o que significa que todos os ordenamentos jurídicos modernos podem ser concebidos como Estado de Direito, inclusive os ordenamentos mais antigos, ou mais anti-liberais, desde que presente a fonte e a forma legal. O segundo sentido, substancial, implica consideração de Estado de Direito de somente os ordenamentos nos quais os poderes públicos estejam, além de sujeitos à lei, portanto limitados ou vinculados a ela, condicionados do ponto de vista das formas e dos conteúdos.

Aliás, esta é justamente a concepção de Estado de Direito predominante no uso italiano, ou seja, na doutrina italiana, são Estados de Direito os ordenamentos nos quais todos os poderes, inclusive o Legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais estabelecidos pelas normas constitucionais, a exemplo, da divisão de poderes e os direitos fundamentais.

A compreensão do neoconstitucionalismo como um modelo de Estado de Direito, nos conduz a reconhecer três paradigmas ao longo da história constitucional: (a) o Direito Pré-moderno, (b) o Estado Legislativo de Direito e (c) o Estado Constitucional de Direito.[8]

Como esclarece Ferrajoli, o Estado de Direito nasce com a forma do Estado Legislativo de Direito, com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do Direito válido e até mesmo existente, independentemente de sua valoração como justo. Neste cenário, a experiência deixa de ser jurisprudencial e se submete à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação. Portanto mais voltada à forma que ao conteúdo.

Uma segunda mudança se processa com a subordinação da legalidade a Constituições rígidas através de uma específica jurisdição de

7. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 13.
8. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., 2003, p. 14.

legitimidade. A possível divergência entre Constituição e legislação confere um papel não só exclusivamente explicativo como também crítico e projetivo em relação a seu próprio objeto. Paralelamente se altera o papel da jurisdição com a subordinação de lei aos princípios constitucionais, o que equivale a introduzir uma dimensão substancial não só nas condições de validade das normas como também na natureza da democracia.

Importa reconhecer ainda, que ambos os modelos – Estado Legislativo de Direito e Estado Constitucional passam por uma crise que afeta ao princípio da legalidade, e tem por gênese, por exemplo, a inflação legislativa e a disfunção da linguagem legal, resultado de uma política que degradou a legislação à administração, e dilapidou a distinção entre ambas funções tanto no terreno das fontes como dos conteúdos.

Um segundo aspecto a ser observado se relaciona com a confusão de fontes normativas e a incerteza em torno das competências, sobretudo pelo desenvolvimento de um Direito comunitário jurisprudencial incerto, a regressão ao pluralismo e à superposição dos ordenamentos que foram próprios do Direito Pré-moderno. Expressões como princípio da legalidade e reserva de lei tem neste novo contexto cada vez menos sentido.

Além disso, o processo de integração mundial que chamamos de globalização pode ser visto como um vazio de Direito público produzido da ausência de limites, regras e controle frente a força tanto dos Estados com maior potencial militar como dos grandes poderes econômicos privados.

De acordo com Gerardo Pisarello, há uma distinção analítica importante entre os conceitos de "mundialização" e "globalização". Poder-se-ia inclusive, segundo ele, falar de mundialização, e mundializações em plural para designar os progressivos e complexos processos de internacionalização de forças sociais e produtivas que operam, não sem contradições e com distinta intensidade no capitalismo. O conceito de globalização, diferentemente, deveria ser utilizado apenas como ideologia destinada a justificar a extensão do capital a distintos âmbitos geográficos sob as regras e o interesse de poderes privados e, portanto, sem regulações públicas democráticas.[9]

Como vimos, o chamado neoconstitucionalismo pretende se caracterizar, entre outros aspectos, essencialmente pela incorporação de

valores e orientações políticas no ordenamento, especialmente, no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais.[10]

Nesse contexto, as Constituições mostram-se intensamente invasoras, na medida em que impregnam e condicionam a legislação, a jurisprudência, os operadores do Direito e também os mais diversos atores políticos. No Constitucionalismo contemporâneo, valores e opções políticas fundamentais se transformam em normas jurídicas, num grau de hierarquia ou centralidade diferenciado em relação às demais normas do sistema e que , portanto, as condiciona.

Conforme assinalado pelo doutrinador italiano Riccardo Guastini, a expressão "constitucionalização do ordenamento jurídico" se refere justamente ao fenômeno do neoconstitucionalismo. Para Guastini é possível observar graus de constitucionalização que projetam o quanto a ordem jurídica se encontra impregnada pela diretriz constitucional. Segundo o autor, existem condições de constitucionalização que uma vez realizadas nos apontam o grau (maior ou menor) de constitucionalização daquele ordenamento jurídico. As sete condições já detalhadas demonstram e evidenciam quando o ordenamento jurídico pode ser considerado efetivamente impregnado pelas normas constitucionais.

Quando isto ocorre, a Constituição deixa de ser vista como um "manifesto político" repleto de meras recomendações aos operadores do Estado e do Direito. Para alguns autores, trata-se exatamente da transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito.

Na definição de Luigi Ferrajoli, o Estado Constitucional de Direito é um novo modelo de direito e de democracia.[11] Para ele, o garantismo é a outra cara do constitucionalismo, na medida em que lhe

9. Entretanto, como este não é o foco da presente reflexão, apenas assinalamos esta dupla possibilidade de leitura e compreensão dos conceitos (PISARELLO, Gerardo. Globalización, constitucionalismo y derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007).
10. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico* 15, jan.-mar. 2007.
11. FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

corresponde a elaboração e a implementação das técnicas de garantia idôneas para assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos. Além disso, sua concepção do paradigma democrático conduz à garantia de todos os direitos, não somente os direitos de liberdade, como também os direitos sociais. Garantia que se estabelece também frente a todos os poderes, não só aos poderes públicos mas também aos poderes privados, e em terceiro lugar, garantia em todos os níveis, doméstico e internacional.

Por tais razões, o futuro do constitucionalismo, assim como da democracia, no entender de Ferrajoli está confiado a uma articulação entre o constitucionalismo social e o liberal, entre o constitucionalismo de direito privado e o de direito público e o constitucionalismo internacional e o nacional. Assim sendo, a história do constitucionalismo pode ser lida como a história de uma progressiva extensão da esfera dos direitos.

Todas estas considerações colaboram na elucidação da realidade brasileira em face da Constituição Federal de 1988 e seus efeitos para outros ramos do Direito, como ocorre com o Direito da Criança e do Adolescente.

1.1 A constitucionalização do direito na Constituição Federal brasileira de 1988

Em primeiro lugar é forçoso reconhecer que a Constituição brasileira de 1988 é uma das representantes do que se conhece por constitucionalismo dirigista ou de caráter social, iniciado com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919,[12] com forte influência do modelo alemão do segundo pós-guerra, assim como da Constituição portuguesa, adotada depois da derrubada do regime salazarista, nos anos 70.

Como toda Constituição social, estabelece obrigações positivas para o Estado na área social, buscando regulamentar as atividades econômicas, assim como configurando órgãos para a implementação de suas políticas públicas, que podem inclusive constituir agentes econômicos diretos.[13]

12. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A globalização e o direito – realinhamento constitucional*, 2006.

A Constituição de 1988, ainda que elaborada num contexto de franco reducionismo dos direitos de caráter social, adotou a roupagem do Estado de Bem-estar Social, o que se pode compreender pela própria história brasileira marcada por profundos padrões de desigualdade e repressão de suas demandas básicas por um longo regime ditatorial. Com a participação intensa da sociedade civil, jamais verificada antes na história do país, e também sob forte influência corporativa, a Constituição de 1988 se configurou num compromisso entre os diversos setores articulados que detinham, naquele momento, parcelas de poder.

Pode–se ver como adverte Oscar Vilhena Vieira, um compromisso maximizador, através do qual, distintos setores lograram alcançar a constitucionalização de seus interesses substantivos. Conseqüentemente, efeitos colaterais são produzidos por esta intensa constitucionalização, dentre eles, o próprio envelhecimento precoce do texto constitucional.[14] Se de um lado a rigidez é garantida, e, portanto a perenidade a uma infinidade de assuntos e temas, de outro, quando as circunstâncias se modificam é quase inevitável não pensar numa mudança na Constituição.[15]

Fato é que a Constituição Federal de 1988 inaugura um novo paradigma, de dupla dimensão: comprometimento com a efetividade de suas normas, e desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional.[16] Em outras palavras, tal paradigma permite reconhecer

13. Conforme a maioria dos autores define, a gênese do Constitucionalismo Social pode ser aferida nos movimentos sociais das revoluções mexicana de 1910 e russa de 1917, e se constitui paulatinamente como uma postura diferenciada do Estado em face dos indivíduos, pelo princípio da não-neutralidade e a intervenção no domínio econômico em ordem à consecução de uma sociedade menos desigual (JORGE E SILVA NETO, Manoel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006).
14. VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit, 2006.
15. Em outro sentido, pondera Luís Roberto Barroso que a despeito da compulsão reformadora, a Constituição brasileira vem consolidando um verdadeiro sentimento constitucional, e absorvendo graves crises políticas dentro do quadro de legalidade constitucional (BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, 2001)

sua força normativa, o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superando a concepção anterior de ser a Constituição apenas um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos.

Como ensina Luís Roberto Barroso, estas transformações alteraram significativamente a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira. Um dos efeitos mais visíveis foi a perda de preeminência do Código Civil mesmo no âmbito das relações privadas, onde se formaram diversos microssistemas (consumidor, criança e adolescente, locações, direito de família).[17] E assim como sucedeu na Alemanha, após a Segunda Guerra, a Lei Fundamental brasileira passou ao centro do sistema.

No caso brasileiro, o novo Direito constitucional coincide com a redemocratização e reconstitucionalização do país, o que o reveste de características bastante particulares, afetando o modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito, sobretudo no desafio de superação de históricas desigualdades e desvios no campo da economia e da política.

Este fenômeno de ler e apreender toda a ordem jurídica através da lente da Constituição foi denominado por Gomes Canotilho como *filtragem constitucional*, na medida em que todos os institutos, inclusive do direito infraconstitucional são reinterpretados na ótica constitucional com o objetivo de consagrar os valores enunciados pela Constituição.[18]

E ainda que o constitucionalismo, por si só, não seja capaz de sanar todos os problemas sociais, não se pode negar sua contribuição.

A Constituição Federal de 1988 traduz para a realidade brasileira a idéia de neoconstitucionalismo e de constitucionalização de distintos ramos infraconstitucionais do Direito. Daí ser considerada uma Constituição material, que funciona como limite ou garantia e ao mesmo tempo como norma diretiva fundamental.[19] Evidentemente, a constitucionalização não é absoluta, mas como já discutido comporta

16. Sobre os temas, ver Luís Roberto Barroso: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2001, e do mesmo autor, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2001.
17. Barroso, Luís Roberto. Op. cit., 2001.
18. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*, 1991.

diferentes graus ou estágios de implementação. Uma possível chave de leitura é a que toma como premissa o *constitucionalismo dos direitos*, a partir da consideração de que os direitos e liberdades fundamentais vinculam a todos os poderes públicos e originam direitos e obrigações, não se resumindo a meros princípios programáticos.

Assim sendo, princípios, diretrizes e valores, que se fazem presentes no texto constitucional de 1988 revelam esta perspectiva. Nas palavras de Luis Prieto Sanchís, não há problema jurídico que não possa ser constitucionalizado, e isso significa que devemos descartar a existência de um mundo político separado ou imune da influência constitucional.[20]

O art. 5.º da CF/1988, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais demonstra inequivocamente a constitucionalização de diversos ramos infraconstitucionais, com especial importância aos efeitos limitadores produzidos no *ius puniendi* do Estado,[21] pois se de um lado a Constituição Federal é a primeira manifestação legal da política penal de um Estado, de outro é ela que confere maior racionalidade ao sistema.[22]

No campo dos Direitos da Criança e do Adolescente, é o Capítulo VII da Constituição que reúne os principais dispositivos constitucionais, merecendo especial menção os arts. 227, V e 228 da CF/1988.

O art. 227 da CF/1988 determina que os direitos de crianças e adolescentes devam ser assegurados com absoluta prioridade,

19. Fioravati, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de história de las constituciones* apud Sanchís, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: Carbonell, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
20. Sanchís, Luis Prieto. Op. cit., 2007.
21. Os incs. III, XXXIX, XLVII do art. 5.º da CF/1988 são bons exemplos: "III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...) XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...) XLVIII – não haverá penas: *a)* de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do art. 84, XIX; *b)* de caráter perpétuo; *c)* de trabalhos forçados;*d)* de banimento; *e)* cruéis".
22. Shecaira, Sérgio Salomão; Corrêa Junior, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

obrigando não só ao Estado, mas também à família e à sociedade na sua garantia:

"É dever da família, da sociedade, e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

O § 3.º do mesmo artigo, define a proteção especial detalhando cada um de seus aspectos:

"O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7.º, XXXIII;

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade;

VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins."

Finalmente, o art. 228 da CF/1988 trata da responsabilidade penal diferenciada aos menores de 18 anos, ecoando a mesma regra do art. 27 do CP vigente:

"São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial."

2. Criança e Constituição no ordenamento jurídico brasileiro

Como já assinalado ainda que preliminarmente, a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil é operada pela Carta Constitucional de 1988, que adota de forma clara e taxativa

um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Este sistema tem sua raiz na conformação dos direitos elencados nos arts. 227 e 228 da CF/1988 como direitos humanos, e conseqüentemente como manifestações da própria dignidade humana que é o fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.[23]

De fato, a mudança de paradigma e a introdução de um novo Direito da Criança e do Adolescente no ordenamento brasileiro encontra suas origens na ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989, na Campanha Criança e Constituinte e logo na entrada em vigor da própria Constituição. Este processo de alteração jurídica e social possui um enorme significado, o qual Emilio Garcia Mendez definiu como a conjunção de três coordenadas fundamentais: infância, lei e democracia.[24]

Portanto, uma breve recuperação do que foi o processo popular de construção da Constituição de 1988, no campo dos direitos da infância e adolescência, permite identificar três aspectos centrais.

O primeiro já externado por Luigi Ferrajoli de que não só a democracia garante a luta pelos direitos, mas também, e fundamentalmente, a luta pelos direitos garante a democracia.[25] Em segundo, a capacidade do Direito de influenciar a política social, a partir da relação entre a condição jurídica e a condição material da infância. E por último, mas não menos importante, a descoberta de forma empírica de que os problemas da infância são problemas da democracia.[26]

A partir de 1985, no bojo da Convenção Constituinte, o movimento de luta pelos direitos da infância reuniu 250 mil assinaturas e articulou-se em torno de duas Emendas à Constituição. Seu resultado

23. Machado, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.
24. Garcia Mendez, Emilio. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmec*, Santa Catarina: Associação dos Magistrados Catarinense, 1998, p. 23.
25. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantias: la ley del más débil*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.
26. Sposato, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 55.

é a introdução dos princípios básicos de proteção e garantia de direitos da criança e do adolescente no texto constitucional de 1988. As reivindicações da Campanha Criança e Constituinte traduziam em exata medida a necessidade de substituição do paradigma tutelar/menorista pelo garantista, com incidência em todas as políticas de atenção à infância e juventude, inclusive para os infratores.

Tal introdução correspondia ao consenso na comunidade internacional acerca da necessidade de políticas especiais para a infância e adolescência e ao que posteriormente se constituiu nos princípios inaugurados pela Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 revelam a superação da doutrina da situação irregular e, por conseqüência, da legislação menorista. Como já mencionado, o art. 227 da CF/1988 é um dos pilares da constitucionalidade do novo Direito que tomava forma e implicava a deslegitimação do velho Direito do Menor, presente na legislação anterior (o Código de Menores de 1979).

Ao estabelecer a prioridade absoluta da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro o referido artigo, entre outros aspectos, indica que enquanto o antigo direito não era o direito de todos os menores de idade, mas somente dos menores de 18 anos em situação irregular, o novo Direito da Criança é o direito de todas as crianças e adolescentes. Trata-se do reconhecimento da igualdade jurídica entre todas as crianças e todos os adolescentes, que possuindo o mesmo *status* jurídico, gozam da mesma gama de direitos fundamentais, independentemente da posição que ocupam na sociedade.[27]

De acordo com a sistemática anterior, o menino abandonado ou vítima de maus-tratos familiar ou privado de saúde ou educação era considerado em situação irregular. Com a regra da prioridade absoluta, estão em situação irregular os pais ou responsáveis que não cumprem os deveres do poder familiar e o Estado que não oferece as políticas sociais básicas, ou ainda as prestações positivas que a Constituição lhe incumbe.

Pode-se falar, portanto de uma constitucionalização do Direito da Criança fundada em dois aspectos principais: o quantitativo,

27. MACHADO, Martha de Toledo. Op. cit., 2003.

relacionado à positivação de direitos fundamentais exclusivos de crianças e adolescentes, que se somam aos demais direitos fundamentais dos adultos; e o qualitativo, relacionado à estruturação peculiar do direito material de crianças e adolescentes. Ambos aspectos aparecem de forma inequívoca nas regras elencadas pelo art. 227 da CF/1988.

Aquilo que é particular de crianças e adolescentes encontra-se descrito no § 3.° do art. 227 da CF/1988,[28] já detalhado no item anterior. Para Martha de Toledo Machado, estes direitos especiais configuram direitos da personalidade infanto-juvenil.

Já no tocante ao tratamento repressivo a condutas anti-sociais ou ilícitas de menores de 18 anos de idade, a norma constitucional, portanto, reforçou o dispositivo do art. 27 do CP/1940 adotando a presunção absoluta de inimputabilidade aos menores de 18 anos. O direito à inimputabilidade penal e os direitos à excepcionalidade e brevidade na privação de liberdade são direitos individuais, e como tais considerados cláusulas pétreas da Constituição.

2.1 Princípios constitucionais do direito da criança e do adolescente: da retórica ao respeito

Como se pode observar, a Constituição democrática de 1988 ao constitucionalizar o Direito da Criança, evidenciou a necessidade de reformulação da legislação especial infraconstitucional para crianças e adolescentes, como condição para o alinhamento entre os avanços da

28. " § 3.° O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7.°, XXXIII; II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade; VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins."

normativa internacional, da própria construção normativa constitucional e a legislação ordinária.

Não por acaso, dois anos após a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13.07.1990, entra em vigor instrumentalizando os mandamentos constitucionais da prioridade absoluta por meio do que se convencionou chamar de "Doutrina Jurídica da Proteção Integral", que por sua vez, corresponde a uma síntese do pensamento do legislador constituinte a partir de garantias substanciais e processuais destinadas a assegurar os direitos consagrados.

É inegável, desse modo, a relação intrincada entre a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Contemporâneos ao consenso na comunidade das nações acerca da necessária proteção especial às crianças e adolescentes, ambos caracterizam-se pelo forte teor programático de suas disposições.[29]

A opção principiológica do legislador constituinte e estatutário responde à dinâmica e ao contexto político de elaboração das duas normas. Pode-se dizer que ambas promovem quase uma "revolução" jurídica, na medida em que reconhecem direitos e garantias a parcelas da população anteriormente excluídas por completo das prioridades e finalidades do Estado, como é o caso das crianças e dos adolescentes.

Em *Direito e economia na democratização brasileira*, José Eduardo Faria assinala justamente que a opção pela vagueza e generalidade deliberadas das normas constitucionais constituiu-se numa sutil estratégia de contemporização tradicionalmente adotada pelos legisladores nos momentos históricos de grande clivagem política e de graves tensões sociais.[30]

Diferentemente das normas preceptivas destinadas a casos padronizáveis, os princípios permitem uma comunicação mais aberta, um número indefinido de hipóteses, uma racionalidade material e não apenas lógico-formal e inevitavelmente enfrentam maiores dificuldades na formação e consolidação da jurisprudência.

Esta técnica legislativa posterga de certa forma a atividade legiferante para situações-limite, já que ao intérprete cabe a adequação do

29. Sposato, Karyna Batista. Op. cit., 2006, p. 58
30. Faria, José Eduardo Campos de Oliveira. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 92

princípio ao caso concreto. Em outras palavras, significa dizer que o juiz, ao decidir, legisla diante do elevado número, por exemplo, de princípios constitucionais e estatutários ainda não regulamentados.

No mesmo sentido, João Maurício Adeodato, em *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*, aponta a dificuldade em transformar o Brasil em um Estado Social e Democrático de Direito tão-só através de textos normativos ou até de normas jurídicas. Sobretudo, levando-se em consideração que o texto constitucional brasileiro é originário de um contexto social e constituinte multifacetado ao extremo. Além da presença marcante de normas programáticas, há alguns preceitos que têm a função simbólica de fazer crer que funcionam.[31]

Marcelo Neves também compartilha desta perspectiva no artigo: Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder.[32] Ao distinguir dois modelos de Constituição, normativas (aquelas que efetivamente regulam as relações reais de poder) e simbólicas, ele pondera que esta última responde a exigências e objetivos políticos concretos. Na realidade, transmite-se um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas.

Assim, os problemas sociais permanecem de fato inalterados, quando não, ainda se obstrui o caminho para mudanças sociais em direção ao Estado Constitucional. Nestes cenários, o discurso do poder invoca permanentemente o documento constitucional como estrutura normativa garantidora dos direitos fundamentais.

Entretanto, a constitucionalização simbólica também tem seus limites, podendo inverter-se contraditoriamente, demonstrando a discrepância entre a ação política e o discurso constitucionalista.

Neves ainda adverte que isto não se confunde com a ineficácia de alguns dispositivos específicos do diploma constitucional, pois na

31. ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 226.
32. NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa* 33, Brasília, out.-dez. 1996.

constitucionalização simbólica há um funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e do texto constitucional que atinge a vigas mestras do sistema constitucional.

Como assinalou Bryde a respeito da experiência africana: "as Constituições simbólicas em oposição às normativas, fundamentam-se, sobretudo nas pretensões (correspondentes a necessidades internas ou externas) da elite dirigente pela representação simbólica de sua ordem estatal".[33]

Como se destaca, a retórica político-social dos "direitos humanos" é tanto mais intensa quanto menor o grau de concretização normativa do texto constitucional. Apesar disso, pode dar margem ao surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização de valores proclamados solenemente no texto constitucional, e portanto integrados na luta política pela ampliação da cidadania. Daí não ser correto considerar a constitucionalização simbólica como um jogo de soma zero, justamente pela possibilidade de construção de uma esfera pública pluralista.

Esse fenômeno, aliás, é bastante presente no campo dos direitos da infância e juventude, pois são inúmeras as organizações sociais envolvidas com a temática, sem dizer nas instâncias específicas organizadas como a Frente Parlamentar de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente no Congresso Nacional.[34]

Apesar de suas limitações, o Direito da Criança constitucionalizado, e presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, revela-se um instrumento importante de ação social pela melhoria das condições objetivas e materiais da infância e adolescência brasileiras. A redação do art. 3.º do ECA é bastante exemplificativa:

"A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade."

33. Bryde, Brun Otto apud Neves, Marcelo. Op. cit., 1996.

O dispositivo normativo indica que a própria lei não esgota sua operacionalização, que deve ser atingida mediante políticas públicas e ações efetivas da sociedade. Daí a expressão "outros meios".

Assim como ocorre em diversas disposições constitucionais, no Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma sutil, o legislador lançou mão de normas de *eficácia contida*, dependentes de futura regulamentação e da necessária implementação de políticas públicas.[35]

De certo modo, essa técnica legislativa é também decorrência da sintonia que o Estatuto da Criança e do Adolescente guarda com os

34. Ao lado dos movimentos sociais, diversos(as) parlamentares estão conseguindo fortalecer a pauta da infância e juventude na agenda do Congresso Nacional e do país, por meio da Frente Parlamentar de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente. Criada em 1993, a Frente ganhou força a partir de 2003, quando vários(as) deputados(as) e senadores(as) eleitos(as) assumiram o compromisso de revitalizar o trabalho, dando prioridade ao problema do abuso e da exploração sexual de crianças e adolescentes. Não são só os esforços em relação à violência sexual marcam a atuação desses(as) parlamentares. A Frente realiza diversas ações junto ao governo e à sociedade civil e se envolve no aprofundamento de debates complexos, tomando posições a favor da infância e juventude no que diz respeito à redução da idade penal, ao trabalho infantil, à violência urbana, entre outros. Os(as) parlamentares também acompanham todas as discussões e projetos que dizem respeito ao segmento infanto-juvenil no âmbito do Poder Legislativo. A experiência teve tanto impacto para a garantia dos direitos infanto-juvenis que está sendo replicada em âmbitos estaduais e municipais. Em agosto de 2005, foi lançado o Pacto Nacional do Poder Legislativo pela Infância e Adolescência. Deputados(as) de todos os estados brasileiros se comprometeram a criar mecanismo de interação entre os três âmbitos de Poder Legislativo: municipal, estadual e federal. Já foi criada também a Rede Nacional de Frentes Parlamentares de Defesa da Criança e do Adolescente. O objetivo é que parlamentares de cada Estado e município se unam em torno desse segmento. Atualmente, oito Estados já criaram a sua própria frente parlamentar.
35. Para uma análise mais detalhada sobre o tema da eficácia das normas constitucionais, ver SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, a discussão de SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese de professor titular, São Paulo, USP, 2005.

princípios e preceitos da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Estado brasileiro, meses depois de sua entrada em vigor.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é fruto de dez anos de trabalhos da Assembléia Geral das Nações Unidas, que nesse período preparou as disposições que viriam a constituir o documento. As disposições e artigos retomam direitos e liberdades proclamados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e Pactos Internacionais. São retomados também os princípios da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924 e da Declaração sobre os Direitos da Criança adotada em 1959.

No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), os arts. 23 e 24 cuidam da questão da família e da criança, apontando a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado no estabelecimento de medidas que garantam a condição da criança. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), particularmente o art. 10, também se remete ao tema, protegendo a família, as mães e todas as crianças e adolescentes contra qualquer exploração econômica e social.

Ressalte-se que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ao reiterar elementos das declarações internacionais anteriores, inova no estabelecimento de elementos de defesa efetiva da cidadania. Chamada por Edson Sêda de a "Lei das leis", a Convenção consolida um Corpo de legislação internacional denominado "Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância".

Esse corpo legal é formado pela própria Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing), pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens privados de Liberdade, e pelas Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil (diretrizes de Riad).

De modo geral, especialmente na América Latina e Caribe, as regras da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança conviveram de forma contraditória com as legislações de menores. No entanto, o exemplo brasileiro desencadeou um processo inovador de reformas legislativas pela adequação das leis domésticas ao tratado, favorecendo dessa forma que a Convenção não restasse como mais um instrumento de direito internacional de escassa exigibilidade. Pelo

contrário, seu surgimento e difusão coincidiram com a transição democrática em muitos países latino-americanos.

Assim sendo, as disposições da Lei 8.069/1990 demonstram com clareza a influência dos princípios fixados pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que de modo uníssono traduzem a afirmação histórica dos direitos humanos. No caso de crianças e adolescentes, o reconhecimento da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento é uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana.

O conteúdo e a abrangência da mudança de paradigma introduzida pela Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro são de alta complexidade, mas podem ser ilustrados por seis aspectos principais:[36]

a) reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos;

b) institucionalização da participação comunitária por intermédio dos Conselhos de Direitos, com participação paritária e deliberativa para traçar as diretrizes das políticas de atenção direta à infância e juventude;

c) hierarquização da função judicial, com a transferência de competência aos Conselhos Tutelares para agir diante da ameaça ou violação de direitos da criança no âmbito municipal;

d) municipalização da política de atendimento;

e) eliminação de internações não vinculadas ao cometimento – devidamente comprovado – de delitos ou contravenções;

f) incorporação explícita de princípios constitucionais em casos de infração penal, prevendo-se a presença obrigatória de advogado e função do Ministério Público como de controle e contrapeso.

Ainda que muitos outros elementos da normativa da criança e do adolescente tenham passado à margem dessas considerações, importa reconhecer que a constitucionalização operou substantivas transformações. A começar pela superação da categoria de menoridade, como desqualificação e inferiorização de crianças e jovens, agora em condições de igualdade perante a lei. E finalmente, a incorporação do

36. Sposato, Karyna Batista. Op. cit., 2006, p. 61.

devido processo legal e dos princípios constitucionais como norteadores das ações dirigidas à infância e ao mesmo tempo, limites objetivos ao poder punitivo sobre jovens em conflito com a lei. Esta última dimensão será detalhada no item seguinte.

No tocante aos princípios constitucionais do Direito da Criança e do Adolescente, o ponto de partida deve ser a proteção integral como linha mestra que reúne e harmoniza todos os demais princípios em um conjunto.

A proteção integral deve ser concebida como a doutrina jurídica que sustenta todo atual Direito brasileiro da Criança e do Adolescente. Seu significado está em reconhecer que todos os dispositivos legais e normativos têm por finalidade proteger integralmente as crianças e os adolescentes em suas necessidades específicas, decorrentes da idade, de seu desenvolvimento e de circunstâncias materiais. A proteção integral, no entanto, deve se materializar por meio de políticas universais, políticas de proteção ou políticas socioeducativas,[37] conforme a necessidade. Trata-se de um princípio norteador que deve obter

37. A construção didática do Sistema de Garantias da Infância e Adolescência elaborado pelo juiz Leoberto Narciso Brancher é elucidativa. As políticas públicas destinadas à infância e adolescência podem ser agrupadas em três segmentos distintos: (a) políticas básicas (art. 4.°, ECA): saúde, alimentação, habitação, educação, esporte, lazer, profissionalização e cultura; (b) políticas de proteção especial (arts. 23, parágrafo único, 34, 101 e 129, ECA): orientação, apoio e acompanhamento temporários, regresso escolar, apoio sociofamiliar/manutenção de vínculo, necessidades especiais de saúde, atendimento a vítimas de maus-tratos, tratamento da drogadição, renda mínima familiar, guarda subsidiada e abrigo; e (c) políticas socioeducativas (arts. 112 e 129, ECA): prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semi-liberdade e internação.O juiz da infância e adolescência não só constrói uma matriz didática do sistema como possibilita que cada um desses segmentos seja identificado a partir do prisma da prevenção: as políticas básicas correspondem às políticas de prevenção primária; as de proteção especial são políticas de prevenção secundária; e as socioeducativas consistem na prevenção terciária, portanto última categoria a ser acionada. Sua construção lança mão ainda da representação de um "sinal de trânsito", um semáforo.As políticas universais básicas são como um sinal verde, uma vez que devem atingir a todos, indistintamente, como condição para o desenvolvimento de toda criança e de todo adolescente. Já as políticas de proteção especial podem ser vistas como um sinal de alerta.

implementação concreta na vida das crianças e dos adolescentes sem qualquer distinção.

Como argumenta Martha de Toledo Machado, muito embora a tendência majoritária da doutrina seja identificar apenas três grandes princípios, quais sejam, a proteção integral, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a prioridade absoluta, parece emergir do processo de constitucionalização do Direito da Criança, cinco princípios gerais:

a) princípio da proteção integral;

b) princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;

c) princípio da igualdade de crianças e adolescentes;

d) princípio da prioridade absoluta; e

e) princípio da participação popular na defesa dos direitos de crianças e adolescentes.[38]

Trata-se do sinal amarelo que exige atenção para situações de risco pessoal ou social de uma criança ou de um jovem. Finalmente, o sistema socioeducativo, correspondente ao Direito Penal juvenil, é equiparado ao sinal vermelho, revelando que os demais segmentos falharam em certa medida e a intervenção, neste caso, será a mais intensiva e aguda na vida do adolescente (BRANCHER, Leoberto Narciso. *Visão sistêmica da implementação e da gestão da rede de atendimento. O direito é aprender*. Fundescola/Projeto Nordeste/MEC, 1999). Considerando que a interpretação dos princípios, regras e normas do Estatuto da Criança e do Adolescente deve se dar de forma sistemática e não pontual, parece-nos evidente que essas três categorias de políticas públicas voltadas à infância e juventude não são estanques nem independentes. Pelo contrário, sua implementação implica a articulação de serviços e programas, e o exemplo da cumulação de medidas protetivas associadas à imposição de uma medida socioeducativa é emblemático. Consoante o art. 112 do ECA, que elenca as medidas sócio-educativas aplicáveis a um adolescente que transgrediu a lei penal, é possível a aplicação também de quaisquer uma das medidas protetivas previstas no art. 101, I a VI da Lei. À título de exemplo, muitos são os casos de adolescentes autores de ato infracional com dependência química. A situação *in concreto* demanda não só a imposição de medida socioeducativa adequada como também a inclusão do adolescente em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

38. MACHADO, Martha de Toledo. Op. cit., 2003, p. 411.

Ousamos ainda acrescentar um sexto princípio correspondente ao melhor interesse da criança e do adolescente, ou como denominam alguns doutrinadores, o "princípio do interesse superior da criança e do adolescente".

Não podemos perder de vista ainda que há matéria penal envolvida com o direito de crianças e adolescentes, como se desdobra das próprias normas constitucionais de limitação do *us puniendi* e de fixação da inimputabilidade penal. Para este campo, outros princípios que podem ser considerados especiais se despontam, tais como:

a) princípio da reserva legal;

b) princípio da culpabilidade;

c) princípio da inimputabilidade penal;

d) princípio da excepcionalidade na privação de liberdade;

e) princípio do contraditório;

f) princípio da ampla defesa.

3. Impedimentos constitucionais à redução da idade penal

Das considerações traçadas até o momento, podemos concluir que há um inegável processo de constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, consentâneo ao momento social, político e econômico em que vivemos. Deste processo, conseqüências e efeitos podem ser identificados gerando novas configurações para qualquer tipo ou natureza de relação jurídica da qual participe uma criança ou um adolescente.

Com o objetivo de aprofundar a reflexão no tema da responsabilidade penal de menores de idade e o recorrente debate público em torno de propostas de redução da idade de responsabilidade criminal e de alteração da regra constitucional da inimputabilidade aos 18 anos, nos dedicamos a analisar em que medida a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente cria uma barreira para tais propostas de emenda e reforma constitucional.

Vale dizer que nosso ponto de partida considera que o Direito brasileiro possua um conjunto de regras que, se interpretadas em sua extensão, apontam para a impossibilidade de reduzir a idade penal, tal

qual sugerem as propostas atualmente em discussão no Senado e Câmara Federal. Sendo que boa parte destas regras é de natureza constitucional.

Em primeiro lugar devemos observar que o Direito brasileiro da Criança e do Adolescente está ancorado na doutrina da proteção integral, cujos princípios relacionados à menoridade penal são, o reconhecimento aos adolescentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e o princípio do melhor interesse do adolescente quando da imposição de qualquer medida que afete seu desenvolvimento e liberdade.

Do ponto de vista da inconstitucionalidade das propostas, outra dimensão importante se relaciona à identificação do direito à inimputabilidade penal como cláusula pétrea, conteúdo material da Constituição, derivado de princípios imutáveis.

Tratando-se de direito e garantia individual, a melhor interpretação parece ser aquela que não só enfatiza a principiologia constitucional (prioridade e proteção especial a crianças e adolescentes) como reconhece o peso de norma constitucional dos parâmetros internacionais decorrentes da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e outros instrumentos ratificados pelo Estado brasileiro. Todos estes dispositivos apontam para a necessidade de uma legislação e jurisdição especiais no trato de questões relacionadas à infância e à juventude.

Desse modo, qualquer proposta de alteração de uma dessas regras desmonta e impede a operacionalização do sistema como um todo, interferindo inclusive em outras esferas jurídicas, como a civil, à medida que reconhecer e imputar a responsabilidade penal a uma pessoa de 16 anos entra em contradição com a regra da incapacidade relativa do Direito Civil, por exemplo.

Outras contradições se revelam também no que diz respeito às competências jurisdicionais para a imposição das penas, se aplicadas aos adolescentes a partir dos 16 anos, como também a que órgão corresponderá a fiscalização e o acompanhamento da execução penal.

Importante e necessário sublinhar que o exercício do *ius puniendi* não representa um espaço isento de controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, porque toda pena representa uma afetação aos direitos fundamentais e toda afetação deste tipo exige uma carga de

justificação. O próprio tipo penal na medida em que possa ser concebido como um limite ao exercício de direitos constitui-se também como uma forma de afetação aos direitos fundamentais e por idênticas razões, deve adequar-se a essa exigência de justificação.[39]

Desse modo, podemos aferir que a conexão entre direito penal e direitos fundamentais é dupla: de um lado em razão da pena e de outro da conduta tipificada, que limita e circunscreve a esfera de exercício legítimo de direitos.

A primeira conclusão que emerge é de que a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente abre significativos espaços de controle sobre qualquer impulso ou compulsão de descumprimento de norma constitucional e conseqüentemente sua alteração. Aqui deve prevalecer a supremacia constitucional como garantia da própria Constituição,[40] do contrário coloca-se em risco a própria unidade da Carta Política.

No campo da responsabilidade pelo cometimento de infrações à lei penal, a doutrina da proteção integral produz seus efeitos já na definição inicial da pessoa sobre a qual pode incidir uma sanção. Ou seja, a definição de adolescente como a pessoa entre 12 e 18 anos incompletos. Abaixo dos 12 anos, a criança, ainda que tenha atuado infringindo leis penais, não será submetida a um procedimento de responsabilização, mas poderá ser inserida em programas de proteção, conforme a avaliação da necessidade.

Na faixa etária seguinte, que caracteriza a adolescência (12 a 18 anos incompletos), tem início um modelo de responsabilidade especial, cujas regras estão disciplinadas na Constituição Federal de 1988 e no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal 8.069/1990, em profunda sintonia com o que se convencionou chamar de "Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância."

Considera-se um modelo de responsabilidade especial por se fundamentar em uma lei e em um sistema de justiça também especializados, de forma a concretizar as exigências de um atendimento e tratamento multidisciplinar da questão. O direito, isoladamente, não tem condições de solucionar de forma adequada a questão do envolvimento de adolescentes com a criminalidade. Por tais motivos,

39. Sanchís, Luis Prieto. Op. cit., 2007.
40. Cunha Júnior, Dirley da. Op. cit., p. 33.

as respostas ou medidas que decorrem da comprovação da prática de um delito têm uma dupla dimensão: a sancionatória, que reprova o ato cometido, e a pedagógica, que visa oferecer condições efetivas para a superação daquela vivência infracional e vulnerabilidade social.

Nesse contexto, ganha importância o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento atribuída ao adolescente, que é descrito no art. 227, § 3.°, V, da CF/1988 como já detalhado.

O dispositivo constitucional está também refletido no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, precisamente nos arts. 6.° e 121 do ECA. Respectivamente:

"Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."

"A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento."

O princípio traduz a concepção de um ser humano em processo de desenvolvimento e formação.

Como esclarece Mary Beloff,[41] a partir da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, os adolescentes são responsáveis pelos delitos que cometem de maneira específica. A responsabilidade é justamente o ponto de partida da abordagem que considera o adolescente como sujeito de direitos. É decorrência do direito a ser como é, e também do direito a ser responsável pelo que faz. Sendo assim, no marco da Convenção, ser sujeito de direitos significa que crianças e adolescentes são titulares dos mesmos direitos de que gozam todas as pessoas e outros direitos específicos que decorrem da condição de pessoa que está em formação, em desenvolvimento. Nem meia pessoa, nem pessoa incompleta, simplesmente se trata de uma pessoa que está em fase de intenso desenvolvimento. As pessoas são pessoas completas em cada momento de seu crescimento.

Esta concepção se coaduna com o reconhecimento de que o processo de socialização não é estático, tampouco termina em um

41. Beloff, Mary. Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos. *Revista Justicia y Derechos del Niño* 2, Buenos Aires: Unicef, 2001.

momento determinado, ou se dá da mesma forma para todas as pessoas. Faz emergir a constatação de que, de um lado, os adolescentes são responsáveis e capazes de responsabilidade na medida do seu desenvolvimento, daí a adoção de uma legislação e de um sistema de justiça diferenciado dos adultos, e de outro que as respostas e intervenções do Estado devam estar condicionadas ao cumprimento de finalidades eminentemente educativas, dado seu caráter e momento estratégicos.

Com este ponto também se relaciona o princípio do melhor interesse do adolescente. No art. 112, § 1.°, do ECA, ele aparece na forma da observância da capacidade do adolescente para cumprir a medida imposta.

"A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração."

Na Justiça da Infância e Juventude, e em conformidade com as regras jurídicas adotadas, a imposição de uma medida socioeducativa não se dá, nem deve ocorrer, de forma automática, como se dá com a imposição das penas criminais. No Direito Penal tradicional de adultos, as penas estão descritas no Código Penal e definidas em abstrato para cada tipo de delito. No caso dos adolescentes, além da gravidade do ato praticado e de interesses de ordem pública, está em primeiro plano o melhor interesse do adolescente como critério de escolha da medida a ser aplicada. Podemos compreender essa dimensão como o desafio de que a intervenção estatal não reforce estigmas e estereótipos, mas ofereça condições concretas para a superação de qualquer vulnerabilidade que afete o adolescente e que possa ter concorrido para seu envolvimento com o crime.

Devemos sempre ter presente que os direitos da criança e do adolescente compõem uma classe de direitos fundamentais. A universalidade se realiza porque todas as relações jurídicas das quais participem crianças e adolescentes são reguladas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e, nesse aspecto, estão incluídos toda criança e todo adolescente independentemente de classe social. A normatividade é composta além da legislação especial, das regras constitucionais e dos princípios decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Já a matéria correspondente à resposta à prática de infrações penais cometidas por adolescentes está regulada, no caso brasileiro, especificamente pelo Título III do Estatuto da

Criança e do Adolescente. O que se pode definir como o Direito Penal Juvenil, subsidiário à dogmática da Criança e do Adolescente .

Justamente por ser subsidiário e fragmentário, o Direito Penal Juvenil, e neste caso, como é o Direito Penal, só deve ser acionado quando os demais mecanismos de controle social falharem.

Conclui-se preliminarmente que o Direito Penal Juvenil, uma vez intrincado e umbilicalmente construído à luz da proteção integral, não se reduz à lógica da retribuição e do castigo, e em face do sistema que se apresenta será perpassado pela utilização de estratégias extra-penais para obtenção de suas finalidades.

Assim, o reconhecimento da dignidade humana de todo adolescente impõe a existência de uma "justiça especializada", que introduza em seu funcionamento o critério da sanção mais adequada para cada caso concreto em atenção à condição peculiar de desenvolvimento em que o adolescente se encontra. A justiça, nessa perspectiva, passa a caracterizar-se como ação social, na medida em que reconhece também o delito ou o ato infracional praticado por adolescentes como fato social, para além dos marcos estreitos da lei e do Direito Penal.

Não por acaso, diversos estudiosos da matéria alertam que o Direito Penal Juvenil tem muito a ensinar ao Direito Penal tradicional de adultos. E isso de fato vem ocorrendo. Além do mecanismo de transação que originalmente foi introduzido no Direito brasileiro pelo instituto da remissão do Estatuto da Criança e do Adolescente, influenciando posteriormente a própria lei de criação dos juizados especiais criminais, a Lei 9.099/1995, mais recentemente são crescentes as experiências de justiça restaurativa, que, iniciadas nos juizados da infância e juventude, paulatinamente vêm ganhando espaço na justiça penal como um todo.

3.1 Preexistência de um modelo jurídico de responsabilidade penal diferenciada

O primeiro passo em direção à desconstrução dos eufemismos e confusões conceituais que pairam sobre o tema da redução da idade penal está no reconhecimento de que os adolescentes, pessoas compreendidas na faixa etária de 12 a 18 anos incompletos, são responsáveis ante o cometimento de qualquer conduta equiparada a crime ou contravenção penal.

Essa responsabilidade é penal. Não há discussão nem dúvida de que a aplicação de uma medida socioeducativa equivale à aplicação de uma sanção penal. Trata-se da resposta sancionatória ao ato praticado pelo adolescente, e assim como as penas criminais, tais medidas socioeducativas são coercitivas, obrigatórias e restritivas de direitos individuais.

De certo modo, a regra da inimputabilidade por razão de idade gera esta confusão em torno do tema. Os arts. 228 da CF/1988 e 27 do CP dispõem respectivamente:

"São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial."

"Os menores de (dezoito) 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial."

Esses artigos demonstram que a imputabilidade não possui uma definição, e sim sua negativa. Aliás, isso ocorre na maioria dos Códigos Penais atuais. Ao declarar que os menores de 18 anos são inimputáveis, o Direito está comunicando que os mesmos responderão por seus crimes de forma diferenciada dos adultos, o que não significa, em absoluto, que não se trate de uma responsabilidade penal, ainda que relativa.

Relativa porque sujeita à jurisdição especializada e também à legislação especial, no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Este último, por sua vez, estabelece a intervenção socioeducativa no marco da legalidade, pelo que dispõe seu art. 103, que considera ato infracional toda conduta equiparada a crime ou contravenção penal. Deste modo, tudo o que está criminalizado para um adulto também está para um adolescente. Significa que o catálogo de fatos puníveis aos adolescentes é o mesmo que vale para os maiores de 18 anos, sem distinções.

A conseqüência lógica e imediata é que, se a legalidade é pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a fórmula clássica "Não há pena e não há crime, sem lei anterior que o preveja" (*Nulla poena, nullum crimen sine lege*), também o é para a imposição de uma medida socioeducativa.

Além disso, tendo em vista que o conceito de ato infracional parte da mesma seleção de condutas tipificadas na definição de crime e contravenção penal, podemos concluir facilmente que o que delimita a

intervenção socioeducativa é justamente o conceito de crime e a conseqüente atribuição de pena pelo Direito Penal comum. Como ponderam os penalistas, o crime nasce quando a sanção ao ilícito é pena. Por isso, o critério de identificação dos fatos de relevância infracional é a própria pena criminal. É o mesmo que dizer que a medida socioeducativa só pode existir se existiu o crime. Seu pressuposto de existência é dessa maneira inegavelmente penal.

Como também é penal sua natureza, ao restringir direitos e até privar da liberdade o adolescente.

É importante frisar que tal reconhecimento do caráter penal e sancionatório da medida socioeducativa não retira a tarefa e o desafio pedagógico que se colocam para a Justiça da Infância e Juventude e para os programas de atendimento socioeducativo. Esse aspecto relaciona-se em primeiro lugar com a identificação das finalidades a que se destinam as sanções e sua interface com as demais políticas, e em segundo com a concepção do adolescente como sujeito de direitos.

Quando situamos o Direito da Criança e do Adolescente como categoria integrante dos direitos fundamentais, reforçamos a compreensão dos direitos da criança e do adolescente como parte da doutrina universal de direitos humanos. Do ponto de vista normativo, é interessante observar que os mecanismos de proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente são complementares, nunca substitutivos dos mecanismos gerais de proteção de direitos reconhecidos a todas as pessoas, como estabelece o art. 41 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Um segundo esclarecimento parece necessário e se refere a uma subdivisão: enquanto a normativa da criança e do adolescente é parte integrante da doutrina de direitos humanos, o Direito Penal Juvenil é subsistema do Sistema de Garantias e Direitos que se faz presente no Estatuto da Criança e do Adolescente. A imposição de medidas socioeducativas para adolescentes autores de infração penal tem um lugar seletivo, restrito e simbólico, quando as políticas sociais básicas foram insuficientes. Ou seja, o Direito Penal Juvenil é subsidiário em relação ao Direito da Criança e do Adolescente.[42]

42. Sposato, Karyna Batista. Op. cit., 2006, p. 68.

O Direito Penal Juvenil também encontra-se constitucionalizado. Normas constitucionais funcionam como limite ou garantia ante o poder punitivo sobre adolescentes. Sua caracterização inicial revela dois fundamentos principais: o reconhecimento de uma responsabilidade especial a partir de certa idade – no caso o início da adolescência está fixado aos 12 anos de idade – e a incorporação de um conjunto de garantias que limitam o poder punitivo do Estado e orientam uma reação ao delito juvenil que promova a integração social e a observância dos direitos da criança e do adolescente.

O estabelecimento de uma idade mínima para o início da responsabilidade juvenil deriva de várias recomendações de instrumentos internacionais, a exemplo do item 4.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, conhecidas como Regras de Beijing, que estabelece:

"Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual."

Conforme já assinalado, no Direito brasileiro a idade de início da responsabilidade penal juvenil está fixada em 12 anos. Se comparada a outros países, é uma idade relativamente baixa. Quando deixarmos de encobrir a natureza penal das medidas aplicadas aos adolescentes a partir dos 12 anos, o debate da redução da idade penal certamente ficará vazio em conteúdo e utilidade. Mais que isso, reconhecer sua dimensão constitucional implica inevitavelmente traçar os efetivos impedimentos de tais propostas prosperarem dentro do nosso sistema constitucional.

3.2 *Inconstitucionalidade das propostas de redução da idade penal e violação da Constituição material*

Todas as propostas de alteração da idade penal que vez por outra aparecem no cenário político e no debate público nacional têm a mesma característica, independentemente de seus conteúdos diversificados. Todas, indistintamente, afrontam o texto constitucional brasileiro, pois a Constituição Federal de 1988 destaca a absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente e consagra ainda como princípios o respeito à condição peculiar de desenvolvimento de

crianças e adolescentes e a brevidade e excepcionalidade na aplicação de medidas privativas da liberdade.

Trata-se do direito à proteção integral, que abrange ainda o direito a responder por infrações penais com base na legislação especial, nos moldes do já citado art. 228 da CF/1988.

Os intentos em modificar o sistema, admitindo-se que maiores de 16 anos, ou até mais jovens, recebam as mesmas penas que se aplicam aos adultos, perverte a racionalidade e a principiologia constitucional, pois retira o tratamento constitucional especial conferido a todos os adolescentes.

Considera-se uma violação da Constituição material, tendo em vista que a Constituição assegura, dentre as cláusulas pétreas constitucionais, os direitos e garantias individuais, conforme o art. 60, § 4.°, IV, da CF/1988.

"Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – *os direitos e garantias individuais* "(grifo nosso).

É direito individual de todo adolescente a possibilidade de responder pela prática de infrações penais com base em legislação especial, diferenciada do Código Penal, que se aplica aos adultos, maiores de 18 anos. É, portanto, matéria que não poderá ser abolida como se pretende nas propostas de emenda à Constituição.

Em decisão do STF referente à EC 03/1993, foi conferida interpretação extensiva à cláusula "direitos e garantias fundamentais", alcançando neste exemplo a garantia tributária da anterioridade. Como não reconhecer a mesma interpretação extensiva para a questão do modelo de responsabilidade previsto aos adolescentes?

Em outras palavras, não é necessário que o direito ou garantia individual esteja expressamente descrito no art. 5.° da CF/1988 para impedir a deliberação da proposta. Basta que esteja no texto constitucional como um direito ou garantia que diga respeito diretamente à vida, à liberdade, à igualdade e até mesmo à propriedade, e que no *caput* do citado art. 5.° venha reforçado por uma cláusula de

inviolabilidade. Além disso, a referência, no art. 34, VII, *b*, da CF/1988, aos direitos da pessoa humana como princípio sensível auxilia a firmar ainda mais essa linha de raciocínio:

"A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Alínea *e* acrescentada pela EC 29/2000)" (grifo nosso).

Desse modo, é direito da pessoa humana com idade inferior a 18 anos ser julgada, processada e responsabilizada com base em uma legislação especial, diferenciada dos adultos. Em decorrência de sua natureza, a matéria encontra-se ao abrigo das cláusulas pétreas constitucionais e se constitui como conteúdo material da Constituição, ainda que derivado de princípio implícito.

Além disso, não se pode esquecer dos parâmetros internacionais que, por força do art. 5.°, § 2.°, da CF/1988, têm peso de norma constitucional. Os direitos enunciados em tratados e documentos internacionais de proteção aos direitos humanos somam-se aos direitos nacionais, reforçando a imperatividade jurídica dos comandos constitucionais já mencionados:

" § 2.° Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

Deste modo é inconteste que o novo direito constitucional também foi responsável pela exigência de uma leitura verticalizante no campo do Direito da Criança e do Adolescente e por conseqüência do

Direito Penal Juvenil. Tal constitucionalização do direito se evidencia através da necessária interpretação da lei conforme a Constituição e da aplicação direta da *Lex Maxima* às relações jurídicas.[43]

4. Considerações finais

Como pudemos refletir a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil vem operando efeitos importantes na organização da Justiça especializada para o trato de questões relacionadas à infância e juventude, na formulação de políticas públicas dirigidas a esta população em atendimento ao princípio da prioridade absoluta e de modo geral, na ação de diversos atores políticos e na configuração de um novo padrão para as relações sociais que envolvem crianças e adolescentes e seus interesses.

Todos esses elementos conformam aquilo que muitos autores vêm denominando de neoconstitucionalismo, para designar justamente um novo modelo de Estado Constitucional de Direito.

Como também se pôde observar, e utilizando-se do conceito de *constitucionalismo de direitos*, a Constituição Federal de 1988 se constitui como uma Constituição material, o que implica oposição à idéia de Constituição formal ou meramente procedimental, e a coloca dentre os textos constitucionais que apresentam um conteúdo substantivo, com a presença de valores, princípios, direitos e diretrizes que condicionam e influenciam todo o ordenamento jurídico.

No campo do Direito da Criança e do Adolescente constitucionalizado, igualmente como ocorre com outros ramos, nota-se um conjunto de princípios considerados imutáveis já detalhados ao longo deste trabalho (princípio da proteção integral; princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; princípio da igualdade de crianças e adolescentes; princípio da prioridade absoluta; princípio da participação popular na defesa dos direitos de crianças e adolescentes; princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; princípio da reserva legal; princípio da culpabilidade; princípio da inimputabilidade penal; princípio da excepcionalidade na privação de liberdade; princípio do contraditório e princípio da ampla defesa).

43. Cunha Júnior, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 222.

Este conjunto principiológico exige que toda matéria infraconstitucional seja filtrada pela ótica da Constituição, ou seja, impõe também no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente a chamada *filtragem constitucional*, tal qual definiu Gomes Canotilho, como condição inclusive do garantismo em torno dos direitos da infância e juventude.

Este cenário se define, portanto, como altamente impregnado pela normativa constitucional, e deste modo, os princípios constitucionais do Direito da Criança e do Adolescente influenciam diretamente a política social neste campo, na perspectiva de aproximar cada vez mais a condição material da infância à sua condição e *status* jurídico de titularidade de direitos.

Tratando especificamente da responsabilidade penal de menores de idade, temos um recorrente debate público em torno de propostas de alteração das regras constitucionalmente estabelecidas no que tange a inimputabilidade penal aos 18 anos de idade. Vale lembrar que atualmente são diversas as Propostas de Emenda Constitucional (PECs) em discussão e análise no Congresso Nacional brasileiro.

Merece especial menção, o substitutivo de autoria do Senador Demóstenes Torres (DEM-GO), PEC 20/1999 que reuniu seis das propostas de emenda à Constituição e que em abril de 2007, foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal em uma votação de 12 votos a 10. O substitutivo reduz a maioridade penal para 16 anos nos casos de crime hediondo e dos equiparados a este, como tráfico, tortura e terrorismo, desde que laudo técnico psicológico, elaborado por junta designada por juiz, ateste a plena capacidade de entendimento do adolescente que praticou o ato ilícito. A proposta sugere que o cumprimento da pena seja realizado em local distinto daquele em que estarão detidos os maiores de 18 anos.

No atual estágio, tendo sido já aprovada na Comissão de Constituição e Justiça do Senado (CCJ), a proposta se encontra no Plenário do Senado para discussão. A aprovação exige dois turnos, com votação favorável mínima de 60%, 3/5 dos senadores em cada um dos turnos. O que significa que na legislatura atual, são necessários 49 votos dos 81 senadores em um intervalo das votações de no mínimo cinco dias.

O tema portanto, reveste-se de um atualidade e importância pragmática indiscutível, daí nosso empenho em demonstrar que qualquer

alteração da lógica constitucional sobre a matéra implica violação da Constituição material e põe em risco não só a unidade da Carta Política como o funcionamento de todo o sistema, hoje expressamente ancorado sob bases constitucionais.

Se os problemas da infância e adolescência são os problemas da democracia brasileira, não podemos nos omitir diante deste desafio que é tecer e consolidar um constitucionalismo suficientemente forte e resistente capaz de barrar qualquer proposta de redução da idade penal.

Referências bibliográficas

Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Barcellos, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico* 15, jan.-mar. 2007.

Barroso, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, 2001.

____. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2001.

____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2001.

Beloff, Mary. Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos. *Revista Justicia y Derechos del Niño* 2. Buenos Aires: Unicef, 2001.

Brancher, Leoberto Narciso. *Visão sistêmica da implementação e da gestão da rede de atendimento. O direito é aprender*. Fundescola/Projeto Nordeste/ MEC, 1999.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*, 1991.

Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

____. *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

Cunha Júnior, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2006.

____. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2007.

Faria, José Eduardo Campos de Oliveira. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantias: la ley del más débil*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

____. Pasado y futuro del estado de derecho. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

____. Sobre los derechos fundamentales. In: Carbonell, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

GARCIA MENDEZ, Emilio. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmec*, Santa Catarina: Associação dos Magistrados Catarinense, 1998.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento juridico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

JORGE E SILVA NETO, Manoel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa* 33. Brasília, out.-dez. 1996.

PISARELLO, Gerardo. Globalización, constitucionalismo y derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. El Constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese de professor titular. São Paulo, USP, 2005.

SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A globalização e o direito – realinhamento constitucional, 2006.

II PROCESSO PENAL

1

A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica

FELIPE KIRCHNER

Mestre em Direito Privado pela UFRGS. Defensor Público.

ÁREA DO DIREITO: Hermenêutica Jurídica

RESUMO: O presente artigo objetiva desmistificar a validade da verdade real enquanto princípio informador do processo penal. Buscando uma oxigenação no estudo do procedimento criminal, este ensaio desviará o foco da recorrente discussão acerca das relações existentes entre a Constituição e o sistema processual penal, posicionando a análise do preceito como produto de uma atividade hermenêutica que se encontra sempre situada no contexto de uma determinada teoria da compreensão. Tendo sido escolhido como paradigma de análise a hermenêutica filosófica gadameriana, serão apresentados os elementos que condicionam decisivamente as possibilidades humanas do compreender e impedem, conseqüentemente, o alcance da verdade real, do que resulta o necessário entendimento de que a relação entre fato e julgado é de uma conformidade meramente relativa.

ABSTRACT: This article intends to demystify the validity of real truth as an informative principle of the legal proceeding and seeks to stray from the recurrent discussion on the existing relationship between the Constitution and the Legal Procedural System. It places the precept as a product of a hermeneutic activity, which is always within the context of a certain theory of understanding. Having chosen Gadamer's philosophical hermeneutics, we will present the elements, which decisively condition the human understanding possibility and therefore avoid the attainment of real truth. The result is the necessary understanding that the relationship between a fact and the tried party has a purely relative accordance.

Palavras-chave: Princípio da verdade real – Processo criminal – Hermenêutica filosófica – Compreensão – Interpretação.

Keywords: The real truth principle – Criminal proceedings – Philosophical hermeneutics – Understanding – Interpretation.

Sumário: Introdução – 1. Os elementos condicionantes da interpretação no âmbito da hermenêutica filosófica – 2. A questão da verdade como produto da atividade hermenêutica – 3. Conclusão – Referências bibliográficas.

Se uma justiça penal completamente " com verdade " constitui uma utopia, uma justiça penal completamente " sem verdade " equivale a um sistema de arbitrariedade.

(Luigi Ferrajoli, Direito e razão)

Introdução[1]

O presente estudo objetiva desmistificar a validade da *verdade real* enquanto princípio informador do processo penal, demonstrando que seu uso não passa de uma ingenuidade epistemológica.

Procurando inovar em uma discussão que já se alonga no estudo do processo criminal, este ensaio recua o foco de análise, deixando de abordar as questões atinentes às relações da Constituição com o sistema processual penal, para propor uma visão do preceito da verdade real enquanto elemento necessariamente situado no âmbito de uma determinada teoria da compreensão.[2] Assim, a arena escolhida não é a da normatividade jurídica, mas da filosofia que lhe é subjacente.

Pretendo trabalhar com a questão da verdade enquanto produto de uma atividade hermenêutica que se encontra sempre situada no

1. Recebimento: 12.02.2008. Aprovação: 18.06.2009.

2. Tamanha é a polissemia da conceituação do que seja a verdade, que Santo Agostinho se limita a defini-la da seguinte forma: *verum est id quod est* (a verdade é o que é) (Santo Agostinho. *Confessionum*. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1955). Em seu aspecto prático, a verdade pode ser entendida como sendo a adequação/conformidade entre o intelecto/razão e a realidade/ser, sendo certo que caracteriza o absoluto e aquilo que é indiviso, como esclarece o seguinte brocardo romano: *veritas est indivisa et quod non est plene verum non este semiplene verum sed plene falsum* (a verdade é indivisa e o que não é plenamente verdadeiro não é "semi-plenamente" verdadeiro, mas plenamente falso).

contexto de uma determinada teoria da compreensão, escolho como paradigma de análise a hermenêutica filosófica gadameriana.[3] A opção por uma abordagem filosófica deriva da conclusão de que a dimensão hermenêutica se encontra na base de toda experiência de mundo,[4] inclusive daquela que se dá no âmbito estrito do processo penal.

O tema da verdade real me parece extremamente atual e relevante, não apenas pelo fato de que são comuns as ações judiciais nela embasadas, mas também pela imprescindibilidade do *raciocinar por concreção* no âmbito do procedimento criminal.[5] Contudo, se a separação absoluta entre elementos normativos e realidade traz indesejáveis conseqüências, devem ser impostos certos limites ao raciocínio por concreção, fixando balizas ao arbítrio do sujeito cognoscente.[6] Nesse sentido, é descabida a absolutização do preceito da verdade real,[7] o que ocorre quando este passa a justificar atitudes no âmbito do processo penal que não se encontram em consonância com a dimensão constitucional de nosso sistema acusatório.[8]

A consecução da tarefa aqui proposta implica na superação de dogmas que há muito habitam no ideário dos juristas brasileiros, retirando-lhes o conforto do senso comum teórico[9] e trazendo-os para o campo de uma indeterminação produtiva, longe da ingenuidade e dos limites tranqüilizantes da tradição metodológica com que até então trabalhamos. Foi na busca de oxigenação da operatividade do processo penal que se escolheu a já mencionada hermenêutica filosófica, na qual se alcança uma dimensão ontológico-existencial da interpretação, transcendendo um superficial viés normativo e metodológico com que trabalha a doutrina clássica.[10]

3. Embora existam muitos pontos de contato, indico a teoria metodológica e construtivista de Emilio Betti como um ótimo contraponto ao paradigma teórico aqui apresentado: BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1990; BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
4. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, vol. 2, p. 138.
5. No método concretista o elemento normativo é edificado a partir da conexão da normatividade com a realidade, de forma que a determinação do sentido e a sua aplicação ao caso concreto constituem um processo unitário, o que ocasiona o encontro da tópica com o pensamento sistemático.

Em termos estruturais, na primeira parte do estudo demonstrarei as bases sob as quais surge a compreensão,[11] apresentando os elementos que estão presentes quando compreendemos (independente do que

Premissa adotada por este estudo é a de que a *concreção não está separada da interpretação, mas em verdade é um fator imprescindível desta, pois interpretar implica em concretizar*. Como refere Gadamer "o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado. (...) a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação" (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, vol. 1, p. 418, 429, 432 e 439). Precisa é a lição de Judith Martins-Costa: "A concreção é um método hermenêutico pelo qual as normas de dever ser (...) são compreendidas 'em essencial coordenação com o caso concreto, que os complementa e lhes garante força enunciativa', assim se possibilitando a sua determinação ou especificação. (...) trata-se de um processo multidirecional em que direito e realidade se complementam e interpenetram continuamente, fornecendo os elementos necessários à decisão final. Em tal sentido, o termo 'concreção' designa a construção, no caso, do significado da norma jurídica (legal ou contratual) levando-se em consideração as circunstâncias concretas do caso analisado (elementos fáticos) em sua correlação com determinados elementos normativos, a saber, os princípios, os postulados normativos e as regras jurídicas considerados relevantes para aquele caso. Por essa razão, concretizar implica sopesar os referidos elementos fáticos e normativos, de modo que ao 'tornar concreto' o intérprete adota uma atitude de ordenação e de estabelecimento de relações compondo e entretecendo elementos de ordem fática e normativa" (MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (orgs.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2005, vol. 4, p. 137). O entendimento de que a compreensão/interpretação deve necessariamente ter em conta as circunstâncias do caso (âmbito material) – fixadas anteriormente à construção jurídica (DANZ, Erich. *La interpretación de los negocios jurídicos*. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 183-184 e 192; BETTI, op. cit., 2007, p. 182-184) –, em uma análise tópica no direito interpretado, com a utilização de critérios de ponderação (âmbito procedimental), restou consubstanciado na edição da Súmula Vinculante 1 pelo STF, que apesar de dizer com uma demanda de ordem civil, fixa o norte de como o Tribunal Supremo entende deva ser conduzida a atividade interpretativa, o que em meu sentir se estende a todas as áreas do direito.

queremos, fazemos ou deveríamos fazer)[12] e que restam por condicionar decisivamente a compreensão e impedir, conseqüentemente, o alcance da verdade real. Com o aporte desta fundamentação, na segunda parte irei propor a reflexão sobre questões que julgo essenciais acerca da *verdade* no âmbito do procedimento hermenêutico.

É nestes termos que inicio o diálogo com o leitor, na tentativa de cumprir com a missão que cabe ao pesquisador de dizer a verdade segundo seu saber, ciência e convicção.

1. Os Elementos condicionantes da interpretação no âmbito da hermenêutica filosófica

Como a dimensão hermenêutica se encontra na base de toda experiência de mundo, fica claro que a própria realidade é o resultado de uma interpretação, pois é esta atividade que oferece uma mediação

6. O recurso retórico a figura do caso concreto não pode se transformar em um apanágio para a ditadura da subjetividade, razão pela qual se deve buscar um ponto de equilíbrio entre o abandono da normatividade em favor da dominação das relações fáticas e a concepção de uma normatividade despida de qualquer elemento de realidade (Hesse, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 14). Nessa ótica, o método da concreção não afasta – antes requer – a referência ao ordenamento e a regras do procedimento criminal, e apesar de impor um viés tópico, não se apresenta como substitutivo do método da subsunção e da lógica da inferência, peculiar ao raciocínio dedutivo (Ávila, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. Porto Alegre: UFRGS, 1994 apud Martins-Costa, op. cit. 2005, p. 138), pois como adverte Judith Martins-Costa, a "concreção deve se situar num quadro de inteligibilidade e controle intersubjetivos" (Martins-Costa, Judith. Prefácio. In: Cachapuz, Maria Claudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*. Porto Alegre: Safe, 2006, p. 35). Nesses termos, jamais se poderia admitir a supremacia do problema (busca da verdade real) sobre as premissas constitucionais do processo penal, no que reside a diferença ontológica do paradigma aqui proposto com o método tópico-problemático (Grau, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 98).
7. Saliento ser completamente inadequada e falaciosa a dicotomia verdade real e verdade formal suscitada em manuais de teoria geral do processo, que qualificam a primeira como norte inarredável do processo penal e a segunda como princípio informador do processo civil.

(nunca pronta e acabada) entre o homem e o mundo, e mesmo nas ciências naturais a realidade "dada" é inseparável da atividade exegética.[13]

8. Embora a questão extrapole os limites deste ensaio, como já frisado, não poderia deixar de mencionar os absurdos inquisitoriais gerados pela busca de uma pretensa *verdade real* no processo penal. Ocorre que a atitude ativa do julgador acarreta um excesso epistêmico (Aury Lopes Jr.) que fere o sistema acusatório, permitindo ações que flagrantemente não foram recepcionadas pelo texto constitucional promulgado em 1988, do que são exemplos as possibilidades de condenação quando há pedido de absolvição do Ministério Público e de realização de provas *ex officio* (iniciativa probatória) – recusando a aplicação do *in dubio pro reo* e do *non liquet* probatório enquanto houver prova a ser explorada (conforme consta no item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal) –, o que sempre vem em prejuízo do acusado, que chega ao processo absolutamente inocentado, em face do princípio da presunção de inocência. Este tipo de situação processual atinge o cerne de nosso Estado Democrático de Direito e acarreta em uma ilegitimidade democrática das eventuais sanções impostas ao réu.
9. Stein, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 78 e 82; Warat, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Safe, 1994, vol. 1, p. 22. Enquanto a teoria do direito ainda não introjetou a mudança de paradigma havida na filosofia, relativamente a viragem lingüística e a constituição de mundo pela compreensão, os operadores não incorporaram as radicais transformações balizadas pela promulgação da Constituição de 1988, continuando indelevelmente mergulhados em seus hábitos, num conjunto de crenças, práticas e pré-juízos, arraigados a opiniões anteriores, como se tais fossem verdadeiros dogmas, fazendo com que permaneçam reféns da quotidianidade, que se traduz na expressão *como sempre o direito tem sido* (Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 38), o que resta por impedir a necessária releitura do fenômeno jurídico, especialmente no campo da teoria da compreensão. No que tange ao assunto ora tratado, para além de não terem incorporado a dimensão constitucional de nosso sistema acusatório, muitos julgadores vêm ignorando que mesmo o legislador infraconstitucional tem mitigado a influência da verdade real no âmbito do processo penal, o que pode ser bem demonstrado com a previsão legal dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

O acesso do ser humano aos objetos é sempre indireto e mediado pela linguagem, pois o sujeito cognoscente chega a algo *apenas enquanto algo*, ou seja, tem acesso ao objeto apenas pela via do significado. O acesso do sujeito ao mundo é condicionado por uma série de pressupostos que se encontram no caminho fenomenológico em direção à coisa mesma. Assim, passo a me ocupar da apresentação dos elementos que restam por condicionar decisivamente a compreensão,[14] os quais, nessa condição, impedem o acesso direto do sujeito a uma verdade objetiva, material e substancial.

A primeira premissa a ser enfatizada é a de que, se em seu viés clássico o problema hermenêutico era entendido por meio da divisão dos fenômenos da compreensão (*subtilitas intelligendi*), interpretação (*subtilitas explicandi*) e aplicação (*subtilitas applicandi*), no paradigma gadameriano a questão exegética, no plano prático, é vista como um *processo unitário envolvendo compreensão, interpretação e aplicação.*[15] Desta feita, a aplicação da norma jurídica, no âmbito do processo criminal, é essencialmente um ato hermenêutico.

O segundo ponto de destaque é o de que *a hermenêutica é um processo sempre criativo, construtivo e produtivo*, nunca meramente reprodutivo, receptivo ou declaratório.[16] No viés gadameriano o objeto não tem um significado independente do evento que é compreendê-lo, nem a compreensão é independente da vida.[17] As normas e os eventos

10. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 135.
11. Analisando os elementos condicionantes da interpretação, este ensaio se posiciona conscientemente a um passo do que tradicionalmente se entende por interpretação, exatamente ali onde se encontram os antecedentes indispensáveis a consecução desta tarefa.
12. GADAMER, op. cit., 2005, p. 14 e 391; GADAMER, op. cit., 2004, p. 457; STEIN, op. cit., 2004, p. 69 e 73; GRAU, op. cit., 2003, p. 22.
13. GADAMER, op. cit., 2004, p. 138 e 391-392.
14. É de todo evidente que os limites estreitos deste ensaio impedem um exame profundo acerca dos pressupostos teóricos da hermenêutica filosófica. Em razão desta restrição, apresento direta e didaticamente os tópicos que julgo mais relevantes, estando ciente de que a discussão acerca dos mesmos demandaria uma análise muito mais detida. Ademais, ressalto que os elementos analisados se encontram em uma relação de complementação e restrição recíprocas, razão pela qual não deve o leitor perder a noção de totalidade do arcabouço teórico aqui delineado.

fáticos que são objetos do processo criminal não existem como entidades verdadeiramente normativas antes do momento da interpretação, que passa a ser um ato de decisão que constitui e constrói as respectivas significações. Em síntese: o sujeito cognoscente sempre cria enquanto interpreta.[18]

O terceiro elemento é a *incompletude da atividade hermenêutica*, o que se encontra associado ao reconhecimento da essencial finitude do sujeito cognoscente.[19] A interpretação não detém posições absolutas,

15. GADAMER, op. cit., 2005, p. 406-407, 426 e 437; GADAMER, op. cit., 2004, p. 131; ASCARELLI, Tullio. Giurisprudenza constituzionale e teoria dell'interpretazione. In: *Problemi giuridici*. Milano: Giuffrè, 1959, t. I, p. 145; ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individualizione de diritto*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, p. I; GRAU, op. cit., 2003, p. 22, 24 e 71. Nessa conjuntura teórica, a interpretação não é um ato posterior e complementar a compreensão, pois compreender é sempre interpretar, sendo a interpretação a forma explícita da compreensão. Contudo, a fusão entre compreensão e interpretação não expulsa do contexto da hermenêutica a aplicação, pois a compreensão se dá exatamente em um ato de aplicação. Como refere Gadamer, na compreensão "sempre ocorre algo como a aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete", razão pela qual "a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação" (GADAMER, op. cit., 2005, p. 406-407; GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la conciencia histórica*. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 95).
16. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 296, 444-445 e 489-490; GRAU, op. cit., 2003, p. 22; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Safe, 1998, p. 61; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e " procedimental " da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1997, p. 30. Gadamer refere que o comportamento construtivo "fica claro no plano da hermenêutica jurídica, onde a busca da sentença justa não é a mera subsunção do caso particular no caso geral (...). A busca das 'cláusulas' corretas repousa, antes, numa decisão própria criativa, complementaria ou aperfeiçoadora do direito" (GADAMER, op. cit., 2004, p. 497). Como sustenta Juarez Freitas, a interpretação não é simplesmente o tomar conhecimento do compreendido, mas também o desenvolvimento das possibilidades projetadas no compreender (FREITAS, Juarez. Hermenêutica jurídica: o juiz só aplica a lei injusta se quiser. *Revista da Ajuris* 40/41, Porto Alegre: Ajuris, 1987).

sendo antes um caminho de experiência que se situa em uma das trilhas possíveis para o alcance da verdade, pois sempre haverão novos horizontes a serem desvelados, inexistindo um esforço esgotável possível de compreensão interpretativa. Como refere Gadamer, "seria um mau hermeneuta aquele que imaginasse poder ou dever ter a última palavra".[20] No universo dialógico gadameriano não existe uma palavra que ponha um ponto final na compreensão, assim como não há uma palavra primeira. Uma interpretação definitiva seria uma *contradictio in terminis*, pois o ideal interpretativo é algo que está sempre a caminho, que nunca se conclui.[21]

O quarto componente teórico a ser enfatizado é o de que Gadamer, embora não tenha indicado com clareza os critérios de um proceder crítico, defende uma *dimensão crítica do compreender* em diversos níveis, o que se encontra associado à busca incessante pelo descobrimento da verdade. O compreender gadameriano não é uma dominação do mundo objetivo, razão pela qual não diz com o estar de acordo com o que ou quem se compreende, mas sim com o se abrir para a

17. No âmbito da interpretação dos elementos normativos, o pressuposto aqui destacado indica que norma e texto normativo não indicam a mesma realidade jurídica: enquanto o texto é objeto da interpretação, a norma jurídica é o seu resultado. MARTINS-COSTA, op. cit., 2005, p. 128-129; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 24, 27, 30-32, 68-70.
18. DWORKIN, Ronald. De que Maneira o Direito se assemelha à literatura. In: _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 235.
19. Gadamer humanizou o radicalismo do paradigma heideggeriano do *ser-aí-para-a-morte*. Esta construção acertadamente solapou a pretensão de uma compreensão que vá além da temporalidade do Dasein (Ser-aí), pois demonstrou o aprisionamento do homem a uma determinada facticidade, dizendo com o mundo concreto, real e cotidiano, no qual o ser-humano está sempre imerso e que se constitui no espanto primordial e na origem de toda e qualquer indagação ontológica.
20. GADAMER, op. cit., 2004, p. 384 e 544 e 576; GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Rogar, 1998, p. 35.
21. GADAMER, op. cit., 2004, p. 231; GADAMER, op. cit., 1998, p. 76; GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 71.

alteridade da coisa, pensar e ponderar o que o outro pensa. A hermenêutica filosófica não pressupõe nenhuma neutralidade quanto à coisa ou um anulamento do sujeito cognoscente, pois a compreensão sempre vem precedida de uma autocrítica, inclusive com relação às verdades que o intérprete entenda possuir.[22] No plano do direito, possível dizer que não há como compreender sem se comprometer criticamente com a prática jurídica interpretada, pois como adverte Eros Grau, "a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas." [23]

O quinto, e quiçá principal elemento condicionante a ser desvelado neste ensaio, é a *ausência de separação entre sujeito e objeto*, pois a própria pessoa do intérprete não se encontra dissociada das conclusões de seu procedimento compreensivo. Como bem observa Gadamer, "o ser próprio daquele que conhece também entra em jogo no ato de conhecer",[24] até porque não se verifica um distanciamento dos pólos (sujeito e objeto) no contexto da historicidade do compreender: ambos estão mergulhados numa certa tradição.[25] Nenhuma atividade do intérprete, operador jurídico ou pesquisador está livre de sua condição concreta e situada, razão pela qual sua compreensão também faz parte do seu modo de *ser-no-mundo*.

22. GADAMER, op. cit., 2005, p. 355 e 385-386; GADAMER, op. cit., 2004, p. 76 e 141; GADAMER, op. cit., 2003, p. 104.
23. GRAU, op. cit., 2003, p. 51 e 204-205. Mister se faz destacar que o reconhecimento do caráter construtivo, incompleto e crítico da interpretação não deve conduzir ao entendimento de que haja uma total liberdade ao intérprete, no sentido de que não exista significado algum antes do término do *iter* hermenêutico. Além da força vinculante do objeto interpretado, há significados mínimos incorporados à coisa e à própria linguagem, os quais preexistem ao processo interpretativo individual. A contribuição produtiva do intérprete não legitima o caráter arbitrário das pressuposições subjetivas, pois o objeto da interpretação continua sendo o único critério dotado de validade (GADAMER, op. cit., 2004, p. 132; ÁVILA, op. cit., 2006, p. 32-35).
24. GADAMER, op. cit., 2005, p. 631. No mesmo sentido: REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 68-69; LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. São Paulo: Ed. 34, [s.d.], p. 35.
25. STEIN, op. cit., 2004, p. 45 e 109.

O sexto tópico condicionante – que se encontra associado àquele mencionado no parágrafo anterior –, é a importância da *pré-compreensão* (*Vorverständnis*) do intérprete enquanto antecedente necessário ao ato de compreensão, pois o sujeito cognoscente sempre se utiliza de determinados preconceitos (conteúdos, elaborações e diretrizes subjetivas) para desenvolver novas proposições.[26] Para Gadamer, o sujeito compreende a partir de uma base de expectativas de sentido que extrai da sua relação precedente com o assunto, razão pela qual compreender significa ser versado na coisa em questão, e somente secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal.[27] O ideal iluminista da neutralidade – que prega a superação dos preconceitos por meio do uso metodológico e disciplinado da razão (idéia cartesiana do método) –, mostra-se absolutamente inadequado, pois os preconceitos não devem ser vistos de forma negativa, já que em verdade são eles que possibilitam a compreensão, por formarem o horizonte que a possibilita. Como salienta Gadamer, "aquele que busca compreender algo já traz consigo uma antecipação que o liga com o que busca compreender, um consenso de base".[28] Nesse sentido, a questão epistemológica fundamental está em separar os preconceitos legítimos dos ilegítimos,[29] pois não existe compreensão totalmente livre de preconceitos.[30]

O sétimo aspecto a destacar é a *historicidade do fenômeno hermenêutico* que abarca sujeito e objeto da interpretação. Os fenômenos nunca se apresentam em sua pureza objetiva, como se estivessem fora da história e da cultura, sendo sempre matizados, ainda, pelo horizonte daquele que observa, formado pela tradição em que o intérprete se

26. MARTINS-COSTA, op. cit., 2005, p. 129; LARENZ, op. cit., 1989, p. 244.
27. GADAMER, op. cit., 2005, p. 389-390.
28. GADAMER, op. cit., 2004, p. 367-368.
29. Os preconceitos que induzem ao erro são de duas ordens. Primeiro se apresentam aqueles derivados da estima ou autoridade pelos outros (e o texto escrito representa intrinsecamente o mito da autoridade), os quais fazem com que o intérprete não faça uso da razão. Depois, se mostra a precipitação do sujeito, verdadeira culpada pela indução ao erro no uso da razão. Contudo, há de ser salientado que mesmo esses preconceitos tidos como ilegítimos (exemplo: derivados de uma autoridade autoritária) podem se mostrar verdadeiros durante a atividade hermenêutica, pois não há uma relação direta entre ilegitimidade e incorreção (GADAMER, op. cit., 2005, p. 361-362 e 368).
30. GADAMER, op. cit., 2005, p. 367-368 e 631.

acha situado e de onde ele recebe as experiências e preconceitos que o influenciam na compreensão do objeto. A pertença à tradição é uma das condições para a compreensão nas ciências do espírito, não se tratando de uma qualidade restritiva, mas de uma das tantas categorias que tornam possível o conhecimento.[31] Como refere Gadamer, "a história é o que nós fomos antigamente e o que somos agora. É o aspecto vinculador de nosso destino".[32] Conforme sustenta Hesse, "o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por assim dizer, arquimédico, senão somente da situação histórica concreta, na qual ele se encontra".[33] Também por estas questões o sujeito cognoscente não tem acesso direto aos objetos via significado, mas apenas via significado em um mundo histórico e cultural determinado, sendo sua experiência uma experiência sempre historicamente determinada, diversa da realidade objetiva que procura compreender. Desta forma se anula o idealismo da soberania real do sujeito, pois este está sempre marcado pelo efeito pluridirecional da ação histórica e cultural.[34] Nesse sentido, as palavras que constituem o processo nunca são neutras, devendo sempre serem considerados entes habitados por possuírem história.[35]

O oitavo ponto de destaque é a importância decisiva da *dimensão lingüística do fenômeno hermenêutico*. O entendimento entre os seres humanos e o próprio processo de compreensão são acontecimentos de linguagem,[36] pois esta determina tanto o objeto hermenêutico quanto a ação hermenêutica. Gadamer assume a máxima de Schleiermacher de que "tudo o que se deve propor na hermenêutica não é nada mais que linguagem",[37] mas vai além ao afirmar que a linguagem não é um dos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base

31. Idem, p. 430-432.
32. GADAMER, op. cit., 2004, p. 49.
33. HESSE, op. cit., 1998, p. 61.
34. GADAMER, op. cit., 2003, p. 35; STEIN, op. cit., 2004, p. 18-19, 74 e 76.
35. Aulas ministradas na cadeira: Fundamentos culturais do direito privado (DIRP100), por Judith Martins-Costa, proferida em 2008/I, no PPGDir/UFRGS; aula aberta: Diálogos cruzados entre direito e literatura, por Judith Martins-Costa, proferida em 24.06.2008, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS.
36. GADAMER, op. cit., 2004, p. 234-235 e 298-299.
37. GADAMER, op. cit., 2005, p. 495.

absoluta para que este homem tenha um/o mundo que nela se representa. Não existe nenhum lugar fora da experiência de mundo que se dá na linguagem, pois como refere o filósofo alemão, "o ser que pode ser compreendido é linguagem".[38] Em verdade, o que existe é uma relação dialética entre linguagem e realidade: o mundo é mundo apenas quando vêm à linguagem, e a linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo. Esta dimensão representativa da chamada *virada (viragem) lingüística* foi que possibilitou um pensar além da dicotomia sujeito-objeto.[39] A verdade e a realidade detêm inteligibilidade, mas só se determinam plenamente ao vir à linguagem.

No contexto da linguagem, ponto interessante a ser frisado é a dimensão narrativa da atividade hermenêutica, pois não há interpretação sem narração.[40] O intérprete é sempre um narrador, e nessa condição seleciona e refuta elementos ínsitos na condição objetiva da qual ele se distingue e procura compreender. Mesmo não havendo analogia entre ficção e realidade (embora esta seja sempre uma realidade interpretada), saliento que há uma verdadeira articulação entre os processos de produção discursiva e compreensiva do direito e da literatura (associação narrativa), já que o direito também constitui a realidade a partir de suas ficções, de forma semelhante com que labora um autor literário: privilegiando, descartando e hipotetizando determinados dados.[41]

Por fim, saliento a *crítica gadameriana acerca do método*. A hermenêutica filosófica refuta o pensamento cartesiano de que verdade somente pode ser alcançada por meio da utilização de um método

38. Idem, 2005, p. 612; GRONDIN, Jean. *The philosophy of Gadamer*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2003.
39. A virada lingüística foi promovida por Heidegger e Gadamer ao deixarem de reconhecer a linguagem como sendo um terceiro elemento que serviria de instrumento para o conhecimento do objeto, passando a considerá-la como construtora do próprio objeto. Assim, a linguagem evoluiu da condição de instrumento da compreensão para elemento estruturante do compreender (a linguagem dentro do mundo passou a ser a linguagem estruturante do mundo).
40. Aulas ministradas na cadeira: Fundamentos culturais do direito privado (DIRP100), por Judith Martins-Costa, proferida em 2008/I, no PPGDir/UFRGS.

objetivo, pois existem experiências produtoras de verdade fora do caráter lógico-semântico.[42] Para Gadamer, o conhecimento hermenêutico se constitui em uma experiência de verdade que ultrapassa o campo do controle da metodologia científica, pois a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade hermenêutica.

41. DWORKIN, op. cit., 2000, p. 228; OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p. 58. Nesse sentido, me arrisco a afirmar não existir uma diferença ontológica entre a narração contida na sentença judicial e aquela oriunda de uma determinada obra literária. Tanto o operador jurídico quanto o escritor acabam formulando uma narrativa a partir de concepções singulares acerca dos mesmos existenciais da vida humana (v.g., nascimento, morte, relações afetivas etc.), procurando (re)construir a realidade por meio de uma determinada linguagem (técnica e estética, respectivamente). Nesse sentido, o "era uma vez" literário não se encontra tão longe do "trata-se de ação..." com que comumente iniciam os relatórios das decisões judiciais. Contudo, é evidente que a intersecção entre direito e literatura não é constituída apenas por aproximações, mas também por importantes idiossincrasias, inclusive em termos de expectativas. Ao direito, situado no plano deontológico, pedimos os limites da ordem, da segurança e da medida, enquanto com a literatura, que reside na dimensão axiológica, queremos a expansão lúdica da beleza, do sonho e da transgressão. Ademais, embora trabalhem sobre os mesmos elementos da vida humana, a literatura expande o conflito de tais existenciais, enquanto o direito se apropria dos mesmos de forma restritiva e superficial, dissimulando a tensão e amalgamando comportamentos por intermédio de um "discurso jurídico" que não deixa de se constituir em um adaptador social da realidade a determinadas finalidades ideologizadas que muitas vezes se apresentam escondidas ou reprimidas (RAVA, Ben-Hur. A crise do direito e do Estado como crise hermenêutica. *Revista da Ajuris*. 101/31-32, Porto Alegre: Ajuris, mar. 2006).
42. A elaboração de uma concepção de verdade que ultrapassa os limites rígidos do ideal metódico constitui um dos impulsos fundamentais da obra gadameriana. Nas três partes do primeiro volume de *Verdade e método*, Gadamer enfoca a experiência da arte, o conhecimento histórico e a linguagem como elementos possibilitadores de verdade que se encontram fora do caráter lógico-semântico. Para a teoria gadameriana, tais experiências são vias de aproximação da verdade tão ou mais eficazes do que aquelas conduzidas pela experiência científica. STEIN, op. cit., 2004, p. 47 e 82.

Sendo o processo criminal uma instância instrumentalizada que visa elucidar determinados fatos, nele somente pode ser atingida uma verdade que esteja em consonância com as regras do procedimento, as quais limitam as possibilidades de compreensão.[43] Nesse contexto, o processo criminal surge, então, como instância limitadora da possibilidade de se alcançar a verdade real, pois o processo só admite como condição satisfatória de verdade aquilo que satisfaz a suas regras, restringindo o saber ao que é por elas verificável. Dito de outra forma, os pressupostos do procedimento criminal impedem que a verdade alcance toda sua envergadura, pois desacredita certas abordagens que não satisfazem suas regras. Assim, no campo do processo criminal, a possibilidade de alcance da verdade só chega até o limite permitido pelo método adotado. Assim, o processo não pode ser considerado como sendo uma instância garantidora de verdade, pois como todo método deve ter reconhecida sua parcialidade no conjunto da existência humana e de sua racionalidade. Se o sujeito cognoscente é sempre comprometido com sua subjetividade, deve-se considerar que também o método (seja ele qual for) jamais é neutro ou imparcial.[44]

Dito isso, passo a refletir sobre o ideário da verdade real no âmbito do processo criminal enquanto produto de uma atividade hermenêutica que se encontra sempre situada e condicionada pelos elementos que acabo de destacar.

43. Saliento que aqui não pretendo criticar a obrigatoriedade de observância dos operadores jurídicos às regras do processo criminal, mas apenas analisar a influência deste pertencimento na busca pela verdade real.
44. GADAMER, op. cit., 2005, p. 29-31, 349-350 e 631; GADAMER, op. cit., 2004, p. 61-62 e 565; GADAMER, op. cit., 1998, p. 167; GADAMER, op. cit., 2003, p. 47-48; STEIN, op. cit., 2004, p. 47 e 82. É importante salientar que Gadamer jamais empreendeu uma cruzada anticientificista e jamais negou a imprescindibilidade do trabalho metodológico nas ciências do espírito, mas apenas suas pretensões monopolistas, não se podendo dizer, sequer, que sua teoria se encontre em tensão com o *ethos* científico. *A hermenêutica filosófica jamais se apresentou como substituto de uma metodologia científica.* A questão central é saber distinguir até onde a hermenêutica, dando conta da racionalidade que pretende possuir e produzir, pode se utilizar do método científico, e onde a ciência pode se valer da hermenêutica para dar conta de sua própria racionalidade (GADAMER, op. cit., 2005, p. 15; GADAMER, op. cit., 2004, p. 50, 297, 368, 508-509 e 535; GADAMER, op. cit., 1998, p. 159 e 167).

2. A QUESTÃO DA VERDADE COMO PRODUTO DA ATIVIDADE HERMENÊUTICA

A hermenêutica filosófica nunca se assumiu como detentora de uma posição absoluta, mas sim como um caminho de experiência, que se situa em uma das trilhas possíveis para o alcance da verdade. O caminhar por suas paragens oportuniza uma viagem sempre inconclusa, pois sempre haverão novos horizontes a serem desvelados, não havendo um esforço esgotável possível de compreensão interpretativa.

Partindo dos pressupostos da hermenêutica filosófica e ciente de que a idéia de verdade é o objetivo do procedimento hermenêutico,[45] presidindo a vida do investigador de maneira incondicional e inequívoca,[46] proponho a reflexão sobre as seguintes questões: (a) existe uma *verdade* a ser alcançada no âmbito da atividade hermenêutica subjacente ao processo judicial? (b) Em existindo, é possível ao intérprete alcançá-la? (c) Indo além, existe um critério ou parâmetro funcional de aferição da verdade enquanto produto da interpretação?

Para responder a primeira questão (há uma *verdade* a ser alcançada com a atividade hermenêutica?), mister se faz salientar a diferença entre o que seja a realidade fática (objeto de interpretação) e a realidade hermenêutica (resultado da interpretação).[47]

Em meu sentir, os contingenciamentos que atingem o intérprete e suas conclusões hermenêuticas não ilidem a existência de um dado objetivo (realidade fática) que está para além de sua compreensão.[48] O

45. A hermenêutica filosófica não se preocupa diretamente com a certeza se seus postulados, mas sim com a carga de verdade que eles revelam (VILA-CHÃ, João J. Hans-Georg Gadamer. *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, jul.-dez. 2000, p. 305). Sendo distinção importante ao tema em exame nesta segunda parte, saliento que enquanto a verdade é a adequação/conformidade entre o intelecto/razão e a realidade/ser, a certeza é a mera "crença de estarmos de posse da verdade" (MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996, p. 19).
46. GADAMER, op. cit., 2004, p. 57.
47. Interessante o pensamento de Acílio Estanqueiro Rocha, para quem "verdade e realidade são dimensões interconexas, mas que muitas vezes se apresentam em desconexão" (ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. O ideal da Europa: Gadamer e a hermenêutica da alteridade. *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, jul.-dez. 2000, p. 319).

fato do produto da atividade interpretativa (realidade hermenêutica) conseguir (ou não) abarcar completamente essa realidade fática não é uma questão que diga respeito à sua existência, já que esta dimensão objetiva existe independentemente da sua (in)compreensão pelo intérprete.

A hermenêutica filosófica se ocupa apenas do plano hermenêutico, mas a escolha por este foco de análise não conduz à conclusão de que esta teoria da compreensão não aceite a existência de uma determinada realidade objetiva,[49] embora seja certo que este paradigma teórico nega veementemente a possibilidade de um saber absoluto. Minha interpretação sobre a obra gadameriana é a de que o filósofo admite a existência de uma verdade e de um "verdadeiro sentido que há numa coisa" (verdade fática) e, inclusive, de "uma interpretação correta" (verdade hermenêutica).[50] Para mim, *a desconfiança acerca da existência de uma verdade passa apenas pela condição desta verdade em termos hermenêuticos*. Quando se fala da inexistência de uma verdade está se falando da impossibilidade de se alcançar hermeneuticamente esta verdade, mas não se está negando, necessariamente, a existência da mesma.

Gostaria de analisar a questão delineada também sob o ponto de vista teórico. Na discussão que envolve a prevalência entre objetividade e subjetividade na interpretação, duas premissas me parecem

48. Miguel Reale desvela a impossibilidade de se aceitar a idéia como razão (ser) das coisas, como se o pensamento pudesse gerar o ser do qual é pensamento: "O fato de nada poder-se dizer de 'algo' até e enquanto não percebido ou pensado ou em processo de percepção ou cognição, não nos autoriza a inferir que a única realidade concreta seja a do pensamento mesmo no ato de pensar. Seria como dizer que, como nada é suscetível de ser visto sem a luz, a luz é, *in concreto*, o ser de todas as coisas. O pensamento é sempre o pensamento de algo, o que quer dizer momento da captação de algo como objeto que se põe, que se positiva no tempo. (...) também seria absurdo pretender que somente seja real o que esteja *in acto*, trazido à atualidade da consciência". Em síntese, o objeto jamais se reduz ao sujeito (REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 61, 104, 107 e 249).
49. Como refere Bruno Latour, "não são os homens que fazem a natureza, ela existe desde sempre e sempre esteve presente, tudo que fazemos é descobrir seus segredos". LATOUR, op. cit., p. 36.
50. GADAMER, op. cit., 2005, p. 29 e 395; GADAMER, op. cit., 2003, p. 116.

verdadeiras. Primeiro: existe uma realidade objetiva (dados e circunstâncias) que existe independentemente do intérprete, o qual depende destas circunstâncias para a construção de sua compreensão hermenêutica (força vinculante do objeto interpretado).[51] Segundo: a atividade hermenêutica somente faz sentido em relação ao intérprete (caráter produtivo da interpretação), sendo inegável que a construção da realidade depende da subjetividade do agente (inexistência da separação entre sujeito e objeto), embora a compreensão jamais seja um comportamento completamente subjetivo frente ao objeto.[52] Seriam estas conclusões inconciliáveis? Entendo que não, pois os entendimentos supramencionados trabalham em diferentes aspectos do problema hermenêutico, restando por condicionar e enclausurar o desenvolvimento da análise, merecendo que seja dada a possibilidade para a realização de uma fusão destes horizontes.[53]

A prevalência do aspecto subjetivo do intérprete (experiência pessoal de quem está no mundo),[54] que constrói hermenêuticamente a realidade a partir de uma realidade objetiva, não invalida a existência autônoma desta realidade em sua condição existencial apartada do sujeito. Sob esta perspectiva, *embora o objeto exista independentemente do sujeito, ele não tem sentido (hermenêutico) fora da relação com este sujeito.*[55] Transportando esta lição para o objeto deste ensaio, poder-se-ia dizer que embora exista uma verdade real cuja existência independe do sujeito, esta não tem sentido senão em relação ao sujeito cognoscente. Portanto, o que aqui interessa averiguar é a questão da verdade

51. Sendo que a compreensão depende da linguagem, como já frisado, mister se faz esclarecer que o mundo existe independentemente da enunciação lingüística, pois apagar a linguagem não faz as coisas enquanto tais desaparecerem, mas para o sujeito as coisas que estão no mundo existem somente se compreendidas, o que se dá, invariavelmente, por meio da linguagem.
52. GADAMER, op. cit., 2005, p. 18.
53. Richard Palmer entende haver espaço para uma hermenêutica orientada pela objetividade e método e outra pela historicidade da compreensão, sendo o fenômeno hermenêutico amplo e complexo demais para abarcar apenas uma concepção (PALMER, op. cit., 1997, p. 68 e 75-76).
54. PALMER, op. cit., 1997, p. 21-22.

em termos hermenêuticos, pois a verdade objetiva somente se encontra acessível ao conhecimento humano por intermédio da interpretação.

Do ponto de vista hermenêutico, a verdade não é algo dado, mas em constante construção pelo intérprete (irrepetível e finito) perante a sua situação no mundo.[56] A verdade hermenêutica está relacionada exatamente com a abertura do intérprete para a realidade que existe para além dele (força vinculante do objeto interpretado), ou seja, o verdadeiro sentido diz com aquele possibilitado pela coisa mesma, convalidado na relação sujeito-objeto, e nunca esgotado, tendo em vista a incompletude do compreender. Citando Aristóteles, salienta Gadamer que, embora não haja um enunciado que seja verdadeiro de modo absoluto,[57] pode-se dizer que "um juízo é verdadeiro quando deixa e propõe uma reunião daquilo que está reunido na coisa; um juízo é falso quando deixa e propõe uma reunião no discurso daquilo que não está reunido na coisa", surgindo a correição[58] quando o significado alcançado, que será transmitido pelo discurso, é adequado com relação ao objeto (*veritas est adaequatio intellectus ad rem*: verdade é a adequação do conhecimento com a coisa). O *intellectus* que se expressa no discurso deve se adequar às coisas como elas realmente são.[59] No

55. Idem, p. 34. O intérprete constrói hermeneuticamente o objeto interpretado, mas a existência do objeto não depende desse agir hermenêutico do intérprete. A radicalização do entendimento de que é o intérprete que constrói o objeto, sem a mediação aqui exposta, levaria a conclusão de que a realidade só existe a partir do "eu", e que o mundo inexiste independentemente do sujeito cognoscente. O entendimento que aqui defendo aceita a ausência de separação entre sujeito e objeto na interpretação, mas ressalta que esse amálgama subsiste no plano do *iter* hermenêutico.
56. O grande choque trazido pela teoria gadameriana à tradição analítica é o entendimento de que a verdade, em termos hermenêuticos, é um acontecer (da arte, da história, da linguagem etc.), e não necessariamente uma propriedade de proposições que se estabelecem segundo determinados critérios.
57. GADAMER, op. cit., 2004. p. 66.
58. Ao adentrar no plano argumentativo, entendo que não mais podemos falar em verdade, mas sim em correção das conclusões hermenêuticas compartilhadas dialeticamente por intermédio de determinado discurso, do qual é exemplo a sentença judicial.

plano hermenêutico não é o conteúdo em si que constitui a verdade (fática), mas a concordância do resultado da interpretação com ele.[60]

Adentrado na segunda questão (é possível ao intérprete alcançar a verdade?), que é o ponto nodal do tema em exame, me parece verdadeiro referir que a pretensão de alcançar um sentido absolutamente verdadeiro no processo de interpretação é absolutamente utópica.[61]

Tendo em vista os aspectos destacados na primeira parte deste ensaio, pode-se concluir que uma exegese definitiva, que alcançasse com exatidão a realidade objetiva interpretada, é um ideal desprovido de fundamento, pois a atividade interpretativa é algo que está sempre a caminho, que nunca conclui,[62] com o que concorda Emilio Betti, para quem "nenhuma interpretação, por mais válida e convincente que seja, pode impor-se à humanidade como definitiva".[63] Toda e qualquer experiência humana é uma experiência intencional, concreta e situada, representativa de um *continuum* entre aquilo que se quer compreender e a história pessoal do sujeito que compreende.[64] Como bem refere Gadamer, "para una conciencia finita e histórica, la identidad absoluta de la conciencia y del objeto es algo fuera de alcance; se halla siempre sumergida en las influencias históricas." [65]

Contudo, a conclusão de que a atividade hermenêutica, apesar de almejar sempre a melhor interpretação, nunca será definitiva, não está alicerçada apenas na dependência dos elementos condicionantes já

59. GADAMER, op. cit., 2004, p. 60-61.
60. Do ponto de vista prático, a busca pela verdade não pode se transformar em intolerância e surdez quanto ao objeto. Como refere Gadamer, "ninguém é mais intolerante do que aquele que quer comprovar que aquilo que ele diz deve ser a verdade" (GADAMER, op. cit., 2004, p. 58).
61. Sendo a interpretação verdadeira aquela que alcança com absoluta perfeição a realidade (objetividade da situação complexa examinada), torna-se conceitualmente inatingível pelo intérprete finito e marcado pela radicalidade do *Dasein*, embora em tese não deixe de ser possível a sua ocorrência. Porém, como sabemos, "toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica a que pertence" (GADAMER, op. cit., 2005, p. 514).
62. GADAMER, op. cit., 2004, p. 231; GADAMER, op. cit., 1983, p. 71; GADAMER, op. cit., 1998, p. 76.
63. BETTI, op. cit., 2007, p. LXXXVIII.
64. REALE, op. cit., 1999, p. 111.

enfrentados. A este aspecto somam-se a inesgotabilidade dos conteúdos de sentido a serem compreendidos (inabarcável infinitude das peculiaridades dos fatos concretos)[66] e a permanente mutação das relações da vida, que colocam o hermeneuta constantemente perante novas posições, a partir do que merece destaque o pensamento de Bruno Latour: "a cada vez, tanto o contexto quanto a pessoa humana encontram-se redefinidos." [67]

O que se alcança como verdade no processo hermenêutico tem sempre sua própria temporalidade e historicidade,[68] sendo a pretensão de verdade hermenêutica construída coletivamente no desenvolvimento do conhecimento humano, por intermédio do trabalho de diversos intérpretes.[69] Como o entendimento é compreendido por meio da perspectiva de determinada situação hermenêutica, nunca poderá ser o reflexo exato da realidade objetiva, o que não impede o juízo de correção e de eleição entre interpretações. Nesse sentido o entendimento de Eros Roberto Grau:

"(...) é certo que os fatos não são, fora de seu relato (isto é, fora do relato a que correspondem), o que são. O que desejo afirmar é a fragilidade do compromisso entre o relato e seu objeto, entre o relato e o relatado.

Esse compromisso é, antes de mais nada, comprometido em razão (1) de jamais descrevermos a realidade; o que descrevemos é o

65. GADAMER, op. cit., 2003, p. 59. Como bem assevera Larenz, apesar de toda interpretação pretender ser uma exegese correta, no sentido de conhecimento adequado, apoiado em razões compreensíveis, "não existe, no entanto, uma interpretação absolutamente correta, no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas" (LARENZ, op. cit., 1989, p. 378).
66. Analisando o plano normativo, Erich Danz observa que "a vida real ri, um dia e outro, da previsão do legislador", o que denota importante observação no aspecto hermenêutico, ao demonstrar a impossibilidade de completude do processo judicial, com relação à realidade social que pretende representar. DANZ, op. cit., 1955, p. 130-131.
67. LATOUR, op. cit., p. 10.
68. O raciocinar é sempre contextual, pois não há experiência sem referência. Aulas ministradas na cadeira: Fundamentos culturais do direito privado (DIRP100), por Judith Martins-Costa, proferida em 2008/1, no PPGDir/UFRGS.
69. GADAMER, op. cit., 2004, p. 71 e 305.

nosso modo de ver a realidade. Além de não descrevermos a realidade, porém o nosso modo de ver a realidade, (2a) essa mesma realidade determina o nosso pensamento e, (2b) ao descrevermos a realidade, nossa descrição da realidade será determinada (i) pela nossa pré-compreensão dela (= da realidade) e (ii) pelo lugar que ocupamos ao descrever a realidade (= nosso lugar no mundo e lugar desde o qual pensamos). (...)

Também no que tange aos fatos não existe, no direito, o *verdadeiro*. Inútil buscarmos a *verdade dos fatos*, porque os fatos que importarão na e para a construção da norma são aqueles recebidos/percebidos pelo intérprete – eles, como são percebidos pelo intérprete, é que informarão/conformarão a produção/criação da norma".[70]

Ao se perguntar pela verdade o intérprete sempre se encontra preso à sua *situação hermenêutica* (delineada por sua finitude, historicidade e preconceitos), o que o impede de conhecer muita coisa do que é verdadeiro.[71] A filosofia de Gadamer, aceitando o caráter produtivo da finitude e da pré-compreensão, corretamente fulmina a possibilidade de uma verdade representacional absoluta, pois evidencia a impossibilidade de interpelar o ser em si, mas, tão-somente, o ser no mundo.[72]

O que verdadeiramente interessa à compreensão no âmbito do processo criminal é a sua pretensão de correção em relação à determinada situação hermenêutica, a partir da qual se pode avaliar um determinado entendimento como sendo falso ou verdadeiro (correto ou incorreto em termos de uma terminologia metodológica).[73] Sob o prisma dessa situação hermenêutica, pode-se falar em uma *melhor interpretação*, do

70. GRAU, op. cit., 2003, p. 33.
71. GADAMER, op. cit., 2004. p. 65.
72. STEIN, op. cit., 2004, p. 19-21, 66 e 68-69.
73. Aqui proponho uma comparação entre resultados interpretativos sob a mesma situação hermenêutica, algo realizado de um ponto de vista eminentemente teórico. Sob o filtro da situação hermenêutica está correto Gadamer quando afirma que "quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente" (GADAMER, op. cit., 2005, p. 392). No sentido gadameriano do processo hermenêutico realmente não há falar em um compreender melhor, sequer sob o ponto de vista de possui um maior conhecimento sobre determinada coisa, pois esta sempre é mediada pela presença do intérprete.

ponto de vista de que determinada compreensão se aproxime mais (ou menos) da realidade objetiva do que outra, o que no plano prático passa a interessar à teoria da argumentação, posto inexistir operador capaz de julgar esta validade objetiva em termos hermenêuticos.

A relação da situação hermenêutica do intérprete com o produto de sua interpretação é algo determinante. A verdade hermenêutica não é estática, pela simples razão de que a realidade fática não o é, sendo mutável pelo transcurso do tempo e pela ocorrência dos fatos.[74] Em interessante passagem, Gadamer refere que "embora deva ser compreendido cada vez diferente, um texto continua sendo o mesmo texto que se apresenta cada vez diferente", sendo que "com isso não se relativiza em nada a pretensão de verdade de qualquer interpretação", especialmente devido ao seu caráter lingüístico.[75]

Embora a verdade gadameriana somente seja alcançada contextualmente, ela não se prende às margens da subjetividade, pois reivindica a universalidade, ou seja, uma carga de validade que ultrapassa as marcas da existência finita, por intermédio dos prismas da *história do efeito* e da *linguagem*.[76]

Se não há falar em uma verdade enquanto conceito estanque e objetificado (fora da história), é possível falar na existência de uma verdade hermenêutica quando o objeto é analisado sob a mesma *situação hermenêutica*, uma vez que os preconceitos ilegítimos do intérprete, que permeiam sua subjetividade, devem ser rechaçados por meio de perguntas orientadas pela coisa interpretada,[77] o que indica a necessidade do sujeito *deixar a coisa falar*, em razão da força vinculante do objeto interpretado.[78] Se nessas condições, que extrapolam a subjetividade individual, existem divergências interpretativas fundamentais, alguma concepção de sentido está incorreta.

74. GADAMER, op. cit., 2005, p. 408; Gadamer, op. cit., 2004, p. 479.
75. GADAMER, op. cit., 2005, p. 515.
76. Stein refere que a filosofia sempre recorreu a um fundamento empírico ou a um fundamento último de verdade, sendo a hermenêutica filosófica a incômoda verdade que se assenta entre a verdade empírica e a verdade absoluta, pois na teoria gadameriana a verdade se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. A hermenêutica filosófica estabelece a racionalidade de uma verdade que não pode ser provada empiricamente ou por meio de um fundamento último. STEIN, op. cit., 2004, p. 48.

Este é um ponto que tenho como fundamental: *o resultado da interpretação pode se mostrar incorreto, não se podendo aceitar a correção de uma dupla verdade sob a mesma situação hermenêutica*, a qual não pode ser entendida como sendo um paradigma individual, sob pena de falecer a pretensão de universalidade da atividade hermenêutica. O próprio Gadamer afirma expressamente que "a dupla possibilidade de

77. Toda suspensão de juízos, começando pelos preconceitos, tem a estrutura da pergunta orientada heideggeriana, cuja formulação – que se faz perante o objeto e determinada situação hermenêutica (conjugação da pré-compreensão do sujeito com o horizonte do objeto interpretado) – se constitui na tarefa mais importante na construção dialógica do compreender. Aprender a perguntar marca o primeiro movimento no processo do compreender e se constitui no caminho para o saber, pois permite que o intérprete vá ao encontro dos opostos, pensando as possibilidades como possibilidades, suspendendo a sua noção de verdade e alcançando as hipóteses que ficaram em suspenso. Perguntar é, então, um experimentar de variáveis. A dialética da pergunta e resposta precede, inclusive, a dialética da interpretação e determina a compreensão como um acontecer (GADAMER, op. cit., 2005, p. 473-474, 476-478, 489 e 60; GADAMER, op. cit., 2004, p. 70-71 e 81; GADAMER, op. cit., 1998, p. 101-102).
78. Gadamer sustenta o caráter vinculante do objeto interpretado, ou seja, que há uma pertença do sujeito cognoscente com relação ao objeto a ser conhecido (um constante atuar da coisa sobre o sujeito), razão pela qual há a necessidade imperativa do intérprete deixar a coisa falar. No universo gadameriano, a tarefa primordial, constante e definitiva da interpretação é não permitir que a *posição prévia, visão prévia e concepção prévia* sejam impostas perante o objeto e o sobrepujem fora da relação da circularidade hermenêutica, pois a compreensão deve surgir da coisa ela mesma. Toda interpretação que se pretenda correta tem de se proteger das arbitrariedades subjetivas, sendo tarefa primeira, constante e última do intérprete focar seu olhar no objeto interpretado, superando a estranheza e se apropriando do estranho. *O compreender exige a abertura do intérprete para a opinião do outro ou para a opinião do texto, de modo que esteja disposto a deixar valer algo contra si, ainda que não haja nada ou ninguém que assim o exija, além de seu rigor ou consciência científica* (GADAMER, op. cit., 2005, p. 355-358 e 472; GADAMER, op. cit., 2004, p. 331). Nesse sentido, salienta Gadamer que "a tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre co-determinada por esta" (GADAMER, op. cit., 2005, p. 358).

compreensão é sempre um conflito".[79] Embora esta premissa pareça um tanto quanto óbvia, deve ser ressaltada, especialmente para reforçar a idéia de que a produtividade do *iter* hermenêutico em nada abala a pretensão de verdade da interpretação, pois *o resultado do processo hermenêutico é uma construção da verdade, mas não é a verdade em si.*

O fato de que a relação entre realidade objetiva e realidade hermenêutica é extremamente complexa me parece incontroverso, mas o problema se acentua quando analisada a estrutura interna da atividade interpretativa, que é a dimensão aqui enfocada. Exemplificando as circunstâncias do caso, objetos do processo criminal são realidades fáticas que existem independentemente da atividade hermenêutica, embora somente sejam apreensíveis ao saber humano (do julgador) por intermédio do procedimento hermenêutico. Se a finitude do sujeito e o caráter histórico e lingüístico da compreensão já condicionam, de antemão, a (im)possibilidade do intérprete alcançar a própria realidade objetiva, deve-se ter em conta que a incompletude da atividade hermenêutica alcança também as realidades que existem apenas no plano hermenêutico, como é o caso do resultado da interpretação e qualificação jurídica dos fatos (processo de subsunção).

A sentença a ser prolatada no processo criminal é construída enquanto produto da atividade hermenêutica, ou seja, é uma realidade hermenêutica em si, produto de uma atividade interpretativa que pode ser considerada correta ou incorreta perante determinada situação hermenêutica. Em sua tentativa exegética, o julgador se debruça sobre elementos concretos, mas além da apreensão destes dados somente ocorrer por intermédio da atividade interpretativa, a conclusão hermenêutica será uma realidade (hermenêutica) que também se encontra limitada pelos pressupostos condicionantes da compreensão. Assim, não é apenas a realidade objetiva que se encontra subjugada aos elementos que condicionam a compreensão.

Encarando a terceira questão proposta (existe um critério ou parâmetro funcional de aferição da verdade/correção do produto da interpretação?), ressalto que, em face das condições peculiares de seu conceito de verdade, na hermenêutica filosófica gadameriana não se tem um parâmetro absolutamente seguro que permita distinguir uma contribuição autêntica de uma mera pretensão de verdade, sendo que

79. GADAMER, op. cit., 2004, p. 416.

para a distinção entre o verdadeiro e o falso nas ciências do espírito, o sujeito cognoscente dispõe "somente" de seu discurso,[80] ou seja, a resposta desta questão está situada no plano da teoria da argumentação. Como salienta o filósofo alemão, "a reflexão hermenêutica limita-se a abrir possibilidades de conhecimento que sem ela não seriam percebidas. Ela não oferece um critério de verdade".[81] A verdade hermenêutica não pode ser demonstrada objetivamente, senão com a explicitação do acordo temático que nos liga ao objeto interpretado.[82] A necessidade de abertura do intérprete para a alteridade da coisa, deixando que esta lhe fale algo contra suas próprias convicções (força vinculante do objeto interpretado), parece ser o grande critério gadameriano de aferição da correção do produto da interpretação.[83]

Assim, reafirmo que o relevante problema atinente à aferição da verdade/correção do produto da interpretação se encontra situado no plano da argumentação.[84] No aspecto jurídico isso me parece muito claro. Se no plano hermenêutico descabe ao sujeito cognoscente recorrer a argumentos de autoridade (v.g., a decisão judicial de tribunal superior não é mais verdadeira/correta do que aquela proferida pela instância inferior simplesmente pela hierarquia), no que se refere à atribuição de eficácia da decisão passa a ser enormemente relevante a estrutura administrativa do sistema jurídico e o aspecto da autoridade (exemplo: a decisão do tribunal superior necessariamente derroga o julgado da instância inferior).[85] Em síntese: enquanto a questão da

80. GADAMER, op. cit., 2004, p. 53 e 56. Saliento que a questão da verdade não pode ser colocada como simples demonstração discursiva, pois no entendimento gadameriano verdade é desocultação, sendo o discurso mera demonstração do produto da interpretação (GADAMER, op. cit., 2004, p. 60). É evidente que este comentário não ignora ou desconsidera a importância da teoria da argumentação como forma de externalização das conclusões interpretativas, dimensão esta que também contempla seus próprios juízos de correção e incorreção da atividade do sujeito.
81. GADAMER, op. cit., 2004, p. 307.
82. Idem, p. 490.
83. GRAU, op. cit., 2003, p. 109. A pretensão de aferição e controle da verdade na hermenêutica é intrínseca ao pensamento metodológico, como se verifica com as regras de interpretação e os cânones hermenêuticos explicitados por Betti. Em meu entender, esta análise está fora do foco da preocupação filosófica de Gadamer.

verdade possui enorme significância na descoberta e desvelamento do objeto interpretado, torna-se secundária no plano da atribuição de eficácia jurídica do ato de compreensão, como ocorre no caso específico da decisão judicial.

Contudo, mesmo nesse plano deve-se buscar critérios de reafirmação da existência de correção, com o abandono da tese da *interpretação razoável*,[86] pela qual dever-se-ia aceitar uma interpretação da norma que, embora não seja a mais correta, seja, todavia, razoável, o que vem recebendo sistemática oposição e resistência de nossos tribunais superiores.[87]

3. Conclusão

A verdade real jamais pode ser considerada como sendo o objetivo perseguido com a instrução criminal, e muito menos servir de

84. Embora a questão da retórica traga importantes complementos ao marco teórico aqui apresentado – principalmente no que respeita a explicitação de conteúdos do procedimento compreensivo (Gadamer, op. cit., 2004, p. 339) –, entendo que a explicitação da compreensão, em termos de construção de um raciocínio jurídico, se constitui em um momento posterior ao fenômeno hermenêutico, pois como salienta Gadamer, "quem quer compreender não precisa afirmar o que compreende" (Gadamer, op. cit., 2004, p. 317). Mas embora sejam momentos distintos, há uma inegável relação de complementação entre interpretação e argumentação, pois se de um lado o caráter dialógico da compreensão exige o uso da argumentação entre os locutores (sujeitos e objetos), de outro a argumentação pressupõe a interpretação, pois só argumenta legitimamente quem compreende a coisa e o outro. Ademais, é inequívoca a necessidade da compreensão vir à tona, o que se dá por meio da argumentação.
85. Aulas ministradas na cadeira: Tópicos Avançados de Direito Civil Constitucional II, por Luis Renato Ferreira da Silva, proferida em 2008/I, no PPG/PUCRS.
86. A tese da interpretação razoável se encontra consubstanciada nas Súmulas 343 e 400 do STF.
87. "Em matéria constitucional não há que se cogitar de interpretação razoável. A exegese de preceito inscrito na Constituição da República, muito mais do que simplesmente razoável, há de ser juridicamente correta" (STF, AgRg no AgIn 145.680/SP, 1.ª T., j. 13.04.1993, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 30.04.1993). No mesmo sentido o entendimento do STJ, REsp 1.026.234/DF, 1.ª T. j. 27.05.2008, rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 11.06.2008.

argumento para que o julgador avoque para si atividades processuais que cabem aquele que detém a legitimidade constitucional para a proposta e manejo da pretensão acusatória.[88] Em face do exposto neste ensaio, é imperioso concluir que a relação entre fato e julgado é de uma conformidade meramente relativa.

O presente artigo pretendeu demonstrar que a desvalia do princípio da verdade real enquanto princípio informador do processo penal não se fundamenta apenas nos limites das regras do procedimento criminal e da perspectiva constitucional de nosso sistema acusatório, sendo também conseqüência dos elementos condicionantes das possibilidades humanas do compreender. Assim, no processo penal, a verdade real, antes de ser um dogma, não passa de um conto fantástico.

Como refere Luigi Ferrajoli, afigura-se impossível formular um critério seguro de verdade acerca de uma tese jurídica, visto que a verdade *certa*, *objetiva* ou *absoluta* representa sempre a expressão de um ideal inalcançável.[89] Nesses termos, o processo penal surge como veículo utópico à utópica pretensão do alcance da verdade real, pois sequer as verdades científicas das ciências naturais, alcançadas por meios muito mais amplos e livres do que a regulamentação processual, podem ser concebidas como sendo verdades materiais e eternas.[90]

Na realidade, o processo criminal não passa de um elemento limitador à investigação do real, sendo falaciosa a pretensão de transformá-lo em instrumento apto ao alcance de uma verdade absoluta. Não me parece possível ignorar a realidade imposta pela obediência aos métodos de acertamento regrados em nosso Estado Democrático de Direito. A reconstrução processual-histórica permite, quando muito, o descortinamento de certos aspectos da verdade situados em um ponto possível de ser atingido em um caminhar procedimentalizado.[91] Como refere Miguel Reale, é incindível a relação entre o pensamento e o real,

88. Nos termos do art. 129, I, da CF/1988, é tarefa privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública.
89. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 50.
90. DE SANTO, Víctor. *La prueba judicial: teoría y práctica*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 12-13.
91. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 114.

e esta dimensão, "a rigor, só existe sob o prisma gnoseológico, enquanto se converte em objeto." [92]

Resta ao processo a conformação e a aceitação de uma verdade processual, atinente apenas à certeza acerca dos fatos (a ser alcançada nos limites estritos do sistema processual), condição necessária para o alcance do teor de justiça do decidido. Sendo certo que o processo criminal não se compadece com a verdade meramente formal (aquela construída por sobre presunções), se faz necessária tanto a correção terminológica e de conteúdo à superada adjetivação da verdade como real, quanto a mitigação das potencialidades práticas e teóricas do princípio da verdade real no âmbito do sistema procedimental brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCARELLI, Tullio. Giurisprudenza constituzionale e teoria dell'interpretazione. In: _____. *Problemi giuridici*. Milano: Giuffrè. 1959. t. I.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria generale della interpretazione*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1990.

DANZ, Erich. *La interpretación de los negocios jurídicos*. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

DE SANTO, Víctor. *La prueba judicial: teoría y práctica*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individualizione de diritto*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FREITAS, Juarez. Hermenêutica jurídica: o juiz só aplica a lei injusta se quiser. *Revista da Ajuris* 40/39, Porto Alegre: Ajuris, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *El giro hermenéutico*. Madrid: Rogar, 1998.

92. REALE, op. cit., 1999, p. 33 e 95.

_____. *El problema de la conciencia histórica*. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

_____. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. vol. 1.

_____. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. vol. 2.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRONDIN, Jean. *The philosophy of Gadamer*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Safe, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. São: Paulo: Ed. 34, [s.d.].

MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (orgs.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2005. vol. 4.

_____. Prefácio. In: CACHAPUZ, Maria Claudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*. Porto Alegre: Safe, 2006.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1997.

RAVA, Ben-Hur. A crise do direito e do Estado como uma crise hermenêutica. *Revista da Ajuris* 101/23, Porto Alegre: Ajuris, mar. 2006.

REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. O ideal da Europa: Gadamer e a hermenêutica da alteridade. *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, jul.-dez. 2000, p. 319.

SANTO AGOSTINHO. *Confessionum*. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1955.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VILA-CHÃ, João J. Hans-Georg Gadamer. *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 56, fasc. 3-4, Braga: Faculdade de Filosofia de Braga, jul.-dez. 2000, p. 299.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Safe, 1994. vol. 1.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

2

A execução antecipada da pena nos tribunais superiores brasileiros: os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade

JOÃO PEDRO PEREIRA BRANDÃO

Especialista em Direito Penal Econômico pelo GVlaw (FGV). Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Constitucional

RESUMO: Esta pesquisa tem como objeto de estudo os diferentes entendimentos adotados pelos julgadores do STJ e do STF sobre a execução antecipada da pena, através de um enfoque empírico-jurisprudencial, tendo em vista a garantia da presunção de não-culpabilidade prevista no art. 5.º, LVII, da CF/1988 e demais dispositivos normativos referentes ao tema. A principal conclusão retirada da análise dos dados coletados nos indica que, no período compreendido entre 2006 e 2007, não havia entendimento pacífico ou um consenso, entre os julgadores dos tribunais superiores, sobre a constitucionalidade da execução antecipada da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Execução antecipada da pena – Execução provisória – Presunção de inocência – Presunção de não-culpabilidade – Prisão cautelar.

ABSTRACT: This paper has the objective of studying different interpretive methods adopted by the judges of the "Superior Tribunal de Justiça" [The Superior Court of Justice] and the "Supremo Tribunal Federal" [The Supreme Court] regarding the sentencing of provisional imprisonment, through an empirical analysis of the jurisprudence, in light of the guarantee of the presumption of innocence mandated in art. 5, section 57 of the Brazilian Constitution of 1988 and other relevant normative provisions. The primary conclusion drawn from the analysis of the data collected is that, between 2006 and 2007 there was no consensus among judges of the Brazilian federal appellate courts about the constitutionality of provisional imprisonment.

KEYWORDS: Provisional imprisonment – Presumption of innocence – Presumption of non-culpability – Protective custody.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Metodologia e técnica de pesquisa – 2. Breves considerações sobre a execução antecipada da pena e dispositivos normativos pertinentes ao tema: 2.1 Comentários preliminares à execução antecipada da pena; 2.2 O arcabouço normativo atinente à execução antecipada da pena – 3. Análise dos dados coletados na pesquisa: 3.1 Apresentação dos resultados quantitativos: 3.1.1 Distribuição pelo Estado de origem do recurso/ação; 3.1.2 Espécie de recurso ou ação; 3.1.3 Unanimidade das decisões; 3.1.4 Decisões agregadas pelo resultado sobre execução antecipada da pena no STF (turmas e relatores); 3.1.5 Decisões agregadas pelo resultado sobre execução antecipada da pena no STJ (turmas e relatores); 3.2 Decisões que reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena desagregadas por argumentos utilizados na fundamentação (STF e STJ): 3.2.1 Análise dos acórdãos do STF; 3.2.2 Análise dos acórdãos do STJ; 3.3 Decisões que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena desagregadas por argumentos utilizados na fundamentação (STF e STJ); 3.4 STF x STJ: análise comparativa quantitativa das decisões sobre a execução antecipada da pena; 3.5 STF: 1.ª Turma x 2.ª Turma: análise comparativa quantitativa das decisões sobre a execução antecipada da pena; 3.6 STJ: 5.ª Turma x 6.ª Turma: análise comparativa quantitativa das decisões sobre a execução antecipada da pena; 3.7 Tipo de crime: distribuição de acórdãos sobre execução antecipada da pena por tipificação do juízo de primeira instância e tribunal – 4. Breves observações sobre a Rcl 2391/PR, o HC 84078-7/MG, a Súmula 347 do STJ e a nova reforma do Código de Processo Penal – 5. Conclusão – Referências bibliográficas – Anexo A – Anexo B.

INTRODUÇÃO[1] [2]

O presente trabalho tem como tema as diferentes aplicações e entendimentos adotados pelos julgadores do STJ e do STF sobre o instituto jurídico da execução antecipada da pena, tendo em vista a garantia da presunção de não-culpabilidade prevista no art. 5.º, LVII, da CF/1988 e demais dispositivos normativos pertinentes.

O trabalho, além de fazer uma breve análise dos dispositivos normativos referentes ao tema, confronta os entendimentos presentes nos

1. Recebimento: 23.12.2008. Aprovação: 27.07.2009.

2. Artigo científico apresentado ao Programa de Educação Continuada e Especialização GVlaw, da Direito GV, da Fundação Getúlio Vargas, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito, no ano letivo de 2008, sob a orientação da Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa.

julgados dos Ministros dos tribunais superiores brasileiros sobre a execução antecipada da pena, compreendidos entre os anos de 2006 e 2007, através de um enfoque empírico-jurisprudencial. São quantificadas e apresentadas as teses vencedoras, bem como os argumentos que as embasam, presentes nos acórdãos encontrados através de pesquisa nos sítios eletrônicos dos referidos tribunais.

Justifica-se esta pesquisa pela importância de se demonstrar se os tribunais superiores brasileiros possuem um entendimento pacífico e unânime sobre o referido instituto e, acima de tudo, quais os critérios utilizados na interpretação da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Assim, a questão a ser respondida com esta pesquisa é: existe uniformidade de entendimentos dentro dos tribunais superiores pátrios acerca da aplicação e constitucionalidade da execução antecipada da pena? Além disso, pretende-se trazer à tona quais são os entendimentos dos julgadores sobre o alcance do disposto no art. 5.°, LVII, da CF/1988 e demais dispositivos normativos referentes ao tema.

A hipótese é de que os tribunais superiores brasileiros e suas Turmas julgadoras fazem uso diferenciado do instituto da execução antecipada da pena dependendo das circunstâncias concretas do caso e dos entendimentos pessoais dos julgadores envolvidos, não havendo um consenso ou entendimento pacífico sobre sua aplicabilidade. Espera-se que, em virtude do recente julgamento do HC 84078-7/MG pelo Plenário do STF, as decisões, tanto dos tribunais superiores quanto das instâncias comuns, sigam uma mesma linha, aguardando-se o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para determinar a execução da pena.

1. Metodologia e técnica de pesquisa

Sendo o foco do presente trabalho uma análise da aplicação e interpretação de determinado instituto jurídico através do estudo da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, cabe aqui uma explicação mais detalhada sobre a metodologia empregada.

O método deste estudo empírico é a verificação da aplicação judicial recente da chamada execução antecipada da pena pelo STJ e STF nos anos de 2006 e 2007.[3]

A técnica utilizada na pesquisa é a busca de um conjunto de acórdãos que versem sobre o tema, através de uma pesquisa por vocábulos específicos nos sítios eletrônicos dos tribunais superiores. Não se pretendeu reunir a totalidade das decisões que trataram da execução antecipada da pena, mas um número que seja representativo do entendimento dos tribunais citados no biênio 2006-2007. Elaborou-se um banco de dados organizado em tabelas com informações relevantes sobre os casos encontrados que serviram de matéria-prima para posterior análise. As informações que fazem parte das tabelas são as seguintes: tribunal responsável pela decisão; vocábulo pesquisado; número de decisões encontradas; data da pesquisa; tipo de ação; número do processo; estado de origem; relator original do acórdão (com eventual menção a novo Ministro designado excepcionalmente para a relatoria); data do julgamento; data da publicação e fonte; e órgão julgador.[4] Nem todos os acórdãos encontrados foram analisados. O critério de seleção dos acórdãos que foram lidos na íntegra, para a verificação minuciosa dos argumentos preponderantes na tomada das decisões vencedoras, está descrito logo abaixo.

Pesquisando-se[5] no sítio eletrônico do STF pela expressão "execução provisória da pena" (entre aspas) dentro do período compreendido entre 01.01.2006 a 31.12.2007, foram encontrados seis documentos. Dentro desta mesma lógica foi pesquisada a expressão "execução antecipada da pena" (entre aspas), com cinco documentos encontrados. Todos os 11 acórdãos[6] do STF encontrados foram objetos de análise no presente trabalho.

3. Esta pesquisa foi iniciada no primeiro semestre do ano de 2008, antes do julgamento do HC 84078-7/MG pelo Plenário do STF, que resolveu a questão, decidindo pela necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início da execução da pena.
4. A ementa e a decisão, bem como o crime que deu origem ao processo não figuram nas tabelas deste artigo por uma questão de espaço, mas podem ser encontradas na versão original deste trabalho que foi apresentado ao Programa de Educação Continuada e Especialização GVlaw, da Direito GV, da Fundação Getúlio Vargas como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito.
5. Disponível em: [www.stf.gov.br]. Acesso em: 19.06.2008.
6. STF, HC 90645; HC 89799; HC 91675; HC 89952; HC 86753; HC 85616; HC 91232; HC 91176; HC 91333; RHC 89550; HC 88174 – tabela com detalhes ao final do trabalho em Anexo A.

Por sua vez, pesquisando-se[7] no sítio eletrônico do STJ pela expressão "execução provisória da pena" (entre aspas) dentro do período compreendido entre 01.01.2006 e 31.12.2007, foram encontrados 122 documentos. Dentro da mesma lógica foi pesquisada a expressão "execução antecipada da pena" (entre aspas), com nenhum documento encontrado. Dentre os 122 acórdãos do STJ encontrados apenas 41 deles[8] foram objeto de análise no presente trabalho, escolhidos aleatoriamente da seguinte forma: enumerando-os em ordem cronológica de 1 a 122, sendo 1 o mais recente e 122 o mais antigo, foram selecionados um a cada três acórdãos na ordem direta (acórdãos 1, 4, 7, 10, 13... e assim por diante).

Totalizando-se 133 acórdãos reunidos para o trabalho, chegamos ao número de 52 documentos que foram analisados.

2. Breves considerações sobre a execução antecipada da pena e dispositivos normativos pertinentes ao tema

2.1 Comentários preliminares à execução antecipada da pena

Dentre os muitos problemas e polêmicas que permeiam a execução penal no Brasil, sejam aqueles levantados por doutrinadores, estudiosos, pesquisadores ou operadores do direito, um dos temas mais recorrentes no debate atual é aquele sobre a execução antecipada da pena. E mais especificamente sobre a constitucionalidade de execução da pena havendo a pendência de recursos sem efeito suspensivo, como o recurso especial e o extraordinário, e sobre a obrigatoriedade de recolhimento à prisão para se apelar de sentença penal condenatória.

Acredito que a intensidade com que o tema vem sendo debatido nos últimos anos se dá em grande parte em virtude da falta de um

7. Disponível em: [http://stj.gov.br]. Acesso em: 19.06.2008.
8. STJ, HC 76725; HC 70472; HC 86860; HC 87253; HC 84555; HC 73537; HC 75613; HC 84842; HC 83276; HC 72727; Rcl 2460; RHC 21451; HC 64067; HC 79635; AgRg na MC 12493; HC 72890; HC 62465; HC 63540; HC 66151; HC 66129; HC 53192; HC 63906; HC 58799; HC 61920; HC 60767; HC 60128; HC 59669; HC 60544; HC 42483; HC 56278; HC 43967; HC 57263; HC 47451; HC 51364; HC 52326; HC 48698; HC 53260; EDcl no HC 30091; HC 48089; HC 44356; HC 48981 – tabela com detalhes ao final do trabalho em Anexo B.

entendimento uniforme, por parte dos tribunais brasileiros, sobre os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade prevista no art. 5.°, LVII, da CF/1988 em face do grande número de disposições infraconstitucionais que tratam, mesmo que tangencialmente, da questão.

Espera-se que daqui para frente a justiça brasileira siga o entendimento adotado pelo STF, dada a palavra final sobre a questão pelo seu Plenário nos autos do HC 84078-7/MG,[9] distribuído em 15.03.2004 de relatoria do Min. Eros Grau, remetido ao Plenário em 24.11.2004[10] e julgado em 05.02.2009.

Certamente a polêmica seria menor ou até inexistiria caso estas diversas disposições infraconstitucionais seguissem na mesma linha, porém o que se percebe é que muitas delas conflitam entre si.

O que se pode dizer com certeza é que os dispositivos atinentes à matéria precisam estar necessariamente alinhados às disposições constitucionais, sob pena de terem sua vigência negada, mais precisamente aquelas insculpidas no art. 5.°, LIV ("ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"),[11] LV ("aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes") e principalmente no inc. LVII ("ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória").

2.2 O arcabouço normativo atinente à execução antecipada da pena

A análise das decisões e entendimentos dos Ministros do STJ e STF não pode ser feita antes que seja exposto o panorama normativo brasileiro que embasa os julgados referentes à questão em estudo.

9. Ainda pendente de julgamento pelo Plenário do STF.
10. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 09.08.2009.
11. Conforme nos ensina Antonio Magalhães Gomes Filho: "Presunção de inocência e *devido processo legal*, na verdade, são conceitos que se complementam, traduzindo a concepção básica de que o reconhecimento da culpabilidade não exige apenas a existência de um processo, mas sobretudo de um processo *justo*, no qual o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito de liberdade do acusado seja feito em termos de equilíbrio". (Gomes Filho, 2006, p. 323).

De um lado temos os dispositivos que poderíamos chamar de caráter "garantista", ao determinar que a execução da pena somente poderá se iniciar após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. De outro temos uma legislação que segue a linha de raciocínio do movimento *law and order*,[12] conforme leciona Alberto Silva Franco (Silva Franco, 2005, p. 96), e que ou condiciona o direito de apelar e de acesso à segunda instância ao efetivo recolhimento do réu à prisão ou determina ser efeito automático da sentença condenatória de primeiro grau a prisão do réu, se ele ainda lá não estiver, configurando-se em ambas as situações a execução antecipada da pena.

Dentre o arcabouço normativo que se considerava vigente no período analisado e que de alguma maneira trata da questão da execução antecipada da pena, o Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941, nosso Código de Processo Penal, é um dos mais polêmicos. Ele trazia em seus arts. 393; 594 e 637,[13] [14] [15] as seguintes disposições: (a) são efeitos da sentença

12. O movimento político criminal denominado *Law and Order* tem como principal bandeira o aumento da repressão penal. Este movimento surgiu na década de 80 nos Estados Unidos da América e na Inglaterra e foi utilizado como estratégia política nas campanhas de Ronald Reagan e Margareth Thatcher. A tática utilizada por este movimento para emplacar-se reside justamente no culto ao medo e na propaganda do aumento de criminalidade. Os integrantes deste movimento passaram a defender o enrijecimento do sistema punitivo, o fim das garantias concedidas aos detentos na fase de execução penal, bem como a reintrodução da pena de morte nos países onde esta fora abolida. Apesar de tal movimento não ter tido amplo acolhimento nas legislações penais ocidentais, pode-se, sem sombra de dúvida, atribuir a ele uma regressão conservadora no Direito Penal e na política criminal adotada em vários países. No Brasil, por exemplo, tal regresso pode ser percebido na Lei 8.072/1990, a chamada Lei dos Crimes Hediondos, bem como na Lei 7.960/1989, que regula a prisão temporária. (Pires e Sales, 2003, p. 299-301).
13. "Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados."
14. "Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto." – Este dispositivo encontra-se atualmente revogado pela Lei 11.719/2008.

condenatória recorrível ser o réu preso ou conservado na prisão e ter seu nome lançado no rol de culpados; (b) a impossibilidade de o réu apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória; e (c) o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo e assim que arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, a execução será iniciada.

Alexandre Wunderlich sustenta que artigos como o art. 594 do CPP teriam, à época, sofrido o "fenômeno da constitucionalização necessária", sendo considerados inconstitucionais diante do sistema vigente (Wunderlich, 2002, p. 506). Roberto Delmanto Júnior também entende que não são aplicáveis as regras do Código de Processo Penal e de outras leis extravagantes que estiverem em dissonância com o texto constitucional surgido posteriormente, sustentando que a Constituição automaticamente os revoga (Delmanto Júnior, 2001, p. 16 e 17).

Na mesma linha do nosso Código de Processo Penal seguem a Lei 7.492, de 16.06.1986 que trata dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional;[16] a Lei 8.072, de 25.07.1990, com alterações introduzidas pela Lei 11.464/2007, que dispõe sobre os crimes hediondos;[17] a Lei 9.034, de 03.05.1995 que trata da prevenção e repressão ao crime organizado;[18] a Lei 9.613, de 03.03.1998 que trata do crime de lavagem de dinheiro;[19] e a Lei 11.343, de 23.08.2006, chamada de Nova Lei de Tóxicos.[20] Em todas elas o legislador institui como regra o recolhimento à prisão para que o réu possa apelar à segunda instância, sendo a

15. "Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença."
16. "Art. 31. Nos crimes previstos nessa Lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá prestar fiança, nem apelar antes de ser recolhido à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva."
17. Art. 2.°, § 3.°: "Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade."
18. "Art. 9.°. O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei."
19. "Art. 3.°. Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade."

exceção a possibilidade de aguardar o reexame da sentença em liberdade, deixando a cargo do magistrado de primeira instância decidir de forma fundamentada se o réu tem direito a este "benefício".

Tais dispositivos, além de ferirem gravemente a presunção de não-culpabilidade, atingem da mesma maneira a garantia do duplo grau de jurisdição, pois que vinculam de forma direta o conhecimento do recurso de apelação ao recolhimento do réu à prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, configurando-se a chamada execução antecipada da pena.

Importante salientar o firme posicionamento de Rogério Lauria Tucci, que leciona inexistir execução provisória no processo penal brasileiro, mas tão-somente modalidades de prisão cautelar, fundadas nos requisitos do art. 312 do CPP (Tucci, 2004, p. 281):

"Ora, isso significa que o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária ou de prisão preventiva.

Ao revés, proferido ato decisório, passível de enfrentamento por um dos recursos em lei previstos – apelação, recurso especial, recurso extraordinário –, mesmo que estes devam ser recebidos apenas no efeito devolutivo, impõe-se, para segregação prévia do condenado, a especificação, no *decisum*, simultaneamente com a condenação, do decreto de prisão preventiva, com supedâneo nos pressupostos (prova de existência do crime e indício suficiente de autoria) e num dos possíveis requisitos (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, aplicação da lei penal) estatuídos no art. 312 do CPP.

A não ser assim, a ordem de prisão, tipicamente processual, presentar-se-á, induvidosamente, equivocada, consistindo em constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do condenado."

Já a Lei 8.038, de 28.05.1990 que institui as normas procedimentais do processamento dos recursos especial e extraordinário, entre outros,[21] pode ser considerada um dos pivôs da polêmica acerca da

20. "Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória."

execução antecipada da pena, pois que é comumente trazida nas decisões judiciais como fundamento da aplicação do instituto jurídico em estudo. Esta lei dispõe que os recursos especial e extraordinário serão recebidos apenas no efeito devolutivo. Nesse sentido a redação do § 2.º do art. 27 deixa a porta aberta para que a garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade seja sistematicamente violada.

A Lei 7.210, de 11.07.1984 (Lei de Execução Penal) já demonstra uma lógica mais alinhada ao "garantismo" que inspiraria a nossa próxima Constituição Federal em 1988. Tanto o art. 105[22] quanto o 147[23] são muito precisos e claros, utilizando-se de termos técnicos específicos, ao estabelecer da mesma forma que a execução da pena aplicada, seja privativa de liberdade ou restritiva de direitos, somente se iniciará após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. As disposições do art. 164[24] reforçam esta idéia, estabelecendo que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial.

De qualquer maneira, toda a legislação precisa necessariamente estar alinhada às disposições da Constituição Federal de 1988, além daquelas constantes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – promulgado pelo Dec. 678/1992). Tais pactos internacionais, por força do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988,[25] foram incorporados ao nosso ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional (Piovesan, 2000, p. 73).[26] Desta forma, estes pactos internacionais assumem o caráter de fontes do direito processual penal

21. Art. 27, § 2.º: "Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo."
22. "Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução."
23. "Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz de execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares."
24. "Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora."

com hierarquia superior às leis ordinárias conforme entendimento de Andrés de La Oliva Santos (1994 apud Delmanto Júnior, 2001, p. 16).

Nesse sentido percebemos que a presença destacada da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade no texto de nossa Lei Maior evidencia uma escolha por um entendimento do processo penal em que a liberdade e a dignidade da pessoa humana são pontos centrais do sistema punitivo (Gomes Filho, 2006, p. 313).

Conforme Antonio Magalhães Gomes Filho leciona:

"Essa opção ficou ainda mais nítida com a subseqüente incorporação ao direito brasileiro de importantes textos internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que igualmente destacam a presunção de inocência como garantia fundamental de toda pessoa submetida a processo criminal."

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de Nova Iorque – promulgado pelo Dec. 592/1992) traz em seu bojo disposições que reafirmam alguns de nossos dispositivos constitucionais bem como outros que ampliam a gama de garantias, como o direito à presunção de inocência enquanto não for legalmente provada sua culpa (art. 14, 2), a vedação ao encarceramento arbitrário (art. 9, 1), a garantia do duplo grau de jurisdição (art. 14, 5) e a impossibilidade de a prisão preventiva ser a regra geral (art. 9, 3) (Delmanto Júnior, 2001, p. 36).

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) dispõe em seu art. 7, n. 2, que ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. Ou seja, deve-se obedecer o que reza a Constituição e as leis que com ela estiverem de acordo. O

25. Art. 5.°, § 2.°: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."
26. No mesmo sentido Roberto Delmanto Júnior (Delmanto Júnior, 2001, p. 16).

seu art. 8, n. 2, também prescreve que toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa (Piovesan, 2000, p. 407-408).

Por outro lado, apesar de, na opinião de alguns, flagrantemente inconstitucional, a execução antecipada da pena pode servir como instrumento de efetivação de garantias, sendo legítima, mesmo que em sede provisória, para a efetivação de certos direitos do preso como, por exemplo, a progressão de regime carcerário e o livramento condicional. Nesta ótica a execução antecipada da pena ganha contornos garantistas (Wunderlich, 2002, p. 503-504). O parágrafo único do art. 2.º da LEP aponta nesse sentido ao dispor que as disposições lá contidas "aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária".

3. Análise dos dados coletados na pesquisa

3.1 Apresentação dos resultados quantitativos

3.1.1 Distribuição pelo Estado de origem do recurso/ação

Como se pode verificar pela leitura da Tabela 1, aproximadamente 73% dos recursos/ações pesquisados e julgados pelos tribunais superiores sobre o tema da execução antecipada da pena são provenientes da região sudeste, com destaque para o Estado de São Paulo que sozinho representa 40,4% do total. Rio de Janeiro e Minas Gerais, outros dois Estados da região, representam cada um 15,4% do total dos casos estudados.

Analisando-se separadamente os tribunais, temos que 75,6% dos recursos/ações julgados pelo STJ e que foram objeto da pesquisa são provenientes da região sudeste, enquanto que no STF este número cai para 54,6%. Contando-se apenas o Estado de São Paulo, verifica-se que 41,5%m dos recursos/ações que chegaram ao STJ e 36,4% daqueles que entraram no STF são provenientes de lá.

Tabela 1 – Distribuição pelo Estado de origem do recurso/ação (Brasil 2006-2007)

Estado de Origem	Tribunal		Total
	STJ	STF	
AM	–	1 (9,1%)	1 (1,9%)
CE	2 (4,9%)	–	2 (3,8%)
DF	1 (2,4%)	–	1 (1,9%)
ES	1 (2,4%)	–	1 (1,9%)
MG	6 (14,6%)	2 (18,2%)	8 (15,4%)
MS	1 (2,4%)	–	1 (1,9%)
PE	2 (4,9%)	2 (18,2%)	4 (7,7%)
PR	–	1 (9,1%)	1 (1,9%)
RJ	8 (19,5%)	–	8 (15,4%)
RS	1 (2,4%)	1 (9,1%)	2 (3,8%)
SC	2 (4,9%)	–	2 (3,8%)
SP	17 (41,5%)	4 (36,4%)	21 (40,4%)
Total	41 (100,0%)	11 (100,0%)	52 (100,0%)

Fonte: sítios eletrônicos do STF e do STJ.

3.1.2 Espécie de recurso ou ação

No que se refere às espécies de recursos ou ações analisadas na pesquisa e que chegaram aos tribunais superiores, aproximadamente 93% dos casos decididos no STJ foram provenientes da impetração de *habeas corpus*, incluindo-se aí também os recursos ordinários em *habeas corpus*, percentual elevadíssimo. Em seguida aparecem, com a mesma freqüência, agravo regimental em medida cautelar, embargos de declaração em *habeas corpus* e reclamação com 2,4% cada um no STJ.

Já no STF, surgiram apenas dois tipos de recursos/ações na pesquisa realizada, quais sejam, *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus*. O STF foi chamado a decidir majoritariamente em *habeas corpus* (90,9%).

Tabela 2 – Tipo de recurso ou ação (Brasil 2006-2007)

Tipo de recurso ou ação	Tribunal		Total
	STJ	STF	
Agravo regimental na medida cautelar	1 (2,4%)	–	1 (1,9%)
Embargos de declaração em *habeas corpus*	1 (2,4%)	–	1 (1,9%)
Habeas corpus	37 (90,2%)	10 (90,9%)	47 (90,4%)
Reclamação	1 (2,4%)	–	1 (1,9%)
Recurso ordinário em *habeas corpus*	1 (2,4%)	1 (9,1%)	2 (3,8%)
Total	41 (100,0%)	11 (100,0%)	52 (100,0%)

Fonte: sítios eletrônicos do STF e do STJ.

3.1.3 Unanimidade das decisões

Com relação à forma de decisão, o estudo fez distinção entre os julgados que foram proclamados por unanimidade, ou seja, naqueles em que todos os juízes decidiram da mesma maneira e, por outro lado, aqueles em que houve divergência com apresentação de voto vencido. Os números são apresentados na Tabela 3.

Tomando-se como base o STF, 63,6% das decisões analisadas neste estudo foram por unanimidade, enquanto que no STJ esse número pula para 95,1%. Agregando-se os dois tribunais temos um total de 88,5% das decisões proferidas de forma unânime. Importante salientar que a forma como foram tomadas as decisões estudadas (unanimidade ou maioria) e que fazem parte desta análise dizem apenas respeito ao tema da execução antecipada da pena. Outros pontos discutidos nos acórdãos pesquisados foram desconsiderados.

Tabela 3 – Distribuição de acórdãos por votação unânime e Tribunais (Brasil 2006-2007)

Votação Unânime	Tribunal		Total
	STF	STJ	
Sim	7 (63,6%)	39 (95,1%)	46 (88,5%)
Não	4 (36,4%)	2 (4,9%)	6 (11,5%)
Total	11 (100,0%)	41 (100,0%)	52 (100,0%)

Fonte: sítios eletrônicos do STF e do STJ.

3.1.4 Decisões agregadas pelo resultado sobre execução antecipada da pena no STF (turmas e relatores)

A Tabela 4 traz as decisões do STF agregadas pelo resultado (sem a descrição pormenorizada dos argumentos específicos utilizados) sobre o entendimento das turmas e relatores acerca da possibilidade jurídica ou não da execução antecipada da pena. Cumpre ressaltar que devido ao pequeno número de decisões encontradas através dos vocábulos pesquisados, não é possível retirarmos conclusões mais contundentes e firmes do entendimento do STF sobre o tema. As decisões encontradas tiveram como relatores somente os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski da 1.ª T. e os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau da 2.ª T.

Através da leitura da referida tabela podemos verificar que dentre todos os acórdãos analisados do STF, 36,4% reconheceram a possibilidade de se executar antecipadamente a pena, enquanto que em 45,5% a decisão foi no sentido da impossibilidade da execução antecipada. Os outros casos (18,2%) tratam de decisões com análise do mérito prejudicada em virtude do trânsito em julgado da sentença.

O confronto entre os entendimentos da 1.ª e 2.ª Turmas do STF será analisado mais profundamente no item 3.5 através da leitura da Tabela 10.

Tabela 4 – STF – Decisões agregadas pelo resultado sobre execução antecipada da pena divididas por turmas e relatores dos acórdãos (Brasil 2006-2007)

STF (acórdãos)	1.ª Turma						2.ª Turma				Total
	Relator do acórdão						Relator do acórdão				
	Marco Aurélio		Cármen Lúcia		Ricardo Lewandowski		Joaquim Barbosa		Eros Grau		
	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	
Decisões que reconhecem a possibilidade da execução antecipada da pena	–	1*	–	1	1	–	1	–	–	–	4 (36,4%)
Decisões que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena	–	–	–	–	–	–	–	1**	3	1	5 (45,5%)
Decisões com análise do mérito prejudicada em virtude do trânsito em julgado da sentença penal condenatória	–	–	1	–	–	–	1	–	–	–	2 (18,2%)
Total de acórdãos	–	1	1	1	1	–	2	1	3	1	11 (100,0%)
	1		2		1		3		4		
	Total 1.ª T. 4 acórdãos						Total 2.ª T. 7 acórdãos				

* Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito

** Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau

Legenda (relativa ao ponto que analisa a possibilidade de execução antecipada da pena):

v.u. – votação unânime

m.v. – maioria de votos

Fonte: sítio eletrônico do STF.

3.1.5 Decisões agregadas pelo resultado sobre execução antecipada da pena no STJ (turmas e relatores)

A Tabela 5 traz as decisões do STJ agregadas pelo resultado sobre o entendimento das turmas e relatores acerca da possibilidade jurídica

ou não da execução antecipada da pena. As decisões encontradas tiveram como relatores somente os Ministros Laurita Vaz, Felix Fischer, Arnaldo Esteves Lima, Jane Silva e Gilson Dipp da 5.ª T. e os Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Hamilton Carvalhido e Nilson Naves da 6.ª T.

Podemos verificar que dentre todos os acórdãos analisados do STJ, 73,2% reconheceram a possibilidade de se executar antecipadamente a pena, enquanto que em 14,6% a decisão foi no sentido da impossibilidade da execução antecipada. Os outros casos tratam: de decisões com análise do mérito prejudicada em virtude do trânsito em julgado da sentença (4,9%); de decisões com análise do mérito prejudicada, mas que reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena em tese (2,4%); decisões que não conhecem do recurso, mas que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena em tese (2,4%); e *habeas corpus* não conhecido (2,4%).

O confronto entre os entendimentos da 5.ª e 6.ª Turmas do STJ será analisado mais profundamente no item 3.6 através da leitura da Tabela 11.

Tabela 5 – STJ – Decisões agregadas pelo resultado sobre execução antecipada da pena divididas por turmas e relatores dos acórdãos (Brasil 2006-2007)

STJ (acórdãos)	5.ª Turma										6.ª Turma						Total
	Relator do acórdão										Relator do acórdão						
	Laurita Vaz		Felix Fischer		Arnaldo Esteves Lima		Jane Silva		Gilson Dipp		Maria Thereza de Assis Moura		Hamilton Carvalhido		Nilson Naves		
	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	
Decisões que reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena	11	–	11	–	4	–	2	1	1	–	–	–	–	–	–	–	30 (73,2%)
Decisões que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena	–	–	1	–	1	–	–	–	–	–	1	–	2	–	–	1	6 (14,6%)
Decisões com análise do mérito prejudicada em virtude do trânsito em julgado da sentença penal condenatória	–	–	1	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	2 (4,9%)
Decisões com análise do mérito prejudicada, mas que reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena em tese	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	1 (2,4%)

3.2 Decisões que reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena desagregadas por argumentos utilizados na fundamentação (STF e STJ)

3.2.1 Análise dos acórdãos do STF

A tabela seguinte mostra os números relativos às decisões do STF que reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena, divididos por turma e relator do acórdão, e trazendo, resumidamente, os argumentos utilizados nas fundamentações (inclusive de jurisprudências citadas no acórdão).

Dentre o total de quatro decisões pesquisadas que se encaixam neste grupo, em dois são utilizados os argumentos de que a pendência de recurso extraordinário e recurso especial não impede a execução antecipada da pena, pois que não têm efeito suspensivo, não havendo qualquer afronta à presunção de não-culpabilidade. Ambos são provenientes da 1.ª T.: um cujo relator para o acórdão foi o Min. Menezes Direito de relatoria do Min. Marco Aurélio e outro de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

Outra argumentação utilizada em decisão de relatoria da Min. Cármen Lúcia, é quase idêntica à anterior, somente se acrescentando que não há qualquer lesão à *presunção de inocência* mesmo tendo o réu respondido a todas as fases do processo em liberdade.

Por fim, a última decisão deste grupo e única da 2.ª T., de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, apesar de, ao final conceder a liberdade ao réu, reconhece a possibilidade da execução antecipada até que o Plenário do STF decida definitivamente de modo contrário, mesmo com a pendência de recursos especial e extraordinário, devendo a análise de eventual constrangimento ilegal ser feita caso a caso.

Tabela 6 – STF – Decisões que reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena desagregadas por argumentos utilizados na fundamentação (Brasil 2006-2007)

STF (acórdãos)	1.ª Turma						2.ª Turma		Total
	Relator						Relator		
	Marco Aurélio		Cármen Lúcia		Ricardo Lewandowski		Joaquim Barbosa		
	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	
A – A pendência de recursos especial e extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência	–	1*	–	–	1	–	–	–	2 (50,0%)
B – A pendência de recursos especial e extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência, mesmo que o réu tenha respondido a todo o processo em liberdade	–	–	–	1	–	–	–	–	1 (25,0%)
C – Até que o Plenário do STF decida de modo contrário, é constitucional a execução provisória da pena, ainda sem o trânsito em julgado e mesmo com a pendência de recursos especial e extraordinário, devendo a existência de constrangimento ilegal ser analisada a cada caso concreto. (Paciente que permaneceu solto durante toda a instrução e possui residência fixa deve ser solto)	–	–	–	–	–	–	1	–	1 (25,0%)
	0	1	0	1	1	0	1	0	4 (100,0%)
Total de acórdãos	1		1		1		1		
	Total 1.ª T. 3 acórdãos						Total 2.ª T. 1 acórdão		

* Relator para acórdão Min. Menezes Direito

Fonte: sítio eletrônico do STF.

3.2.2 Análise dos acórdãos do STJ

A enorme quantidade de distintas fundamentações e argumentos utilizados pelos Ministros do STJ nas decisões que reconhecem a possibilidade da execução antecipada é tão grande que se tornou inviável a construção de uma tabela pelas proporções que ela tomaria. São 30 acórdãos no total, sendo 11 de relatoria da Min. Laurita Vaz, mesmo número de acórdãos de relatoria do Min. Félix Fischer, quatro de relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, três de relatoria da Min. Jane Silva e um do Min. Gilson Dipp.

Chama a atenção, não só o fato de existirem um número elevado de decisões desta natureza, mas principalmente porque todo o universo delas está restrito à 5.ª T. Podemos identificar 22 fundamentações diferentes dentre as 30 decisões analisadas. Algumas destas fundamentações identificadas apresentam argumentos em comum, porém não em sua totalidade.

Também chama atenção o fato de que dentre as 30 decisões do STJ analisadas neste tópico, 29 se deram por unanimidade de votos e em somente uma delas houve voto divergente do proferido pelo relator.

Passamos agora à apresentação dos argumentos e fundamentações utilizadas nos acórdãos analisados, de acordo com o relator.

Como já apresentado na introdução deste tópico, foram 11 os acórdãos de relatoria da Min. Laurita Vaz, sendo todos por votação unânime. As argumentações utilizadas nas decisões que reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena foram as seguintes:

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência; Súmula 267 do STJ; a execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação (um acórdão);

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência, mesmo que o réu tenha respondido a todo o processo em liberdade; Súmula 267 do STJ; a execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação (um acórdão);

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência, mesmo que o réu tenha respondido a todo o processo em liberdade e Juiz de primeiro grau tenha assegurado direito de recorrer em liberdade; art. 27, § 2.°, da Lei 8.038/1990 e Súmula 267 do STJ; a execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação; a presunção de inocência apenas impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados enquanto não transitada em julgado a condenação (um acórdão);

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência; art. 27, § 2.°, da Lei 8.038/1990 e Súmula 267 do STJ; a execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação; hipótese do art. 675 do CPP somente se aplica nos casos de recurso com efeito suspensivo (um acórdão);

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência, mesmo que o réu tenha respondido a todo o processo em liberdade e Juiz de primeiro grau tenha lhe assegurado o direito de recorrer em liberdade, decisão esta que não vincula o Tribunal de 2.° grau; art. 27, § 2.°, da Lei 8.038/1990 e Súmula 267 do STJ; a execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação; hipótese do art. 675 do CPP somente se aplica nos casos de recurso com efeito suspensivo; como se trata de mero efeito da condenação e não de custódia preventiva, desnecessária a presença dos requisitos do art. 312 do CPP (um acórdão);

• Somente após o esgotamento da instância ordinária é permitida a execução provisória da pena tendo em vista que o recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência, mesmo que o réu tenha respondido a todo o processo em liberdade e Juiz de primeiro grau tenha lhe assegurado o direito de recorrer em liberdade; Súmula 267 do STJ; a execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação; hipótese do art. 675 do CPP somente se aplica nos casos de recurso com efeito suspensivo (um acórdão);

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência, mesmo que o réu tenha respondido a todo o processo em liberdade e Juiz de primeiro grau tenha lhe assegurado o direito de recorrer em liberdade, decisão esta que não vincula o Tribunal de 2.º grau; Súmula 267 do STJ; A execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação; hipótese do art. 675 do CPP somente se aplica nos casos de recurso com efeito suspensivo (um acórdão);

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo; art. 27, § 2.º, da Lei 8.038/1990; A execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação (um acórdão);

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência, mesmo que o réu tenha respondido a todo o processo em liberdade e Juiz de primeiro grau tenha lhe assegurado o direito de recorrer em liberdade, decisão esta que não vincula o Tribunal de 2.º grau; a execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação; art. 637 do CPP; a presunção de inocência apenas impede que se lance o nome do réu no rol de culpados enquanto não transitada em julgado a condenação (dois acórdãos);

• Somente após o esgotamento da instância ordinária é permitida a execução provisória da pena tendo em vista que recurso especial e recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência; Súmula 267 do STJ (um acórdão).

Foram 11 os acórdãos de relatoria do Min. Felix Fischer, sendo todos, mais uma vez, por votação unânime. As argumentações utilizadas nas decisões foram as seguintes:

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo; art. 27, § 2.º, da Lei 8.038/1990 e Súmula 267 do STJ (dois acórdãos);

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência, mesmo que o réu tenha respondido a todo o processo em liberdade e Juiz de primeiro grau tenha assegurado direito de recorrer em liberdade; art. 27, § 2.°, da Lei 8.038/1990 e Súmula 267 do STJ (um acórdão);

• Admite-se a execução provisória da pena e a progressão de regime de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, se pendente recurso da acusação, tendo em vista que este não possui efeito suspensivo; Súmula 716 do STF (um acórdão);

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo; art. 27, § 2.°, da Lei 8.038/1990 e Súmula 267 do STJ; a execução provisória do julgado constitui decorrência natural do acórdão mantenedor da sentença condenatória (um acórdão);

• Execução provisória da pena não fica suspensa em virtude de ordem do STF que concede liberdade provisória até trânsito em julgado da sentença penal condenatória (um acórdão);

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência; art. 27, § 2.°, da Lei 8.038/1990 e Súmula 267 do STJ; a execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação; hipótese do art. 675 do CPP somente se aplica nos casos de recurso com efeito suspensivo (dois acórdãos);

• Somente após o esgotamento da instância ordinária é permitida a execução provisória da pena tendo em vista que recurso especial e recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo; ainda há possibilidade de oposição de embargos de declaração contra o acórdão proferido em sede de apelação, daí porque não ser admitida nesse momento a execução provisória da pena (um acórdão);

• Somente após o esgotamento da instância ordinária é permitida a execução provisória da pena tendo em vista que recurso especial e recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência, mesmo que o réu tenha respondido a todo o processo em liberdade e Juiz de

primeiro grau tenha lhe assegurado o direito de recorrer em liberdade, decisão esta que não vincula o Tribunal de 2.º grau; art. 27, § 2.º, da Lei 8.038/1990 e Súmula 267 do STJ; a execução provisória do julgado constitui decorrência natural da condenação; hipótese do art. 675 do CPP somente se aplica nos casos de recurso com efeito suspensivo (um acórdão);

• A expedição de mandado prisional após o término da instância ordinária não implica violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, pois a prisão constitui-se mero efeito da condenação; porém a situação concreta não atrai a aplicação da Súmula 267 do STJ uma vez que não resta configurado o término da instância ordinária por ainda estar em trâmite embargos de declaração defensivos; deve-se manter o réu em liberdade uma vez que os recursos ordinários têm efeito suspensivo, impedindo a execução provisória da pena (um acórdão).

Já o Min. Arnaldo Esteves Lima, do STJ, foi relator em quatro acórdãos que reconhecem a possibilidade da execução antecipada da pena, todos com votação unânime, fundamentando as decisões com os seguintes argumentos:

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência; Súmula 267 do STJ; a execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação (um acórdão);

• Somente após o esgotamento da instância ordinária é permitida a execução provisória da pena tendo em vista que recurso especial e recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo; ainda há possibilidade de oposição de embargos de declaração contra o acórdão proferido em sede de apelação, daí porque não ser admitida nesse momento a execução provisória da pena (um acórdão);

• Até que o Plenário do STF decida de modo contrário, é constitucional a execução provisória da pena, ainda sem o trânsito em julgado e mesmo com a pendência de recurso especial e recurso extraordinário, devendo ser aplicada a Súmula 267 do STJ (um acórdão);

• Não esgotadas as vias recursais ordinárias por ainda estarem em trâmite embargos infringentes defensivos, deve-se manter o réu em

liberdade uma vez que os recursos ordinários têm efeito suspensivo, impedindo a execução provisória da pena. A prisão nesses casos somente poderá ser decretada a título cautelar (art. 312 do CPP) (um acórdão).

A Min. Jane Silva foi relatora em três acórdãos, sendo duas decisões por votação unânime e uma por maioria de votos. Foram utilizados os seguintes argumentos nas fundamentações:

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência, mesmo que o réu tenha respondido a todo o processo em liberdade e Juiz de primeiro grau tenha assegurado direito de recorrer em liberdade; art. 27, § 2.°, da Lei 8.038/1990 e Súmula 267 do STJ; a execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação – prolação de acórdão de embargos infringentes e de nulidade –, não possuindo natureza cautelar (um acórdão – votação por maioria);

• A expedição de mandado prisional após o término da instância ordinária não implica violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, pois a prisão constitui-se mero efeito da condenação; porém a situação concreta não atrai a aplicação da Súmula 267 do STJ, uma vez que não resta configurado o término da instância ordinária por ainda estar em trâmite embargos de declaração defensivos; deve-se manter o réu em liberdade uma vez que os recursos ordinários têm efeito suspensivo, impedindo a execução provisória da pena (dois acórdãos).

Por fim, temos um acórdão que foi de relatoria do Min. Gilson Dipp, com decisão por unanimidade, utilizando-se dos seguintes argumentos:

• A pendência de recurso especial e recurso extraordinário não impede a execução provisória da pena, tendo em vista que não possuem efeito suspensivo, não havendo ofensa ao chamado princípio da presunção de inocência; a execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação; hipótese do art. 675 do CPP somente se aplica nos casos de recurso com efeito suspensivo (um acórdão).

3.3 Decisões que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena desagregadas por argumentos utilizados na fundamentação (STF e STJ)

A Tabela 7 traz os argumentos utilizados pelos Ministros do STF na fundamentação de suas decisões que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena. Os argumentos expostos abaixo são tanto literais, ou seja, aqueles da própria lavra dos Ministros, quanto aqueles que aparecem em jurisprudências citadas por eles para fundamentarem suas decisões.

Em quatro acórdãos da lavra do Min. Eros Grau a base da fundamentação utilizada para justificar a decisão foram os arts. 5.º, LVII, da CF/1988 e 105 da LEP (Lei 7.210/1984). Fundamenta ainda que tais dispositivos se sobrepõem ao art. 637 do CPP.[27] Finaliza a argumentação afirmando que qualquer prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é de natureza cautelar e, por isso, deve ser fundamentada conforme o art. 312 do CPP. O Min. Eros Grau também foi o relator para o acórdão em caso de relatoria original do Min. Joaquim Barbosa, utilizando-se basicamente da mesma fundamentação acima transcrita, porém desta vez sem mencionar a parte referente aos arts. 105 da LEP e 637 do CPP.

27. "Art. 637 O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença."

Tabela 7 – STF – Decisões que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena desagregadas por argumentos utilizados na fundamentação (Brasil 2006-2007)

STF (acórdãos)	2.ª Turma				Total
	Relator do acórdão				
	Joaquim Barbosa		Eros Grau		
	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	
A – Impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de acordo com o disposto no art. 5.º, LVII, da CF/1988 e no art. 105 da LEP que, além de adequada à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar	–	–	3	1	4
B – Impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de acordo com o disposto no art. 5.º, LVII, da CF/1988. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar	–	1*	–	–	1
Total de acórdãos	0	1	3	1	5
	1		4		
	Total 2.ª T. 5 acórdãos				

* Relator para acórdão Min. Eros Grau
Fonte: sítio eletrônico do STF.

Já a Tabela 8 traz os argumentos utilizados pelos Ministros do STJ na fundamentação de suas decisões que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena. Os argumentos expostos abaixo são tanto literais quanto aqueles que aparecem em jurisprudências utilizadas por eles para fundamentarem suas decisões.

Os argumentos utilizados pelos Ministros do STJ para vedar a execução antecipada são mais variados do que aqueles apresentados no STF, vejamos: (a) art. 5.°, LVII, da CF/1988 (mencionado em quatro acórdãos); (b) art. 105 da LEP (mencionado em um acórdão); (c) fato de o réu ter permanecido solto durante todo o processo (mencionado em quatro acórdãos); (d) Juiz de primeiro grau garantiu direito de recorrer em liberdade (mencionado em um acórdão); (e) prisão antes do trânsito em julgado somente pode ser decretada a título cautelar – menção ao art. 312 do CPP (mencionado em três acórdãos); (f) arts. 147 e 164 da LEP e art. 50 do CP (mencionado em um acórdão); (g) simples referência ao art. 27, § 2.°, da Lei 8.038/1990 e à Súmula 267 do STJ não bastam para justificar medida cautelar restritiva (mencionado em um acórdão); e (h) sentença de primeiro grau que condiciona execução da pena ao trânsito em julgado (mencionado em um acórdão).

Tabela 8 – STJ – Decisões que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena desagregadas por argumentos utilizados na fundamentação (Brasil 2006-2007)

	Relator do acórdão				Relator do acórdão						
	Felix Fischer		Arnaldo Esteves Lima		Maria Thereza de Assis Moura		Hamilton Carvalhido		Nilson Naves		
	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	
A – Impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de acordo com o disposto no art. 5.°, LVII, da CF/1988 e no art. 105 da LEP; Réu permaneceu solto durante todo o processo e Juiz de primeiro grau lhe assegurou direito de recorrer em liberdade	–	–	–	–	1	–	–	–	–	–	1
B – Impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de acordo com o disposto no art. 5.°, LVII, da CF/1988; Nos casos em que réu permaneceu solto durante todo o processo, é primário e de bons antecedente, ou até mesmo de maus antecedentes e reincidente, mas que respondeu solto, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar e devidamente fundamentada em dados concretos (art. 312 do CP)	–	–	–	–	–	–	2	–	–	–	2

STJ (acórdãos)	5.ª Turma				6.ª Turma						Total
	Relator do acórdão				Relator do acórdão						
	Felix Fischer		Arnaldo Esteves Lima		Maria Thereza de Assis Moura		Hamilton Carvalhido		Nilson Naves		
	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	
C – Impossibilidade de execução provisória da pena restritiva de direitos e de multa antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo em vista o disposto no art. 147 da LEP e art. 50 do CP, e art. 164 da LEP, respectivamente	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	1
D – Impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de acordo com o disposto no art. 5.º, LVII, da CF/1988; Réu permaneceu solto durante todo o processo; A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar e devidamente fundamentada em dados concretos (art. 312 do CPP); A simples referência ao art. 27, § 2.º, da Lei 8.038/1990 e à Súmula 267 do STJ não bastam para justificar medida cautelar restritiva.	–	–	–	–	–	–	–	–	–	1	1

STJ (acórdãos)	5.ª Turma				6.ª Turma						Total
	Relator do acórdão				Relator do acórdão						
	Felix Fischer		Arnaldo Esteves Lima		Maria Thereza de Assis Moura		Hamilton Carvalhido		Nilson Naves		
	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	v.u.	m.v.	
E – Constando da sentença que a execução da pena está condicionada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fica vedada a expedição de mandado de prisão em decorrência do não-provimento do recurso de apelação exclusivo da defesa	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	1
Total de acórdãos	1	0	1	0	1	0	2	0	0	1	6
	1		1		1		2		1		
	Total 5.ª T. 2 acórdãos				Total 6.ª T. 4 acórdãos						

Fonte: sítio eletrônico do STJ.

3.4 STF x STJ: análise comparativa quantitativa das decisões sobre a execução antecipada da pena

A Tabela 9 traz a comparação quantitativa das decisões que versam sobre o tema da execução antecipada da pena entre o STF e o STJ. Enquanto no STF temos 36,4% das decisões analisadas reconhecendo a possibilidade da execução antecipada da pena, no STJ esse percentual chega a 73,2%. Agregando-se os dois tribunais e o total de decisões analisadas, 65,4% delas, reconhecem a possibilidade da execução antecipada.

As decisões que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena, por sua vez, são da ordem de 45,5% no STF e de 14,6% no STJ, o que, a princípio, pode demonstrar uma maior inclinação do STJ no sentido de se deixar aplicar a pena enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória. Agregando-se os dois tribunais e o total de decisões analisadas, apenas 21,2% delas vedam a possibilidade da execução antecipada.

Tabela 9 – STF x STJ: Comparação quantitativa de decisões acerca da execução antecipada da pena por Tribunal (Brasil 2006-2007)

Tribunal			
Decisões que reconhecem a possibilidade da execução antecipada da pena	4 (36,4%)	30 (73,2%)	34 (65,4%)
Decisões que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena	5 (45,5%)	6 (14,6%)	11 (21,2%)
Decisões com análise do mérito prejudicada em virtude do trânsito em julgado da sentença penal condenatória	2 (18,2%)	2 (4,9%)	4 (7,7%)
Decisões com análise do mérito prejudicada, mas que reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena em tese	–	1 (2,4%)	1 (1,9%)
Decisões que não conhecem do recurso, mas que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena em tese	–	1 (2,4%)	1 (1,9%)
Habeas corpus não conhecidos	–	1 (2,4%)	1 (1,9%)
	11 (100,0%)	41 (100,0%)	

Fonte: sítios eletrônicos do STF e STJ.

3.5 STF: 1.ª Turma x 2.ª Turma: análise comparativa quantitativa das decisões sobre a execução antecipada da pena

A tabela seguinte traz os números referentes à comparação quantitativa de decisões da 1.ª e 2.ª Turmas do STF que tratam do tema em estudo. Percebemos através da análise dos números e percentuais uma diferença bem clara de posicionamento entre as referidas turmas da Suprema Corte. Enquanto na 2.ª T. apenas 14,3% das suas decisões reconhecem a possibilidade da execução antecipada da pena, na 1.ª T. esse número chega a 75%. As decisões que vedam a possibilidade da

execução antecipada na 2.ª T., por outro lado, chegam a 71,4% contra 0% na 1.ª T.

Tabela 10 – STF – Comparação quantitativa entre decisões da 1.ª e 2.ª Turmas (Brasil 2006-2007)

STF (Acórdãos)	1.ª Turma	2.ª Turma	Total
Decisões que reconhecem a possibilidade da execução antecipada da pena	3 (75,0%)	1 (14,3%)	4 (36,4%)
Decisões que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena	–	5 (71,4%)	5 (45,5%)
Decisões com análise do mérito prejudicada em virtude do trânsito em julgado da sentença penal condenatória	1 (25,5%)	1 (14,3%)	2 (18,2%)
Total de acórdãos	4 (100,0%) Total 1.ª T. 4 acórdãos	7 (100,0%) Total 2.ª T. 7 acórdãos	11 (100,0%)

Fonte: sítio eletrônico do STF.

3.6 STJ: 5.ª Turma x 6.ª Turma: análise comparativa quantitativa das decisões sobre a execução antecipada da pena

A tabela a seguir mostra a comparação quantitativa das decisões da 5.ª e 6.ª Turmas do STJ. Mais uma vez podemos perceber pela análise dos dados coletados uma clara diferença de posicionamento entre as turmas do STJ. Dentre as decisões da 5.ª T., 83,3% delas reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena e apenas 5,6% vedam tal prática. Por outro lado, na 6.ª T., 80% das decisões vedam a possibilidade da execução antecipada e 0% afirmam sua possibilidade.

Tabela 11 – STJ – Comparação quantitativa entre decisões da 5.ª e 6.ª Turmas (Brasil 2006-2007)

STJ (Acórdãos)	5.ª Turma	6.ª Turma	Total
Decisões que reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena (mesmo que não aplicável ao caso concreto analisado)	30 (83,3%)	–	30 (73,2%)
Decisões que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena	2 (5,6%)	4 (80,0%)	6 (14,6%)
Decisões com análise do mérito prejudicada em virtude do trânsito em julgado da sentença penal condenatória	2 (5,6%)	–	2 (4,9%)
Decisões com análise do mérito prejudicada, mas que reconhecem possibilidade de execução antecipada da pena em tese	1 (2,8%)	–	1 (2,4%)
Decisões que não conhecem do recurso, mas que vedam a possibilidade de execução antecipada da pena em tese	–	1 (20,0%)	1 (2,4%)
Habeas corpus não conhecidos	1 (2,8%)	–	1 (2,4%)
Total de acórdãos	36 (100,0%) **Total 5.ª T. 36 acórdãos**	5 (100,0%) **Total 6.ª T. 5 acórdãos**	**41 (100,0%)**

Fonte: sítio eletrônico do STJ.

3.7 Tipo de crime: distribuição de acórdãos sobre execução antecipada da pena por tipificação do juízo de primeira instância e tribunal

As Tabelas 12, 13 e 14, por fim, tratam da incidência dos tipos penais previstos no Código Penal e nas leis penais especiais (Leis 6.368/1976,[28] 8.137/1990, 7.492/1986 e 5.250/1967)[29] nos casos analisados tendo em vista o Tribunal em que o recurso.ação foi julgado e a

28. A Lei 6.368/1976 foi revogada pela Lei 11.343/2006.

decisão acerca da execução antecipada da pena. Os tipos penais foram agregados pelo título respectivo do Código Penal ou pela Lei do qual fazem parte.

Para fins de alimentação do banco de dados da pesquisa, considerou-se *tipo penal* a norma incriminadora atribuída ao caso concreto pelo magistrado de 1.ª instância na sentença penal. Desta forma ela pode não coincidir com a atribuição feita pelos Tribunais no momento da decisão nas instâncias superiores.

Com relação à incidência dos tipos penais nos casos analisados, a Tabela 12 mostra que o STJ e o STF são chamados a decidir sobre uma gama diversificada de delitos, com predominância dos crimes contra o patrimônio: 30,3% (41,4% no STJ e 36,4% no STF). Na seqüência aparecem os delitos da Lei 6.368/1976 com 15,4% de incidência (19,5% no STJ e 0% no STF), e os crimes contra os costumes e contra a pessoa (9,6% cada) com idêntica incidência tanto no STJ (9,8%), quanto no STF (9,1%).

29. A Lei 5.250/1967 foi recentemente declarada como revogada pelo STF (ADPF 130-7, *DOU* e *DJe* 12.05.2009).

Tabela 12 – Tipo de crime: distribuição de acórdãos por tipificação do juízo de primeira instância e tribunal (Brasil 2006-2007)

Tipos	Tribunal		Total
	STJ	STF	
Crimes contra o patrimônio*	17 (41,4%)	4 (36,4%)	21 (30,3%)
Crimes contra os costumes	4 (9,8%)	1 (9,1%)	5 (9,6%)
Crimes contra a pessoa	4 (9,8%)	1 (9,1%)	5 (9,6%)
Crimes contra a fé pública	1 (2,4%)	1 (9,1%)	2 (3,8%)
Crimes contra a administração pública	3 (7,3%)	–	3 (5,8%)
Crimes contra a administração militar	1 (2,4%)	–	1 (1,9%)
Lei 6.368/1976	8 (19,5%)	–	8 (15,4%)
Lei 8.137/1990	1 (2,4%)	2 (18,2%)	3 (5,8%)
Lei 7.492/1986	1 (2,4%)	1 (9,1%)	2 (3,8%)
Lei 5.250/1967	1 (2,4%)	–	1 (1,9%)
Delito não mencionado	–	1 (9,1%)	1 (1,9%)

* Em dois casos, juntamente com o crime patrimonial, foram cometidos crime contra o respeito aos mortos e crime contra a administração pública, respectivamente.
Fonte: sítios eletrônicos do STF e STJ.

A Tabela 13 traz a distribuição dos acórdãos analisados do STF por tipificação do juízo de primeira instância e decisão sobre a execução antecipada da pena. A informação que merece destaque através da análise desta tabela diz respeito aos crimes contra o patrimônio: dentre todos os casos analisados no STF com incidência de delitos desta natureza, 75% tiveram decisões que não reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena e em 25% deles o mérito restou prejudicado (ou o recurso/ação não foi conhecido).

Tabela 13 – STF – Tipo de crime. distribuição de acórdãos por tipificação do juízo de primeira instância e decisão acerca da execução antecipada da pena (Brasil 2006-2007)

Crimes	STF			Total
	Decisões que reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena	Decisões que não reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena	Mérito prejudicado ou não conhecimento do recurso/ ação	
Crimes contra o patrimônio	–	3 (75,0%)	1 (25,0%)	4 (100,0%)
Crimes contra os costumes	1 (100,0%)	–	–	1 (100,0%)
Crimes contra a pessoa	1 (100,0%)	–	–	1 (100,0%)
Crimes contra a fé pública	–	1 (100,0%)	–	1 (100,0%)
Lei 8.137/1990	1 (50,0%)	1 (50,0%)	–	2 (100,0%)
Lei 7.492/1986	–	–	1 (100,0%)	1 (100,0%)
Delito não mencionado	1 (100,0%)	–	–	1 (100,0%)
Total	4 (36,4%)	5 (45,5%)	2 (18,2%)	11 (100,0%)
	Total STF 11 acórdãos			

Observação: Esta tabela deverá ser lida no sentido horizontal.
Fonte: sítio eletrônico do STF.

Finalmente, a Tabela 14 nos mostra as mesmas informações da tabela anterior, mas com relação ao STJ (distribuição dos acórdãos analisados por tipificação do juízo de primeira instância e decisão sobre a execução antecipada da pena).

Em contraposição aos dados pesquisados junto ao STF, no STJ, dentre todos os casos analisados com incidência de crimes contra o patrimônio, 76,5% tiveram decisões que reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena e 23,5% contaram com decisões que não reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena. Merece destaque também os casos analisados com a incidência dos crimes da Lei 6.368/1976: em 100% deles houve decisão, no STJ, que reconhece a possibilidade de execução antecipada da pena.

Tabela 14 – STJ – Tipo de crime – distribuição de acórdãos por tipificação do juízo de primeira instância e decisão acerca da execução antecipada da pena (Brasil 2006-2007)

Tipos	STJ			
	Decisões que reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena	Decisões que não reconhecem a possibilidade de execução antecipada da pena	Mérito prejudicado ou não conhecimento do recurso/ação	Total
Crimes contra o patrimônio*	13 (76,5%)	4 (23,5%)	–	17 (100,0%)
Crimes contra os costumes	3 (75,0%)	1 (25,0%)	–	4 (100,0%)
Crimes contra a pessoa	2 (50,0%)	1 (25,0%)	1 (25,0%)	4 (100,0%)
Crimes contra a fé pública	–	–	1 (100,0%)	1 (100,0%)
Crimes contra a administração pública	1 (33,3%)	1 (33,3%)	1 (33,3%)	3 (100,0%)
Crimes contra a administração militar	1 (100,0%)	–	–	1 (100,0%)
Lei 6.368/1976	8 (100,0%)	–	–	8 (100,0%)
Lei 8.137/1990	–	–	1 (100,0%)	1 (100,0%)
Lei 7.492/1986	1 (100,0%)	–	–	1 (100,0%)
Lei 5.250/1967	1 (100,0%)	–	–	1 (100,0%)
Total	30 (73,2%)	7 (17,1%)	4 (9,8%)	41 (100,0%)

Observação: Esta tabela deverá ser lida no sentido horizontal.
*Em dois casos, juntamente com o crime patrimonial, foram cometidos crime contra o respeito aos mortos e crime contra a administração pública, respectivamente.
Fonte: sítio eletrônico do STJ.

4. Breves observações sobre a Rcl 2391/PR, o HC 84078-7/MG, a Súmula 347 do STJ e a nova reforma do Código de Processo Penal

De acordo com Heloisa Estellita Salomão (Salomão, 2006), com o surgimento da Rcl 2391/PR,[30] foram concedidas diversas cautelares para que os pacientes aguardassem soltos o julgamento dos *habeas corpus* sobrestados para aguardar a decisão na reclamação (MC no HC 83415/SP, Min. Marco Aurélio, QO no HC 83173, Min. Sepúlveda Pertence). Em março de 2005, porém, os reclamantes da Rcl 2391 foram soltos em primeira instância e a reclamação foi julgada prejudicada.[31] De qualquer forma a prática inaugurada com a Rcl 2391/PR foi alargada com a remessa ao Plenário do HC 84078-7/MG pelo Min. Eros Grau em 24.11.2004, tendo este, inclusive, concedido liminares para sobrestar a execução provisória da pena privativa de liberdade enquanto a discussão estava pendente de solução no Plenário (vide: MC no HC 89034, Min. Eros Grau, *DJ* 21.06.2006 e MC no HC 89836, Min. Eros Grau, *DJ* 20.10.2006).

Já com relação à Súmula 347 do STJ, aprovada recentemente em 23.04.2008 pela 3.ª Seção do referido tribunal, esta contém o seguinte enunciado "O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão".

30. O instituto da reclamação, previsto nos arts. 102, I, *l* (STF) e 105, I, *f* (STJ) possui basicamente duas finalidades: preservar a competência e garantir a autoridade das decisões destes tribunais. Trata-se de uma garantia especial que assegura "o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder", prevista em nossa Constituição Federal no art. 5.°, XXXIV, *a*. (Grinover, Gomes Filho e Fernandes, 2001, p. 426).
31. "Reclamação – Perda de objeto. 1. A petição de f. contém a notícia de o julgamento, pelo STJ, do HC 41980 haver resultado na concessão da ordem, com expedição de alvará de soltura. Em face, até mesmo, da existência do HC 87108-9/PR, a ser apreciado pela turma, tem-se a perda do objeto desta reclamação. É que a decisão de primeira instância já foi substituída por acórdão formalizado no campo revisional, partindo-se para a execução imediata, o que vem sendo questionado, ante pronunciamento do STJ, no último *habeas corpus* referido. 2. Declaro o prejuízo do pedido formulado nesta reclamação." STF, Rcl 2391/PR, j. 02.02.2007, rel. Min. Marco Aurélio, redator p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: [www.stf.gov.br]. Acesso em: 19.06.2008.

Até se firmar tal entendimento, vivíamos uma situação em que algumas das garantias e princípios mais caros ao Estado Democrático de Direito brasileiro eram ignorados ou flexibilizados, tais como o devido processo legal (e penal), a isonomia, a ampla defesa e a presunção de não-culpabilidade.

A referida súmula vem, finalmente, firmar entendimento no sentido de que o não recolhimento do réu condenado em primeira instância à prisão, dando início à execução antecipada da pena, não obsta o conhecimento do recurso de apelação. Nesse sentido, nas palavras de Amalia Gomes Zappala o STJ "vem patrocinar a necessária adaptação do Código de Processo Penal ao texto constitucional, reconhecendo a revogação indireta dos arts. 594 e 595 do CPP diante dos princípios e garantias que emanam do texto constitucional" (Zappala, 2008, p. 18).

Além disso, ao editar tal súmula, o STJ passa a reconhecer: o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional; a impossibilidade de lei ordinária limitar o direito de recurso; e a possibilidade de prisão somente quando a decisão for devidamente fundamentada com fatos concretos e dentro dos parâmetros do art. 312 do CPP ou quando transitada em julgado a decisão condenatória (Zappala, 2008, p. 18).

Por fim, não podemos deixar de mencionar a recente reforma do Código de Processo Penal que entrou em vigor no mês de agosto de 2008. Apesar de polêmica, a reforma possui alguns pontos positivos, pelo menos no que se refere à questão da obrigatoriedade do réu ser preso para apelar, que ficou mais clara. O art. 1.º da Lei 11.719, de 20.06.2008, que segue na esteira do novo entendimento do STJ, e alterou o antigo art. 387 do CPP, dispõe que a juiz deverá decidir fundamentadamente sobre a manutenção ou imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta. Nesse mesmo sentido, o art. 3.º da referida lei revogou, agora diretamente, o art. 594 do CPP que determinava o recolhimento do réu à prisão para apelar.

Tendo entrado em vigor as disposições constantes da reforma do Código de Processo Penal, não mais precisará o réu se recolher à prisão para que o seu recurso de apelação, se interposto, seja conhecido, reforçando o entendimento daqueles que sustentam ser a manutenção do *status libertatis* do réu uma garantia constitucional de caráter mais rígido do que vinha sendo encarado anteriormente.

5. Conclusão

Através da análise dos julgados recentes (2006-2007) dos tribunais superiores brasileiros acerca do tema da execução antecipada da pena foi possível se tirar algumas conclusões.

A mais clara e importante delas é a de que não havia uma uniformidade ou consenso sobre a aplicação deste instituto jurídico e sobre a sua constitucionalidade, tendo em vista o grande número de dispositivos normativos que tratam da questão de maneira direta ou mesmo tangencialmente. Os diversos argumentos levantados neste estudo e que serviram de base para a fundamentação das decisões analisadas mostram exatamente isso. Mesmo no STJ que é um tribunal que se pauta na maioria das vezes pelos precedentes, percebe-se grande discrepância nos entendimentos adotados pela 5.ª e 6.ª Turmas. A situação no STF parece ser muito semelhante haja vista as decisões díspares entre a 1.ª e 2.ª Turma na época pesquisada.

Tendo em vista este panorama pode-se inferir que a questão permanecia aberta, dentro de certos limites, e refém do subjetivismo dos julgadores que se utilizam de uma ou outra linha de argumentação – proibitiva ou permissiva – conforme os precedentes do tribunal em que atuam, situações particulares do caso concreto trazido a julgamento, entendimentos e convicções de foro pessoal, com base em nossa legislação que, devido ao excessivo número de dispositivos que tratam da questão, apontava para ambos os lados ao mesmo tempo.

Agora, definido o rumo do debate pelo STF através do recente julgamento do HC 84078-7/MG,[32] em que se delimitou com mais clareza os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade e a impossibilidade de se aplicar a execução antecipada da pena, a comunidade jurídica espera uma aplicação uniforme do referido instituto jurídico pelo Judiciário brasileiro.

32. O STF, por maioria, deferiu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do rel. Min. Eros Grau, que foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Cezar Pelluso, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Marco Aurélio e o Presidente Gilmar Mendes. Vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Referências bibliográficas

Bento, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Busana, Álvaro. Presunção de inocência obsta a execução provisória da pena [Comentário de jurisprudência]. *Boletim IBCCrim* 7, vol. 1. São Paulo: IBCCrim, ago. 1993, p. 13.

Cruz, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Delmanto Júnior, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Dias, Marcus Vinicius de Viveiros. Execução penal provisória. *Boletim dos Procuradores da República* 50, vol. 5. São Paulo: PGR, jun. 2002, p. 27-28.

Felippe, Kenarik Boujikian. Execução provisória (*Habeas corpus* do STF). (jurisprudência comentada). *RBCCrim* 20, ano 5. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1997, p. 363-367.

Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2006.

____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 2002.

Gomes, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996.

Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

____. Significados da presunção de inocência. In: Costa, José Faria; Silva, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais, visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 311-333.

____; Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

Kuehne, Maurício. Revisão do decênio da reforma penal (1985-1995): considerações sobre a execução provisória da sentença penal. *Revista Justitia* 171. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado, jul.-set. 1995. vol. 57, p. 26-37.

____. Sentença penal – execução provisória – possibilidade [Comentário de jurisprudência]. *Boletim IBCCrim* 46, ano 4. São Paulo: IBCCrim, set. 1996.

Lauria Filho, Márcio. Princípio constitucional da presunção de inocência, direito de recorrer em liberdade e o art. 594 do CPP (*Habeas corpus* do STJ). (jurisprudência comentada). *RBCCrim* 15, ano 4. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1996, p. 385-387.

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 286-301.

LIMA, Wanderson Marcello Moreira de. Apelação em liberdade: o princípio da presunção de inocência e as prisões provisórias. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* 14. Porto Alegre: Síntese, jun.-jul. 2002. vol. 3, p. 39-47.

MENDONÇA, Rodrigo Senzi Ribeiro de. Execução penal provisória. *Boletim IBCCrim* 106, vol. 9. São Paulo: IBCCrim, set. 2001, p. 11.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. *RBCCrim* 42, ano 11. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2003, p. 295-306.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *Recursos nos tribunais superiores – alguns aspectos dos recursos extraordinário e especial em matéria penal e do* habeas corpus. São Paulo, 2006. Notas de aula no Curso de Especialização em Direito Penal Econômico da Escola de Direito de São Paulo da FGV.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

SOARES, Olavo Berriel. A presunção de inocência e o direito de recorrer em liberdade [Comentário de jurisprudência]. *Boletim IBCCrim* 28. São Paulo: IBCCrim, abr. 1995. vol. 3, p. 93.

SOUZA, José Barcelos de. Execução provisória da pena (HC 80.535-3-SC, do STF). [Jurisprudência comentada]. *RBCCrim* 35, ano 9. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2001, p. 297-307.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

____. Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória. *RBCCrim* 33. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2001, p. 241-252.

WUNDERLICH, Alexandre. Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal – doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 501-520.

ZAPPALA, Amalia Gomes. Súmula 347 do STJ – Fim da inconstitucional escolha entre liberdade e apelação. *Boletim IBCCrim* 187, ano 16. São Paulo: IBCCrim, jun. 2008, p. 18.

ANEXO A

Pesquisa de jurisprudência no STF (realizada em 19.06.2008)

Tabela 1

Vocábulo pesquisado: " execução provisória da pena " – no período compreendido entre 01.01.2006 até 31.12.2007 – 6 documentos encontrados. Os acórdãos analisados estão marcados com o símbolo * na primeira coluna, logo após o tipo de ação.

Tipo de ação + número processo	Relator	Data do julgamento	Data da Publicação. Fonte (*DJ*)	Órgão julgador
1) HC 90645/PE*	Min. Marco Aurélio Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito	11.09.2007	14.11.2007, p. 51	1.ª T.
2) HC 89799/SP*	Min. Joaquim Barbosa	11.09.2007	30.11.2007, p. 128	2.ª T.
3) HC 91675/PR*	Min. Cármen Lúcia	04.09.2007	07.12.2007, p. 59	1.ª T.
4) HC 89952/MG*	Min. Joaquim Barbosa	15.05.2007	29.06.2007, p. 144	2.ª T.
5) HC 86753/RS*	Min. Cármen Lúcia	07.11.2006	01.12.2006, p. 76	1.ª T.
6) HC 85616/AM*	Min. Ricardo Lewandowski	24.10.2006	17.11.2006, p. 59	1.ª T.

Tabela 2

Vocábulo pesquisado: "execução antecipada da pena" – no período compreendido entre 01.01.2006 até 31.12.2007 – 5 documentos encontrados. Os acórdãos analisados estão marcados com o símbolo * na primeira coluna, logo após o tipo de ação.

Tipo de ação + número processo	Relator	Data do julgamento	Data da Publicação. Fonte (*DJ*)	Órgão julgador
1) HC 90645/PE*	Min. Marco Aurélio Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito	11.09.2007	14.11.2007, p. 51	1.ª T.
2) HC 89799/SP*	Min. Joaquim Barbosa	11.09.2007	30.11.2007, p. 128	2.ª T.
3) HC 91675/PR*	Min. Cármen Lúcia	04.09.2007	07.12.2007, p. 59	1.ª T.
4) HC 89952/MG*	Min. Joaquim Barbosa	15.05.2007	29.06.2007, p. 144	2.ª T.
5) HC 86753/RS*	Min. Cármen Lúcia	07.11.2006	01.12.2006, p. 76	1.ª T.
6) HC 85616/AM*	Min. Ricardo Lewandowski	24.10.2006	17.11.2006, p. 59	1.ª T.

ANEXO B

Pesquisa de jurisprudência no STJ (realizada em 19.06.2008)

Tabela 3

Vocábulo pesquisado: " execução provisória da pena " – no período compreendido entre 01.01.2006 até 31.12.2007 – 122 documentos encontrados. Os acórdãos analisados estão marcados com o símbolo * na primeira coluna, logo após o tipo de ação.

1) HC 76725/ DF*	Min. Maria Thereza de Assis Moura	18.12.2007	25.02.2008, p. 363	6.ª T.
2) EDcl no HC 75287/SP	Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG)	13.12.2007	07.02.2008, p. 1	5.ª T.
3) HC 93550/ RR	Min. Maria Thereza de Assis Moura	13.12.2007	11.02.2008, p. 1	6.ª T.
4) HC 70472/ SP*	Min. Laurita Vaz	28.11.2007	17.12.2007, p. 240	5.ª T.
5) HC 72726/SP	Min. Maria Thereza de Assis Moura	20.11.2007	10.12.2007, p. 448	6.ª T.
6) HC 67984/SP	Min. Laurita Vaz	20.11.2007	17.12.2007, p. 239	5.ª T.
7) HC 86860/ CE*	Min. Laurita Vaz	20.11.2007	17.12.2007, p. 262	5.ª T.
8) HC 66673/SP	Min. Laurita Vaz	20.11.2007	17.12.2007, p. 239	5.ª T.
9) HC 73173/SP	Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG)	08.11.2007	26.11.2007, p. 220	5.ª T.
10) HC 87253/ SP*	Min. Laurita Vaz	08.11.2007	03.12.2007, p. 349	5.ª T.

11) HC 83839/ SP	Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG)	25.10.2007	12.11.2007, p. 261	5.ª T.
12) HC 47922/ PR	Min. Arnaldo Esteves Lima	25.10.2007	10.12.2007, p. 401	5.ª T.
13) HC 84555/ SP*	Min. Felix Fischer	25.10.2007	17.12.2007, p. 253	5.ª T.
14) HC 87462/ RO	Min. Felix Fischer	25.10.2007	17.12.2007, p. 265	5.ª T.
15) HC 75287/ SP	Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG)	18.10.2007	05.11.2007, p. 311	5.ª T.
16) HC 73537/ ES*	Min. Arnaldo Esteves Lima	18.10.2007	05.11.2007, p. 310	5.ª T.
17) HC 71469/ SP	Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF-1.ª Região)	09.10.2007	29.10.2007, p. 318	6.ª T.
18) HC 76195/ SP	Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG)	04.10.2007	22.10.2007, p. 327	5.ª T.
19) HC 75613/ SP*	Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG)	04.10.2007	22.10.2007, p. 326	5.ª T.
20) HC 81943/ SP	Min. Laurita Vaz	02.10.2007	29.10.2007, p. 288	5.ª T.
21) HC 74105/ SP	Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG)	25.09.2007	15.10.2007, p. 314	5.ª T.

22) HC 84842/ RJ*	Min. Jane silva (Des. Convocada do TJMG)	25.09.2007	15.10.2007, p. 334	5.ª T.
23) HC 83535/ SP	Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG)	25.09.2007	15.10.2007, p. 329	5.ª T.
24) HC 84989/ SP	Min. Napoleão Nunes Maia Filho	20.09.2007	08.10.2007, p. 351	5.ª T.
25) HC 83276/ SP*	Min. Felix Fischer	11.09.2007	29.10.2007, p. 289	5.ª T.
26) HC 76563/ SP	Min. Arnaldo Esteves Lima	06.09.2007	22.10.2007, p. 327	5.ª T.
27) HC 48148/ MG	Min. Arnaldo Esteves Lima	06.09.2007	22.10.2007, p. 319	5.ª T.
28) HC 72727/ RJ*	Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG)	29.08.2007	10.12.2007, p. 403	5.ª T.
29) HC 77547/ SP	Min. Napoleão Nunes Maia Filho Relator(a) p. acórdão Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG)	28.08.2007	17.09.2007, p. 323	5.ª T.
30) HC 78995/ SP	Min. Felix Fischer	23.08.2007	01.10.2007, p. 325	5.ª T.
31) Rcl 2460/ PE*	Min. Felix Fischer	22.08.2007	08.11.2007, p. 160	3.ª Seção
32) HC 46983/ MG	Min. Arnaldo Esteves Lima	16.08.2007	01.10.2007, p. 302	5.ª T.
33) HC 60330/ SC	Min. Arnaldo Esteves Lima	09.08.2007	10.09.2007, p. 254	5.ª T.

34) RHC 21451/ RJ*	Min. Felix Fischer	09.08.2007	17.09.2007, p. 309	5.ª T.
35) HC 48227/ RJ	Min. Felix Fischer	09.08.2007	17.09.2007, p. 310	5.ª T.
36) HC 76080/ SP	Min. Felix Fischer	09.08.2007	24.09.2007, p. 338	5.ª T.
37) HC 64067/ SP*	Min. Felix Fischer	09.08.2007	12.11.2007, p. 244	5.ª T.
38) HC 59748/ RJ	Min. Napoleão Nunes Maia Filho	07.08.2007	27.08.2007, p. 278	5.ª T.
39) HC 70207/ SP	Min. Laurita Vaz	02.08.2007	10.09.2007, p. 262	5.ª T.
40) HC 79635/ SP*	Min. Felix Fischer	28.06.2007	10.09.2007, p. 283	5.ª T.
41) EDcl no HC 74747/PE	Min. Laurita Vaz	21.06.2007	06.08.2007, p. 575	5.ª T.
42) HC 71515/ RS	Min. Gilson Dipp	19.06.2007	06.08.2007, p. 568	5.ª T.
43) AgRg na MC 12493/SP*	Min. Hamilton Carvalhido	26.04.2007	25.06.2007, p. 298	6.ª T
44) HC 75696/ MG	Min. Arnaldo Esteves Lima	19.04.2007	21.05.2007, p. 604	5.ª T.
45) HC 57944/ SP	Min. Arnaldo Esteves Lima	03.04.2007	07.05.2007, p. 340	5.ª T.
46) HC 72890/ SP*	Min. Felix Fischer	03.04.2007	10.09.2007, p. 266	5.ª T.
47) HC 62264/ RJ	Min. Felix Fischer	15.03.2007	21.05.2007, p. 598	5.ª T.

48) HC 68254/ SP	Min. Laurita Vaz	15.02.2007	12.03.2007, p. 297	5.ª T.
49) HC 62465/ SP*	Min. Laurita Vaz	13.02.2007	12.03.2007, p. 281	5.ª T.
50) HC 61481/ RO	Min. Laurita Vaz	13.02.2007	12.03.2007, p. 279	5.ª T.
51) HC 69203/ PI	Min. Laurita Vaz	13.02.2007	12.03.2007, p. 299	5.ª T.
52) HC 63540/ RJ*	Min. Arnaldo Esteves Lima	06.02.2007	26.02.2007, p. 624	5.ª T.
53) HC 69758/ PB	Min. Laurita Vaz	06.02.2007	05.03.2007, p. 311, *LEX-STJ* 212/385	5.ª T.
54) HC 63873/ SP	Min. Arnaldo Esteves Lima	07.12.2006	05.02.2007, p. 295	5.ª T.
55) HC 66151/ SP*	Min. Felix Fischer	07.12.2006	26.02.2007, p. 626	5.ª T.
56) REsp 805304/RJ	Min. Hamilton Carvalhido	30.11.2006	09.04.2007, p. 290	6.ª T.
57) HC 68052/ MS	Min. Felix Fischer	28.11.2006	26.02.2007, p. 629	5.ª T.
58) HC 66129/ MS*	Min. Felix Fischer	21.11.2006	05.02.2007, p. 306	5.ª T.
59) HC 60571/ RS	Min. Laurita Vaz	21.11.2006	05.02.2007, p. 281	5.ª T.
60) HC 63859/ SP	Min. Laurita Vaz	21.11.2006	05.02.2007, p. 295	5.ª T.
61) HC 53192/ SC*	Min. Arnaldo Esteves Lima	20.11.2006	11.12.2006, p. 395	5.ª T.

62) HC 59401/ SP	Min. Laurita Vaz	14.11.2006	11.12.2006, p. 398	5.ª T.
63) HC 57607/ RO	Min. Laurita Vaz	14.11.2006	11.12.2006, p. 396	5.ª T.
64) HC 63906/ MG*	Min. Laurita Vaz	14.11.2006	11.12.2006, p. 401	5.ª T.
65) HC 67348/ SP	Min. Felix Fischer	14.11.2006	12.03.2007, p. 291	5.ª T.
66) HC 52993/ MG	Min. Hamilton Carvalhido	14.11.2006	09.04.2007, p. 270	6.ª T.
67) HC 58799/ MG*	Min. Felix Fischer	07.11.2006	05.02.2007, p. 277	5.ª T.
68) HC 60759/ SC	Min. Laurita Vaz	24.10.2006	20.11.2006, p. 352	5.ª T.
69) HC 49644/ SP	Min. Hamilton Carvalhido	24.10.2006	05.02.2007, p. 390	6.ª T.
70) HC 61920/ SP*	Min. Gilson Dipp	05.10.2006	30.10.2006, p. 366	5.ª T.
71) HC 61819/ SP	Min. Felix Fischer	03.10.2006	26.02.2007, p. 621	5.ª T.
72) HC 57627/ RS	Min. Laurita Vaz	26.09.2006	16.10.2006, p. 400	5.ª T.
73) HC 60767/ SP*	Min. Laurita Vaz	26.09.2006	30.10.2006, p. 360	5.ª T.
74) HC 58188/ SP	Min. Hamilton Carvalhido	26.09.2006	05.02.2007, p. 400	6.ª T.
75) HC 57456/ SC	Min. Hamilton Carvalhido	26.09.2006	05.02.2007, p. 399	6.ª T.

76) HC 60128/ MG*	Min. Arnaldo Esteves Lima	21.09.2006	16.10.2006, p. 408	5.ª T.
77) HC 54403/ RJ	Min. Hamilton Carvalhido	21.09.2006	09.04.2007, p. 271	6.ª T.
78) HC 60190/ SP	Min. Arnaldo Esteves Lima	19.09.2006	16.10.2006, p. 409	5.ª T.
79) HC 59669/ SP*	Min. Laurita Vaz	19.09.2006	30.10.2006, p. 355	5.ª T.
80) HC 59652/ SC	Min. Laurita Vaz	19.09.2006	30.10.2006, p. 355	5.ª T.
81) HC 61136/ MG	Min. Laurita Vaz	19.09.2006	30.10.2006, p. 362	5.ª T.
82) HC 60544/ MG*	Min. Laurita Vaz	12.09.2006	30.10.2006, p. 359	5.ª T.
83) HC 55576/ PE	Min. Felix Fischer	12.09.2006	04.12.2006, p. 341	5.ª T.
84) HC 55749/ RS	Min. Felix Fischer	17.08.2006	02.10.2006, p. 296	5.ª T.
85) HC 42483/ RJ*	Min. Arnaldo Esteves Lima	03.08.2006	04.09.2006, p. 291	5.ª T.
86) HC 58755/ PA	Min. Laurita Vaz	03.08.2006	11.09.2006, p. 333	5.ª T.
87) HC 55740/ SP	Min. Laurita Vaz	03.08.2006	11.09.2006, p. 324	5.ª T.
88) HC 56278/ RS*	Min. Felix Fischer	03.08.2006	16.10.2006, p. 397	5.ª T.
89) HC 57791/ PE	Min. Hamilton Carvalhido	29.06.2006	28.08.2006, p. 310	6.ª T.

90) HC 53520/ MG	Min. Arnaldo Esteves Lima	20.06.2006	01.08.2006, p. 487	5.ª T.
91) HC 43967/ SP*	Min. Arnaldo Esteves Lima	20.06.2006	01.08.2006, p. 466	5.ª T.
92) HC 56527/ MG	Min. Laurita Vaz	20.06.2006	01.08.2006 ,p. 499	5.ª T.
93) HC 57370/ SP 0	Min. Laurita Vaz	20.06.2006	01.08.2006, p. 503	5.ª T.
94) HC 57263/ SP*	Min. Felix Fischer	20.06.2006	14.08.2006, p. 310	5.ª T.
95) HC 51301/ SP	Min. Felix Fischer	12.06.2006	04.09.2006, p. 298	5.ª T.
96) EDcl nos EDcl no REsp 612328/PR	Min. Arnaldo Esteves Lima	06.06.2006	26.06.2006, p. 188	5.ª T.
97) HC 47451/ RJ*	Min. Hamilton Carvalhido	23.05.2006	05.06.2006, p. 321	6.ª T.
98) HC 50940/ SP	Min. Arnaldo Esteves Lima	23.05.2006	26.06.2006, p. 174	5.ª T.
99) HC 52973/ PR	Min. Gilson Dipp	18.05.2006	12.06.2006, p. 522	5.ª T.
100) HC 51364/ PE*	Min. Laurita Vaz	04.05.2006	12.06.2006, p. 516	5.ª T.
101) HC 47381/ MS	Min. Felix Fischer	04.05.2006	12.06.2006, p. 510	5.ª T.
102) HC 51400/ RJ	Min. Felix Fischer	02.05.2006	05.06.2006, p. 303	5.ª T.
103) HC 52326/ RJ*	Min. Laurita Vaz	18.04.2006	15.05.2006, p. 263	5.ª T.

104) HC 53387/ AL	Min. Felix Fischer	18.04.2006	22.05.2006, p. 234	5.ª T.
105) HC 52166/ SP	Min. Felix Fischer	18.04.2006	29.05.2006, p. 278	5.ª T.
106) HC 48698/ SP*	Min. Laurita Vaz	11.04.2006	08.05.2006, p. 249	5.ª T.
107) HC 52944/ MG	Min. Felix Fischer	11.04.2006	22.05.2006, p. 233	5.ª T.
108) HC 46902/ SP	Min. Gilson Dipp	06.04.2006	02.05.2006, p. 348	5.ª T.
109) HC 53260/ MG*	Min. Felix Fischer	06.04.2006	22.05.2006, p. 234	5.ª T.
110) HC 49777/ SP	Min. Felix Fischer	06.04.2006	22.05.2006, p. 226	5.ª T.
111) HC 50266/ SP	Min. Paulo Medina	06.04.2006	30.10.2006, p. 419	6.ª T.
112) EDcl no HC 30091/SC*	Min. Hamilton Carvalhido	04.04.2006	05.02.2007, p. 383	6.ª T.
113) HC 45389/ SP	Min. Arnaldo Esteves Lima	14.03.2006	24.04.2006, p. 423	5.ª T.
114) HC 44553/ RS	Min. Arnaldo Esteves Lima	14.03.2006	24.04.2006, p. 422	5.ª T.
115) HC 48089/ RJ*	Min. Laurita Vaz	07.03.2006	03.04.2006, p. 380	5.ª T.
116) HC 37509/ SP	Min. Paulo Gallotti	21.02.2006	24.04.2006, p. 465	6.ª T.
117) HC 44109/ MG	Min. Hélio Quaglia Barbosa	16.02.2006	13.03.2006, p. 378	6.ª T.

118) HC 44356/ MG	Min. Nilson Naves	09.02.2006	04.12.2006, p. 380	6.ª T.
119) HC 41508/ SP*	Min. Hélio Quaglia Barbosa	07.02.2006	06.03.2006, p. 448	6.ª T.
120) HC 50432/ RS	Min. Laurita Vaz	02.02.2006	20.03.2006, p. 329	5.ª T.
121) HC 48981/ CE*	Min. Laurita Vaz	02.02.2006	20.03.2006, p. 326	5.ª T.
122) HC 47573/ RS	Min. Gilson Dipp	02.02.2006	10.04.2006, p. 250	5.ª T.

Pesquisa de jurisprudência no STJ (realizada em 19.06.2008)

Vocábulo pesquisado: "execução antecipada da pena" – no período compreendido entre 01.01.2006 até 31.12.2007 – 0 documentos encontrados.

3

A regulamentação do sigilo das comunicações entre pessoas presentes e do sigilo profissional no direito processual penal chileno

MARCIO GERALDO BRITTO ARANTES FILHO

Mestrando em Direito Processual Penal pela USP. Professor do Curso Marcato. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: A recente reforma processual penal chilena, decorrente de alteração política operada no país, evidencia a adoção de sistema com caráter acusatório. A Constituição chilena tutela direitos e garantias processuais, entre os quais se insere a vida privada. Estabeleceu-se regulamentação legal da investigação criminal, prevendo-se institutos que os restringem. A interceptação, a gravação e a revelação de comunicação entre pessoas presentes exemplificam restrições do sigilo das comunicações. Também a quebra do sigilo profissional é legalmente prevista.

PALAVRAS-CHAVE: Chile – Sistema processual penal – Investigação criminal – Vida privada – Sigilo de comunicações entre presentes – Interceptação – Gravação – Revelação – Sigilo profissional.

ABSTRACT: The recent reform on the Chilean procedural criminal system, which was a result of political changes in the country, adopted the accusatory system. Rights and guarantees of the due process of law, such as privacy, are under the custody of the Chilean Constitution. Legal regulation discipline criminal investigation, with possible restriction on Interception, recording and disclosure of all communication made by those who are present are examples of restrictions in terms of communication secrecy. Restrictions on professional classified information are also regulated by law.

KEYWORDS: Chile – The procedural criminal system – Criminal investigation – Privacy – Secret communication among people who are present – Interception – Recording – Disclosure – Professional secrecy.

SUMÁRIO: 1. Direito processual penal chileno: breves considerações : 1.1 A disciplina da investigação no ordenamento jurídico chileno: noções gerais: 1.1.1 *Actuaciones de la investigación* ; 1.2 Prova ilícita – 2. O sigilo das comunicações entre pessoas presentes: 2.1 Generalidades: intimidade e vida privada; 2.2 A inviolabilidade de toda a forma de

comunicação privada; 2.3 A inviolabilidade do sigilo das comunicações privadas é consagrada no direito chileno?; 2.4 Restrições do sigilo das comunicações: admissibilidade e limites; 2.5 Tutela penal; 2.6 Tutela processual penal: 2.6.1 Interceptação ambiental; 2.6.2 Gravação de comunicação por interlocutor; 2.6.3 Revelação de comunicação por interlocutor – 3. O sigilo profissional: 3.1 Generalidades; 3.2 O advogado; 3.3 O médico; 3.4 O jornalista; 3.5 O religioso – Bibliografia.

1. Direito processual penal chileno: breves considerações[1]

O direito processual penal chileno foi recentemente alterado como decorrência da reforma da estrutura política do país. Elaboraram-se novas normas, de nítido cunho garantista, que são mais condizentes com os ideais democráticos ora preconizados na República do Chile. Entre elas, avultam-se direitos e garantias inerentes ao devido processo legal, que integram a Ordem Constitucional vigente.

Elaborada por Assembléia Nacional Constituinte nomeada no período da ditadura encabeçada pelo general *Augusto Pinochet Ugarte*, a Constituição Política do Chile, promulgada em 1980, foi alterada por diversas reformas, mormente após a queda do regime militar. A principal modificação ocorreu em 2005, operada no governo do presidente *Ricardo Lagos Escobar*. O texto foi subscrito e promulgado em 17.09.2005, com o título de Constituição de 2005.[2] O seu Capítulo III versa sobre " *los derechos y deberes constitucionales* ", dos quais se extrai " *el respeto y protección a la vida privada* ".

Objetivando amoldar o sistema processual chileno aos direitos e garantias fundamentais gradualmente consagrados pela Lei Maior, por demais olvidados no extenso período da ditadura militar, instituiu-se movimento reformista, que redundou na elaboração do Código Processual Penal do Chile (*Código Procesal Penal*),[3] publicado em 12.10.2000.[4]

1. Recebimento: 23.06.2009. Aprovação: 17.08.2009.
2. Cf. Cereceda, Francisco Cumplido. *Reforma constitucional en Chile. Anuário de Derecho Constitucional Latino Americano*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, t. I, p. 106-110. O texto normativo da *Constitución Política de La Republica de Chile* está disponível em: [www.bcn.cl]. Acesso em: 30.04.2009.
3. Disponível em: [www.bcn.cl]. Acesso em: 30.04.2009.

Tal diploma normativo vigorou, progressivamente, nas diferentes regiões do país. E substituiu o anterior, *Código de Procedimiento Penal*, editado no longínquo ano de 1906, que muito foi modificado no período de sua vigência.[5]

O sistema da lei processual penal de 1906 constituiu um processo penal de caráter notadamente inquisitivo, inspirado em modelos dos códigos europeus abandonados no século XIX. Mauricio Duce e Christian Riego o resumem da seguinte forma: " *la figura básica del sistema inquisitivo chileno es el juez del crimen, en quien se radican las funciones de investigación, acusación y fallo. Es decir, en un juicio penal es el mismo juez quien ejerce los tres roles mencionados* ".[6]

Duas eram as etapas do sistema inquisitivo: a do sumário e o do plenário. O sumário, presidido por um magistrado, correspondia à fase de investigação de fato tido por criminoso. O mencionado órgão, sucessivamente, podia propor ação penal – por meio de formalização da acusação, que iniciava a fase do plenário – e proferir julgamento sobre o fato imputado.[7]

No sistema instituído pelo *Código de Procedimiento Penal*, ocorreram abusos policiais, torturas, longas prisões sem condenação, mitigação da defesa, invasões em domicílios sem autorização judicial, entre outras graves ofensas aos direitos fundamentais.[8]

Alterações relevantes foram operadas pela nova legislação processual, entre as quais estão: a instituição de sistema processual com

4. É oportuno registrar a dedicação da doutrina chilena, citada no presente artigo, em analisar as novas disposições normativas da lei processual decorrentes da mencionada reforma política, que, mesmo recente, foi alterada no decorrer desta década. Também aos bacharéis da *Universidad de Chile* e da *Universidad Diego Portales* devem ser dispensados os mais sinceros elogios, pelo esmero na avaliação da novel legislação, em teses de conclusão do curso de Graduação aqui retratadas. As referidas teses foram gentilmente disponibilizadas em pesquisa efetuada nas referidas universidades.
5. Disponível em: [www.bcn.cl]. Acesso em: 30.04.2009.
6. Cf. La reforma procesal penal en Chile: informe acerca del proceso de reforma al sistema de enjuiciamiento criminal chileno. In: SCHÖNBOHM, Horst; LÖSING, Norbert (eds.). *Un nuevo sistema procesal penal en América Latina*. Buenos Aires: Ciedla, 1998, p. 152-153.
7. Cf. idem, p. 155-159.

caráter acusatório, com atribuição das funções de acusar e julgar a órgãos distintos; a criação do Ministério Público, como titular da ação penal pública; e a atribuição da investigação ao Ministério Público, com auxílio da Polícia, sob a fiscalização de um " *juez de garantía* ".[9]

O *Código Procesal Penal* estabelece, nas disposições gerais, a aplicação temporal da lei processual penal. Mas ressalva a eficácia de normas processuais anteriores, desde que benéficas ao acusado: as leis processuais penais serão aplicáveis aos procedimentos já iniciados, salvo quando, a juízo do julgador, a lei anterior contiver disposições mais favoráveis ao imputado (art. 11).

Repudiando a regulamentação anterior, especial atenção foi dispensada pelo legislador na disciplina da investigação criminal pelo atual diploma processual.

1.1 A disciplina da investigação no ordenamento jurídico chileno: noções gerais

No Livro Segundo do *Código Procesal Penal,* disciplina-se o procedimento ordinário, que é integrado pelas seguintes fases: *etapa de investigação, preparação do juízo oral* e *juízo oral.*

É a primeira fase que ora nos interessa (arts. 166 a 258 da lei processual penal). Nela se visa a descobrir fontes de prova pertinentes ao fato investigado. Inicia-se por manifestação do Ministério Público, por *denuncia* (*notitia criminis*) ou por *querella* (arts. 172 e ss.).

Qualquer pessoa pode noticiar diretamente ao Ministério Público, aos órgãos policiais que o auxiliam, ou a autoridade judicial o

8. Cf. LENNON, Maria I. Horvitz. La reforma procesal penal chilena. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* vol. 9, n.15. Buenos Aires, mayo 2003, p. 768.
9. Apontando as principais alterações do novo sistema processual Maria I. Horvitz Lennon enfatiza que "hasta fines de la década de los 80, no existía una clara conciencia de la crisis de legitimación en que se encontraba el sistema. Esta situación cambia a comienzos de los 90, coincidentemente con el fin del gobierno militar. Como se adelantó, el proceso por medio del cual se incorporan constitucionalmente al ordenamiento jurídico chileno un conjunto de normas internacionales de derechos humanos hace surgir la necesidad para el Estado de compatibilizar el sistema procesal vigente con los estándares de debido proceso que en ellas se contienen" (Op. cit., p. 768-771).

conhecimento que tiver sobre o cometimento de fato que tenha por delituoso (arts. 172 e 173).

A lei obriga certas pessoas, vinculadas a órgãos públicos, a noticiar a ocorrência, em tese, de infração penal. Trata-se de agentes públicos que, no exercício de suas funções, com ela se deparam. Entre eles estão os membros do Ministério Público e dos órgãos policiais. Também o *extraneus* deve informar a suposta prática delitiva, desde que desempenhe funções pertinentes à educação e à saúde (art. 175).

Institui-se, também, um controle judicial anterior à formalização da investigação (art. 186). O interessado pode pleitear ao juiz garantia que ordene ao Ministério Público a revelação dos fatos que sejam o seu objeto ou a fixação de prazo para sua formalização.

Vista a forma de início, quanto ao seu objeto, a investigação pode versar sobre fatos constitutivos do delito, os indicativos de participação punível e os pertinentes à demonstração da inocência do imputado (art. 3.º).

A direção das atividades investigativas é atribuída, exclusivamente, ao Ministério Público, que é auxiliado pela polícia (art. 3.º).

Frise-se, por oportuno, que, no sistema instituído pela lei processual chilena, os personagens da persecução penal, membros do órgão ministerial, investigados, defensores, vítimas e querelantes, são denominados *intervenientes* pela lei (art. 12). A nominação é recepcionada pela doutrina.[10]

Aponta Raúl Tavolari Oliveros, a respeito do novo Código Processual, que a principal alteração foi a criação do Ministério Público: "básicamente se há pergeñado un sistema de persecución y juzgamiento procesal penal en el que un órgano público autónomo – el Ministerio Público – tiene la tarea constitucional, exclusiva, de dirigir la investigación de los delitos y de ejercer y sustentar la acción penal pública, tarea esta última que comparte con otras personas que a ley determine".[11]

10. Cf. LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Jurídica de Chile, 2004, t. II, p. 71-72.
11. Principios del sistema procesal chileno. *Criminalia – Academia Mexicana de Ciencias Penales* 2, año LXIX. México: Porrúa, mayo-ago. 2003, p. 279.

Em Chile, verificam-se, basicamente, dois ramos[12] na polícia, assim denominados: os *Carabineros*, que se ocupam, em regra, de atividades preventivas (correspondente à Policia Militar brasileira); e a *Policia de Investigaciones de Chile*, responsável por atividades investigatórias (similar à Policia Civil brasileira).[13]

O Código Processual Penal estabelece que a *Policía de Investigaciones de Chile* é auxiliar do Ministério Público na investigação de fato criminoso (art. 79).

Também regulamenta a atividade dos *Carabineros do Chile*, os quais, como auxiliares do Ministério Público, também poderão desenvolver atividades investigativas (art. 79).

Outra entidade de polícia é reconhecida pela lei, a *Gendamería do Chile*, à qual se atribui a apuração de fatos tidos por ocorridos no interior de estabelecimento penais (art. 79).

Os investigadores integrantes dos apontados órgãos policiais devem observar as orientações do Ministério Público e as ordens judiciais (art. 80). Ao concretizarem diligências, hão de zelar pelos direitos e garantias processuais, que devem ser observados desde a primeira fase da persecução penal (art. 7.º).

A propósito, é de se ressaltar que o princípio da jurisdicionariedade e a conseqüente reserva de jurisdição são expressamente previstos em lei. Restrições a direitos e garantias que toda a Constituição assegura devem ser precedidas de autorização judicial (art. 9.º).

Em conseqüência, prevê-se que, se de uma diligência de investigação puder produzir alguns dos referidos efeitos, o membro do

12. Os órgãos policiais do Chile são resumidos por Raúl Tavolari Oliveros da seguinte forma: "Históricamente, a lo menos durante los últimos sesenta años del siglo XX, Chile há tenido dos policías: una policía militarizada (Carabineros de Chile) condición esta que se incremento de un modo notable, durante el Gobierno militar de 1973 a 1990 y otra policía civil, (Policía de Investigaciones) correspondiente a la primera, fundamentalmente, funciones preventivas y, a la segunda, la de investigar los delitos" (Op. cit., p. 295).
13. Cf. Uribe, Cláudio Diaz. El caso Chile. In: Ambos, Kai; Colomer, Juan-Luis Gómez; Vogler, Richard (eds.). *La policía en los Estados de derecho latinoamericanos – un proyecto internacional de investigación*. Bogotá: Instituto Max-Planck, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003, p. 161.

Ministério Público deverá solicitar previamente ao juízo competente (art. 9.º).[14]

Com efeito, o juiz oficiante na investigação criminal é tido por juiz-garante, ou "juez de garantia", que a fiscaliza, zelando pela observância fiel e irrestrita dos direitos e garantias processuais. Salienta Maria I. Horovitz Lennon que "la investigación de los delitos es controlada por un órgano jurisdiccional, el juez de garantía, quien por imperativo constitucional debe autorizar previamente todas aquellas actuaciones que priven, restrinjan o perturben del ejercicio de los derechos constitucionales tanto al imputado como al terceros".[15]

Conjugada à autorização judicial prévia, preconiza-se a chamada *cautela de garantias*. Em qualquer etapa do procedimento, se o juiz de garantia estimar que o imputado não esteja em condições de exercer os direitos e as garantias consagradas na Constituição Política, nas leis e nos tratados internacionais ratificados pelo Chile, adotará, *ex officio* ou por requerimento da parte, as medidas necessárias para permitir dito exercício (art. 10).

É de se ressaltar, demais disso, que se estabelece *prazo razoável* para conclusão da investigação. Transcorrido o prazo de dois anos desde a data em que a investigação houver sido formalizada, o Ministério Público deverá encerrá-la. Se não o fizer, o imputado ou o querelante poderão solicitar ao juiz que o notifique para assim proceder (art. 247).

Visando a assegurar o exercício das faculdades dos intervenientes, a lei lhes assegura acesso aos elementos constantes dos autos da investigação, para reconhecê-los ou realizar perícia, sempre que forem autorizados pelo Ministério Público e pelo juiz de garantia (art. 188).

14. Conforme disposto no art. 9.º do Código de Processo Penal chileno, tratando-se de casos urgentes, em que a imediata autorização ou ordem judicial seja indispensável para o êxito da diligência, poderá ser solicitada e outorgada por qualquer meio idôneo a obtenção deste efeito, tais como telefone, fax, correio eletrônico ou outro, sem prejuízo de se fazer constar, posteriormente, no registro correspondente. Não obstante o que prevê o Código, em caso de detenção, deverá ser entregue um registro da ordem judicial pelo funcionário policial que a execute, com a indicação do respectivo juízo, do delito que a fundamente e do dia e horário em que foi emitida.
15. Cf. LENNON, Maria I. Horvitz. *La reforma procesal*... cit., p. 767-768.

O Ministério Público manterá um registro especial no qual conste a identificação das pessoas que forem autorizadas para reconhecê-las ou manipulá-las, guardando cópia da correspondente autorização.

Sem embargo, é consagrada a possibilidade de decretação de segredo (art. 182) sobre o conteúdo dos termos constantes dos autos da investigação policial, para que terceiros não os conheçam. Em regra, o imputado e os demais intervenientes poderão examiná-los e obter cópias dos registros e documentos da investigação. Ressalva-se a possibilidade de reserva de registros e documentos para garantir a eficácia da investigação, pelo prazo máximo de 40 dias, assegurado o acesso à jurisdição para sua impugnação.

Ainda sobre a decretação de segredo, duas regras merecem destaque. Não se poderá decretar o segredo, em desfavor do investigado ou de seu defensor, de atos nos quais se tenha garantido deles participar, de manifestações judiciais e dos laudos periciais. E os funcionários que oficiarem na investigação, bem como outras pessoas que, por qualquer motivo, conheçam-na são obrigados a manter em segredo o seu conteúdo.

1.1.1 Actuaciones de la investigación

Entre as possíveis diligências de investigação, o legislador chileno houve por bem disciplinar as *actuaciones de investigación*, previstas no art. 180 e ss. da lei processual penal. Trata-se de "actos realizados durante la etapa de investigación por los intervinientes, o la policía, que tienen por objeto obtener y recoger los elementos de prueba".[16]

Tais "elementos de prova" (*rectius*: fontes de prova) servem para justificar eventual formalização de acusação ou pedido de arquivamento do feito. Igualmente, propiciam a fundamentação, em grau de probabilidade, das decisões que o juiz-garante expedirá durante as etapas preliminares da persecução penal.[17]

É de se ressaltar que se reconhece a possibilidade de serem praticados por todos os intervenientes, inclusive pelo querelante, pelo investigado e pelo seu defensor. A todos se assegura a possibilidade de

16. Cf. LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal*... cit., p. 68 e 75-76.

participação na colheita de fontes de prova que poderão ser úteis para formação da *opinio delicti*.[18]

Entre as diligências previstas na disciplina normativa da investigação (*actuaciones de la investigación*, nas palavras do legislador), destacam-se: *la interceptación de comunicaciones telefónicas* (art. 222), *la grabación de conversaciones entre personas presentes* (art. 226) e *la retención e incautación de correspondencia* (art. 218).

1.2 Prova ilícita

A respeito da investigação de fontes de prova, discute-se sobre a possibilidade de reconhecimento da ilicitude das provas obtidas no decorrer da investigação.

Cumpre, neste ponto, referir-se ao conceito e conseqüências jurídicas da ilicitude na obtenção da prova. Diz-se que ilícita é a prova com inobservância de garantias fundamentais.[19] Da ilicitude da prova, é extraída, em regra, sua ineficácia.

Apesar de a tendência dominante seja de reconhecer a ineficácia da prova ilícita, reconhece-se que possa ser atenuada, por aplicação do princípio da proporcionalidade, sobretudo quando a prova tenha sido

17. Embora em espanhol, utilizem-se os termos "elementos de prueba", traduzi-los por *fontes de prova* resguarda um dos significados específicos do termo *prova*, considerada a sua denotação na fase de investigação. Os diversos significados sobre o termo prova são acolhidos pela doutrina brasileira (Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova – reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318).
18. O art. 183 do Código de Processo Penal chileno estabelece que os intervenientes possam requerer diligências ao Ministério Público, ao qual é atribuída a direção da investigação.
19. Cuida-se de conceito de prova ilícita que constitui " *denominador común* ". Após minucioso exame de considerações sobre a ilicitude da prova no direito comparado, concluem os autores que o conceito de prova ilícita decorre de um denominador comum de todos os sistemas processuais: inobservância de garantias fundamentais. Afirmam que as distintas denominações e classificações observadas decorrem das realidades normativas de cada sistema (Cf. LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal*... cit., p. 164-169).

obtida com sacrifício de bens de menor relevância. A fixação dos critérios para moderação da rígida aplicação da regra de exclusão decorre da violação das garantias processuais, cujos limites e extensão hão de ser definidos pela jurisprudência.[20]

O Código de Processo Penal estabelece a oportunidade em que se deva reconhecer a ilicitude. De acordo com o art. 276, a ineficácia da prova é declarada no " *desarrollo de la audiencia de preparación del juicio oral* " , que sucede à investigação. Não há regra, no mencionado diploma legal, que autorize a aplicação da regra de exclusão anteriormente.

Sem embargo, como já mencionado, a finalidade imediata dos atos de investigação é a descoberta de elementos que servirão para fundamentar a adoção de medidas cautelares. Obviamente, não se poderia aceitar que elementos inaptos a fundamentar uma decisão definitiva pudessem lastrear decisões de natureza cautelar durante a fase preliminar. Como bem salientado pela doutrina, seria absurdo sustentar a possibilidade de restrição de direitos fundamentais com elementos probatórios obtidos mediante a violação dos mesmos.[21]

Portanto, embora prevista a declaração de ineficácia da prova ilícita em audiência preparatória do juízo oral, admite-se, doutrinariamente, que a prova possa ser reconhecida como ilícita – ineficaz, por conseguinte – na fase investigativa. É ela inutilizável. Aplica-se, por analogia, a sanção processual da *inutilizzabilittà* do direito italiano.[22]

E a ilicitude da prova, como bem apontado pela doutrina, decorre, no mais das vezes, da violação da vida privada e intimidade, doravante examinadas.

20. Idem, p. 175-178.
21. Idem, p. 206.
22. Idem, p. 207-212. Os autores reconhecem que, em princípio, poder-se-ia sustentar que a sanção processual aplicável seria a da nulidade processual, porque se prevêem requisitos formais para a concessão e execução das medidas cautelares. No entanto, o art. 159 do Código de Processo Penal chileno estabelece a possibilidade de aplicação desta sanção apenas às " *actuaciones o diligencias judiciales* "; não aos atos de investigação. Por isso a referência ao direito estrangeiro.

2. O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES ENTRE PESSOAS PRESENTES

2.1 Generalidades: intimidade e vida privada

A proteção conferida à vida privada e à honra da pessoa e de sua família, que é assegurado a todas as pessoas (art. 19.4) exemplifica " *los derechos e deberes constitucionales* " previstos no Capítulo III da *Constitución Política de la Republica de Chile.*

A tutela da vida privada é ratificada em atos internacionais que integram o ordenamento jurídico chileno. A *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* estabelece que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou em sua correspondência (art. 11.2).[23]

E o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* dispõe que ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação (art. 17.1), assegurado o direito a proteção da lei contra indevidas interferências.[24]

Alguns doutrinadores entendem que a vida privada e a intimidade são sinônimos, porque apenas a vida privada é tutelada imediatamente.[25] Parcela considerável da doutrina a elas se refere indistintamente, firmando concepção unitária da esfera privada.

Com relação ao tema, Renato Leiva, considerando as concepções apresentadas, afirma que "el derecho a la intimidad o a la vida privada comprendería a todos aquellos hechos, actos o situaciones que el hombre realiza reservada, tranquila y libremente, en cuanto nadie tenga la facultad concedida por ley par impedir o fiscalizar su realización, y cuyo conocimiento por otros o cuya divulgación acaree un daño". O autor destaca quatro elementos da definição proposta: o segredo ou reserva (secreto absoluto) e o direito ao controle da utilização ou

23. O ato normativo chileno que aprovou o citado ato normativo internacional é o Dec. 873, de 05.01.1991. Disponível em: [www.bcn.cl]. Acesso em: 30.04.2009.
24. O ato normativo chileno que aprovou o referido pacto internacional é o Dec. 778, de 29.04.1989. Disponível em: [www.bcn.cl]. Acesso em: 02.05.2009.
25. Cf. LEIVA, Renato Javier Jijena. *Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático*. Santiago: Jurídica de Chile, 1992, p. 37.

circulação da informação que seja confiada a terceiro (segredo relativo); a tranqüilidade ou ausência da perturbação física ou psicológica; e a autonomia.[26]

De outro lado, os adeptos de concepção dualista distinguem duas esferas. Segundo Marian Alvarado, a esfera íntima ou intimidade integra o âmbito interno do ser humano, ao qual não se tem acesso e sobre o qual não se pode dispor sem ser molestado; a esfera privada ou vida privada, mais ampla que a anterior, refere-se ao setor que se manifesta e transcende ao mundo das condutas, acessível por seu titular ou por um grupo reduzido de pessoas. Vida privada, em sua compreensão, seria o gênero que incluiria como núcleo central e mais reduzido a intimidade.[27]

Quanto ao direito à vida privada, esmiúça-se que da concepção de liberdade negativa, de se opor à utilização de informações pessoais, passou-se para a de liberdade positiva, que permite supervisionar o uso que dela se faz, ou seja, controlar as informações pessoais que circulam na sociedade.[28]

A intimidade, conquanto relacionada à vida privada, consiste, negativamente, na impossibilidade de que uma pessoa seja objeto de ofensas ou humilhações; positivamente, no pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.[29] Cuida-se de aspectos do bem jurídico, enfatizados pela doutrina.

Conclui-se que, em Chile, há considerável embate doutrinário sobre a exata definição da intimidade e da vida privada. Entretanto, ambas as correntes reconhecem a existência de esfera individual, decorrente da dignidade da pessoa humana, que deve ser resguardada.

26. Idem, p. 42.
27. Cf. *La protección civil del derecho a la intimidad – Memoria para optar al grado de Licenciada em Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.C.V.*, p. 4 apud LEIVA, Renato Javier Jijena. Op. cit., p. 37 e 42.
28. Cf. LEIVA, Renato Javier Jijena. Op. cit., p. 38-39.
29. Cf. LUÑO, Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Espanha: Tecnos, 1990, p. 318. apud CARRASCO, Carolina Diaz. *Banco de datos y el derecho a la intimidad – conflictos e posibles soluciones legales*. Seminario I – Escuela de Derecho. Santiago: Universidad Diego Portales (Profesor guía: Ricardo Sandoval), 1998, p. 26.

2.2 A inviolabilidade de toda a forma de comunicação privada

As comunicações privadas integram a tutela da vida privada e da intimidade no direito chileno. Quiçá pelas discussões sobre a delimitação dos diferentes aspectos da esfera privada (vida privada e intimidade), fala-se, genericamente, que a proteção das comunicações privadas decorre do *derecho a la privacidad*.[30]

Estabelece o art. 19.5 da Lei Maior *a inviolabilidade do lar e de toda forma de comunicação privada*. O lar pode ser invadido e as comunicações e os documentos privados podem ser interceptados, abertos ou registrados somente nos casos e formas determinados por lei.

A restrição da inviolabilidade de toda forma de comunicação privada, portanto, há de ser prevista em lei. Ademais, insere-se na dita Reserva de Jurisdição, expressamente prevista pela lei processual penal, que preconiza a indispensabilidade de prévia autorização judicial (art. 9.º do Código de Processo Penal chileno).

Como visto, diferentemente do Brasil, tutela-se a inviolabilidade das comunicações. Não se menciona o sigilo.

2.3 A inviolabilidade do sigilo das comunicações privadas é consagrada no direito chileno?

Cumpre, neste ponto, para melhor compreensão da restrição do sigilo das comunicações entre pessoas presentes, referir-se à doutrina brasileira, a respeito da diferença entre sigilo e segredo.

Com efeito, quanto à necessária diferenciação de sigilo e segredo, confiram-se as bem lançadas palavras de Antonio Scarance Fernandes: "segredo e sigilo, embora se relacionem, não devem ser confundidos. Segredo é aquilo que se pretende não seja do conhecimento alheio. É, em outras palavras, o objeto do conhecimento privado de alguém ou de poucas pessoas. Diferente é o conceito de sigilo. Atribui-se a ele, de forma geral, a idéia de algo destinado à proteção do segredo". "Garantir o sigilo do ser humano significa proteger os seus segredos, tantos os de sua esfera íntima, quanto os de sua vida privada".[31]

No direito chileno, contudo, não se costuma distinguir o *sigilo* do *segredo*. A Constituição tutela a inviolabilidade de toda forma de

30. Cf. LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal*... cit., p. 124.

comunicação privada. Em glosas, fala-se em " *obligación de guardar secreto* " [32] e " *inviolabilidad de las comunicaciones privadas* ".[33] Parece melhor a sistemática adotada pela doutrina brasileira: a distinção facilita a compreensão da tutela das comunicações privadas.

Entretanto, a inviolabilidade do sigilo das comunicações é, a nosso ver, é tutelada pela propalada norma constitucional. Constitui conseqüência inarredável da ampla previsão: em verdade, como ocorre no Brasil, parece-nos inviolável o sigilo, que protege o segredo da comunicação. Mas não irrestritamente. Há situações em que se justifica a preponderância de interesse de maior relevância, se comparado ao decorrente da proteção da vida privada.

2.4 Restrições do sigilo das comunicações: admissibilidade e limites

Corretamente, salienta-se que o reconhecimento do direito à privacidade significa a imposição de limites à atividade estatal de persecução de delito, traduzidos, no mais das vezes, no grau de liberdade de que goza a sociedade. Reserva-se uma esfera de intimidade que não pode ser restringida sem causa legítima.[34]

Há razões superiores, contudo, que legitimam a restrição do direito à intimidade. Trata-se de " *situaciones de excepción* ", que autorizam a interferência na vida privada e na intimidade das pessoas. Pontuam-se as seguintes: a segurança do Estado, se configurado interesse superior; o bem-estar da comunidade ou a saúde pública; o exercício legítimo de direitos por terceiros, como, por exemplo, a interferência operada na vida privada nas relações entre cônjuges e entre pais e filhos; e a liberdade de informação (direito de dar e de

31. "São conceitos extraídos a partir do sentido etimológico dos vocábulos 'segredo'e 'sigilo' O primeiro provém de *secretum*, ou seja, aquilo que está oculto e o segundo de *sigilum*, diminutivo de *signum*, cujo significado é o de pequeno sinal ou, ainda, de selo, isto é, daquilo que serve para ocultar ou guardar" (O sigilo e a prova criminal. *RCP* 4/153-156. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2006.
32. Cf. LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal*... cit., p. 125-126.
33. Cf. RAMÍREZ, Pedro Anguita. *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada*. Santiago: Jurídica de Chile, 2007, p. 188.
34. Cf. LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal*... cit., p. 95-97.

receber informação), desde que preenchidos os requisitos de uma adequada informação, respeitosa da intimidade alheia.[35]

Retoma-se aqui a precisa lição da doutrina brasileira: deve-se proceder à ponderação entre o interesse público na restrição do sigilo e o interesse privado de quem tem o seu segredo revelado, em observância ao princípio da proporcionalidade.

Como corolário da proporcionalidade, enfatiza-se que "a limitação da liberdade individual só se justifica para a concretização de interesse coletivos superiores".[36]

Se indevida, a violação da vida privada significa intrusão maliciosa em assuntos, documentos, comunicações ou recintos que o titular do bem jurídico protegido não deseja serem conhecidos por terceiros sem o seu consentimento prévio.[37]

É da mais alta relevância a referência o disposto no art. 20 da Constituição Política do Chile, que consagra *recurso de proteção* em favor de quem sofra privação, perturbação ou ameaça no legítimo exercício do direito à intimidade.

2.5 Tutela penal

No ordenamento jurídico chileno, pela repercussão das normas incriminadoras que tutelam as comunicações privadas em sua restrição processual, urge, por primeiro, examiná-las.

35. Cf. ALVARADO, Marian. *La protección civil...* cit., p. 100 e ss. apud LEIVA, Renato Javier Jijena. Op. cit., p. 43-44.
36. Cf. FERNANDES, Antonio Scarence. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 56-57.
37. Cf. CEA EGAÑA, José Luis. *Curso de derecho constitucional – derechos, deberes e garantías constitucionales*. Santiago: Pontifícia Universidad Católica de Chile, Faculdad de Derecho, 1999, p. 93. apud CARTER, Pamela del Carmen Millas; MARDONES, Selena Carolina Nogués; RESTREPO, José Maximiliano Rivera. *El correo electrónico y las implicancias de su utilización desde la perspectiva del Derecho Constitucional e Laboral – Derecho a la inviolabilidad o secreto de las comunicaciones – Derecho a la intimidad y privacidad – Potestad jurídica de mando del empleador*. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (Profesor guía: Lorena Donoso Abarca), Santiago, Universidad de Chile, 2003, p. 104.

Incriminou-se a violação do segredo das comunicações nos artigos 161-A e 161-B do Código Penal chileno, inseridos pela Ley 19.423, publicada em 20.09.1995.[38] A indevida violação do segredo das telecomunicações é tratada em separado, na *Ley de Telecomunicaciones*.[39]

A distinção legal é, por demais, criticada pela doutrina. Entende-se que as indevidas intromissões nas comunicações privadas, incluída

38. O Código Penal Chileno está disponível em: [www.bcn.cl]. Acesso em: 02.05.2009. O Poder Judiciário chileno se manifestou sobre a inviolabilidade das comunicações privadas em casos noticiados pela doutrina, representada por Pedro Anguita Ramírez.

Muito rumor decorreu de fato ocorrido em 1992, quando um oficial do Exército chileno gravou conversa de telefone celular entre o então senador *Sebastián Piñera*, que aspirava a se converter pré-candidato do *Partido Renovación Nacional* nas eleições presidenciais de 1993. Divulgou-se a conversação mantida com seu amigo. Versava sobre a forma como um jornalista deveria interrogar a sua adversária, também pré-candidata do referido partido. Não obstante a gravidade da conduta, a Corte Suprema reconheceu a inadequação ao tipo penal então previsto na Lei de Telecomunicações. Tal fato é visto como o antecedente direito da inclusão dos arts. 161-A e 161-B no Código Penal chileno.

Outro caso é noticiado pela doutrina, também ocorrido em 1992. Os advogados do *Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo* – organização de defesa de pessoas privadas de liberdade – souberam que microfones foram instalados na *Cárcel de Alta Seguridad*, espalhados em celas, dormitórios, locais nos quais os presos recebiam visitas, neles incluído o lugar em que recebiam visitas conjugais e, provavelmente, onde se entrevistavam com os seus advogados. Tais evidências justificaram a apresentação de um *recurso de protección* em desfavor da *Gendarmería de Chile y del Ministerio de Justicia*, para declaração da violação do direito a vida privada dos encarcerados, parentes e visitantes, bem como da inobservância do segredo profissional do advogado. O Estado alegou que as medidas foram respaldadas em normas regulamentares, instituídas para segurança interna dos recintos carcerários. Em sentença, a Corte de Apelação considerou que não existia ação ou omissão arbitrária ou ilegal por parte da *Gendarmería de Chile* (*Recurso de protección, comité de defensa de los derechos del pueblo, (codepu)/Gendarmería de Chile y otro*, revista Fallos del mes n. 440 – n. 4, año 1992, p. 724 e ss.) (Cf. Op. cit., p. 188-192).

as telecomunicações, deveriam ser incriminadas conjuntamente, porque o bem jurídico constitucionalmente tutelado é o mesmo: a inviolabilidade de toda forma de comunicação privada.[40]

De outra parte, sustenta-se que se trata de bens jurídicos distintos: no Código Penal, a intimidade e privacidade de uma pessoa; na *Ley de Telecomunicaciones*, a incolumidade das comunicações.[41]

Duas são as figuras delitivas previstas no art.161-A que vulneram as comunicações de natureza privada: intervenção, que sintetiza as condutas de captar, interceptar, gravar ou reproduzir; e divulgação.[42] As condutas típicas se perfazem *independentemente do meio técnico utilizado*, conforme previsto em lei.

Para configuração do delito, a indevida intromissão na comunicação deve ocorrer sem o consentimento do afetado. Se houver, exclui-se a tipicidade da conduta.[43]

39. A Ley 18.168 *General de Telecomunicaciones*, publicada em 1982, com sucessivas alterações na década de 90, prevê, em seu art. 36-B que comete delito de acción pública: (...) "(b) El que maliciosamente interfiera, intercepte, o interrumpa un servicio de telecomunicaciones, sufrirá la pena de presido menor en cualquiera de sus grados y el comiso de los equipos e instalaciones; (c) El que intercepte o capte maliciosamente o grave sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, será sancionado con a pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5000 UTM; (d) La difusión pública o privada de cualquier comunicación obtenida con infracción a lo establecido en la letra precedente, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 10 a 5000 UTM". As duas últimas condutas delitivas foram introduzidas em consonância com os dispositivos insertos no Código Penal.
40. Cf. RAMÍREZ, Pedro Anguita. Op. cit., p. 202-203. Acrescenta Maria Cecília Ramírez G. que "el objeto jurídico de protección el caso del artículo 161-A del Código es la privacidad/intimidad de la personas es su faceta intangible o inmaterial concerniente al ámbito que el sujeto mantiene libre de intrusiones de terceros, de la publicidad, del gobierno (...)" (Protección de las comunicaciones telefónicas en Chile. In: MARTÍN, Adán Nieto (coord.). *Homenaje ao Dr. Marino Barbero Santos* – in memoriam. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001. vol. 2, p. 539).
41. Cf. RAMÍREZ G., Maria Cecília. Op. cit., p. 549. Parece-nos preferível o primeiro entendimento, pela vinculação do segredo das comunicações à vida privada.

Mesmo quando a conversa versar sobre fatos condizentes a vida de terceiro, viola-se a intimidade, configurando a figura delitiva.[44]

Tampouco é ilícita a conduta de quem, em virtude de lei ou de autorização judicial, esteja autorizado a praticar as condutas típicas (art. 161-A, última parte). Recorde-se que o art. 19.5 da Constituição chilena prevê possibilidade de intervenção nas comunicações privadas, em hipóteses previstas em lei (art. 19.5).

Na citada *fattispecie*, tutelam-se as conversações ou comunicações de caráter privado que ocorram em recintos particulares ou lugares que não sejam de livre acesso ao público. Questiona-se a exclusão do espaço público, por ser irrelevante o local onde ocorra a violação da comunicação privada.[45]

Cuida-se de lugares nos quais é facultada ao interlocutor a exclusão de terceiros. Conforme enfatizado pela doutrina, não coincide com

42. Idem, p. 540. Enfatiza a autora que se trata de comunicações controladas por quem emite a comunicação ou conversação.

    A propósito, confira-se o disposto no art. 161-A da lei penal, em tradução livre do autor: "Art. 161-A. Castigar-se-á com a pena de reclusão menor em qualquer de seus graus e multa de 50 a 500 Unidades Tributárias Mensais ao que, em recintos particulares ou lugares que não sejam de livre acesso ao público, sem autorização do afetado, por qualquer meio, captar, interceptar, gravar ou reproduzir conversações ou comunicações de caráter privado, subtrair fotografias, fotocópias ou reproduzir documentos ou instrumentos de caráter privado, ou captar, gravar, filmar ou fotografar imagens ou fatos de caráter privado que se produzam, realizem, ocorram ou existam em recintos particulares ou lugares que não sejam de livre acesso ao público. Igual pena se aplicará a quem difunda as conversações, comunicações, documentos, instrumentos, imagens e fatos a que se refere o inciso anterior. Em caso de ser a mesma pessoa que os tenha obtido e divulgado, aplicam-se a esta as penas de reclusão menor em seu grau máximo e multa de 100 a 500 Unidades Tributárias Mensais. Esta disposição não é aplicável às pessoas que, em virtude de lei ou de autorização judicial, estejam ou sejam autorizadas a executar as ações descritas".
43. Idem, p. 542.
44. Discute-se sobre a possibilidade de autorização no âmbito das relações de trabalho. Diferenciam-se as comunicações em geral do empregado, relacionadas a sua atuação profissional, das pertinentes a sua vida íntima. Nestas, mais facilmente se evidencia a prática da infração penal (Idem, p. 543).

o ambiente doméstico. Nem com imóveis. Inclui, entre outros, oficinas profissionais, locais de trabalho, estabelecimento de comércio, habitações de hotel, sedes sociais de clubes cujo acesso é reservado aos sócios e casas removíveis.[46]

A propósito de lugares que não sejam de livre acesso ao público, entende-se, demais disso, que se trata de recintos privados nos quais não se admite o acesso indiscriminado. Apenas determinadas pessoas estão autorizadas a neles ingressar, como, por exemplo, os hospitais.[47]

O delito é comum. Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo da conduta. Prevê-se pena mais gravosa para quem obtenha e, sucessivamente, divulgue o conteúdo da comunicação privada.

Igualmente, conforme previsto no art. 161-B do Código Penal, são incriminadas as condutas tipificadas no art. 161-A, se praticadas com a finalidade de obter a entrega de dinheiro ou de bens ou a realização de qualquer conduta que não seja juridicamente obrigatória.[48]

Feitas estas breves considerações sobre a tutela penal, cumpre apresentar a disciplina processual penal prevista para concretização de legítima intervenção de toda forma de comunicação privada.

45. Cf. RAMÍREZ, Pedro Anguita. Op. cit., p. 203. A propósito, confiram-se as bem lançadas palavras do autor: "Dada la redacción del artículo, quedan excluida de tutela penal las comunicaciones privadas realizadas em sitios publicos, lo cual constituye um grave error conceptual del legislador al exigir um determinado ámbito físico – el particular em oposición al espacio público – para penalizar uma comunicación ou conversación privada, em lo cual es irrelevante donde ocurra".
46. RAMÍREZ G., Maria Cecília. Op. cit., p. 541.
47. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal – parte especial*. Santiago: Jurídica de Chile, 1997, p. 276, apud RAMÍREZ G., Maria Cecília. Op. cit., p. 541.
48. Confira-se o preconizado no art. 161-B do Código Penal, em tradução livre do autor: "Castigar-se-á com a pena de reclusão menor em seu grau máximo e multa de 100 a 500 Unidades Tributárias Mensais ao que pretenda obter a entrega de dinheiro ou de bens ou a realização de qualquer conduta que não seja juridicamente obrigatória, mediante qualquer dos atos assinalados no artigo precedente. No evento em que se exija a execução de um ato ou fato constitutivo do delito, a pena de reclusão se aplicará aumentada em um grau".

2.6 Tutela processual penal

2.6.1 Interceptação ambiental

A *interceptação ambiental*, também chamada de *interceptação entre presentes*, é definida pela doutrina brasileira como a "captação de conversa por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de só um deles". Cuida-se de conversa captada por um gravador, colocado por terceiro. É denominada *escuta* se um dos interlocutores souber que ela esteja ocorrendo.[49]

É prevista no ordenamento jurídico chileno no art. 226 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre " *la grabación de comunicaciones entre personas presentes* ".

À interceptação das comunicações entre presentes, é atribuída, pela lei processual penal, a natureza jurídica de *actuación de la investigación*. Reiteram-se aqui as observações anteriormente expendidas acerca dos atos de investigação (v., supra, n. 1.1.1).

O art. 226 se refere ao instituto como outro meio técnico de investigação. A regulamentação legal da interceptação ambiental é prevista nos arts. 222 a 225 do Código de Processo Penal.[50] Conforme neles disposto, a disciplina normativa da interceptação das comunicações entre pessoas presentes é a mesma prevista para a interceptação de comunicações telefônicas ou de outras formas de telecomunicação.[51]

Por primeiro, estabelecem-se os seus *pressupostos e requisitos*. Das previstas " *fundadas sospechas, basadas en hechos determinados* ", extrai-se que são indispensáveis elementos de materialidade e autoria delitivas, dos quais decorram a participação do investigado na preparação, pretérita ou atual, ou na consumação de um fato punível a que seja cominada a *pena de crimen* (art. 222, primeira parte).[52]

Verifica-se que o legislador considerou a gravidade do delito, em face da pena cominada, como critério para autorizar a execução da interceptação.

49. Cf. Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antonio Magalhães; Grinover, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 205-206.

Contudo, não basta a gravidade do delito. Exigem-se fundadas suspeitas de prática de crime, extraídas de fatos determinados: "el delito por el cual se concede la medida debe ser concreto, y la noticia de su comisión tiene que haber llegado al tribunal, no teniendo cabida las medidas preventivas u exploratorias desligadas de la realización de un hecho delictivo y tendente sólo a investigar la realización de hipotéticas conductas criminales".[53]

50. É de se registrar que tais normas foram recentemente alteradas pelo art. 3.°, *a*, da Ley 19.927, publicada em 14.11.2005, e art. 1.°, n. 23 da Ley 20.074, publicada em 14.11.2005.

    Já o *Código de Procedimiento Penal*, em seu Título III – Da comprovação do fato punível e averiguação do delinqüente –, disciplinava a interceptação ambiental.

    Segundo o art. 113 ter, inserido pelo art. 2.°, n. 2 da Ley 19.927/2004, quando existirem suspeitas fundadas de que uma pessoa ou uma organização delitiva houver cometido ou esteja preparando o cometimento de algum dos delitos previstos nos arts. 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter, 374 bis, inc. 1.°, e 374 ter do Código Penal e a investigação for *imprescindível*, o juiz poderá ordenar a interceptação ou gravação das telecomunicações desta pessoa ou de quem integre a dita organização e a *gravação das comunicações* (trad. livre do autor).

    Interessante destacar a norma inserta em seu art. 484: "No se dará valor a la confesión extrajudicial obtenida mediante la intercepción de comunicaciones telefónicas privadas, o con el uso oculto o disimulado de micrófonos, grabadoras de la voz u otros instrumentos semejantes". Não tem valor probatório de confissão. Mas pode fundamentar a investigação de outras fontes de prova. Discute-se se é possível considerar o registro magnetofônico um documento (RAMÍREZ G., Maria Cecília. Op. cit., p. 547).

    As citadas disposições normativas são aplicáveis se, no caso concreto, beneficiarem o investigado.

51. Em tradução livre do autor: "Art. 226. Outros meios técnicos de investigação. Quando o procedimento tiver por objeto a investigação de um fato punível a que seja cominada pena de crime, o juiz de garantia poderá ordenar, por requerimento do Ministério Público, a fotografia, a filmagem ou outros meios de reprodução de imagens pertinentes ao esclarecimento dos fatos. Também se poderá dispor sobre a gravação de comunicações entre pessoas presentes. As normas previstas nos arts. 222 a 225 regerão as diligências previstas neste artigo".

Vale notar que, se as suspeitas consideradas para ordenar a medida se dissiparem ou houver transcorrido o prazo de duração fixado para a mesma, deverá ser interrompida imediatamente (art. 222, última parte).

Mais ainda: a imprescindibilidade para a investigação é legalmente prevista (art. 222, primeira parte). Trata-se de concretização legal do princípio da proporcionalidade (v., supra, n. 2.4).

Consagra-se, demais disso, expressa *proibição de interceptação* de comunicações entre o investigado e seu advogado, salvo se houver elementos de que o último participe da prática delitiva, expendidos na ordem judicial motivada (art. 222, terceira parte). Resguarda-se aqui o sigilo profissional (v., infra, n. 3).

Estabelecidos os *requisitos e pressupostos* para a execução do meio de investigação, prescreve-se a indispensabilidade de *ordem judicial* motivada expedida pelo juiz de garantia. Também se impõem requisitos para expedição da ordem judicial, da qual deve constar: indicação circunstanciada do nome e qualificação (*dirección*) do afetado pela medida; forma da interceptação; e duração, que não poderá exceder a 60 dias.[54] Admite-se a prorrogação, por períodos de igual duração, desde que examinada a concorrência dos requisitos, respeitados os 2 anos para o encerramento da investigação (art. 247).

52. Nos arts. 21 e ss. do Código Penal chileno, discriminam-se as espécies de pena, gradativamente, da mais para a menos gravosa: "penas de crímenes, penas de simples delito, pena de las faltas, penas comunes a las tres clases anteriores, penas accesorias de los crímenes y simples delitos". As penas de crímenes são as seguintes: "presidio perpetuo calificado, presidio perpetuo, reclusión perpetua, presidio mayor, reclusión mayor, relegación perpetua, confinamiento mayor, extrañamiento mayor, relegación mayor, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares, inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio público o profesión titular, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos y profesionales titulares, inhabilitación especial temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular".
53. Ramírez G., Maria Cecília. Op. cit., p. 548.

Como bem salientado pela doutrina, a garantia constitucional de reserva de jurisdição se concretiza legalmente nas disposições processuais que exigem autorização judicial para a gravação de conversas entre pessoas presentes (art. 226), a interceptação de comunicação entre presentes (art. 222), a retenção e a violação de correspondência (art. 218) e a entrega de cópias de comunicações ou transmissões por parte de empresas prestadoras de serviços de comunicações (art. 219).[55]

A propósito da indispensabilidade da *motivação* da decisão judicial que autorize a interceptação de comunicações, salienta-se que, para os seus resultados tenham aptidão probatória, a autoridade judicial deverá fundamentar a presença dos requisitos previstos em lei.[56]

Consoante as demais disposições normativas que regulamentam a investigação, a *legitimidade* ativa é atribuída ao Ministério Público. De outro lado, a interceptação pode ser autorizada em desfavor de investigado ou de pessoas contra quem existam suspeitas fundadas, baseadas em fatos determinados, de que sejam intermediárias nas telecomunicações ou tenham permitido a utilização de seus meios de comunicação pelos investigados e seus intermediários (art. 222, segunda parte).

54. A *Ley* 20.000, de 16.02.2005, que sanciona " *el trafico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* " altera a disciplina da interceptação entre presentes no que se refere à indicação dos dados pessoais do investigado, em desfavor de quem se decrete a interceptação. Basta consignar as circunstâncias que o individualizem.

    O seu art. 24 estabelece que "Las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en esta ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad a las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal.

    Sin perjuicio de lo anterior, no regirá lo dispuesto en el inciso cuarto del art. 222 de ese Código, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren.

    Asimismo, no obstante lo prevenido en el art. 167 de dicho Código, si las diligencias ordenadas no dieren resultado, el fiscal podrá archivar provisionalmente la investigación hasta que aparezcan mejores y nuevos antecedentes".

55. Cf. LENNON, Maria Inês Horvitz, MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal*... cit., p. 123-124.

Regulamentam-se, ainda, a *execução da interceptação* e eventual *utilização de fontes de provas* nela descobertas.

Relativamente à execução do meio de investigação, quanto às interceptações de comunicações telefônicas, prevê-se que as empresas telefônicas e de comunicações deverão cumprir a interceptação, proporcionando aos funcionários encarregados da diligência todos os recursos necessários para concretizá-la, conforme requerida.[57]

Acrescenta-se que os encarregados de realizar a diligência e os empregados das empresas mencionadas deverão guardar segredo da mesma, salvo se forem tidos como testemunhas no procedimento.

Outrossim, o *registro da interceptação* (art. 223) deve ocorrer mediante gravação magnetofônica ou outros meios técnicos análogos que assegurem sua fidelidade. A gravação será entregue diretamente ao Ministério Público, que a conservará em segredo e velará para que não seja conhecida por terceiros. Atribui-se ao órgão ministerial a custódia dos resultados da interceptação. Cuida-se de base de dados, que deve ser por ele protegido.[58]

56. Cf. SANHUEZA, Constanza Dintrans. *El tratamento de datos personales en el proceso de persecución penal chileno*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales – Facultad de Derecho, Santiago, Universidad de Chile (Profesor guía: Alberto Cerda Silva), 2007, p. 108-109. Salienta a autora que "El detalle y rigurosidad de la norma no dejan lugar a posibles interpretaciones, por tanto, no cabe más que concluir que para la realización de la diligencia en estudio será necesaria en todo caso la aprobación judicial correspondiente, la que necesariamente deberá fundamentar la existencia de todos y cada uno de los requisitos contenidos en la norma para adquirir fuerza probatoria tal como señala expresamente el artículo 225 do Código".
57. Com este objetivo, estabelece-se que os provedores de tais serviços deverão manter, em caráter reservado, a disposição do tribunal, uma lista atualizada de suas classes autorizadas de direções IP e um registro, não inferior a 6 meses, do números de IP das conexões que realizem seus contratantes. A negativa ou a obstrução na prática da medida de interceptação e gravação configurará o delito de desacato. Tradução livre do autor de disposições do art. 222, quinta parte do Código Procesal Penal. Tratando-se de interceptação entre presentes, parece-nos que a *ratio legis* deve ser observada pelos seus encarregados, adaptando-a ao meio utilizado.
58. Cf. SANHUEZA, Constanza Dintrans. Op. cit., p. 109-110.

Se conveniente, pode-se requerer *transcrição escrita* da gravação, que será feita por funcionário a oficiar como " *ministro de fe* " sobre a fidelidade com conteúdo da gravação (art. 223, segunda parte).

Além disso, é previsto *incidente de inutilização* de trechos interceptados (art. 223, quarta e quinta partes): as comunicações irrelevantes à investigação serão entregues, oportunamente, às pessoas afetadas e se destruirá toda transcrição ou cópia da gravação que estejam sob a guarda do Ministério Público.[59]

Não se aplica a referida *inutilização* quanto a gravações que contenham informações relevantes para outras investigações de fatos que possam constituir delito cuja pena cominada seja *pena de crimen*, as quais possam ser utilizadas, conforme as demais normas que regulamentam as interceptações.

Prevê-se, ainda, a *notificação* do interessado (art. 224), posteriormente a realização da interceptação, na medida em que o objeto da investigação permitir e não puser em perigo a vida ou a integridade corporal de terceiras pessoas. Em regra, o imputado e os demais intervenientes poderão examinar os autos que a registram, bem como obter cópias de seus termos. Excepciona-se a possibilidade de reserva de registros e de documentos para garantir a eficácia da investigação, pelo prazo máximo de 40 dias, assegurado o acesso à jurisdição para sua impugnação (art. 182).

Propugna a doutrina pela necessidade de informação ao investigado afetado, para discutir a pertinência da medida, especialmente no que se refere à legalidade da restrição de seus direitos.[60]

Executada a interceptação, descobertas fontes de prova, como serão incorporadas em juízo? Conforme o disposto no art. 223, terceira parte, da lei processual penal, a incorporação em juízo dos resultados obtidos com a interceptação se realizará da maneira como determinar o juízo, em oportunidade processual pertinente. O mesmo dispositivo

59. Com relação à obrigação ministerial de eliminar ou cancelar os referidos resultados que não forem úteis aos fins pretendidos, sustenta-se ser necessário que o legislador estabeleça faculdades e obrigações precisas e claras a este respeito, porque se trata de situação em que se contrapõem os interesses dos investigados com as necessidades da investigação (Idem, p. 112-114).

prevê que, em qualquer caso, poderão ser tidos como testemunhas os encarregados de praticar a diligência.

Nota-se, por fim, que, se a interceptação ambiental for ordenada em desacordo com os pressupostos e requisitos legais, os seus resultados não poderão ser utilizados na produção de prova. A proibição de utilização, porque ilícita a prova, é preconizada no art. 225.

2.6.2 Gravação de comunicação por interlocutor

A interceptação ambiental não pode ser vista como o único meio de intervenção na comunicação entre presentes no ordenamento jurídico chileno. Também a gravação e a revelação de comunicação por interlocutor a perfazem.

A gravação, por um dos interlocutores, de sua própria conversa, telefônica ou não, com o outro, sem conhecimento deste, é denominada *gravação clandestina*.[61] No direito chileno, é considerada prova ilícita.[62]

Conforme acima expendido, a Lei Maior resguarda as comunicações privadas como extensão do direito a vida privada, independentemente do lugar físico em que se desenvolvam.

À primeira vista, pelo disposto no art. 161-A do Código Penal (v., supra, n. 2.5), poder-se-ia pensar que apenas as gravações de conversa entre presentes ocorridas em recintos privados ou locais que não

60. RAMÍREZ G., Maria Cecília. Op. cit., p. 547-548. Como apontado por Constanza Dintrans Sanhueza, o acesso a base de dados pertinentes à investigação é regido por princípio de "secreto relativo", consagrado pela lei. Ela sustenta que a atribuição do Ministério Público, que pode deliberar sobre a concessão de acesso ao conteúdo da investigação, é moderada pela possibilidade de os intervenientes solicitarem a intervenção judicial. O juízo deve ponderar a necessidade, pertinência e proporcionalidade da manifestação ministerial, em cotejo com as circunstâncias do caso (Op. cit., p. 110-111).
61. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarence; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades*... cit., p. 234.
62. "El punto de vista de la licitud de la prueba, las grabaciones magnetofónicas efectuadas por el interlocutor de una conversación son siempre consideradas como prueba ilícita en el derecho chileno con independencia del espacio físico en que se efectúen" (LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal*... cit., p. 130-131).

sejam de livre acesso ao público seriam ilícitas. O legislador nacional incriminou a indevida intervenção na comunicação tida nos mencionados espaços físicos.

Ocorre que – reiterem-se aqui as severas críticas da doutrina sobre a propalada tipificação penal (v., supra, n. 2.5) – também devem ser resguardas as comunicações privadas em locais públicos. Tutela-se, constitucionalmente, *toda forma de comunicação privada*. Não importa o local onde se desenvolva.

Embora não configurada a prática de delito, a gravação de conversa ocorrida em locais públicos é igualmente prova ilícita. É que prévia autorização judicial para "grabación de comunicaciones entre personas presentes" é exigida, indistintamente, pelo art. 226 da lei processual penal.[63]

2.6.3 Revelação de comunicação por interlocutor

Acerca da revelação do conteúdo da comunicação por interlocutor, sustenta-se que, em regra, não se assegura que um dos interlocutores não venha a revelar a terceiros o nela dito, mesmo quando afirmado o caráter sigiloso. Entende-se que o interlocutor pode revelar a terceiros a informação, transformando-se em "testigo de la información".[64]

O entendimento se estriba no fato de que, excepcionalmente, a lei proíbe a revelação a terceiros, neles incluídas as autoridades públicas. É o caso dos profissionais, com relação aos segredos que lhes forem confiados no exercício de sua profissão. A indevida revelação de informação por profissionais é incriminada no Chile (art. 231 e 247 do Código Penal).

Todavia, não parece acertada a consideração doutrinária predominante, considerada as demais disposições do ordenamento chileno.

63. No mesmo sentido, estão as considerações expendidas por Maria Inês Horvitz Lennon e Julian Lopez Masle (Idem, p. 131).
64. Considera-se que " *esta conducta podría, en algunos casos, considerarse como social o éticamente incorrecta, pero, en ningún caso, como conducta ilegal* ". Mas se reconhece o existência de debate doutrinário sobre a possibilidade de o Estado se valer da inexigibilidade de resguardo do segredo pelo interlocutor para obter, sem autorização judicial prévia, informação relevante para a investigação criminal (Idem, p. 125).

Não se pode aventar, indiscriminadamente, o conteúdo da comunicação, em face do disposto no art. 161-A do Código Penal (v., supra, n. 2.5).

Mas não é só o sigilo de toda forma de comunicação privada que interessa à investigação. Também o sigilo profissional, não raramente a ele relacionado, deve ser resguardado.

3. O SIGILO PROFISSIONAL

3.1 Generalidades

O sigilo inerente à relação profissional também é referido como *secreto*: *el secreto profesional*.[65] É considerado sigilo delimitado, rigorosamente, pela relação de confiança que lhe é inerente. A revelação de uma informação secreta por quem busca orientação pressupõe a inviolabilidade de seu sigilo pelo profissional-confidente consultado.[66]

É fundamentado no direito à intimidade e na dignidade da pessoa humana. Mas para além do interesse particular protegido com a inviolabilidade do sigilo profissional, evidencia-se o interesse coletivo de resguardo da segurança jurídica e da "confiança pública".[67] O resguardo das relações de confiança é indispensável ao pleno desenvolvimento dos atributos inerentes à personalidade humana.

Conforme salienta José Martínez Val: "hay obligación de secreto de oficio porque lo imponen las leyes positivas, que además conminan penas, en los Códigos penales, su infracción. Pero la cosa es que este

65. A propósito da necessária diferenciação entre sigilo e segredo, considerem-se as observações anteriormente esposadas (v., supra, n. 2.3).
66. Francisco J. Bosselin M. salienta que a obrigação decorreria da imprescindibilidade da orientação, conselho ou ajuda. Além disso, a consecução do bem-estar social que estaria a fundamentá-la decorre da liberdade de os membros da sociedade consultarem seus assuntos sem correr o risco de serem descobertos (El secreto profesional del abogado – un deber y un derecho. Seminario I, Universidad Diego Portales (Profesora guía: Andrea Muñoz S.), 1992, p. 6).
67. O mesmo é sustentado por Riola Polanco Arevalo, que acrescenta "la fe" que interessa a toda a sociedade na tutela coletiva do sigilo profissional (*Los limites del secreto profesional del medico*. Seminario I, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. (Profesor guia: Jorge Mera Figueroa), Santiago, 1993, p. 3).

secreto de oficio o profesional obligaría también al abogado aunque las leyes no lo prescribieran. Su justificación es de fondo. Es el bien común, es la paz social, es el denominador común de confianza general que impone el silencio y la reserva sobre hechos que se conocen a través de la profesión con garantía para que la profesión – socialmente necesaria – pueda subsistir".[68]

Em Chile, o resguardo do *sigilo profissional*, além da nítida relação com o direito à intimidade e à preservação do bem-comum, é extraído das normas processuais que disciplinam a produção de prova testemunhal, de delitos previstos no Código Penal e de normas previstas nos códigos que regulamentam a ética no exercício das profissões.

O art. 19.7, alínea *f* da Constituição Política, ao tutelar o direito à liberdade pessoal e a segurança individual, em conseqüência desta tutela, preconiza que, nas causas criminais, não se poderá obrigar o imputado ou acusado a falar *bajo juramento sobre fato próprio*. Conforme nele previsto, tampouco poderão ser obrigados a prestar depoimento em desfavor do investigado os seus ascendentes, descendentes, cônjuge e demais pessoas, conforme estabelecido em lei.

Ordinariamente, o *Código Procesal Penal* impõe às testemunhas o dever geral de comparecimento e prestar declaração perante um juízo criminal (art. 298).

Toda testemunha, em princípio, tem o dever de comparecer e declarar. A obrigação de declarar é excepcionada, contudo. Reconhece-se a faculdade de abster-se a declarar por motivos pessoais (art. 302) e por razões de segredo (art. 303).

Em resumo, não estão obrigadas a depor, por motivos pessoais, as pessoas que mantenham relações familiares com o acusado.

Não podem ser compelidas a declarar, também, as pessoas que, por seu estado, *profissão* ou função legal, como o advogado, o médico ou o confidente, tiverem o dever de guardar o segredo que lhes seja confiado, exclusivamente sobre o conteúdo do segredo. As mencionadas pessoas não poderão invocar a faculdade reconhecida quando

68. Cf. *Ética de la abogacía*. 2. ed. Barcelona: Editorial Bosch, Casa Editorial, 1996, p. 146, apud REYNAL, Paula Vial. *Alcance del secreto profesional para el defensor penal público*. Disponível em: [www.defensoriapenal.cl]. Acesso em: 03.05.2009.

forem dispensadas do dever de guardar segredo por quem o houver confiado.

Em consonância com as normas processuais, o art. 247 do Código Penal, em verdadeira tutela da intimidade, incrimina a conduta do profissional que revele segredo profissional a ele confiado. Revelar significa comunicar expressamente a outras pessoas. Ou expor de maneira que um terceiro possa tomar conhecimento do segredo. Não é necessário que se configure um prejuízo material ao sujeito passivo do delito. Cuida-se de delito formal.[69]

É de se salientar, por fim, que são ilícitas – vedada a utilização, por conseguinte – as provas obtidas em indevida quebra do sigilo profissional, decorrente de violações a normas que resguardam o sigilo profissional e dos valores a ele inerentes (v., supra, n. 1.2).

Feitas estas breves considerações gerais sobre o sigilo profissional, doravante se expõe alguns aspectos pertinentes a quatro profissionais: o advogado, o médico, o jornalista e o religioso.

3.2 O advogado

O sigilo profissional é imediatamente relacionado à garantia da mais ampla defesa. É essencial ao ministério do advogado e indispensável para a efetividade da defesa, consagrada no art. 19.3 da Lei Maior. Além disso, o sigilo profissional decorre da relação de confiança firmada entre cliente e defensor.

Sem embargo, o mencionado sigilo profissional pode ser extraído das normas previstas no *Código de Ética do Abogado*.[70]

Segundo o disposto em seu art. 10, o resguardo do segredo profissional constitui um dever e um direito do advogado. Trata-se de dever tido como absoluto[71] em relação ao cliente, mesmo depois de deixar de prestar serviços. O exercício do direito ao segredo profissional se concretiza em face do Poder Judiciário: se intimado a ser

69. Cf. Arevalo, Riola Polanco. Op. cit., p. 11.
70. O Código de Ética do advogado está disponível em: [www.colegioabogados.cl]. Acesso em: 03.05.2009.
71. Como bem salienta Paula Vial Reynal, "el secreto profesional supone que los abogados deben guardar reserva absoluta de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos" (Op. cit., p. 1).

inquirido como testemunha deve, com independência de critério, negar-se a responder as perguntas que o levem a violar o segredo profissional ou o exponham.

Especial atenção deve ser dispensada à necessidade de manutenção do sigilo profissional, mesmo após a prestação de serviços. Cuida-se, a nosso ver, de concretização do princípio da boa fé objetiva, do qual decorre a manutenção de obrigações contratuais nas fases *pré-contratual*, *contratual* e *pós-contratual*.

Quanto ao alcance da obrigação de guardar sigilo, nela se inserem as confidências feitas por terceiros ao advogado, em razão de seu ministério, e as que decorram de práticas para realizar uma transação que veio a fracassar. O segredo também abrange as confidências de outros advogados. Sem consentimento próprio do confidente, o advogado não pode utilizar nenhum assunto relativo ao segredo que lhe foi confiado em razão do exercício de sua profissão, em seu benefício ou de outro (art. 11).

Demais disso, expõe-se o âmbito de proteção do segredo: os advogados devem manter como matéria reservada as conversações, as correspondências, as confidências, as propostas e os documentos do cliente, do adversário, dos co-interessados, que lhe tenham sido noticiados em razão do exercício profissional. Da mesma forma, com relação aos fatos noticiados por advogados que patrocinem interesses contrários.[72]

No mesmo sentido, a Corte Suprema do Chile declarou que "un abogado no puede ser obligado a revelar un acto confidencial cuya realización le habría encomendado su patrocinado, aunque en el desempeño de su comisión confidencial hubiere actuado personalmente".[73]

Frise-se, por oportuno, que a jurisprudência tem reconhecido que o segredo profissional do advogado ampara não somente a sua pessoa, como também o escritório profissional onde oficia e guarda os documentos que lhe confiam os seus clientes. É abusiva a ordem de busca e apreensão em seu escritório.[74] Declaração Pública do *Colégio*

72. Idem, ibidem, p. 1. O mesmo foi afirmado pelo Consejo General del Colegio de Abogados de Chile (*Secreto profesional del abogado – declaración pública*. Disponível em: [www.justilex.cl]. Acesso em: 03.05.2009).

73. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 51, secc. 1.°, p. 126, apud REYNAL, Paula Vial. Op. cit., p. 7.

de Abogados do Chile neste sentido foi firmada diante de desmedidas invasões em escritórios de advocacia.

Extingue-se a obrigação de guardar o segredo profissional, se, em desfavor do advogado, tenha sido formalizada uma acusação. Ele pode revelar o segredo profissional que o acusador ou terceiros lhe houverem confiado, desde que necessário para a concretização de sua defesa. Também não está amparada pelo sigilo profissional a comunicação de cliente a advogado sobre intenção de cometer um delito. Ele deve revelar o necessário para prevenir um ato delituoso ou proteger pessoas em perigo (art. 12).

Obviamente, não haveria sentido em se tutelar o sigilo profissional na hipótese em que seja essencial para o efetivo exercício de legítima defesa do profissional, contra quem seja instaurado um processo.

No que se refere à possível colaboração do advogado para evitar a prática de infração penal, nota-se a preponderância do interesse público na segurança e na paz social sobre eventual tutela da intimidade do cliente. Entretanto, cuida-se de norma que deve ser interpretada com reservas, porque se permite a quebra da relação de confiança. Além disso, entenda-se: cuida-se de delito a ser praticado. O profissional não está autorizado a propalar confissões que lhe sejam comunicadas, quanto a fatos pretéritos.

Demais disso, considera-se limitada a obrigação de guardar segredo nas seguintes hipóteses: se resultar em grave prejuízo para quem confiou o segredo, para terceiro ou para o depositário; e se houver consentimento dos interessados. Ressalva-se que não basta o consentimento do confessor. Mesmo com a concordância do interessado, é o profissional quem resolve se o segredo que lhe foi confiado pode ser revelado.[75]

Correta a orientação doutrinária: a nosso ver, do conhecimento técnico do profissional-advogado, decorre não só a obrigação de guardar sigilo, como também a de avaliar a possibilidade de divulgação, mesmo que consentida pelo interessado ou autorizada judicialmente.[76]

74. Apud REYNAL, Paula Vial. Op. cit., p. 1. O mesmo foi afirmado pelo Consejo General del Colegio de Abogados de Chile (*Secreto profesional del abogado – declaración pública*. Disponível em: [www.justilex.cl]. Acesso em: 03.05.2009).

75. Cf. BOSSELIN M., Francisco J. Op. cit., p. 7.

Justamente por carecer de conhecimento técnico, o cliente não sabe avaliar as repercussões que dela possam resultar.

A aptidão para avaliar a possibilidade de restrição do sigilo profissional, com a sucessiva divulgação de segredo, é do profissional. Porém, a revelação deva ser adequada, necessária e proporcional.

Se infundada a revelação, o art. 231 incrimina a conduta do advogado que, em abuso malicioso no exercício da profissão, revele o segredo que lhe foi confiado. Mais uma forma de tutela de sigilo profissional identificada no direito chileno.

3.3 O médico

No que diz respeito aos médicos, o sigilo profissional é disciplinado nos arts. 29 a 38 do Código de Ética, expedido pelo *Colegio Médico de Chile A.G.*[77]

Trata-se de dever inerente ao exercício da profissão médica e se fundamenta no respeito da intimidade do paciente. É exigível mesmo após a conclusão da prestação de serviços, ainda que falecido o paciente (arts. 29, 30 e 31). O médico deverá adotar todas as medidas necessárias para acautelar o segredo da informação que lhe é confiada, orientando os seus colaboradores no mesmo sentido (art. 32).

Uma vez mais, verifica-se, a nosso ver, concretização do princípio da boa fé objetiva, do qual decorre a manutenção de obrigações contratuais nas fases *pré-contratual*, *contratual* e *pós-contratual*.

Na relação entre médico e paciente, deve-se assegurar a confidencialidade de toda espécie de informação: documentos em que sejam registrados dados clínicos e diagnósticos, terapêuticos e prognósticos; relatos verbais; exames; intervenções cirúrgicas; o nome do paciente (art. 30 e 31). Para tanto, em publicações científicas, deve-se manter o anonimato, salvo se for imprescindível revelar e o paciente expressamente autorize (art. 34).

76. A respeito, confiram-se as considerações de Paula Vial Reynal: "Ni aún a pretexto de autorización judicial, relvando de la obligación de guardar reserva, puede considerarse que la obligación ceda, ya que debe quedar al arbitrio y decisión del propio abogado, como en los casos de autorización del cliente, la decisión de excepcionar el secreto" (Op. cit., p. 9).
77. Disponível em: [www.colegiomedico.cl]. Acesso em: 05.05.2009.

Admite-se, no entanto, quebra do sigilo. A divulgação depende de autorização do paciente, ou de seu representante legal, escrita, prévia e específica, com a descrição da informação e de quem possa prestá-la. A autorização deve ser posterior aos fatos que a motivam. Não se admite a inclusão de disposição que a dispense em contrato por adesão a cláusulas pressupostas (art. 37).

Além do mais, o médico poderá revelar as informações nas hipóteses previstas nas alíneas *a* a *e* do art. 38 do Código de Ética Médica: enfermidades de declaração obrigatória; certificação de nascimentos e disfunções; evitar prejuízo grave para pacientes e terceiros; existência de ordem judicial; e concretização de sua defesa em juízo.

Nos três primeiros casos, a preservação da saúde pública decorre de evidente interesse público, que há de prevalecer sobre os valores inerentes o sigilo profissional. Proporcional e razoável a disposição normativa.

Quanto às demais hipóteses, a reflexão e a avaliação pelos profissionais são imperiosas. Retomam-se aqui as considerações expendidas sobre a possibilidade de restrição do sigilo profissional do advogado. O profissional é quem deve avaliar a possibilidade de quebra do sigilo, nos limites de sua indispensabilidade.

3.4 O jornalista

À primeira vista, poder-se-ia pensar que o jornalista é dispensado do dever de guardar sigilo profissional, por ser inerente ao seu ofício a divulgação de notícias acompanhadas, no mais das vezes, de sua opinião.

Em Chile, contudo, observam-se normas das quais se extrai dever de guardar sigilo profissional pelos jornalistas.

Genericamente, a Constituição, no art. 19.12, tutela a liberdade de emitir opinião e informar, sem censura prévia, por qualquer forma e meio, sem prejuízo de responder por delitos e abusos que se cometam no exercício desta liberdade, conforme os ditames legais.

Já o Código de Ética do jornalista[78] prevê que, em seu exercício profissional, ele deve observar o princípio de veracidade, entendido como informação responsável dos fatos (*primero deber*).

78. Disponível em: [www.colegiodeperiodistas.cl]. Acesso em: 05.05.2009.

Segundo o preconizado em sua Parte IV, norma 26, o jornalista deve manter um inquestionável respeito à dignidade e à vida privada das pessoas, evitando invadir sua intimidade com as facilidades que oferecem as novas tecnologias. É ressalvada a possibilidade de divulgação de atos privados por razão de fiscalização pública de probidade de funcionário ou de violação do direito à integridade física, psicológica ou outro direito individual.

Caso tome conhecimento de algo que não se amolde às citadas hipóteses, a divulgação é, *contrario sensu*, vedada, por razões de sigilo profissional.

Com o mesmo desiderato, a norma 27 do Código de Ética estabelece que o jornalista deva salvaguardar a presunção de inocência dos acusados, respeitando as diferentes etapas do processo judicial. Deve se comprometer a resguardar a identidade de qualquer pessoa entrevistada, em caráter confidencial, e a evitar seu possível reconhecimento por suas características, vestimenta ou identificação do ambiente em que se esteja.

Todavia, em concretização de verdadeiro "jornalismo de investigação", a liberdade de expressão e opinião, consistente em prestar informações concretas e reais para formação da opinião pública,[79] pode se contrapor ao direito à intimidade, à vida privada e ao sigilo profissional inerente a outras profissões.

Justifica-se a prevalência da primeira em casos que se evidencie um interesse público superior, como, por exemplo, na hipótese em que do aspecto íntimo de uma pessoa decorra a configuração de um delito de relevância pública. Mas prudência e apreciação do juiz no caso concreto são exigidas.[80]

Por último, é de se ressaltar que, entre outras atividades, indevidas captação e divulgação de comunicações e imagens pelo jornalista

79. No mesmo sentido, estão as considerações de ZUBELDIA, Carla Oliva; DROGUETT, Bárbara Paulsen; WILLIAMSON, Luz María Prieto. *La cámaras ocultas en el periodismo de investigación: el derecho a informar* versus *el derecho a la privacidad*. Tesis para optar al grado de licenciado en Comunicación Social, Santiago, Universidad Diego Portales (Profesora guía: Flor Ayala P.), 2004, p. 58.

80. Cf. NUÑEZ, Manuel Antonio. *Leciones de derechos humanos*. Valparaíso: Edeval, 1997, apud ZUBELDIA, Carla Oliva; DROGUETT, Bárbara Paulsen; WILLIAMSON, Luz María Prieto. Op. cit., p. 62.

podem configurar a prática dos delitos previstos nos arts. 161-A e 161-B do Código Penal (v., supra, n. 2.5).

3.5 O religioso

As derradeiras observações relacionam-se com o sigilo religioso. Muito se discute se constitui espécie de sigilo profissional.

De início, considere-se que a Ley 19.638 estabelece normas sobre a constituição jurídica das igrejas e organizações religiosas. Consagra a liberdade religiosa e reconhece expressamente a diversidade religiosa chilena.[81]

Enfatiza-se, ademais, que o reconhecimento do segredo religioso se fundamenta em função essencial que cumprem as instituições religiosas na vida dos indivíduos conectados com a divindade e em concepções teleológicas, doutrinárias e pastorais de certos grupos religiosos. Sob esta perspectiva, diz-se que as concepções de segredo religioso variam de uma confissão a outra, como um leque, em realidades cultuais específicas.[82]

Critica-se, demasiadamente, a crença errônea da doutrina de que o segredo religioso seja um segredo profissional, sob uma perspectiva genérica.

Embora previsto como sigilo profissional no art. 303 da lei processual penal, considera-se que "el secreto religioso como institución jurídica debe concebirse en su doble faceta de derecho-deber. El ministro de culto no es un profesional, es un sujeto comprometido existencialmente con una confesión, y por tanto la libertad religiosa atraviesa transversalmente la configuración del secreto religioso, demandando una protección claramente diferenciada de la entregada a los secretos profisionais".[83]

81. O referido diploma normativo está disponível em: [www.bcn.cl]. Acesso em: 05.05.2009.
82. Cf. Marileo, Álvaro Lino Daniel Morales; Almonacid, Raúl Eduardo Paiallaleve. *El secreto religioso en el derecho chileno*. Santiago: Universidad de Chile (Profesor guía: Carlos Salinas Araneda), conclusões, 2007, p. 1 (das conclusões).
83. Idem, p. 5 (das conclusões).

Parece-nos que, a despeito das referidas críticas sobre sua natureza, reconhece-se a inviolabilidade do sigilo religioso, também como decorrência inarredável do direito à intimidade e à vida privada.

BIBLIOGRAFIA

AREVALO, Riola Polanco. Los limites del secreto profesional del medico. Seminario I, Universidad Diego Portales. (Profesor guia: Jorge Mera Figueroa), Santiago, 1993, p. 1-77.

BOSSELIN M., Francisco J. *El secreto profesional del abogado – un deber y un derecho.* Seminario I, Universidad Diego Portales (Profesora guía: Andrea Muñoz S.), 1992, p. 3-98.

CARTER, Pamela del Carmen Millas; MARDONES, Selena Carolina Nogués; RESTREPO, José Maximiliano Rivera. *El correo electrónico y las implicâncias de su utilización desde la perspectiva del Derecho Constitucional e Laboral – Derecho a la inviolabilidad o secreto de las comunicaciones – Derecho a la intimidad y privacidad – Potestad jurídica de mando del empleador.* Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (Profesor guía: Lorena Donoso Abarca), Santiago, Universidad de Chile, 2003, p. 93-347.

CARRASCO, Carolina Diaz. *Banco de datos y el derecho a la intimidad – conflictos e posibles soluciones legales.* Seminario I – Escuela de Derecho. Santiago: Universidad Diego Portales (Profesor guía: Ricardo Sandoval), 1998, p. 1-75.

CERECEDA, Francisco Cumplido. *Reforma constitucional en Chile. Anuário de Derecho Constitucional Latino Americano.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, t. I.

CHILE, Consejo General del Colegio de Abogados de. Secreto profesional del abogado – declaración pública. Disponível em: [www.justilex.cl]. Acesso em: 03.05.2009.

DUCE, Mauricio; RIEGO, Christian. La reforma procesal penal en Chile: informe acerca del proceso de reforma al sistema de enjuiciamiento criminal chileno. In: SCHÖNBOHM, Horst, LÖSING, Norbert (eds.). *Un nuevo sistema procesal penal en América Latina.* Buenos Aires: Ciedla, 1998, p. 147-191.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional.* 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

____. O sigilo e a prova criminal. *RCP* 4/153-164. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2006.

____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal.* 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova – reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318.

LEIVA, Renato Javier Jijena. *Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático*. Santiago: Jurídica de Chile, 1992.

LENNON, Maria I. Horvitz. La reforma procesal penal chilena. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* vol. 9, n. 15. Buenos Aires, mayo 2003, p. 767-778.

_____. MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Jurídica de Chile, 2004, t. II.

MARILEO, Álvaro Lino Daniel Morales; ALMONACID, Raúl Eduardo Paiallaleve. *El secreto religioso en el derecho chileno*. Santiago: Universidad de Chile (Profesor guía: Carlos Salinas Araneda), capítulo VI e conclusões, 2007.

OLIVEROS, Raúl Tavolari. Principios del sistema procesal chileno. *Criminalia – Academia Mexicana de Ciencias Penales* 2, año LXIX. México: Porrúa, mayo-ago. 2003, p. 279-296.

RAMÍREZ G., Maria Cecília. Protección de las comunicaciones telefónicas en Chile. In: MARTÍN, Adán Nieto (coord.). *Homenaje ao Dr. Marino Barbero Santos – in memoriam*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2001. vol. 2.

RAMÍREZ, Pedro Anguita. *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada*. Santiago: Jurídica de Chile, 2007.

REYNAL, Paula Vial. Alcance del secreto profesional para el defensor penal público. Disponível em: [www.defensoriapenal.cl]. Acesso em: 03.05.2009.

SANHUEZA, Constanza Dintrans. *El tratamento de datos personales en el proceso de persecución penal chileno*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales – Facultad de Derecho, Santiago, Universidad de Chile (Profesor guía: Alberto Cerda Silva), 2007, p. 1-157.

URIBE, Cláudio Diaz. El caso Chile. In: AMBOS, Kai; COLOMER, Juan-Luis Gómez; VOGLER, Richard (eds.). *La policía en los Estados de derecho latinoamericanos – un proyecto internacional de investigación*. Bogotá: Instituto Max-Planck, Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003, p. 159-193.

ZUBELDIA, Carla Oliva; DROGUETT, Bárbara Paulsen; WILLIAMSON, Luz Maria Prieto. *La cámaras ocultas en el periodismo de investigación: el derecho a informar versus el derecho a la privacidad*. Tesis para optar al grado de licenciado en Comunicación Social, Santiago, Universidad Diego Portales (Profesora guía: Flor Ayala P.), 2004, p. 1-134.



1

Breves notas sobre o abolicionismo penal

BRUNA ANGOTTI

Mestranda em Antropologia Social pela USP. Pós-graduanda em Criminologia pelo IBCCrim. Pesquisadora do Núcleo de Antropologia do Direito-Nadir. Coordenadora de projeto na Conectas Direitos Humanos.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O presente artigo consiste em uma breve apresentação do Abolicionismo Penal priorizando o pensamento de três principais autores: Louk Hulsman, Nils Christie e Thomas Mathiesen. Apresenta o Abolicionismo Penal não como uma escola de pensamento heterogêneo, mas como proposta de ruptura com o sistema punitivo vigente e como denúncia às suas arbitrariedades. Explicita o pensamento dos autores no que tange às mudanças na forma de ensino do Direito Penal e da Criminologia, no método utilizado para resolução de conflitos, bem como modificação dos termos usados como dados herméticos pelo sistema de justiça criminal e operadores do direito. Vale ressaltar que este artigo é uma homenagem póstuma a Louk Hulsman, abolicionista holandês, falecido em 29.01.2009.

ABSTRACT: The following article is a brief presentation on the "Prison abolition movement", a particular theory by authors: Louk Hulsman, Nils Christie and Thomas Mathiesen. It presents prison abolition as a rupture with the punishing system as well as a critical exposure of its arbitrariness, rather than a heterogeneous theory. In addition, it shows the ideas of these authors towards changes in educational methods concerning Criminal Law and Criminology, strategies aimed at solving conflicts, as well as changes in terms used by the criminal system. It is important to highlight that this article is in honor of Louk Hulsman, the Dutch abolitionist, who died on January 29, 2009

Palavras-chave: Abolicionismo penal – Criminologia – Criminologia radical – Louk Hulsman – Thomas Mathiesen – Nils Christie.

Keywords: Prison abolition – Criminology – Radical criminology – Louk Hulsman – Thomas Mathiesen – Nils Christie.

Sumário: Introdução – 1. Abolicionismo Penal: histórico, tipos e principais autores: 1.1 Breve histórico do Abolicionismo Penal; 1.2 Abolicionismo acadêmico e abolicionismo como movimento social; 1.3 Principais expoentes abolicionistas: Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie – 2. Críticas ao aparato conceitual do sistema penal e à sua seletividade: 2.1 A transformação da linguagem como prática abolicionista; 2.2 A realidade não-ontológica do crime – 3. Abordagens abolicionistas de situações conflituosas: 3.1 Situação-problema; 3.2 A consideração da vítima no conflito – 4. Táticas e práticas abolicionistas – 5. Conclusão – Bibliografia.

Introdução[1] [2]

O abolicionismo penal representa uma vertente que encontra no fim da sociedade pautada no castigo a possibilidade de um justo sistema de resolução de conflitos alheio à justiça criminal. Defensores desta corrente operam em diversas frentes – na linguagem, na ruptura com universalismos, na resolução de conflitos em diferentes esferas, na abordagem de situações problemáticas, no anti-autoritarismo, na consideração da vítima, na academia, no cotidiano – para escancarar a irracionalidade do sistema penal, bem como para redimensionar a questão.

Em linhas gerais, não se pode falar em abolicionismo penal como pensamento único. Trata-se de vertente que engloba pensadores com posicionamentos políticos e teóricos diversos, transitando entre posições de cunho marxista – Thomas Mathiesen e Nils Christie –, libertário/fenomenológico – Louk Hulsman – e estruturalista – Michel

1. Recebimento: 17.07.2009. Aprovação: 14.08.2009.
2. Este artigo utiliza, em parte, a Tese de Láurea apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Departamento de Direito Penal, sob a orientação da Profa. Dra. Janaína Conceição Paschoal, em outubro de 2006 e o Trabalho de Conclusão de Curso orientado pelo Prof. Dr. Edson Passetti na Faculdade de Ciências Sociais da PUC-SP, Departamento de Ciência Política, em março de 2007.

Foucault (Zaffaroni, 2001, p. 98 e Passetti, 2003, p. 221). Nessa perspectiva, não há uma escola abolicionista, ou um pensamento único, mas sim, diretrizes e objetivos comuns: a supressão da pena de prisão e da pena autoritariamente imposta.

O ponto comum fundamental a todos os autores reside justamente na crítica ao sistema penal como um todo e na necessidade de encerrá-lo. Nesse sentido, propõe-se a resolução de conflitos em outras esferas jurídicas que não a penal, bem como a necessidade de levar à comunidade a possibilidade de ação, não cabendo apenas ao Estado a capacidade de resoluções. O Abolicionismo edifica-se sobre bases não hierárquicas de sociabilidade operando em dois planos principais, a saber, o acadêmico e o de movimento social.

O caráter universalista da lei é amplamente criticado por autores abolicionistas, uma vez que afirmam não haver na justiça criminal o estudo pormenorizado de cada situação denominada crime, mas sim, a adequação da lei previamente existente à determinada conduta reprovada socialmente. Nesse aspecto, consideram a punição, a extrema manifestação do poder de punir do Estado, que se pauta em leis criadas e em situações diversas englobadas em um mesmo tipo penal. Ainda, o conceito de crime recebe especial atenção da maioria dos pensadores abolicionistas: o que é crime, como é circunscrito e de que maneira se relaciona com a realidade, são algumas questões principais colocadas em pauta. A palavra "crime", por sua vez, é substituída por expressão de cunho não equivalente, a saber, "situação-problema".[3]

Trabalha-se também, com a questão da cifra-negra, ou seja, com o alto índice de condutas criminalizadas que não chegam ao conhecimento do sistema penal, bem como com a seletividade da criminalização secundária. Além disso, a consideração da vontade da vítima é valorizada pelos abolicionistas que afirmam que o Direito Penal rouba da vítima a capacidade de decidir sobre a resolução do conflito no qual esta estava envolvida.

O presente artigo faz uma breve apresentação do Abolicionismo a partir do pensamento de três autores consagrados na literatura: Louk

3. "Situação-problema" representa situação considerada reprovável em determinado tempo e espaço, que deve ser colocada em pauta por todos aqueles envolvidos na questão e a reparação cabida, por todos eles decidida (Hulsman; Celis, 1993, p.101).

Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie. Objetiva-se introduzir o leitor à discussão por eles proporcionada, principalmente no que tange à crítica ao sistema de justiça criminal, delineando suas propostas de abolição desse sistema.

1. Abolicionismo Penal: histórico, tipos e principais autores

1.1 Breve histórico do Abolicionismo Penal

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e conseqüentemente dos regimes fascista e nazista, o Direito Penal, principalmente na Itália e Alemanha, se reestruturou em bases humanistas esquecidas em tempos de guerra. No ano de 1945, Filippo Gramatica fundou na cidade de Gênova o Centro de Estudos de Defesa Social, um espaço para a reunião de ideais humanistas e democráticos ligados ao pensamento e à prática penal. Apesar de não representar uma escola, uma vez que a Nova (novíssima) Defesa Social engloba pensamentos múltiplos e não lineares, pode-se falar em diretrizes comuns seguidas pelos freqüentadores desse espaço, a saber, a certeza de que deveria haver uma reforma no sistema penal, o humanismo, a defesa dos direitos humanos e o fim das penas de caráter retributivo (Shecaira, 2002, p. 143).

Gramatica, segundo afirma Evandro Lins e Silva, apresentava posicionamento radical diante do sistema penal. "Para ele a Defesa Social consistia na ação do Estado destinada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do Direito Penal e dos sistemas penitenciários vigentes" (Silva, 1991, p. 30). O autor visualizava a substituição do Direito Penal por um direito de defesa social, sendo este seu posicionamento pessoal e não o objetivo traçado pelo movimento de Defesa Social. Justamente a convivência de posturas diferentes perante o sistema penal possibilitou ao movimento de Defesa Social mostrar-se plural e múltiplo caracterizando um movimento, não uma escola (Silva, 1991, p. 32). Muitos autores, por exemplo, Lins e Silva e Passetti, atribuem a esse período uma das origens do Abolicionismo Penal, vertente libertária que se posiciona de maneira contrária à justiça criminal.

Juntamente à Nova Defesa Social, a Criminologia Crítica, nascida no final da década de 1960, a partir de uma perspectiva sociológica da criminologia, também representa ponto de partida do Abolicionismo Penal. Agrupadas sob a denominação de Criminologia Crítica estão, de

acordo com Gabriel Ignácio Anitua, inúmeras correntes heterogêneas que mais se assemelhavam nas críticas que nas propostas feitas (Anitua, 2007, p. 657). Os defensores da Criminologia Crítica, em geral, assumiam uma perspectiva marxista de análise do sistema penal, uma vez que afirmavam ter este, alto teor ideológico, estando a serviço da classe social dominante.

Segundo Anitua, a Criminologia Crítica se manifestou tanto nos Estados Unidos e na Europa quanto, em diferentes roupagens, na América Latina nas décadas de 60 e 70. No entanto é principalmente na Escandinávia e na Holanda, na década de 80, que as posições abolicionistas assumem maturidade e vigor (Anitua, 2007, p. 657-760).

As manifestações de 1968, iniciadas na França, levaram ao rompimento com um discurso de poder dominante, totalitário e individualista, recolocando o anarquismo em pauta no debate político e permitindo a efervescência de manifestações libertárias tanto na academia quanto fora dela (Passetti, 2003, p. 221). Este momento pode ser considerado fundamental ao amadurecimento do Abolicionismo Penal como caracterizado hoje. Assim, pode-se dizer que o Abolicionismo "amadurece" no final dos anos 70, sendo a produção acadêmica acerca do tema vertiginosa na época. Não se trata de vertente apenas teórico-acadêmica, mas sim, um movimento embasado na participação conjunta de diversos setores envolvidos no cotidiano prisional, como funcionários, presos, familiares de detentos, estudantes, técnicos, professores.

Thomas Mathiesen, um de seus maiores representantes, ao se perguntar se o Abolicionismo Penal é um sonho impossível, relembra as décadas de 60 e 70, nas quais imaginar uma Europa sem presídios, cabia no contexto da efervescência de uma crítica radical ao sistema prisional. Atualmente tal idéia, na opinião do autor, não é de livre trânsito. Ao contrário, se manifesta com muito mais dificuldade que em tempos anteriores, o que, no entanto, não significa que se trate de um posicionamento utópico (Mathiesen, 1997, p. 263-264).

Atualmente, a maior manifestação do Abolicionismo Penal se dá através do Icopa (*International Circle of Penal Abolitionists*), movimento internacional que promove encontros bienais desde 1983. Trata-se de congresso que reúne estudantes, teóricos, militantes, presos e simpatizantes do assunto em todo o mundo. Já em sua décima primeira

versão em 2006, o encontro já teve como temas ao longo de sua história, o Abolicionismo teórico, abolição das prisões e da pena, Abolicionismo regional, caminhos para o Abolicionismo, justiça transformativa restaurativa e alternativa, dentre outros.[4] Cabe ressaltar que o Icopa surgiu no comitê Quaker de prisões e justiça, no Canadá, como tentativa de promover discussões acerca do tema em diferentes lugares, promovendo o compartilhamento de experiências práticas e teóricas.

No Brasil, o Abolicionismo Penal se mostra presente principalmente nas academias: tanto nas Ciências Sociais quanto no meio jurídico se discute a matéria. Na Pós-graduação em Ciências Sociais da PUC-SP, existe o Nu-Sol (Núcleo de Sociabilidade Libertária), responsável pela grande maioria de dissertações de mestrado e doutorado acerca do tema, bem como pela realização de seminários, cursos, revistas e livros referentes à questão. Já no meio jurídico, tanto em São Paulo, no IBCCrim (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), quanto no Rio de Janeiro, no Instituto Carioca de Criminologia, e em Curitiba, no Instituto Paranaense de Criminologia, existem produções nesse sentido. Há também, no Brasil, pesquisadores isolados que estudam o tema.[5]

1.2 Abolicionismo acadêmico e abolicionismo como movimento social

O Abolicionismo Penal atua simultaneamente em dois planos principais, a saber, o do movimento social e o acadêmico. São frentes de ação distintas e peculiares que exigem diferentes abordagens e atuações: enquanto o Abolicionismo como movimento social atua na práxis como atitude de ruptura com estruturas hierárquicas de poder, permitindo edificações pautadas em novas práticas de resolução de conflito, o Abolicionismo acadêmico opera no plano intelectual, rompendo com saberes preestabelecidos e propondo o diálogo além das estruturas do dever ser.

O Abolicionismo acadêmico é a abolição de uma forma de retratar a justiça criminal – a forma oficial. O foco principal desse Abolicionismo está, como o próprio nome diz, nas universidades, dado o papel de transmissão de conhecimento e produção de saberes desempenhado neste meio. Para Louk Hulsman e Nils Christie, a grande maioria dos

4. [www.justiceaction.org.au].
5. Por exemplo, Luiz Bogus Chies e Salo de Carvalho.

cursos de Direito Penal nas universidades reproduz a perspectiva da justiça criminal, mostrando-a como forma de resolução de problemas públicos, como realidade necessária e natural. Trata-se de cursos dogmáticos, pautados no "dever ser" jurídico, na codificação e nas etapas do processo e cuja preocupação principal se baseia em dar respostas prontas ao invés de suscitar questionamentos. A criação de cursos de criminologia que provoquem questionamentos referentes à justiça criminal, ao sistema carcerário, à política criminal, às funções da pena, dentre outros, é fundamental para a produção de um pensamento acadêmico crítico e transformador.

Nils Christie relata dois momentos do ensino da criminologia em universidades holandesas, ressaltando a substituição de um pensamento crítico e questionador por uma criminologia esvaziada de crítica, a serviço de pesquisas oficiais. Segundo o autor, as universidades se pautam, atualmente, na lógica da produtividade do mercado de trabalho, eliminando o pensamento crítico fundamental à produção de uma nova perspectiva que não a oficial (Christie, 1998, p. 39, 52, 195 e 196).

Tais autores investem na modificação da linguagem e do discurso como tática de abolição de um saber hierárquico, bem como na criação de instâncias críticas que estimulem a reflexão no ambiente universitário e fora dele. Passetti chama a atenção à forma como Louk Hulsman enxerga o papel do intelectual atuante no Abolicionismo: não como condutor do movimento social, mas sim como parceiro de todos aqueles empenhados na luta pelo fim da justiça penal (Passetti, 2004, p. 27). Nessa perspectiva, Hulsman propõe a substituição do vocabulário da justiça criminal pela produção de outro capaz de permitir que a linguagem oficial seja submetida a "hipóteses críticas" (Hulsman, 1993, p. 157). Não mais se deve falar em "crimes" e "criminosos", bem como em outros termos usados pela justiça criminal como sendo verdades imutáveis, mas sim se deve questionar tais termos, buscando a carga de artificialidade presente em cada um deles para então poder analisar a justiça criminal com olhar crítico e questionador. Christie, por sua vez, insiste na necessidade do ensino da criminologia nas universidades que sirva como contraponto crítico ao Direito Penal dogmático (Christie, 1998, p. 195-196).

Já segundo Thomas Mathiesen, o sistema carcerário é extremamente irracional, não sendo esta falta de lógica explicitada a todos (Mathiesen, 1997, p. 277-282). A ocultação da mencionada

irracionalidade representa, para o autor, um dos maiores segredos da sociedade ocidental, segredo este que leva à manutenção do sistema carcerário como o é hoje. Acredita haver três instâncias principais que colaboram para a camuflagem da realidade carcerária, a saber, a dos administradores do sistema de controle criminal, que nada falam uma vez que foram, de alguma forma, cooptados pelo sistema; a dos intelectuais, que silenciam ou não compartilham seus protestos; a da mídia, que investe em entretenimento e alienação, não estimulando a reflexão.[6]

A crítica feita pelo autor acerca do silêncio dos intelectuais é extremamente válida quando em pauta o Abolicionismo acadêmico, uma vez que explicita o *status quo* do pensamento intelectual. Para Mathiesen, os pesquisadores e intelectuais reproduzem um discurso pautado em premissas tidas como indiscutíveis, substituindo a heterodoxia pela ortodoxia, ou seja, a multiplicidade do pensar e o questionamento de verdades imutáveis por sólidas bases preestabelecidas.

Dessa forma, percebe-se que o Abolicionismo acadêmico representa uma mudança na estrutura do saber – uma ruptura com linguagens e discursos que propagam a continuidade da lógica da justiça criminal. Tanto em Hulsman e Christie quanto em Mathiesen existe a denúncia da inércia crítica dos intelectuais, que promove a continuidade de um discurso embasado na estrutura penal vigente.

O Abolicionismo como movimento social, por sua vez, tem como foco principal a estrutura punitiva e a formulação de atitudes e vivências que rompam com tal edificação. É a abolição de práticas e de "verdades" que sustentam a sociedade punitiva, a partir da submissão da linguagem e dos métodos utilizados pela justiça penal à análise crítica. As artificialidades e equívocos delimitados servem como ponto de partida à crítica feita à lógica da punição: conceitos, expressões, "verdades" e estruturas são colocados à prova pela literatura abolicionista. A proposta de novas práticas inaugura a discussão abolicionista acerca

6. Com relação ao papel da mídia enquanto reprodutora de um discurso repleto de fantasias e artificialidades quando em pauta a criminalidade, cultuando o medo e propagando pensamentos maniqueístas acerca da delinqüência, vale conferir o capítulo 2, "Mídia e crime", da parte IV da obra *Teoria da pena*, de Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior, 2002, p. 374-391.

de situações-problema, consideração da vítima etc. – mudanças na linguagem e principalmente na atitude. Louk Hulsman conclui sua obra *Penas perdidas* com a afirmação de que a abolição começa dentro de cada um, sendo a primeira ruptura com o castigo realizada no indivíduo para então ser transposta à sociedade (Hulsman, 1993, p. 140).

O Abolicionismo da prática questiona a legitimidade das ações vinculadas à justiça criminal. Como pode uma instância deter o monopólio legítimo da força quando esta está edificada em ficções e artificialidades? Para que haver qualquer tipo de manifestação de forças? Estas questões representam ponto fundamental na análise abolicionista, sendo a partir das respostas que se estrutura a denúncia feita pelos autores abolicionistas, cada um ao seu modo, acerca da irracionalidade do sistema punitivo. Ora, é justamente a posse do monopólio legítimo da força que permite que as artificialidades sejam omitidas e as ficções tidas como verdades, permitindo uma postura verticalizada, baseada na punição e na submissão.

Nesse sentido, torna-se latente o questionamento das bases ideológicas que sustentam a justiça criminal e a propositura de vivências não hierárquicas em detrimento da imposição unilateral da força. O Abolicionismo como movimento social permite que a sociabilidade e o controle social sejam abordados em perspectivas horizontais, redimensionando a resolução de conflitos.

Ao falar nesta abordagem abolicionista, Louk Hulsman ressalta a necessidade de ruptura com universalismos legais que impedem decisões outras que não aquelas previamente estabelecidas na codificação de condutas, para que então se possa lidar com a resolução de situações conflituosas fora da esfera penal (Hulsman, 1997, p. 197). Já Thomas Mathiesen investe na criação de uma "esfera pública alternativa" da política penal que possibilite o debate e a crítica a instituições punitivas. Tal espaço, segundo o autor, seria composto por três elementos principais: a liberação do poder absorvente dos meios de comunicação em massa, a restauração da auto-estima e o sentimento de confiança por parte dos movimentos organizados de baixo para cima e, por fim, a restauração do sentimento de responsabilidade por parte dos intelectuais (Mathiesen, 1997, p. 284-285). A mídia, nessa perspectiva, seria o espaço alternativo que permitiria a denúncia de situações reais envolvendo a justiça criminal e o sistema carcerário, bem como a exibição de pesquisas fundadas na sociedade e não nas estatísticas oficiais

que camuflam a realidade do sistema, estimulando, assim, a revitalização de movimentos sociais menosprezados pela mídia de massa.

As práticas de sociabilidade alheias à lógica da punição são manifestações cotidianas do Abolicionismo na sociedade – o Abolicionismo como movimento social ocupa espaços, redimensiona práticas e desmistifica conceitos. É a existência diária da sociedade sem penas e a luta para a denúncia da irracionalidade do sistema penal, convivendo lado a lado com a sociedade punitiva. Nessa perspectiva pode-se dizer que o Abolicionismo não é um pensamento afastado da prática, mas, pelo contrário, representa atitudes e propostas conexas à realidade.

1.3 Principais expoentes abolicionistas: Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie

Como já dito anteriormente, os autores abolicionistas não seguem uma mesma linha de pensamento, existindo, no interior da vertente abolicionista, posicionamentos teóricos diversos, divergentes em determinados pontos. Thomas Mathiesen, Louk Hulsman e Nils Christie – os três principais representantes teóricos atuais da vertente abolicionista – apresentam diferentes posicionamentos com relação à abordagem política, estratégias de abolição e também diante do sistema carcerário. Uma breve exposição das diretrizes seguidas por esses autores se faz aqui necessária, para que se possa prosseguir com a análise de pontos fundamentais, por eles abordados, sem que seja imprescindível delimitar a todo o tempo tais diferenças, o que possibilita que seja traçado um panorama geral do Abolicionismo Penal.

Zaffaroni, em sua obra *Em busca das penas perdidas*, dedicada a Louk Hulsman, analisa o posicionamento teórico de cada um dos autores abolicionistas aqui mencionados, incluindo dentre os abolicionistas Michel Foucault. A opção feita aqui de considerar os pensamentos de Christie, Mathiesen e Hulsman, deu-se devido a alguns fatores relevantes: o fato desses três autores, em algum momento, terem se considerado abolicionistas do sistema penal; sua militância atual na denúncia do sistema penal; a unanimidade da literatura na definição de suas posições como sendo abolicionistas. Foucault, por sua vez, apesar de sua inestimável importância para a crítica ao sistema punitivo e aos discursos do poder, não será aqui analisado em detalhe, por não tratar diretamente da abolição do sistema penal, por não oferecer estratégias rumo ao Abolicionismo e, também, por não ser sua

definição, como abolicionista, consenso na literatura. A contribuição de Foucault, por sua vez, exige uma diferenciação dos demais abolicionistas que não seria possível fazer no presente artigo.

Louk Hulsman era professor do Departamento de Direito Penal da Universidade de Roterdam e é o autor abolicionista mais citado em análises que abordam o tema. Em sua obra intitulada *Penas perdidas – O sistema penal em questão*,[7] escrita em 1982, o autor se coloca, desde o início, como abolicionista, focando sua análise nos dois diferentes planos que delimita como espaços de ação do Abolicionismo: o acadêmico e o de movimento social.

A abolição do sistema penal, na perspectiva do autor, torna-se fundamental dada a ineficiência deste em realizar seus objetivos principais, por exemplo, a resolução de conflitos. Além disso, afirma se tratar de sistema que provoca mais ônus que benefícios à sociedade, uma vez que se pauta na seletividade, na repressão pela força e na lógica da exceção.[8] Hulsman propõe que todo o complexo penal seja substituído por instâncias que lidem diretamente com a resolução do conflito a partir da participação direta das partes envolvidas, para que possa haver soluções menos universais e mais individualizadas de cada uma das situações-problema, bem como investe na necessidade de haver mudança na linguagem utilizada pela estrutura penal para que novas abordagens sejam possíveis.

A punição, na opinião do autor, está enraizada na sociedade ocidental em diferentes instâncias, oficiais ou não. Assim, o castigo verticalmente imposto se manifesta na relação entre pais e filhos, entre professores e alunos, entre Estado e sociedade, entre chefe e subalterno. A abolição da punição, nesse ínterim, inicia-se, para Hulsman, em

7. O livro, composto por duas partes – "Conversas com um abolicionista do sistema penal" e "A perspectiva abolicionista: conversação em dois tempos" – é de autoria de Louk Hulsman e Jacqueline Bernart de Celis. Enquanto o autor é responsável pelo desenvolvimento da segunda parte, a autora desenvolve a primeira que se resume em uma entrevista com o autor. Na entrevista, concedida a Jaqueline De Celis, o autor afirma que se tornou abolicionista quando já lecionava na universidade, quando, ao ter de pensar a melhor forma de explicitar o sistema penal para os alunos, concluiu ser este sistema extremamente irracional e ineficaz.
8. Estes temas serão analisados nos tópicos seguintes.

cada um dos indivíduos, para então se exteriorizar na prática em todas as esferas do cotidiano social.

Anitua ressalta que Hulsman foi por vezes criticado, sendo acusado de desconhecer o pensamento jurídico. Em defesa, argumenta que:

"é certo que Hulsman – embora em nenhum momento tenha se oposto às garantias, inclusive defendendo-as – rechaça esse discurso para especialistas construído no âmbito do direito e critica expressamente o edifício legitimador de palavras do sistema punitivo representado pela Universidade, ainda que reconheça que a construção de palavras é necessária para mudar o estado de coisas. O Hulsman professor de direito abandona esse saber para construir alternativas. Seu pensamento é construído com pressupostos teológicos, como a recusa do castigo, antropológicos, como a resolução humana do conflito, e sociológicos, como a crítica ao sistema penal, e igualmente com um otimismo político que se baseia nesses pressupostos e em contato com homens e mulheres de carne e osso" (Anitua, 2007, p. 701).

Passetti afirma ser o Abolicionismo de Hulsman um Abolicionismo Penal de percurso, construído na prática cotidiana, cujo trajeto diário está pautado em mudanças estruturais e na forma de lidar com conflitos, não dependente de um roteiro preestabelecido. Tal estratégia propõe novas formas de sociabilidade a serem praticadas no presente. Para Passetti, o pensamento de Hulsman aproxima-se de uma prática libertária uma vez que aposta na possibilidade de abolição de uma estrutura de dominação e na resolução de conflitos em esferas outras que não a penal, embasada na força e no castigo (Passetti, 2004, p. 28-30). Já Zaffaroni reconhece uma raiz cristã humanista no pensamento do autor (Zaffaroni, 2001, p. 99). Nils Christie, por fim, afirma que Louk Hulsman possui o posicionamento mais radical presente na literatura acerca da legislação penal, uma vez que sugere sua completa abolição (Christie, 1998, p. 72).

Thomas Mathiesen, professor de Sociologia do Direito na Universidade de Oslo, é tido como um abolicionista marxista, uma vez considerada a estruturação de seu raciocínio acerca do sistema penal e sua estratégia de ação. Para o autor, o cárcere representa uma das manifestações políticas da sociedade de classes fundada na estrutura produtiva capitalista, sendo necessária a ruptura com as formas de dominação da

classe dominante manifestas tanto na estrutura jurídica como na econômica e política.

O autor insiste na afirmação de que o Abolicionismo Penal é e será sempre pautado no *inacabado*, dada a necessidade de abolição permanente de estruturas abraçadas pelo poder (Zaffaroni, 2001, p. 100). A estratégia abolicionista, nessa perspectiva, deve ser construída sob a lógica do *inacabado* a partir da desarticulação da hegemonia da classe dominante no cenário punitivo, exercida na ação política diária. A prática política é fundamental, segundo o autor, para ocupação de espaços manipulados por grupos dominantes, incluindo neste conceito tanto espaços públicos concretos quanto a própria mídia e espaços de comunicação. Enquanto o Estado exercita novas formas de dominação, o Abolicionismo exercita novas formas de liberdade, alimentando assim o caminho do *inacabado*, no qual o novo paradigma dialoga com o velho e dessa contradição nasce o alternativo.

A atuação política do autor é mencionada por Nils Christie ao analisar a importante participação de Mathiesen no Krom (*Norsk Forening for Kriminalreform*) – instituição norueguesa que visa à reforma penal – principalmente enquanto presidente desta. Segundo Christie, Mathiesen trabalhou, nesse período, a todo tempo com a lógica do incompleto, investindo na competição como forma de sedimentação do alternativo.[9]

Mathiesen questiona o sistema prisional e as explicações que são dadas para a sua necessidade e manutenção, denunciando a irracionalidade deste e as falácias da prevenção geral, do potencial de reabilitação, da prevenção especial e de outras justificações para a pena. Propõe que a irracionalidade do cárcere seja denunciada para que haja uma mudança na forma de compreendê-lo, sendo a mudança cultural fundamental para impedir a hiperinflação carcerária vivida nas últimas décadas. A seu ver, deter o crescimento do sistema carcerário é tarefa

9. Christie descreve uma importante reunião organizada pelo Krom, todos os anos, cujo intuito é a discussão do sistema carcerário por diferentes setores da sociedade norueguesa: operadores do sistema penal, juízes, promotores, políticos, estudantes, professores, leigos, presos e representantes da mídia se reúnem anualmente para debater a questão. Tal encontro pode ser considerado um exemplo de diálogo entre velhos e novos paradigmas proposto por Mathiesen (Christie, 1998, p. 32).

urgente para evitar o "novo holocausto" para o qual caminham as sociedades ocidentais (Mathiesen, 1994).

Para o autor, nos primeiros momentos de abolição, celas socialmente aceitas, segundo determinadas épocas e situações, devem ser mantidas, por certo período de tempo. Tal postura é criticada por Passetti que acredita que esta permissão pode vir a justificar arbitrariedades diversas, sendo a abstração da permissão facilitadora de manifestações autoritárias por parte do poder punitivo (Passetti, 2003, p. 213-214).

Nils Christie, professor de Direito Penal da Universidade de Oslo, é também autor fundamental na literatura abolicionista. O autor aproxima-se de Hulsman em alguns aspectos e de Mathiesen em outros. Quando questiona o conceito de crime e sua artificialidade, quando explicita a necessidade de formas horizontais de resolução de conflito, quando analisa o "roubo do conflito" [10] por parte do sistema penal, bem como quando afirma que o debate acerca do sistema penal deve ser suscitado nas universidades, Christie aproxima-se de Hulsman, ao passo que, ao utilizar-se da história como fundamento para sua argumentação teórica, ao criticar diretamente e com exemplos a irracionalidade do sistema carcerário e ao analisar alguns determinados pontos em perspectiva marxista, aproxima-se de Thomas Mathiesen.

Christie apóia-se em pesquisas sociológicas históricas para denunciar a ampliação do poder punitivo do Estado e para explicitar a necessidade de contenção deste mesmo poder, que cresce vertiginosamente nas sociedades ocidentais. Nesse sentido, sua análise da "indústria do controle do crime", nos Estados Unidos da América, é também importante denúncia do crescimento punitivo e da falsa idéia de aumento do crime e da violência que se propaga nos discursos que justificam a punição. Em sua obra intitulada *A indústria do controle do crime – a caminho dos Gulags em estilo ocidental*, Christie discute a inflação da reação punitiva norte-americana, sob o discurso de tolerância zero e outros, como a falsa idéia de criminalidade. O objetivo do livro, segundo o autor, é de alertar contra as tendências recentes no campo de controle do crime. A discussão feita ao longo do texto de que o

10. "Roubo do conflito" é uma expressão utilizada pelos autores abolicionistas para designar o fato de o Estado "tomar para si" os conflitos ocorridos entre indivíduos, impedindo assim a autotutela.

aumento do número de presos não representa aumento da criminalidade é importante, pois possibilita um raciocínio contrário ao presente nos discursos que "fabricam medo" utilizados por políticos e pela própria polícia. Ainda, mostra-se extremamente crítico com relação ao sistema carcerário, que imprime no corpo do condenado (ao aprisioná-lo) o estigma de delinqüente, infligindo dores aos que foram por este selecionados.

Assim, ressalta ainda que o sistema carcerário está, a cada dia, tornando-se uma rentável empresa que utiliza o condenado como matéria-prima, principalmente nos paises desenvolvidos. Apesar de o presidiário custar caro ao Estado, presídios geram empregos e são verdadeiras minas para empresas de produtos eletrônicos e de segurança (Fonseca e Oliveira, 1998, p. 18).

A defesa de vínculos horizontais de sociabilidade e resolução de conflitos é feita por Christie, que enxerga na verticalização do sistema penal perigos próprios de relações de poder (Zaffaroni, 2001, p. 101). Um dos riscos apontados pelo autor reside no fato de que o sistema penal "rouba o conflito" daqueles que seriam os naturalmente envolvidos, resolvendo-o em instâncias artificiais e com instrumentos que massificam. Para o autor, por vezes os conflitos se tornam propriedade dos operadores do Direito. Nesse aspecto, considera o envolvimento horizontal comunitário fundamental a resoluções em esferas alheias à penal, afirmando que os comitês comunitários permitem que as pessoas sejam sujeitos e não meros objetos a serviço do Direito como o fazem os tribunais.

O autor, no entanto, se autodenomina abolicionista minimalista, por reconhecer que em certas hipóteses a intervenção da força estatal seja necessária. A seu ver existem situações extremas, inaceitáveis, que exigem um sistema suficientemente forte capaz de limitá-las. No entanto, ressalta a importância de que as intervenções se limitem a raros casos para que não haja sequer o risco de hiperinflação penal.[11]

Para Passetti, tanto Christie quanto Mathiesen são abolicionistas de itinerário,[12] ou seja, são autores que lidam com o conhecido para, a

11. Como exemplo de situações semelhantes, o autor cita a perseguição a minorias em entrevista concedida a Ana Sofia Schmidt de Oliveira e André Isola Fonseca (1998, p. 16), na qual se intitula abolicionista minimalista.

partir dele, ou da denúncia dele, provocarem mudanças estruturais no sistema penal. Nessa perspectiva não rompem, como no Abolicionismo de percurso, com universalismos, trabalhando sem a interrupção direta com um meio de resolução, mas com a construção de uma nova moral que se manifesta no querer da sociedade. Tanto o itinerário quanto o percurso são caminhos. No entanto, o primeiro possui roteiro, enquanto que o segundo é pautado na experimentação, sendo, ambos, estratégias de abolição de uma estrutura ilógica.

2. Críticas ao aparato conceitual do sistema penal e à sua seletividade

2.1 A transformação da linguagem como prática abolicionista

A linguagem é considerada elemento fundamental na perspectiva abolicionista, ou melhor, a mudança na linguagem. Não se pode superar a lógica de um determinado sistema quando se continua utilizando conceitos por ele definidos. Nessa lógica, juntamente com a "demolição" da estrutura física, jurídica e política do sistema punitivo, deve-se destruir também todo um nexo punitivo existente no vocabulário cotidiano do sistema penal.

Tal perspectiva pode ser encontrada principalmente no pensamento de Louk Hulsman que se dedica à crítica à linguagem existente. O autor propõe algumas primeiras substituições importantes no vocabulário habitual: situações no lugar de comportamentos; natureza problemática no lugar de natureza ilegal do crime; na pessoa/ instância para quem algo é problemático (vítima) no lugar de agressor; situação-problema no lugar de crime (Hulsman, 1993, p. 179).

A reestruturação da linguagem é de suma importância para a ruptura com velhas táticas e conseqüente instauração de novas atitudes e pensamentos. Principalmente no momento acadêmico do Abolicionismo, a utilização de novo vocabulário é essencial para se colocar o Direito Penal em outra perspectiva que não a dominante. Segundo Hulsman:

"Referindo-se a valores acadêmicos que requerem independência acadêmica de práticas sociais existentes para permitir uma avaliação mais objetiva destas práticas sob a luz de critérios específicos, esta

12. Expressão em contraposição a "abolicionismo de percurso", dirigida, como já citado, por Passetti a Louk Hulsman (Passetti, 2004, p. 28-30).

forma de Abolicionismo reprova as leituras dominantes do crime e da justiça criminal pela falta de independência necessária. Essas leituras dominantes, implicitamente, apóiam a idéia de uma 'naturalidade e necessidade' da justiça criminal" (Hulsman, 1997, p. 197).

A mudança da linguagem em sala de aula e em produções acadêmicas se faz necessária quando se quer estimular a reflexão acerca da realidade não ontológica de situações "etiquetadas" como tal. Assim, para se superar a lógica do sistema penal é fundamental que se supere o vocabulário que a sustenta (Hulsman, 1993, p. 95).

No entanto, não basta a mudança no vocabulário se não há transformação significativa nas ações. De nada adianta modificar um sistema de linguagem se a prática continua a mesma: novos nomes para velhos conhecidos. Por vezes, eufemismos tomam conta de novos linguajares, camuflando situações tão ou mais condenáveis que as anteriores. Hulsman faz referência a Marc Ancel[13] e à sua denúncia de que muitas ficções legais impedem a real observação da realidade social humana, para reforçar a idéia de que deve haver uma remodelagem nas denominações e abordagens (Hulsman, 1993, p. 95).

O discurso penal vale-se da desinformação e da forte carga emocional para se impor. Trata-se de discurso uniformizante que massifica fatos e situações. Segundo Maria Lúcia Karam, é "(...) um discurso da repressão a dramatizar, demonizar e isolar pessoas e acontecimentos, assim ocultando seus reais predicados e características" (Karam, 2004, p. 75). Além disso, é um discurso altamente seletivo, uma vez que atribui relevância apenas a certas situações e fatos.

Nas expressões estão embutidos preconceitos e estigmas. Nesse sentido, Louk Hulsman afirma que não basta eliminar um conceito dominante, mas conceitos a ele ligados. Para isso exemplifica que a palavra "prevenção" está de alguma maneira conectada à palavra "crime", estando a "política criminal", por sua vez, intimamente ligada aos conceitos de "crime" e "prevenção". Assim, abdicar do conceito de "crime" é também abdicar do conceito de "prevenção" (Hulsman, 1993, p.

13. Marc Ancel é autor da obra *A nova defesa social*, escrita na década de 50. O movimento da nova defesa social tinha como principal objetivo a realização de exame crítico das instituições vigentes, a humanização, a reforma e também a abolição dessas instituições. No Brasil o livro de Ancel foi publicado pela editora Forense, em 1979.

139). Deve-se, portanto, realizar uma nova teia de linguagem condizente com um novo olhar sobre os acontecimentos. Percebe-se, portanto, que a abolição de um vocabulário dominante é fundamental para que atitudes abolicionistas realmente possam ser colocadas em prática. Segundo Hulsman:

"(...) seria preciso se habituar a uma linguagem nova, capaz de exprimir uma visão não estigmatizante sobre as pessoas e situações vividas. Falar de 'atos lamentáveis', 'comportamentos indesejados', 'pessoas envolvidas', 'situações problemáticas', já seria um primeiro passo no sentido de se formar uma nova mentalidade, derrubando as barreiras que isolam o acontecimento e limitam as possibilidades de resposta, que impedem, por exemplo, que se compare, do ponto de vista emocional ou do traumatismo experimentado, um 'furto com arrombamento' a dificuldades no trabalho ou nas relações afetivas. Livre da compartimentalização institucional, uma linguagem aberta facilitaria o surgimento de novas formas de enfrentar tais situações" (Hulsman, 1993, p. 96).

2.2 A realidade não-ontológica do crime

A preocupação em denunciar o caráter fictício de termos utilizados como sendo naturais pela justiça criminal é constante na literatura abolicionista. O fato de conceitos e expressões penais, por vezes, conterem em si atribuições dotadas de conteúdo moral, social e político, a serviço do pensamento punitivo dominante, faz com que alguns autores dêem especial atenção a "pequenas palavras" que muito significam. Nessa perspectiva, o conceito de crime é amplamente analisado na literatura abolicionista.

Crimes são condutas consideradas socialmente negativas e situações consideradas conflituosas, em determinado tempo e espaço, que são materializadas na lei penal como tal. O conceito de crime é extremamente relativo, o que o torna, a *priori*, injusto, uma vez que assume diferentes características em diferentes épocas e locais. Nesse sentido, identificar o conceito de crime, retirando-lhe a carga emocional atribuída pelo discurso dominante e pelos órgãos a seu serviço, como por exemplo, a mídia, significa uma tentativa de compreensão do passe de entrada ao sistema carcerário. O que é considerado crime e o que há em comum entre diferentes atos considerados crimes são questões relevantes levantadas pelos abolicionistas. Nas palavras de Nils Christie,

"o crime não existe, como fenômeno dado. O crime é muita coisa e não é nada. Crime é um conceito de uso liberado. O desafio está em compreender seu uso presente e, por meio desta compreensão, ser capaz de avaliar seu uso" (Christie, 1997, p. 257).

Da busca pela raiz do significado de "crime" resulta uma primeira conclusão fundamental: não existe uma realidade ontológica do crime. Trata-se de uma criação da lei penal que tipifica condutas considerando-as crimes. Sendo assim, não existe uma naturalidade no conceito, mas sim, um valor artificial e mutável a ele atribuído.

Tais significados são relativos e diferem quanto à época, à cultura e ao lugar: em diferentes momentos, diferentes situações são tipificadas como delito. Exemplos da relatividade do conceito são comuns na história recente – a homossexualidade criminalizada no início do século XX em vários países da Europa é hoje, principalmente no ocidente, tutelada pelos direitos humanos sob a égide da dignidade humana; o adultério presente na lei penal brasileira como crime não mais é levado em consideração atualmente; o aborto antes proibido na Europa é atualmente legalizado em vários países.

Também, vale dizer que o considerado crime em determinada esfera pode não o ser em outra. Por vezes, a esfera privada possui leis próprias que imperam dentro de muros privados: o que é crime "na rua" não é, por vezes, crime "dentro de casa". Nesse sentido, a relatividade do conceito impera em um mesmo espaço, o que pressupõe que condutas semelhantes são julgadas e resolvidas de maneiras diferentes. Nils Christie é enfático ao dizer que:

"(...) atos não são, eles se tornam alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significados a esses atos. A distância social tem uma importância particular. A distância aumenta a tendência de atribuir a certos atos o significado de crimes, e às pessoas o simples atributo de criminosas. Em outros ambientes – e a vida familiar é apenas um de muitos exemplos –, as condições sociais são tais que criam resistências a identificar os atos como crimes e as pessoas como criminosas" (Christie, 1998, p. 13).

Assim, a possibilidade de resolução de conflitos abraçados pela esfera penal, fora dela, conduz à constatação de que dentre as diversas atribuições que podem ser dirigidas à expressão crime, pode-se

também falar em seletividade, que tem direta ligação com valorações sociais, políticas, morais e afetivas. A maneira como são resolvidos os conflitos fora da esfera penal é uma importante questão suscitada na literatura abolicionista. Para Louk Hulsman:

"(...) chamar um fato de 'crime' significa se limitar ao estilo punitivo e ao estilo punitivo da linha sócio estatal, ou seja, um estilo punitivo dominado pelo pensamento jurídico, exercido com uma distância enorme da realidade por uma rígida estrutura burocrática. Chamar um fato de crime significa fechar-se de antemão nesta opção infecunda" (Hulsman, 1993, p. 100).

É importante ressaltar, ainda, a seletividade no campo do delito: várias condutas semelhantes àquelas tipificadas na lei penal ficam fora da esfera de criminalização, como ocorre com o álcool, por exemplo, substância psicotrópica permitida dentre tantas outras proibidas (Karam, 2004, p. 73).

Louk Hulsman, ao discutir o conceito de crime, chama a atenção para a falta de coerência no processo de criminalização. Não existe, a seu ver, denominadores comuns entre a situação e as condutas criminalizadas, a não ser o fato de serem criminalizadas. Existem, por vezes, mais elementos em comum entre situações e acontecimentos criminalizados e não criminalizados que propriamente entre os que são criminalizados. A aleatoriedade e arbitrariedade da denominação de crime por parte da justiça criminal denunciam a tênue divisão entre o punível e o não punível. Nesse sentido Hulsman formula a seguinte pergunta respondendo-a em seguida:

"O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência, a fabricação de moeda falsa, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado etc.? Você não descobrirá qualquer denominador comum na definição de tais situações, nas motivações dos que nelas estão envolvidos, nas possibilidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou à tentativa de acabar com elas. A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência formal do sistema de justiça criminal para examiná-las. O

fato de elas serem definidas como crimes resulta de uma decisão humana modificável (...). É a lei que diz onde está o crime; é a lei que cria o criminoso" (Hulsman, 1993, p. 74).

Tais conclusões são alvo de grandes críticas dos abolicionistas, que denunciam a irracionalidade da pena ao ser esta resposta a atitudes sujeitas a tantas oscilações e relativizações por parte do sistema punitivo. Tais autores criticam, ainda, a tendência desse sistema em lidar com o "crime" como sendo uma verdade absoluta e perigosa que ameaça o convívio social. Por fim, ressaltam que o conceito de crime também é fator de uniformização, o que impede que a justiça criminal analise as situações específicas em suas particularidades tornando-a extremamente mecânica e desumanizada.

A relação estabelecida entre o número de condutas criminalizadas e a reação punitiva é, pelo menos na teoria, diretamente proporcional: quanto mais se tipifica como proibido, mais se deve punir. Nils Christie, ao analisar o incrível aumento no número de encarceramentos nos Estados Unidos da América, país que tem aproximadamente 500 presos para cada 100.000 habitantes nas últimas décadas do século XX, afirma não ser este aumento fruto do avanço da criminalidade e violência, mas sim, aumento no número de condutas criminalizáveis e na rentabilidade da "indústria carcerária" nesse país (Christie, 1998). Nesse sentido, o autor adverte para uma tendência no aumento de condutas criminalizadas e consequentemente para o aumento no número de encarceramentos, evidenciando haver uma relação estreita entre criminalização e punição.

Ora, se o Abolicionismo Penal se pauta no fim do sistema penal e da justiça punitiva, frutos do poder do Estado de punir, conseqüentemente almeja também a superação do conceito de crime, uma vez que só existe punição previamente estabelecida pelo Estado, e aqui se fala de privação de liberdade e restrição de direitos, se há crime anterior que as provoquem. Nessa perspectiva, a substituição de um conceito artificial, engessado e arbitrário por outro que englobe singularidade e horizontalidade, pode ser considerada uma meta abolicionista.

3. Abordagens abolicionistas de situações conflituosas

3.1 Situação-problema

A denúncia da artificialidade e relatividade do conceito de crime, e das conseqüências que isto acarreta, não é feita de maneira isolada pelos abolicionistas, mas sim, é acompanhada de uma nova abordagem da problemática que envolve as situações conflituosas a partir da perspectiva da "situação-problema". O termo, que foi introduzido na literatura abolicionista por Louk Hulsman, representa não só uma definição de situações conflituosas, mas, principalmente, uma forma de lidar com estas. Nas palavras do autor:

"A ferramenta conceitual óbvia para iniciar esta nova maneira de olhar para a realidade é substituir o 'comportamento criminoso ou criminalizável', como pedra fundamental da nossa linguagem profissional, pelo conceito de 'situação problemática'. A introdução do conceito de situação problemática é uma estratégia para levantar questões. A primeira questão é: quem acha que esta situação (vagamente formulada) é problemática? Quando tivermos uma resposta a esta primeira pergunta, temos de fazer uma distinção entre os que responderam. Em princípio não estamos interessados nas respostas de profissionais não envolvidos diretamente" (Hulsman, 2003, p. 208).

Ao contrário do crime, que pressupõe uma sanção preestabelecida a ele diretamente relacionada, a "situação-problema" não requer fórmulas e métodos para ser solucionada, sendo a conciliação a base para múltiplas possibilidades de resolução de um conflito. Os abolicionistas explicitam que existem infinitas respostas e resoluções possíveis para cada conflito em questão, sendo esta perspectiva de múltiplas vias fundamental à proposta de resolução de conflitos fora da esfera penal. Hulsman afirma que:

"(...) a noção de *situação-problema* não foi proposta para substituir a noção de crime, como se tratasse de procurar uma chave melhor para abrir a mesma fechadura. Em oposição à noção de crime, da forma em que esta é utilizada no sistema penal, e de *situação-problema* aparece como um conceito aberto que deixa nas mãos dos interessados a possibilidade de escolher o marco de interpretação do acontecimento, assim como a orientação que deve levar a uma possível resposta. Pretendemos também evitar que novas estruturas, em último termo bastante próximas do sistema penal, sejam introduzidas graças a um

nome diferente, por exemplo, com o pretexto de terapia ou de educação" (Hulsman, 2005, p. 264-265).

Uma das principais críticas à lei penal feita pelos abolicionistas é de que esta uniformiza a resolução de conflitos a partir da lógica da punição. A simples denominação de crime já vincula toda situação tipificada à esfera penal e assim ao sistema punitivo oficial, que envolve privação de liberdade, restrição de direitos, pagamento de multas e prestação de penas alternativas.

A resolução de uma "situação-problema" envolve diretamente aqueles que participaram, de alguma forma, do conflito: vítima, agressor, conciliadores e mediadores. Para Louk Hulsman não existe resolução justa e humana se não há a participação direta das pessoas envolvidas na situação problemática, em sua resolução (Hulsman, 1993, p. 101). Dessa forma, a resolução de um conflito fora da esfera penal requer o envolvimento das partes para que assim se possa chegar a um resultado inovador, alheio à punição penal e, de alguma forma, produtivo. Outras esferas que não a penal são colocadas como passíveis de abraçar a resolução dos conflitos antes cabidos a ela. A forma civil de resolução de conflitos é colocada como alternativa pelos abolicionistas, que acreditam estar o Direito Civil pautado em exercícios que viabilizam a proximidade entre as partes para a elaboração de saídas outras que não o castigo.

Além do enfoque jurídico, Nils Christie propõe investimento em esferas civis a partir do emprego de comissões comunitárias para realização de controle social, em detrimento da abordagem oficial do sistema penal. Segundo o autor, trata-se de maneira menos injusta e desigual de resolução de conflitos, uma vez que envolve a comunidade, principal interessada em conter a violência e em conviver em segurança.

Já Louk Hulsman destaca algumas possibilidades de modelos de respostas a situações-problema. São eles os modelos punitivos, conciliatórios, compensatórios, terapêuticos e educativos. Para ele, tais modelos representam meios de solução ao alcance das próprias pessoas envolvidas na querela.

O modelo punitivo diz respeito a alguma forma de punição sugerida pelas partes em diálogo. O Abolicionismo Penal lida com a liberdade e não com espaços de aprisionamento.[14] Já o modelo

conciliatório envolve, como o próprio nome sugere, a conciliação entre as partes envolvidas no conflito através da mediação de algum membro da comunidade, ou mesmo de algum representante do Judiciário. Trata-se da principal maneira, segundo Hulsman, de lidar com a situação-problema, e inspira-se no Direito Civil. O compensatório, decorrente da impossibilidade de conciliação, requer que a ação problemática praticada seja repensada em termos materiais, concordando o agressor em restituir, de alguma forma à vítima, aquilo que lhe fora subtraído. É fundamental ressaltar que, com base nesse modelo, cabe também ao Estado ressarcir a vítima caso o infrator não tenha condições de o fazer. O modelo terapêutico, por sua vez, envolve alguma forma de acompanhamento psicológico do agressor.[15] Por fim, o modelo educativo (ideal para pequenos agrupamentos e comunidades) abrange não só o infrator como também a própria comunidade, uma vez que ressalta a necessidade de reflexão acerca do ocorrido, para que seja possível detectar alguma falha na estrutura social que possa ter causado o comportamento adverso.

Passetti, no entanto, discorda da utilização dos modelos propostos por Hulsman dado o caráter universalista desses. Ora, uma vez que modelos são propostos para a resolução de conflitos, há uma tentativa de adequação das formas de resolução a esses modelos, o que impede que as respostas às diferentes situações-problema sejam criativas, dialogadas e experimentadas a cada caso. As respostas, quando vinculadas a modelos, são demasiado específicas e se esgotam nos próprios modelos (Passetti, 2003, p. 138).

3.2 A consideração da vítima no conflito

Os abolicionistas criticam também o sistema penal vigente no tangente à forma como este lida, ou melhor, não lida, com as vítimas: há, segundo esses autores, uma desconsideração da vítima e de sua vontade, no decorrer do processo penal. Se no sistema penal vigente a

14. Vale ressaltar, porém, que Thomas Mathiesen, como já analisado anteriormente, não descarta a possibilidade de que existam, para determinadas situações, celas socialmente aceitas.
15. Edson Pasetti, ao falar do modelo terapêutico ressalta a necessidade, explicitada por Foucault, de se tomar cuidados para que o modelo terapêutico não conduza à substituição da prisão pelo asilo (Passetti, 2003, p. 214).

vítima, além da denúncia, participa de poucas etapas processuais, em uma perspectiva abolicionista esta é considerada elemento fundamental na resolução do conflito.

Para Louk Hulsman, vítimas são aquelas pessoas que se sentem abominadas com um evento ou uma série deles (Hulsman, 1993, p. 200). Segundo o autor, o sistema penal não escuta aqueles diretamente envolvidos na questão, mas sim uniformiza suas reclamações sob um modelo padronizado de inquérito processual: desde o início há adequação do conflito à lógica da estrutura penal. Ainda, afirma, que a partir da denúncia, passa a haver uma alienação da vítima, que perde toda a possibilidade de intervir de maneira positiva, sendo desta seqüestrada qualquer vontade. A seu ver:

"(...) quando o sistema penal se apropria de um 'assunto' ele o congela, de modo que jamais seja interpretado de forma diferente do que foi no início.O sistema penal ignora totalmente o caráter evolutivo das experiências interiores. Assim, o que se apresenta perante o tribunal, no fundo, nada tem a ver com os que vivem ou pensam os protagonistas no dia do julgamento" (Hulsman, 1993, p. 83).

No Brasil, as ações penais (principalmente as públicas), são guiadas por representantes do Ministério Público que certamente não estavam diretamente envolvidos no conflito. A vítima, portanto, é representada (juntamente com a sociedade) por procurador que não compartilha de sua história, não assumindo posição de personagem principal da ação, restando a esta apenas a atuação como testemunha em alguns momentos processuais. Para os autores abolicionistas isso representa uma falha inadmissível no processo penal, uma vez que a consideração da vítima é de suma importância para que haja múltiplas possibilidades de percursos que conduzam a uma resposta participativa e ponderada pelos diretamente envolvidos, em detrimento de um posicionamento utilitário colocado em prática pela justiça criminal.

Louk Hulsman afirma que é fundamental que haja uma mudança de foco que vise à vítima e não apenas ao agressor (Hulsman, 1993, p. 146). Esta preocupação é compartilhada por Thomas Mathiesen que considera a falta de inserção da vítima no processo penal, prejudicial, pois impede respostas outras que não aquelas padronizadas pelo sistema penal. Além disso, afirma que o Estado deixa a vítima completamente desprotegida de qualquer apoio, uma vez que não existem

centros de apoio a esta, estando a preocupação do sistema apenas dirigida ao transgressor. Nesse ínterim, Mathiesen propõe uma solução:

"(...) ao invés de aumentar a punição do transgressor de acordo com a gravidade da transgressão, o que é básico no sistema atual, eu proporia o aumento de apoio à vítima de acordo com a gravidade da transgressão. Em outras palavras, não uma escala de punições para os transgressores, mas uma escala de apoio às vítimas. Certamente esta seria uma mudança radical, mas que seria racional do ponto de vista das vítimas e, provavelmente, também útil para superar a resistência ao desmantelamento do sistema atual" (Mathiesen, 1997, p. 276).

Nesses termos, o Abolicionismo chama a atenção para o fato de que a resolução de uma situação-problema, diferentemente do que ocorre na justiça criminal, deve levar em conta a vítima – sua vontade, seus argumentos, seus relatos, sua indenização. Deve-se ressaltar, porém, que a consideração da vontade da vítima de maneira alguma representa a aceitação de suas sugestões, mas sim a manifestação de um ponto de vista de quem esteve diretamente envolvido na situação, o que é extremamente útil quando utilizados métodos conciliatórios, compensatórios, terapêuticos e educativos.

4. Táticas e práticas abolicionistas

Segundo Maria Lúcia Karam, é necessário que haja uma ruptura com a "força ideológica" criada em torno do aparato criminal para que, então, seja possível a conscientização dos malefícios desse. Tal força faz com que o sistema apareça como única instância capaz de resolver situações conflituosas e negativas sujeitas à necessidade de controle social. Nesse sentido, é fundamental que cesse o discurso maniqueísta que garante a sobrevivência da estrutura penal e tende a dividir as pessoas em boas e más, castigando sempre as últimas. A manutenção de uma estrutura sustentada por ideologia baseada em abstrações semelhantes é também a manutenção da violência institucionalizada da justiça penal (Karam, 2004, p. 103-107). O mesmo é defendido por Louk Hulsman que, como já dito, aposta na desconstrução do vocabulário oficial para que seja possível a abordagem de questões em níveis distintos do penal. A linguagem representa uma barreira que, juntamente com o sistema, devem ser transpostos, para que se pratique uma nova forma de lidar com conflitos.

A denúncia do sistema carcerário é tida como fundamental na abordagem abolicionista, uma vez que a percepção da realidade do sistema – da dor causada, da inutilidade que representa, do seu potencial criminogêneo, da falácia da reintegração e ressocialização, dentre outros – é capaz de provocar mudanças significativas em sua estrutura, ou seja, mudanças no olhar podem provocar mudanças no agir. Nesse ínterim, a constatação da incoerência do cárcere, por parte da sociedade, pode talvez incentivar uma militância combativa que acarrete a deslegitimação do Estado como monopolizador do uso da força e da coerção. A proposta de Thomas Mathiesen de criação de um espaço público alternativo, diferente daquele a serviço do Estado e das instituições, capaz de estimular o debate acerca do sistema carcerário, como já explicitado acima, representa uma maneira viável para que o sistema carcerário seja explicitado "sem cortes" e "sem censuras" à população.

Para Christie a formação de "comitês de mediação", conselhos destinados à solução alternativa de conflitos, são exemplos de práticas comunitárias de resolução de conflito. Segundo o autor, em tais comitês "as partes em conflito devem ter a chance de se reunir; pessoas de fora devem ajudá-los; o propósito deste encontro deve ser o de criar uma avaliação do conflito e uma compensação à parte ofendida, mas não uma pena para o outro participante" (Christie, 1997, p. 252). As soluções abolicionistas, nesse sentido, tendem a considerar o conflito entre as partes envolvidas o principal, ao contrário da justiça criminal que investe também na resolução do conflito social ou mental incluído no crime, deixando, por vezes, de lado o real conflito.[16] Ainda, Christie ressalta que a reorganização dos processos de controle social, possíveis a partir de modificações de bases estruturais, é fundamental para que a abolição do sistema penal seja possível.

Hulsman, por sua vez, insistia na afirmação de que o Abolicionismo Penal é prática viável, sendo possível observá-lo no passado, vivenciá-lo no presente e planejá-lo para o futuro. Sua insistência na necessidade de abolição do sistema penal é latente em seus escritos e em suas falas: a todo tempo afirmava que é fundamental que haja uma

16. É importante ressaltar aqui que no próprio conceito de crime está embutida a carga social que vincula sua solução aos moldes penais (Costa, 1999, p. 348).

ruptura com os laços que unem a ideologia e a prática penal, capaz de conduzir à abolição do sistema como um todo (Hulsman, 1993, p. 91).

O autor percebia nos exercícios de resolução de situações-problema em esferas comunitárias – através de mediações, arbitragens e outras práticas – a existência da sociedade sem penas. Hulsman cita três formas, já colocadas em prática, de resolução alternativa de conflitos, a saber, os "confrontos", as arbitragens e os *community boards*. Os "confrontos" são formas de resolução de pequenos conflitos penais que consiste na tentativa de conciliação entre vítima e agressor ainda na instância policial, evitando assim a necessidade de continuação do processo até os tribunais. Este método de resolução ocorre dentro da lógica penal e tem como principal função desonerar o Judiciário. Segundo o autor, seu mérito reside na prática de apaziguamento de conflitos, o que significa um progresso, ainda que dentro da lógica penal. As arbitragens, por sua vez, são realizadas por conciliadores treinados para intervenção em conflitos e consistem na conciliação a partir do diálogo e formulação de propostas pelas partes.

Trata-se de resolução fora da esfera penal que, segundo Hulsman, representa importante passo na resolução de conflitos. Por fim, os *community boards*, que na opinião do autor representam a melhor forma de decisão de querelas em âmbitos não penais, são formados por uma comissão *ad hoc* formada por conciliadores especialmente selecionados para a resolução de determinado conflito. O perfil do conflito, as diferentes necessidades das pessoas nele envolvidas e as peculiaridades da situação são importantes na seleção de conciliadores. Para o autor, as duas últimas formas representam exemplos reais de práticas não penais no cotidiano da resolução de situações-problema (Hulsman, 1993, p. 133-134).

Também, Hulsman insistia em ressaltar que, em instâncias não penais, não é suprimida a noção de responsabilidade pessoal, mas sim, que o contrário é verdadeiro: nas esferas comunitárias de resolução de conflito, ou em outras esferas jurídicas que não a penal, existe a responsabilização pessoal, sem que seja necessário "(...) remeter a este conceito ambíguo, imponderável, incompreensível, metafísico, escolástico que é a culpabilidade" (Hulsman, 1993, p. 72). Ainda, para Hulsman, em uma sociedade livre da tutela do sistema penal os juízes passariam a operar em esferas cíveis e administrativas, agindo, essencialmente, em torno da proteção dos direitos do homem e das

garantias dos cidadãos, em detrimento da necessidade de opressão instituída pelo sistema penal (Hulsman, 1993, p. 135).

Por fim, pode-se dizer que o Abolicionismo é prática libertária cotidiana. É atitude contrária à punição e ao castigo. É investimento em uma sociedade sem penas que já existe e se desenvolve à margem da sociedade punitiva. É a ruptura com os códigos que engessam a resolução de conflitos e tipificam condutas. Abolir é afastar, anular, suprimir. O Abolicionismo Penal é prática na fronteira, no limite, que não só rompe com a égide do castigo, como principalmente ergue-se como estilo de vida, como prática que, nas palavras de Hulsman, faz bem à saúde.

5. Conclusão

A situação do sistema punitivo brasileiro é um exemplo nítido de sua moléstia. A mídia, os órgãos públicos, juristas e o senso comum, continuam acreditando em sua recuperação, enxergando no aumento da esfera punitiva uma saída para melhorá-lo. Nesse ínterim, a propagação, nas últimas décadas no Brasil, da sensação generalizada de insegurança, tanto pela mídia quanto pelo poder público, "abriu as portas" às políticas públicas de segurança e às campanhas e cruzadas morais rumo ao combate ao "crime". A punição é aclamada como sinônimo de salvação, enquanto que as leis são responsáveis pela institucionalização desse quadro. Punir para prevenir, educar, recuperar, reintegrar. Punir para aliviar uma sociedade que vê no castigo o aliado necessário.

Em resposta ao caos vivido no cotidiano carcerário, às denúncias das reais condições do cárcere, à violência estimulada no próprio interior das instituições punitivas e à aparente falência da pena privativa de liberdade, o poder se manifesta com o enrijecimento da punição, com o isolamento dos "corpos perigosos", bem como com o poder de decisão sobre o tempo de exposição ao sol. A lógica, mais uma vez, é a da ampliação do castigo, nesse caso, como forma de contenção, encabeçada pela égide da necessidade de disciplinar para conter e ressocializar.

A "solitária moderna" é apresentada pelo poder público como conquista importante na batalha por segurança e, como resultado, a isolação da isolação é festejada com votos. O confinamento em celas individuais, por longos períodos de tempo, em pleno século XXI é vitória aplaudida. Mais uma vez, no Brasil, a esfera política declara

guerra, utilizando-se da violência (nesse caso presente no confinamento) como forma de contenção. Na sociedade punitiva a guerra prolonga-se ao infinito.

O discurso da necessidade de castigar edifica-se em diferentes patamares de tolerância, o que permite avaliar o teor de conservadorismo presente em cada manifestação – pouco castigo ou muito – se questionam os estudiosos do tema.

As opiniões originam-se, na grande maioria das vezes, no interior de uma lógica punitiva, ou seja, partem da premissa de que o castigo é necessário para então avaliarem as possibilidades de sua execução, segundo as ideologias de cada um. Nesse contexto, alguns clamam por um direito penal mínimo, subsidiário, garantista e preventivo, enquanto que outros investem no endurecimento das leis penais e maximização do Direito Penal. Ambos os extremos se baseiam na legitimação do sistema penal como instância de contenção social e salvaguarda de segurança.

Assim, o castigo, que desde os primeiros momentos de Brasil encontra-se presente na estrutura de poder como força manifesta, é legitimado pelo Direito Penal e as estruturas que o sustentam. Discursos que justificam a existência do sistema punitivo contêm em si o aval para a continuidade de uma lógica de punição internalizada na estrutura normativa e no próprio seio social. É nos moldes legais que o desejo de punir se concretiza em poder de punir, e também pela estrutura social que esse poder se legitima. Dessa forma, pode-se dizer que a punição exerce importante papel político na sociedade – é tática e estratégia fundamental ao contexto da dominação.

O Abolicionismo surge como luta contra o castigo enraizado na estrutura jurídico-penal, como frente de combate ao universalismo legal e às artificialidades tipificadas como verdades, como alternativa à toda proposta construída no interior da lógica penal. Abolir é caminhar, contra o sistema punitivo, rumo à resolução de conflito em outras esferas que não a penal. É construir respostas plurais ao contrário daquelas universalizantes dadas pelo aparato punitivo oficial. É criar prática e linguagem alheias à lógica do castigo. É romper com o dogmatismo do ensino do Direito Penal, como verdade inquestionável nas universidades. É prática e paradigma de mudança. É abolir o espaço do injusto representado pela justiça criminal. É a recuperação da

vítima como parte importante na resolução do conflito. É a quebra com a estrutura hierarquizada de poder punitivo.

O Abolicionismo não representa um pensamento único, mas sim uma vertente teórica e prática que questiona a estruturação do castigo, propondo e praticando novas sociabilidades. Trata-se da edificação de uma nítida crítica ao sistema penal como um todo e da conseqüente ação para aboli-lo. É o trajeto em sentido oposto às tendências reformistas apresentadas como formas de continuidade da lógica do castigo.

A partir do questionamento das "verdades inquestionáveis" nas quais se baseia a estrutura punitiva oficial, o Abolicionismo denuncia a realidade não ontológica dos conceitos utilizados como sendo absolutos. Assim, o conceito de crime, de criminoso, de delinqüência, de delinqüente, dentre vários outros é colocado em questão. A denúncia abolicionista gira em torno da artificialidade desses termos e das já experimentadas conseqüências de considerá-los como naturais. Nesse contexto, o Abolicionismo Penal representa uma resistência fundamental à violenta estrutura punitiva em prática no Brasil, bem como importante ruptura com os saberes da justiça criminal.

Contrário a um Estado que amedronta, encarcera e pune, o Abolicionismo desponta em direção oposta, rompendo com verticalidades e hierarquias. Assim caminha no sentido de resolução de conflitos interindividuais com base na experimentação e criatividade, buscando soluções não preestabelecidas, mas construídas ao longo do diálogo entre as partes envolvidas.

O falecimento de Louk Hulsman em janeiro de 2009 não pode de maneira alguma ser considerado o fim do Abolicionismo Penal. Pelo contrário, apesar de representar uma perda inestimável para aqueles que, como ele, vêem na abolição do sistema punitivo a saída necessária para uma era de diálogos e resolução horizontal de conflitos, incentiva que sua obra seja revisitada e, pra suprir sua ausência intelectual, novos trabalhos sejam produzidos.

Bibliografia

Anitua, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Christie, Nils. *A indústria do controle do crime – A caminho dos Gulags em estilo ocidental*. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

____. Civilidade e Estado. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (coords.). *Conversações abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.* São Paulo: IBCCrim/PEPG Ciências Sociais/PUC-SP, 1997.

____. *Los límites del dolor.* Trad. Mariluz Caso. México: Fondo de Cultura Econômica, 1984.

COSTA, Sidney Alves. Abolicionismo penal. In: KUEHNE, Maurício (org.). *Ciência penal – Coletânea de estudos.* Curitiba: JM, 1999.

FONSECA, André Isola; OLIVEIRA, Ana Sofia Shmidt de. Conversa com um abolicionista minimalista. *RBCCrim* 21/13-21, São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1998.

HULSMAN, Louk. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. *Revista Verve* 8/246-275, São Paulo: Núcleo de Sociabilidade Libertária, 2005.

____. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (coords.). *Conversações abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.* São Paulo: IBCCrim/PEPG Ciências Sociais/PUC-SP, 1997.

____. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. *Revista Verve* 3/190-218, São Paulo: Núcleo de Sociabilidade Libertária, 2003.

____; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas – O sistema penal em questão.* Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (coord.). *Curso livre de abolicionismo penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2004.

____. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (coords.). *Conversações abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.* São Paulo: IBCCrim/PEPG Ciências Sociais/PUC-SP, 1997.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – Abolição, um sonho impossível? In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (coords.). *Conversações abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.* São Paulo: IBCCrim/PEPG Ciências Sociais/PUC-SP, 1997.

____. *Prison on trial – a critical assessment.* London: Sage Publications, 1994.

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETTI, Edson (coord.). *Curso livre de abolicionismo penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2004.

____. *Anarquismos e sociedade de controle.* São Paulo: Cortez, 2003.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. *RBCCrim* 42/295-306, São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* São Paulo: Ed. RT, 2004.

____; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena – Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.* São Paulo: Ed. RT, 2002.

SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramatica. In: ARAÚJO, Junior (org.) *Sistema penal para o terceiro milênio.* Rio de Janeiro: Revan, 1991.

SOLAZZI, José Luis. A "politização da normalidade": um diagnóstico do sistema penal de suspensão. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (coords.). *Conversações abolicionistas – uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.* São Paulo: IBCCrim/PEPG Ciências Sociais/PUC-SP, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas.* Rio de Janeiro: Revan, 2001.

2

A crise constitucional do estado contemporâneo: estado de exceção e repressão penal

BRUNO HERINGER JÚNIOR

Mestre e doutorando em Direito pela Unisinos. Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Fundação ESMP-RS. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal, e da Faculdade da Serra Gaúcha. Promotor de Justiça.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Constitucional

RESUMO: O Estado moderno passou, em seus pouco mais de quatro séculos de existência, por transformações profundas, até alcançar seu perfil Democrático e Social de Direito na contemporaneidade. Apesar disso, crises constantes acompanham-no, pondo em risco sua continuidade como formação política dominante. A crise institucional é a que afeta o poder normativo das Constituições, tidas como pactos fundantes da comunidade político-jurídica. Essa crise é também uma crise das liberdades cívicas, as quais vêm sendo desrespeitadas pelos Estados-guarnição atuais, incapazes de promover a integração social e cultural de sua população. Estruturam-se medidas de vigilância e de punição excepcionais, voltadas para a neutralização pura e simples das classes ditas perigosas – grupos marginalizados alijados do regime de produção pós-fordista próprio da globalização.

ABSTRACT: In its more than four centuries of existence, the modern State has experienced deep changes in order to attain its contemporary democratic and social contour. Despite that, it is affected by constant crisis that jeopardize its continuity as the dominant political setting. The institutional crisis affects the normative power of Constitutions, which are considered the foundations of political and legal communities. The crisis is also a crisis of civil liberties, which is undermined by the current State-guardians, which are incapable of promoting the social and cultural integration of the population. Exceptional rules of surveillance and punishment are built to purely counteract the so-called dangerous classes, which are marginalized and pushed out of the globalized "post-Fordist" regime.

Palavras-chave: Estado moderno – Crise constitucional – Estado de exceção – Repressão penal.

Keywords: Modern state – Constitutional crisis – State of exception – Criminal repression.

Sumário: Introdução – 1. O Estado moderno: perspectivas sócio-histórica e político-jurídica – 2. O Estado moderno: transformações e crises – 3. A crise constitucional: Estado de exceção e repressão penal – 4. Considerações finais – Referências bibliográficas.

Introdução[1] [2]

O Estado-nação é uma obra humana recente, não contando mais do que cinco séculos de existência.

Com origem européia, não apresentou evolução linear ou conformação idêntica em todos os lugares, sofrendo, ao invés, os influxos de particularidades culturais, geográficas, políticas e econômicas.

Apesar de não ter constituído um processo totalmente deliberado, contando também com a interferência do imponderável e do acaso, inúmeros pensadores contribuíram decisivamente para a realização e transformação do Estado moderno.

Ao assumir, progressivamente, as feições liberal, social e democrática, proporcionou elevados níveis de desenvolvimento humano em algumas sociedades européias na segunda metade do século 20.

Como ente histórico, porém, o Estado moderno encontra-se inevitavelmente sujeito aos efeitos do tempo, podendo prognosticar-se sua superação por formas ainda não completamente vislumbráveis, já que minado por crises sucessivas que fragilizam suas bases.

Dentre essas crises, avulta a institucional, decorrente da incapacidade de as Constituições – pactos fundacionais dos Estados contemporâneos – oferecerem modelos de ordenação político-jurídica coerentes, bem como da predominância de tratados e acordos internacionais, que esvaziam sua força normativa.

1. Recebimento: 01.04.2009. Aprovação: 18.06.2009.
2. Monografia apresentada no curso de Doutorado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na disciplina Transformações do Estado Contemporâneo, sob coordenação do Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes.

Essa crise constitucional é também uma crise de garantias. Não somente os programas relativos ao Estado social são relegados a meros instrumentos ideológicos de legitimação, impossíveis de serem implementados, mas também as liberdades cidadãs são afetadas, com a organização de um Estado policial, cuja principal função é a inocuização de segmentos sociais tidos como perigosos.

Para tal fim, a repressão penal vem sendo o mecanismo jurídico privilegiado, com o Estado de exceção que se oculta nas frestas da legalidade ressurgindo com força renovada.

1. O Estado moderno: perspectivas sócio-histórica e político-jurídica

Entre descrição e prescrição, o Estado moderno pode ser contemplado sob duas óticas: como uma realidade sócio-histórica e como um ideal político-jurídico.

Da perspectiva sócio-histórica, o Estado moderno é um fenômeno europeu, o qual se deu com a progressiva centralização do poder político em algumas regiões, notadamente na Inglaterra, na França e na Espanha, a partir do século 16. À fragmentação da autoridade, individualizada nos feudos do período medieval, a modernidade vai assistir à paulatina concentração do poder em mãos de um soberano, o que culminará no Absolutismo – a primeira forma assumida pelo Estado moderno.

Em suas origens, o poder real foi legitimado pela Igreja, com a justificação de sua origem divina. Operava-se uma dependência mútua: o clero, cujas propriedades espalhavam-se entre os domínios de senhores seculares, desejava um rei forte o suficiente para protegê-lo das usurpações; o soberano, além de ter sua coroação promovida pela Igreja, tornando-se, assim, sagrada, contava ainda com a experiência e o apoio dos membros do clero por suas habilidades na escrita e na organização administrativo-financeira.

Com a consolidação do Estado, porém, a influência da Igreja foi decaindo, ocorrendo a sua progressiva secularização. Com efeito, a partir da Paz de Westfália, em 1648, que pôs fim à época das guerras civis confessionais na Europa, a tradicional aliança entre os poderes laico e religioso, inaugurada pelo Édito de Milão de 313 por obra do Imperador Constantino, vai romper-se, até culminar com a expropriação dos bens e domínios da Igreja pelo Estado.[3]

Internamente, a ascensão e o poder da instituição central dependiam da existência de uma contínua tensão entre burguesia e nobreza, sendo uma das precondições estruturais do principado absoluto que nenhum dos estados alcançasse predominância.[4] Chegou-se a um ponto na monopolização do poder, que não era mais a força militar ou o tamanho da riqueza do rei que lhe conferiam o domínio absoluto. Diferentemente, a instituição da monarquia alcançou seu maior poder social exatamente na fase histórica em que a nobreza em decadência – afetada pela desvalorização da terra como medida da riqueza – se confrontava com a burguesia em ascensão – impulsionada pela aceleração da monetarização e da comercialização do século 16 –, sem que nenhum dos lados pudesse derrotar o outro inapelavelmente; ao mesmo tempo, porém, a defesa de seus privilégios perante o soberano conciliava parcialmente os interesses contrapostos de ambos os grupos. É esse, segundo Elias, o modelo do "mecanismo régio", que explica como pôde surgir uma autoridade central, com poder absoluto, numa sociedade altamente diferenciada, em que o próprio rei também era dependente dos ocupantes das demais posições.[5]

A formação do Estado, como instituição, ocorreu com a estruturação de um serviço público, notadamente nas áreas da segurança pública e da arrecadação tributária, ambas impulsionadas pelos monopólios da fiscalidade e do uso legítimo da força.

A burocracia, tanto a responsável pela administração financeira, quanto a responsável pela ordem pública, principalmente em seus escalões superiores, passou, paulatinamente, a ser arregimentada da alta burguesia, classe de comerciantes e financistas enriquecidos, que puderam propiciar aos filhos a compra de cargos, os quais eram remunerados na forma de taxas e de monopólios instituídos em favor do titular, dadas as restrições financeiras dos governantes.[6] Como escribas e conselheiros do rei, como coletores de impostos ou como juízes,

3. Marramao, Giacomo. *Céu e terra*. São Paulo: Fundação Ed. da Unesp, 1997, p. 18-23.
4. Elias, Norbert. *O processo civilizador: formação do estado e civilização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. vol. 2, p. 22.
5. Idem, p. 151-152.
6. Van Creveld, Martin. *Ascensão e declínio do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 184-185.

seus interesses coincidiam, assim, com os da monarquia.[7] "O rei latifundiário, que distribuía terras ou dízimos, tornara-se o rei endinheirado, que distribuía salários".[8]

A arrecadação tributária estruturou-se sobre o modelo feudal. O rei era, originariamente, o cavaleiro mais poderoso, que como tal vivia da produção de suas terras, mas detinha, ainda, o direito tradicional de cobrar impostos dos moradores da sua região em ocasiões especiais (*aides féodales*), como quando uma filha casava ou um filho era armado cavaleiro. Mais tarde, instituiu-se a convocação dos moradores das cidades para o serviço em guerras, cuja isenção passou a ser comprada pelos burgueses aos senhores territoriais, constituindo-se, desse modo, em outra forma de renda.[9]

Mesmo que não possa ser considerado um empreendimento proposital, algumas dessas ajudas extraordinárias, principalmente as relativas à guerra, tornaram-se tributos regulares a partir do século 14, constituindo o motivo para inúmeros levantes populares, bem como, paradoxalmente, para o surgimento da noção de coisa pública.[10]

Uma das características do Estado absolutista é que, pela primeira vez, não constituem mais os exércitos a base da manutenção da ordem interna,[11] tendo a pacificação da população, diversamente, sido expressão complementar da concentração de recursos administrativos do Estado.

Sem embargo, como aponta Monet, as corporações policiais atuais, compostas por corpos de agentes profissionais, recrutados, nomeados e remunerados pelo poder público, nem sempre existiram, tendo sido, aliás, formadas mais a partir de rupturas que de continuidade.[12]

No fim da Idade Média, os monarcas, notadamente na Inglaterra e na França, apesar de investidos formalmente da função de protetores

7. Elias, Norbert. Op. cit., p. 160-161.
8. Idem, p. 170.
9. Idem, p. 173.
10. Idem, p. 183.
11. Giddens, Anthony. *O Estado-nação e a violência*. São Paulo: Edusp, 2001, p. 137.
12. Monet, Jean-Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. São Paulo: Edusp, 2001, p. 31.

do direito e da justiça, encontravam-se impossibilitados de garantir a segurança da população, constantemente alarmada por distúrbios, pilhagens e violências as mais diversas. Cada senhor em suas terras, portanto, tornava-se o verdadeiro detentor de poderes policiais e jurisdicionais, com a colaboração dos habitantes, à míngua de órgãos especializados. Mesmo assim, a efetividade de sua atuação era fraca, devido, principalmente, ao direito reconhecido à vingança privada, herança dos povos germânicos.[13]

Inúmeras experiências foram realizadas, na Idade Média, voltadas ao controle da criminalidade. Na Inglaterra, por exemplo, até o século 14, mesmo cumprindo ao *Lord of the Manor* a manutenção da *King's Peace*, coube às comunidades aldeãs a organização e a administração do sistema de segurança pública através dos *Tythings* (grupos de homens livres, capazes e com mais de 12 anos de idade reunidos em grupos de 10 famílias) e dos *Hundreds* (agrupamento de 10 *Tythings*, perfazendo 100 famílias), os quais, com o tempo, passaram a ser controlados por um *Sherif*, representante local do poder real. Já na Europa continental, é com as assembléias de bispos que nasceu, no século 11, a proposta da Paz de Deus, obrigando ao juramento cavaleiros e moradores, bem como os ameaçando com a imposição de sanções religiosas, caso desrespeitassem lugares e pessoas protegidas ou dias considerados sagrados. Além disso, formaram-se confrarias voltadas à proteção das estradas, como a dos Encapuçados de Puy-en-Valay, que se especializou no extermínio dos assaltantes dos peregrinos que se dirigiam a Santiago de Compostela. Na Espanha, deu-se a criação de milícias populares, conhecidas como *Hermandades*, inicialmente destinadas a proteger comerciantes e viajantes, mas que foram transformadas, nos séculos 15 e 16, em polícia pública profissional, coordenadas por uma instância superior, a *Santa Hermandad*.[14]

Foi, contudo, o padrão francês que, por muito tempo, inspirou os demais Estados modernos. Tal modelo assentava-se em dois pilares: o corpo de cavalaria, nos campos, e o tenente de polícia, em Paris; nas demais cidades de província, cabia aos governos locais prover à segurança. A primeira – *Maréchaussé*, chamada de *Gendarmerie* a partir de 1791 – foi criada, no século 13, inicialmente para proteger a

13. Idem, p. 36-37.
14. Idem, p. 38-42.

retaguarda dos exércitos em deslocamento, mas logo passou a funcionar como polícia da zona rural. De cavalariana, tornou-se sedentária, com a divisão do território em unidades administrativas. Já o segundo foi instituído por Luís XIV, no século 17, com a atribuição de realizar inúmeras tarefas administrativas: repressão à criminalidade, combate a incêndios, controle de epidemias, fiscalização dos bons costumes, cuidado com o abastecimento. Para tanto, estruturaram-se postos de guarda e organizaram-se patrulhas a pé e a cavalo, além de terem se constituído redes de informantes. Proprietários de seus cargos, esses oficiais realizavam múltiplas funções, inclusive o envio de dois boletins diários ao rei (o político e o moral).[15]

Essa concepção de polícia restou modificada, no século 19, simultaneamente na França e na Inglaterra, por outra mais atenta aos imperativos de legitimação perante as classes populares, por meio da introjeção do valor do respeito às autoridades constituídas, e de atuação preventiva ao cometimento de delitos, pela via da vigilância amparada pelas estatísticas criminais, modelo esse que pôs fim definitivo à privatização do conflito penal. Ilustra essa radical mudança de paradigma o fato de os agentes da *Metropolitan Police* de Londres terem assumido suas funções, em 1829, de sobrecasaca e cartola, munidos apenas de um curto cassetete e um par de algemas.[16]

Por outro lado, o Estado moderno surgiu acompanhado, no âmbito econômico, do sistema capitalista de produção. Ao desmantelamento da economia agrária feudal, caracterizada pela vassalagem e pelo escambo, seguiu-se a progressiva dominância da mercantilização dos produtos e dos serviços, inclusive do trabalho, caracterizada pelo contrato e pela moeda.

A diferenciação funcional no âmbito da economia deveu-se, basicamente, ao esgotamento do mecanismo de conquista e divisão de terras, levando à formação de vilas e cidades, bem como de feiras regulares – as mais conhecidas na região de Champagne[17] –, com o inevitável aumento do poder dos mercadores principalmente, tendo os

15. Idem, p. 49-50.
16. Idem, p. 51-53.
17. HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 21.

burgos, aos poucos, alcançado autonomia relativa frente aos senhores seculares.

A personagem dominante é, pois, o burguês, que deve a consolidação da sua existência social exatamente aos monopólios estatais da coleta de impostos e da aplicação da força física, os quais constituem "a precondição para restringir-se a livre competição a meios econômicos, não-violentos".[18]

Tanto o contrato como a moeda, exigências da calculabilidade inerente à mercantilização, passaram a ser tutelados pelo Estado, o primeiro pela revitalização do Direito Romano e pela centralização de seu cumprimento coercitivo, a segunda pelo asseguramento da indispensável confiança que a deve acompanhar, inicialmente via mercadoria-dinheiro propiciada pela afluência de metais preciosos na Europa nos séculos 16 e 17 e após via dinheiro-fiduciário, já desvinculado de seu lastro.[19]

Assim, na Inglaterra, na França e na Espanha, "o Estado substituiu a cidade como unidade de vida econômica".[20]

Em termos espaciais, o Estado moderno foi edificado sobre um território delimitado e assegurado por algumas alianças e inúmeras guerras, para o que a contribuição dos exércitos foi determinante.

Keegan sustenta que existe um número limitado de formas que a organização militar pode assumir, bem como que existe uma relação íntima entre determinada forma particular e a ordem sócio-política a que pertence.[21] O feudalismo seria um estágio comum na transição das sociedades guerreiras para outras formas, tendo, no Ocidente, se caracterizado pela concessão de terras a militares subordinados, sob a condição de que fornecessem força militar apropriada quando requisitada pelo soberano, mas com o direito de legar a propriedade aos filhos.[22]

Os exércitos medievais, assim, eram formados por contingentes variáveis que serviam a um senhor em troca de arrendamento, lutando

18. Elias, Norbert. Op. cit., p. 105.
19. Giddens, Anthony. Op. cit., p. 171-178.
20. Huberman, Leo. Op. cit., p. 75.
21. Keegan, John. *Uma história da guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 239.
22. Idem, p. 243.

com espadas curtas e lanças. A guerra realizava-se entre cavaleiros, mas, já no século 14, a existência de castelos e cidades muradas conferiu aos defensores grande vantagem sobre os atacantes.[23]

Da ótica militar, três fatores foram decisivos à formação do Estado absolutista: em primeiro lugar, houve uma série de desenvolvimentos das tecnologias de armamentos, notadamente a partir da pólvora, que culminou com a invenção do canhão, instrumento indispensável da artilharia de campo para a imposição de sítios, reduzindo, então, a importância das fortalezas. Também o surgimento da espingarda e da baioneta contribuiu para mudar a feição da guerra na direção moderna. Com isso, foram favorecidos os Estados que podiam manter e treinar contingentes regulares de militares, tendo sido francês – no século 15 – o primeiro exército a dever sua obediência diretamente ao monarca.[24]

Em segundo lugar, operou-se uma acentuada emergência do poder administrativo dentro das forças armadas, tanto em batalha, como no treinamento em geral. A disciplina, tão cara à modernidade, originou-se, assim, no contexto militar, tendo sido incontrastável a contribuição de Maurício de Nassau.[25] Por muito tempo, porém, os exércitos foram constituídos por um grande número de mercenários, tendo a conscrição surgido somente com a Primeira República Francesa, o que a levou a alcançar, em 1794, quase 1,2 milhões de homens em armas, "uma força de tamanho jamais visto na Europa".[26]

Em terceiro lugar, ocorreu o aprimoramento da força naval européia, a qual, desde o século 16, se mostrou imbatível no resto mundo. Mesmo assim, também as esquadras marítimas eram integradas basicamente por mercenários, apenas no século 17 tornando-se regulares.[27]

Culturalmente, o Estado moderno se constitui como nação – uma coletividade existente dentro de um território delimitado, sujeito a uma unidade administrativa, bem como monitorado reflexivamente pelo aparato interno do próprio e dos demais Estados.[28] De qualquer

23. GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 130-131.
24. Idem, p. 130-133.
25. Idem, p. 130 e 138-139.
26. KEEGAN, John. Op. cit., p. 247-248.
27. GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 131 e 136.
28. Idem, p. 141.

forma, a unidade lingüística, étnica e histórica – o sentimento de identidade – é algo que foi construído aos poucos, impulsionada pelo próprio Estado. Aliás, a administração central a partir de uma Capital representou um elemento crucial nessa integração social.

O significado do povo também se modificou com o tempo: de súdito, no período absolutista, passou a cidadão, para o que a evolução do pensamento jurídico-político foi decisiva.

A essa realidade sócio-política, em constante mutação, é co-originária a idéia político-jurídica do Estado moderno, também sujeita a elaborações sucessivas, não necessariamente progressivas. Conforme Burdeau, o "Estado é, no sentido pleno do termo, uma idéia".[29] Os homens teriam inventado o Estado para não precisarem obedecer aos homens, fazendo dele o suporte do poder.[30]

É da modernidade a elaboração – ou a radical transformação – dos conceitos de contrato social, autonomia do direito, ordem pública, soberania, separação dos Poderes, igualdade e liberdade, constitucionalismo, individualismo, legitimidade, autoridade, entre outros, os quais, reflexivamente, passaram a integrar a própria realidade sócio-política.

Coube a Maquiavel formular o princípio da ordem pública do Estado, desde uma concepção realista do fenômeno político, o qual, por sua *verità effectuale*, expressaria os princípios que o informam. Ele não concebia outra organização política além daquela que se preocupasse, antes de tudo, com o serviço público. E isso porque o poder do Estado não seria somente manifestação de potência e oportunismo, mas, diferentemente, para dado povo, em um território e tempo determinados, implicaria algum controle e organização. Por isso, a primazia da ordem exigiria a atividade normativa do Estado, como instituidor do direito da comunidade, até mesmo em superação aos costumes tradicionais. Com uma abordagem secular, tocaria "ao homem e somente a ele construir e conduzir a política do Estado", acentuando Maquiavel, assim, a energia criadora do poder.[31]

29. Burdeau, Georges. *O estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. X.
30. Idem, p. XI.
31. Goyard-Fabre, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 59-71.

O insaciável desejo humano de apoderar-se do tempo, do espaço e dos objetos constituiria, para Maquiavel, a realidade oculta por detrás das idéias políticas, cumprindo à *fortuna* e à *virtù* estabelecer o campo de tensão das possibilidades de ação individual ou coletiva.[32] Dentre as virtudes, a prudência seria a mais importante para a durabilidade da ordem política.[33]

É de Hobbes o mérito pela compreensão do Estado como entidade abstrata.[34] Diferentemente de Maquiavel, Hobbes fundava a autoridade do Estado, não em uma constatação empírica, mas como exigência da razão, sendo responsável pela primeira teoria moderna do Estado moderno. Desde premissas humanistas, igualitaristas e individualistas, o Estado – o Leviatã – seria, para ele, um ente artificial, criado pelos homens para superar a luta de todos contra todos, titularizando, assim, o monopólio da criação do direito. O recurso imaginado por Hobbes para a instituição do Estado foi o contrato social, por meio do qual os homens, buscando superar o ambiente de paixões contraditórias do estado de natureza – responsável pela dissociação deles[35] –, procederiam a um cálculo racional de interesses, que culminaria na criação de uma pessoa fictícia, representante de toda a multidão e garante da liberdade. A autoridade do poder estatal seria dada, assim, pelo povo, mediante representação, ao soberano, deslocando-se, ao contrário do que se supõe, da sua vontade arbitrária e absoluta.[36]

O princípio da constitucionalidade da ordem jurídica moderna estruturou-se a partir do humanismo – o homem como único centro de gravidade do poder –, que desacreditava as referências da filosofia tradicional do direito político, baseadas em Deus ou na Natureza. Da acepção moderna de Constituição, decorreram as idéias de definição do estatuto orgânico do Estado e do esquema de hierarquia das normas. Já em Montesquieu, a estabilidade política não prescindia de um

32. Ricciardi, Maurízio. A república antes do Estado: Nicolau Maquiavel no limiar do discurso político moderno. In: Giuseppe Duso (org.). *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 38-39.
33. Idem, p. 46.
34. Van Creveld, Martin. Op. cit., p. 254.
35. Piccinini, Mario. Poder comum e representação em Hobbes. *O poder: história da filosofia política moderna*, cit., p. 126.
36. Goyard-Fabre, Simone. Op. cit., p. 71-95.

estatuto jurídico que estabelecesse e delimitasse as competências dos órgãos de Estado; seria preciso que, no Estado, o poder, mediante um texto fundador, conferisse a si mesmo suas próprias regras. Também para Sieyès a Constituição traçaria "a arquitetônica jurídica geral da política", determinando, delimitando e articulando os órgãos de Estado por imposição do poder constituinte originário. Em sua concepção, "a encarnação do povo no corpo do Rei é substituída pela representação da Nação nos corpos instituídos".[37] A partir da Constituição concebida como lei fundamental decorreria, por outro lado, o postulado da hierarquia das leis, o qual encontrou sua definitiva sistematização em Kelsen; a Constituição não apenas organizaria o poder, mas impulsionaria a autogeração das normas de direito pelo Estado.[38]

A idéia de soberania, como hoje a compreendemos, também surgiu com o Estado moderno, tendo sido Bodin quem, no século 16, introduziu o seu conceito, via léxico que marcaria todo o pensamento político posterior.[39] Bodin entendia a soberania como independência e onicompetência do Estado moderno, em que a autoridade soberana, sem importar o regime de governo, encarnaria prerrogativas próprias indelegáveis, tais como nomear os mais altos magistrados, legislar, declarar a guerra e a paz, julgar em última instância, decidir sobre a vida e a morte dos súditos. A soberania constituiria, assim, a *summa potestas*, integrada pelos termos *superioritas*, *supremitas* e *plenitudo potestatis*. Seria, em síntese, uma potência de comando, de ordem pública, perpétua, una e absoluta, inclusive com possibilidade de exercer-se fora da normalidade, para além do direito. Destituída da perspectiva constitucionalista, a noção de soberania de Bodin encontrava limites apenas metajurídicos: Deus, que é por ele postulado.[40]

A obra de Bodin foi rapidamente incorporada pelo pensamento político-jurídico dos séculos seguintes, tendo cumprido a Rousseau e a Sieyès realizar as principais reformulações do conceito de soberania, pelo reconhecimento, respectivamente, de sua origem popular e

37. CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 90.
38. GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p. 95-110.
39. SCATTOLA, Merio. Ordem da justiça e doutrina da soberania em Bodin. *O poder: história da filosofia política moderna*, cit., p. 61.
40. GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p. 115-149.

nacional. Em Rousseau, a soberania encontrava-se ligada à sua concepção de contrato social, pacto pelo qual uma coletividade se tornaria um povo; a essência da soberania, assim, derivaria da vontade geral. Se o poder pode ser transmitido pelo povo, sua vontade, porém, permanece intransmissível, razão pela qual a soberania seria inalienável ou incomunicável; se a multidão se erigiu em povo, não pode mais despojar-se da soberania assim adquirida, sendo incompatível com o instituto da representação. Já para Sieyès, a soberania do povo se confundiria com a soberania da nação, que seria a indubitável realidade do Estado, dado anterior a qualquer ato político; os indivíduos de uma nação seriam cidadãos em potencial, pois compartilhariam necessidades e a vontade de viverem juntos.[41] Seria por meio da representação que se traduziria a unidade da nação, defendendo Sieyès, ainda, a independência dos representantes relativamente aos eleitores, mediante a atribuição de seus poderes apenas pela Constituição.[42]

O potencial transformador dos princípios filosóficos do direito político moderno foi confirmado pelas mudanças, não isentas de formações regressivas e crises, experimentadas pelo Estado contemporâneo: das idéias de individualismo e Constituição moldaram-se os direitos fundamentais, da idéia de igualdade estruturou-se o Estado social, das idéias de contrato social e de soberania popular consolidou-se a democracia como regime político dominante. Em suma, da combinação de lutas políticas[43] e elaborações intelectuais resultou o Estado Constitucional, Democrático e Social de Direito, ainda ideal a orientar a ação, sempre confrontado com a realidade adversa, mas não insuperável, dos fatos.

2. O Estado moderno: transformações e crises

Consolidado o Estado absolutista – com a centralização total do poder, com a delimitação territorial, com a pacificação interna, com a instituição de uma máquina administrativa poderosa, com o

41. Châtelet, François; Duhamel, Olivier; Pisier-Kouchner, Evelyne. Op. cit., p. 89.
42. Goyard-Fabre, Simone. Op. cit., p. 179-186.
43. Baccelli, Luca. Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito. In: Pietro Costa e Danilo Zolo (org). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 511-554.

asseguramento das trocas mercantis, com a formação de exércitos regulares, entre outros –, passou essa nova formação histórica a sofrer a investida de demandas sociais, as quais, potencializadas ainda pela influência reflexiva do pensamento político-jurídico, foram conferindo novas feições ao Estado moderno.

A primeira grande transformação sofrida pelo Estado moderno ocorreu no final do século 18 e deveu-se, no plano político-jurídico, basicamente, à Revolução Francesa e à Independência dos Estados Unidos da América.

Na França, os 200 anos de período absolutista alcançaram seu auge no reinado de Luís XIV, de 1643 a 1715, entrando em decadência a partir de então, não tanto pela falta de valor de seus sucessores quanto pela consolidação progressiva do regime capitalista de produção, de certo modo incompatível com a estrutura política que amparava a nobreza e o clero com seus rendimentos de feição ainda feudal.[44]

No século 18, a França ainda era um país agrário, estimando-se que 90% de sua população de 25 milhões de habitantes vivesse na zona rural. Mesmo assim, a agricultura apresentava-se muito atrasada, com métodos primitivos de exploração, que ofereciam rendimentos inferiores aos de perfil capitalista da nobreza inglesa – consolidados pelos *Enclosure Acts*.[45] Calcula-se que cerca de 80% dos campos, das florestas e dos reservatórios, bem como um sexto das terras aráveis, pertenciam à nobreza e ao clero, que eram mantidos pelos camponeses que cultivavam as suas terras. A remuneração dos proprietários derivava do censo, espécie de renda anual paga pelos camponeses pela exploração da terra, e das banalidades, privilégios feudais relativos ao direito exclusivo de possuir moinhos, forjas, fornos etc. Progressivamente, porém, novas formas de exploração da terra surgiram, como o arrendamento, mas, ainda assim, não havia estímulo para os produtores diretos inovarem ou melhorarem a produtividade, já que a maior parte da riqueza que geravam era enviada ao senhor, à Igreja e ao Rei. Desiludidos, muitos camponeses abandonavam as áreas rurais, dirigindo-se às cidades, onde formavam legiões de desocupados. Com a perda de rentabilidade da terra, agravada pela desvalorização dos produtos

44. MANFRED, A. *A grande revolução francesa*. São Paulo: Ícone, 1986, p. 8.
45. HOBSBAWN, Eric. *A era das revoluções: 1789-1848*. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 47.

agrícolas nas duas décadas anteriores à Revolução, os senhores territoriais intensificaram a exploração dos camponeses, chegando, inclusive, a instituir a triagem, um modo de usurpação de áreas comunais, pelo qual se apropriavam de até um terço delas.[46]

Também a indústria francesa era sensivelmente inferior à inglesa, apesar de existirem algumas fábricas que se destacavam, como a algodoeira em Rouen e no Havre, a de seda em Lyon, a metalúrgica na Alsácia, na Lorena e nas Ardenas, entre outras. A produção industrial foi responsável pelo relativo incremento da população urbana, principalmente em Paris, a qual, no final do século 18, contava cerca de 500 mil habitantes, com a sua população ativa composta basicamente de trabalhadores assalariados. Apesar de o antigo sistema de corporações ainda subsistir, as manufaturas capitalistas já predominavam, encontrando-se inúmeras fábricas com 50 a 100 – bem como algumas com até milhares de – empregados, além de a utilização de máquinas ter aumentado significativamente. Em 1785, a participação dos produtos industriais nas exportações francesas já atingia a metade, principalmente com tecidos, jóias, louças, objetos de aço, móveis, sabão, papel e cristais, mas o regime feudal igualmente constituía um sério entrave ao seu desenvolvimento.[47]

O comércio francês, tanto o exterior como o interno, apresentou considerável progresso no século 18, tendo o externo, com a Europa, a América e o Oriente, quadruplicado no período. Os estaleiros de construção naval tiveram grande impulso nos portos comerciais mais florescentes – Bordeaux, Marselha e Nantes. Contudo, do mesmo modo que a agricultura e a indústria, também o comércio sofria com a estrutura político-econômica do *ancien régime*.[48]

É dessa contradição fundamental da sociedade francesa que serão precipitados os acontecimentos que conduzem à convocação dos Estados Gerais e, após, à Queda da Bastilha, que ingressa na História como o símbolo da revolução. Apesar da participação popular – e até mesmo da radicalização do movimento pelos jacobinos –, o resultado final é a conformação de um Estado liberal, com a primazia da burguesia, não

46. MANFRED, A. Op. cit., p. 9-12.
47. Idem, p. 13-15.
48. Idem, p. 15-16.

apenas no âmbito econômico, mas também no político, e com o conseqüente fim da sociedade aristocrática.[49]

Em contraposição ao antigo regime, passam a existir somente dois valores político-constitucionais: individualismo e estatalismo.[50] A legitimação do poder do Estado já não apresenta uma origem divina, mas decorre do contrato social, pacto fundacional em que todos os indivíduos, iguais por sua mera condição de pessoa, inauguram a ordem político-jurídica. Em conseqüência, avulta a lei como expressão da soberania da nação, a vincular a todos, que não mais são considerados súditos, mas cidadãos.

Imersa no ideário iluminista, a Revolução Francesa consolida no pensamento político as noções de contrato social, de soberania, de nação, de primado da lei, de direitos individuais, entre outros, as quais, paulatinamente, passam a conformar a realidade jurídica de outras unidades estatais.

Já no âmbito dos Estados Unidos América, a revolta foi conseqüência da insuportável exploração da metrópole inglesa, a qual, com a imposição de abusiva taxação, notadamente com o *Stamp Act* e os *Townshend Acts*, da década de 1760, conduziu à mobilização das colônias, que culminou com a Declaração de Independência em 1776.[51]

Relativamente à formação estatal, a contribuição norte-americana mais significativa é o constitucionalismo, como técnica específica de limitação do poder com finalidade garantística,[52] plasmado a partir da Constituição de 1787 e consolidado, em 1803, com a afirmação da Suprema Corte do controle de constitucionalidade das leis. Com o exercício do poder constituinte pelos colonos americanos, pela primeira vez confluem as tradições do constitucionalismo e da soberania popular, antes antagônicos, já que a ordem constitucional existente legitimava o poder instituído, no caso da realeza.[53]

49. HOBSBAWN, Eric. Op. cit., p. 203.
50. FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 58.
51. Idem, p. 75-76.
52. Idem, p. 77.
53. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Trotta, 2001, p. 100-103.

Mais acentuadamente que na França, nos Estados Unidos o postulado da pré-estatalidade dos direitos, principalmente os de liberdade e de propriedade, contribuiu para moldar um espírito empreendedor em sua população, que transformaria esse país no vetor capitalista mundial a partir do século passado.

Com as contribuições da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos, aliadas à Revolução Industrial capitaneada pela Inglaterra,[54] o século 19 conhecerá o que se convencionou chamar de *pax* burguesa, período relativamente imune a conflitos violentos e de prosperidade econômica, que só virá a ser perturbado pela primeira grande guerra.

Começa a moldar-se, no final do século 18, portanto, o Estado liberal, cuja principal característica é a separação das esferas pública e privada,[55] reconhecendo-se aos indivíduos espaços imunes à intervenção estatal, notadamente na economia, na religião e na família. Esse modelo civilizatório viria a cristalizar-se no século 19, assentando-se, segundo Polanyi, sobre quatro pilastras: o sistema de equilíbrio de poder entre as grandes potências, o padrão internacional do ouro, o mercado auto-regulável e o liberalismo político.[56]

Nessa formação estatal, apenas os direitos civis – de liberdade e de propriedade – são reconhecidos, com a ampliação dos direitos políticos e a invenção dos direitos sociais retardadas pelo controle severo das demandas da população despossuída. Com efeito, apesar da afirmação dos direitos individuais, o Estado liberal adotará, com freqüência, uma característica de "duplo estado",[57] reservando-se uma esfera de poder excepcional a ser manejada em ocasiões apropriadas.

A igualdade perante a lei assume contornos meramente formais, ocultando a extrema desigualdade que grassa na vida real, com a exploração capitalista não encontrando limites, a partir do postulado da liberdade contratual. Os aparelhos do Estado – com perfil

54. HOBSBAWN, Eric. Op. cit., p. 43-69.
55. CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 108.
56. POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época.* 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 17.
57. CAPELLA, Juan Ramón. Op. cit., p. 119.

acentuadamente policialesco – cumprem, assim, a função precípua de manutenção da ordem sócio-econômica, com o rígido controle dos segmentos sociais tidos como perigosos.

Ainda no século 19, os direitos políticos são, paulatinamente, acrescidos ao *status libertatis* já consolidado,[58] apesar de o voto universal somente vir a implementar-se no século 20. Desse modo, o modelo representativo torna-se mais democrático, permitindo que as lutas sociais assumam uma dimensão maior.

É com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, porém, que a questão social, a qual já não podia mais ser negligenciada pela afluência crescente da massa trabalhadora à participação política,[59] ingressa definitivamente na agenda governamental.

O Estado social – entendido como contraposto ao comunista e ao autoritário – que começa a estruturar-se, busca corrigir os efeitos disfuncionais da sociedade industrial, com a promoção do bem-estar geral.[60] Seu objetivo não é transformar o modelo sócio-econômico vigente, mas remediar algumas de suas conseqüências danosas, notadamente as que atingem as populações mais carentes, o meio ambiente, a cultura e as regiões mais atrasadas. Como medidas de proteção social, inúmeros serviços são criados nas áreas de saúde, de previdência, de educação e de emprego.

Para atingir seus fins, o Estado social rompe com a lógica minimalista do modelo liberal, em que a economia não sofre a intervenção governamental. Ao contrário, a programação e a regulação das atividades produtiva e distributiva passam a ser uma das principais preocupações estatais.[61]

Se no Estado liberal, entre as funções governamentais, a primazia toca ao Parlamento, no Estado social é o Executivo que protagoniza a organização social, com uma atuação interventiva e reguladora sem precedentes. Abundam atos normativos, e inúmeros órgãos públicos

58. MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63-75.
59. HOBSBAWN, Eric. *A era dos impérios: 1875-1914*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 163-202.
60. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2. ed. Madrid: Alianza, 1996, p. 13-18.
61. Idem, p. 21-25.

são acrescidos à burocracia estatal, para além das atividades fiscal e policial.

Data do pós-guerra o fenômeno político-jurídico conhecido como neoconstitucionalismo, em que a força normativa dos pactos fundacionais é afirmada pelas Cortes Constitucionais, no controle da constitucionalidade dos atos normativos estatais, e pelos demais órgãos judiciários, na implementação do programa sócio-econômico das leis fundamentais.

Plasma-se, a partir de todas essas conquistas, o Estado Democrático e Social de Direito, estruturado sobre os princípios da vinculação a uma Constituição, da organização democrática da sociedade, de um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, da justiça social, da divisão das funções de Estado, da legalidade e da segurança jurídica.[62] Trata-se de uma formação política voltada à transformação social, e não mais à manutenção do *status quo*.

A segunda metade do século 20 veio a conhecer, assim, com as sociais democracias da Europa ocidental, notadamente as escandinavas, níveis de desenvolvimento humano jamais alcançados anteriormente: pleno emprego, seguridade social, progresso econômico, integração cultural, estabilidade política.

Gestavam-se, contudo, no seio dessas mesmas sociedades contradições radicais entre os postulados da economia de mercado, da democracia popular e do Estado de bem-estar,[63] as quais conduziriam às crises da contemporaneidade.

A queda do Muro de Berlim e a progressiva globalização econômica podem ser tidas como os vetores da nova ordem mundial. A derrocada dos regimes comunistas do Leste Europeu significou a reafirmação da dominância do modo de produção capitalista, contra o qual já não mais havia alternativa viável, prenunciando-se inclusive o fim da história. Sinalizou, também, a franquia para uma nova desenfreada acumulação de riqueza, a qual tem promovido níveis de desigualdade social jamais vistos.

62. Streck, Lenio Luiz; Bolzan de Moraes, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 93.
63. Offe, Claus. *Capitalismo desorganizado*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 269-317.

A economia global, porém, não foi criada apenas pelos mercados; diferentemente, contou com a participação decisiva de governos dos países mais ricos (integrantes do G-7) e de suas instituições auxiliares (Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio). A partir da década de 1980, entre as estratégias empresariais para aumentar a produtividade e a lucratividade figuravam a procura por novos mercados e a internacionalização da produção, o que foi alcançado com três medidas básicas: a desregulamentação das atividades econômicas domésticas, a liberalização do comércio e dos investimentos internacionais e a privatização de empresas públicas. Mas nada disso seria possível sem a interferência das novas tecnologias de comunicação e de informação, ligando em tempo real os centros financeiros de todo o mundo.[64]

A desregulamentação, a abertura e a mundialização da economia retiraram dos Estados os principais mecanismos de controle macroeconômico de que dispunham, agravando sua crise fiscal, bem como, conseqüentemente, enfraquecendo sua política social. O resultado final foi a perda de centralidade da forma estatal e o acirramento das desigualdades – entre países, entre regiões dentro de países e entre grupos sociais dentro de regiões.

Bolzan de Moraes aponta, para fins analíticos, cinco crises que assolam o Estado contemporâneo. A crise conceitual atinge aquilo que distinguiu o Estado-Nação: o poder como soberania. Soberania essa que o pensamento político-jurídico moderno definiu como incontrastável e perpétua, bem como caracterizada pela indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade. A partir daí, os Estados exerceriam, no plano interno, o poder supremo, monopolizando o uso legítimo da força, e, no plano externo, manteriam relações de igualdade com as outras unidades soberanas. O que se verifica, atualmente, é a dispersão dos centros de poder: comunidades supranacionais, empresas transnacionais, organizações não-governamentais, sindicatos, associações empresariais, movimentos sociais, entre outros, vêm reduzindo o âmbito de poder dos Estados, antes único e incontrastável, esvaziando, em muitos aspectos, a noção de soberania.[65]

64. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. vol. 1, p. 176-178.

A crise estrutural, por sua vez, afeta a atividade promocional do Estado de bem-estar social. Antes de mais nada, essa crise origina-se da insuficiência financeira do poder público, gerada pela fragilização dos mecanismos fiscais, a qual impede que os serviços de interesse comunitário continuem a ser prestados e incrementados na medida necessária. Também advém essa crise do déficit de legitimação do *welfare state*, que decorre do progressivo descompasso entre demandas políticas e resposta técnica dos governos. Por fim, a crise deriva do enfraquecimento da solidariedade, que promove a desagregação social e fomenta o individualismo.[66]

Já a crise funcional incide sobre os poderes de Estado, os quais, paulatinamente, vem perdendo a exclusividade de suas atividades. Com efeito, é manifesta a invasão das funções legislativas, judiciárias e executivas por órgãos que tradicionalmente não as titularizavam, desfigurando o postulado da separação e da harmonia entre os poderes tão caro à modernidade.[67]

A crise política é decorrência do esvaziamento do modelo de democracia representativa.[68] Nesse aspecto, a uma apatia do eleitor, que já não mais acredita na ação transformadora dos governos, somam-se a uniformização dos programas partidários, o incremento da política espetáculo e a fixação da pauta de deliberação por agentes privados, notadamente a imprensa e os grupos de pressão. A participação política responsável, assim, indispensável à democracia, apresenta-se deficiente, com a redução dos espaços públicos de entendimento em proveito de organizações privadas de poder.

Por fim, a crise institucional tem a ver com o esvaziamento do instrumento político-jurídico que serviu para consagrar a organização do Estado e dos direitos fundamentais na modernidade: a Constituição. Essa crise emerge da incapacidade de as Constituições tratarem de forma coerente, unitária e racional os problemas e as demandas de

65. Bolzan de Moraes, José Luis. *As crises do estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 23-34.
66. Idem, p. 34-46.
67. Idem, p. 50-53.
68. Idem, p. 53-57.

uma sociedade cada vez mais complexa, bem como da prevalência, na perspectiva econômica, dos tratados internacionais.[69]

As crises do Estado contemporâneo estão, evidentemente, imbricadas e revelam particularidades insuspeitas, que merecem ser escrutinadas com profundidade, para a sua adequada compreensão, pois parecem até mesmo colocar em risco a sobrevivência dessa forma de organização política. Sem embargo, até mesmo a gravidade da crise é subdimensionada por alguns autores. Höffe, por exemplo, sustenta que, no plano interno, os Estados atuais tornaram-se mais democráticos e assumiram mais tarefas públicas, aumentando, por conseqüência, sua legitimidade, apesar de alguns problemas de eficiência se verificarem. Por isso, entende ele que, no futuro, uma ordem política mundial não tomaria o lugar dos Estados, mas apenas os completaria.[70]

3. A crise constitucional: Estado de exceção e repressão penal

A Constituição, se entendida como ordenamento geral das relações sociais e políticas, pode ser remontada à Grécia antiga e não foi estranha ao pensamento político medieval.[71] Contudo, coube aos Estados Unidos da América, como antes apontado, a primazia de conceber, da perspectiva prática, a Constituição como o instrumento de formalização do pacto fundacional da comunidade política, em que não apenas se estabelecia a forma de organização do Estado, mas também uma série de garantias aos cidadãos.[72]

Apesar disso, somente com o chamado neoconstitucionalismo do pós-guerra reconheceu-se, definitivamente, a força normativa da Constituição, agora hábil a vincular o governo e até mesmo o legislador, negativa e positivamente, mediante a previsão de um sistema de direitos fundamentais, individuais e coletivos, tanto voltados à tutela da liberdade como à promoção do bem-estar geral da população via políticas públicas as mais diversas.[73]

69. Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 73-77.
70. Höffe, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175-199.
71. Fioravanti, Maurizio. *Constitución*, cit., p. 11.
72. Fleiner-Gerster, Thomas. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 502-506.

A razão principal dessa mudança paradigmática no sentido da força normativa da Constituição residiu na constatação, principalmente a partir da experiência nazi-fascista, de que até mesmo o parlamento – como representante da vontade geral – podia legitimar governos despóticos, bem como ativar arbitrariedades contra as minorias eventuais. Por isso, a Constituição passou a ser encarada como um freio contramajoritário, o qual, ao definir materialmente o âmbito do decidível infraconstitucionalmente, impediria que comoções ou pressões de momento conduzissem a excessos prejudiciais às liberdades básicas, agora tidas como intangíveis em seu núcleo essencial.

Operou-se, como se percebe, uma inversão da lógica do sistema jurídico de direitos e garantias. Se antes os direitos e as garantias eram aquilo que a lei definia, demarcando os espaços livres da ingerência estatal, agora é a própria Constituição que de antemão contém a atividade invasiva dos aparelhos de governo, os quais não podem buscar franquias ilimitadas nem mesmo através do legislador.

Apesar de os direitos civis terem sido os primeiros a serem reconhecidos pelo Estado moderno,[74] já no século 18, apenas com o neoconstitucionalismo tomou impulso, ao menos nos Estados de tradição jurídica romano-germânica, o controle da legitimidade dos próprios atos legislativos. Progressivamente, os órgãos judiciários, notadamente as Cortes Constitucionais, passaram a exercer um rígido controle acerca dos excessos normativos do Estado em todos os âmbitos, inclusive no da repressão penal.

No que toca especificamente ao campo criminal, inúmeros direitos e garantias passaram a integrar as Constituições contemporâneas, inibindo os Estados em sua atividade persecutória. Os princípios da legalidade dos delitos e suas sanções, da humanidade e da intranscendência das penas, da presunção de inocência, de culpabilidade, do contraditório e da ampla defesa, da ofensividade, da proporcionalidade, entre outros, passaram a constituir barreira intransponível aos excessos punitivos estatais.

73. Ferrajoli, Luigi. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. Roma/Bari: Laterza, 1999, p. 49-62.
74. Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 67-83.

Evidentemente, para essa mudança de perspectiva, também contribuiu todo o pensamento criminológico do século 20, que pode ser sintetizado nos postulados da conflituosidade e pluralidade da ordem social, da normalidade do delinqüente, da funcionalidade do desvio e da ubiqüidade do crime.[75] Vale dizer, o crime passou a ser compreendido como um fenômeno comunitário, apenas controlável em seus níveis, mas jamais completamente extirpável da sociedade. Além disso, também a constatação político-criminal de que o sistema repressivo formal pouca eficácia tem no controle da delinqüência foi importante na atividade judicial de racionalização do populismo penal.

Sem embargo, o esvaziamento da função promocional do Estado, o agravamento das desigualdades, o fim das solidariedades, o encurtamento dos espaços comunitários, a perda das identidades coletivas, o descontrole do capital, a cultura do consumo, a redução da oferta de empregos formais, a crise de soberania, o déficit democrático, entre outros fatores, convergem na demanda pública por segurança, levando os governos a reassumirem um perfil policialesco, de meros controladores dos grupos sociais excluídos.

Tendo sido atribuído como função primacial do Estado moderno o monopólio do uso legítimo da força, parece ser exatamente no exercício da atividade repressiva que sua forma contemporânea mais ostensivamente revela a crise institucional que vivencia.

Se Estado-nação e capitalismo industrial são relativamente coetâneos, também o fenômeno do crime tem uma relação estreita com esses dois produtos da modernidade.

Segundo Lea, a modernidade promove o que ele chama de *the criminalising abstraction*, vale dizer, o processo que desvincula o autor de eventual delito de todos os demais traços pessoais – caráter e circunstâncias – que desimportam para sua identificação como delinqüente. E isso não é um mecanismo meramente lógico, pois o conteúdo da abstração, o que se inclui e o que se exclui, constitui um processo social e histórico, cabendo, precipuamente, à prática do poder definir os indivíduos que podem ser criminalizados, os que já são virtualmente pré-criminalizados e os que apenas dificilmente serão criminalizados.[76]

75. García-Pablos de Molina, Antonio. *Tratado de criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 1195-1199.

Na sociedade feudal e mesmo nos primórdios do Absolutismo, o crime ainda não está desvinculado de seu aspecto comunitário, tanto que a maioria das infrações é cuidada pelas próprias populações locais, que julgam as pessoas pelo que são em sua integralidade, e não apenas pelo que fizeram.

Com a consolidação do modelo penal moderno, o programa de criminalização do Estado, por excessivo, de antemão não tem como ser realizado em sua totalidade, operando de modo seletivo, com as relações domésticas reduzidas à autoridade do pai ou do marido, bem como com as classes trabalhadoras pré-rotuladas como perigosas e com a burguesia imunizada contra a repressão. Ao contrário do que se supõe geralmente, essa forma de atuação das agências da justiça penal não pode ser entendida como imperfeita, até mesmo porque não tem como funcionar de outro modo, porquanto integrante de uma rede de relações sociais em que o Estado é apenas um dos componentes.[77]

A propósito, Lea denomina *social relations of crime control* o complexo de relações sociais que fazem da criminalização uma possibilidade objetiva: um conjunto de atores, papéis e interações que realizam a aplicação da abstração criminalizadora no manejo do delito.[78] Tais relações sociais se dão entre o Estado e o público (na modernidade, tendo o Estado assumido para si a tarefa de definição e de controle da criminalidade, é preciso que haja suficiente correspondência com as concepções populares acerca de quais os comportamentos podem ser tidos como delitivos), entre o Estado e o delinqüente (não sendo completamente realizável o programa criminal, a atuação repressiva das agências penais opera discricionariamente, geralmente em prejuízo de indivíduos débeis), entre o Estado e a vítima (a vítima, também abstratizada, passa a constituir uma categoria e um papel social, caracterizada pela passividade, indispensável, como tal, ao controle do delito), entre o público e a vítima (é fundamental que aquele se identifique com esta, como reforço à atuação repressiva do Estado), entre o público e o delinqüente (o público deve colocar em suspenso as situações conflitivas em prol da abstração criminalizadora, aceitando a ação

76. Lea, John. *Crime and modernity*. London: Sage Publications, 2002, p. 1-4.
77. Idem, p. 4-5.
78. Idem, p. 14.

estatal tal como conformada legalmente), entre o delinqüente e a vítima (os estereótipos facilitam o controle do delito, principalmente nas situações em que o criminoso é um estranho para o ofendido).[79]

Essas diversas práticas sustentam um sistema de censura que aponta para a criminalização, identificando, segregando e classificando alguns indivíduos como comprometidos com certos tipos de atividades. Ademais, essas práticas funcionam como uma estrutura comunicativa: de definição de estereótipos entre o Estado e o público, de fluxo de informações a partir do público, de investigação a partir das agências penais, entre outros. Constituem, ainda, um mecanismo de poder que centraliza no Estado a atividade de repressão, deslegitimando as formas comunitárias de resolução de conflitos.[80]

Com a redução do desemprego e dos riscos sociais a partir dos programas governamentais que conformaram o Estado de bem-estar, a tendência foi no sentido da inclusão da classe obreira nos canais institucionais formais – partidos políticos e sindicatos –, com o seu conseqüente aburguesamento e desligamento dos segmentos ainda marginalizados. Estruturou-se uma divisão do trabalho por sexo, em que o homem era tido como o provedor e a mulher, como responsável pelo lar; o desenvolvimento do ensino elementar, a seu turno, esvaziou as ruas de crianças e jovens, reduzindo o número de conflitos; ao mesmo tempo, porém, esses fatores contribuíram para desmantelar as relações comunitárias. Uma economia moral do tempo e do espaço surgiu, com os deslocamentos diários, da casa para o trabalho, escola ou compras sendo padronizados em horas e em locais. Aqueles com emprego estável e orientados ao consumo e à família afastaram-se do comércio de rua, com seus produtos de origem duvidosa, diminuindo acentuadamente o âmbito das ilegalidades toleradas. Os meios de comunicação, então em crescimento acelerado, contribuíram para estereotipar o delinqüente como uma pessoa fraca e patológica, que não conseguia integrar-se aos benefícios da vida social ordinária.[81]

A aceitação das polícias e dos tribunais como os únicos instrumentos de repressão aos crimes, da virtual extinção dos mecanismos informais e autônomos de resolução de disputas e da vigilância dos

79. Idem, p. 13-19.
80. Idem, p. 20.
81. Idem, p. 43-45.

espaços públicos pelas autoridades estatais, bem como o distanciamento dos extratos populacionais mais baixos, ainda comprometidos com formas ilegítimas de sobrevivência, caracterizaram as relações sociais de controle do delito entre o Estado moderno e os trabalhadores, no momento em que foram integrados aos valores da classe média. Essa normalização da vida permitiu maior controle sobre os desviados, mais visíveis agora por estarem fora de lugar ou em situações suspeitas a partir dos padrões de tempo e de espaço regularizados.

Evidentemente, não apenas os mecanismos repressivos foram responsáveis pelo controle do desvio. Para tanto também contribuiu o disciplinamento da população pela via da grande empresa capitalista e dos órgãos do Estado intervencionista, estabelecendo-se uma espécie de *government at a distance*[82] bastante eficiente.

A afluência das décadas de 1950 e 1960 parecia consolidar as tendências de crescente mobilidade social, de aumento dos níveis de educação e de pleno emprego, respaldadas, ainda, pela expansão da seguridade social.[83] Mesmo com a ampliação das oportunidades delitivas, devido ao incremento da riqueza, o número de criminosos sérios diminuía pela força da coesão social e da uniformidade cultural.

A partir de 1970, contudo, invertem-se essas tendências. Progressivamente, o final de século assiste ao ocaso da integração social, substituída pela fragmentação, pela polarização e pela desigualdade; o compromisso político entre as classes sociais, que levou ao Estado de bem-estar, principal garante da estabilidade interna, é negligenciado em prol do poder direto do capital e dos mecanismos de mercado; o Estado, enfraquecido, abandona os programas assistenciais, assumindo uma feição crescentemente repressiva na tentativa de prover a segurança e manejar os riscos; a esfera pública da política debilita-se significativamente, com o desaparecimento dos instrumentos de entendimento.[84]

Desse modo, o Estado contemporâneo vem caracterizando-se por um *debilitated authoritarianism*: por um lado, fragilizado perante o capital e incapaz de atender às demandas sociais de grande parte de seu

82. Idem, p. 53.
83. Idem, p. 88.
84. Idem, p. 132-133.

eleitorado, mas, por outro, pressionado para exercer novas formas de controle do crime e de manejo da população.[85]

As relações sociais de controle de delito corroem-se, à medida que a fronteira entre o lícito e o ilícito se esfuma, devido à confusão com categorias mais amplas de risco, o que torna a delinqüência mais cotidiana e normal; à medida que muitas formas de delitos se reintegram nas estruturas das atividades econômicas e sociais, convertendo-se, assim, em um componente cada vez mais importante de sobrevivência tanto da população carente como de poderosos grupos empresariais; à medida que a criminalidade se organiza, intimidando ou protegendo comunidades pobres, bem como corrompendo servidores estatais para auferir favores e imunidades.[86]

O resultado final é a transmutação dos problemas sociais em questão penal, mediante a criminalização generalizada dos grupos socialmente excluídos, sendo um dos aspectos mais marcantes a implementação de medidas legais e administrativas de facilitação do controle dessa nova classe perigosa. As áreas pobres voltam a ter uma governança local delitiva, em que o Estado deixa as comunidades dependentes unicamente de seus próprios recursos, exercendo sua atividade repressiva de modo ocasional e contingente, apenas para neutralizar as ameaças dessa população às zonas e às atividades produtivas. Esse controle policialesco e atuarial, longe de contribuir para a reintegração social, reforça a tendência excludente do novo modelo econômico-político, além de gradualmente erodir o respeito aos agentes e instituições estatais. Na sua guerra contra o crime, o Estado, não contando mais com o apoio espontâneo da população, vale-se, além da vigilância eletrônica e da coleta institucional de informações, da mobilização histérica do medo e da ira da classe média, nostálgica de um tempo de harmonia social. A ênfase renovada na vítima parece constituir apenas uma outra faceta da percepção corrente do indivíduo como responsável por sua assistência e suas oportunidades de vida, o qual não pode contar com solidariedade alguma. As comunidades de sentimento são substituídas por comunidades de risco, preocupadas apenas em manter longe de seu entorno os perigos do mundo atual, inclusive o crime, como revela o consolidado interesse por condomínios

85. Idem, p. 117.
86. Idem, p. 159-160.

fechados e por centros de compras. Enfim, sistemas de governança privada estão tomando o lugar do Estado, com as classes mais abastadas adotando medidas autônomas de segurança pessoal e patrimonial, através do que se vem chamando "remedievalização" ou neofeudalismo.[87]

Segundo Bauman, verifica-se a passagem do Estado social para o Estado penal, mas, com significativa parte dos bilhões de dólares que circulam diariamente tendo origem criminosa, os governos não apresentam disposição e instrumental suficiente para enfrentar os delinqüentes poderosos organizados, concentrando sua ação nos indivíduos desviantes mais débeis.[88] Conforma-se um Estado-guarnição, militarizado no plano doméstico, voltado a proteger os interesses das corporações transnacionais,[89] bem como a manejar o refugo humano gerado por suas operações descontroladas. Para tal tarefa, são utilizados, de modo privilegiado, a prisão – o gueto com muros – e o gueto – a prisão sem muros.[90]

Conforme demonstra Agamben, os totalitarismos do século 20 instauraram, por meio do estado de exceção, uma guerra civil legal que permitiu a eliminação física não só de adversários políticos, mas de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, não pareciam integráveis no sistema. Tais experiências, mesmo após superadas suas formas mais radicais, fizeram com que estados de emergência permanentes passassem a constituir uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.[91]

É importante reter que o estado de exceção, como tal elemento inseparável das formações políticas, não emerge da superação do direito, sendo, ao contrário, gestado sob a aparência de legalidade. Por ele, introduz-se "no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real".[92] Surpreendentemente, a lei, no estado

87. Idem, p. 161-184.
88. BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 86.
89. Idem, p. 106.
90. BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 109.
91. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13.
92. Idem, p. 58.

de exceção, é aplicada, desaplicando-a, como decorrência da impossibilidade de ligação entre norma e realidade.[93]

Não se trata tanto de confusão entre os poderes, mas de uma situação em que normas legais em vigor não se aplicam, e atos que não têm valor de lei adquirem sua força.[94] O estado de exceção não se define, assim, como no modelo ditatorial, por uma plenitude de poderes, mas como um vazio e uma interrupção do direito: ao invés de estado "pleromatico", está-se diante de um estado "keromatico".[95]

A crise institucional, assim, vista como crise da justiça penal e de suas garantias, tem sua origem no fato de o Estado não mais atuar como unificador social e guardião dos direitos dos cidadãos, acentuando, ao contrário, a fragmentação comunitária, a polarização de interesses e as desigualdades econômicas.

Tendo o crime, na contemporaneidade, se tornado cada vez mais ubíquo, penetrando em todas as modalidades de relações sócio-econômicas, o sistema formal de controle do delito não consegue enfrentá-lo de maneira racional, selecionando, ao invés, seu alvo preferencialmente do populacho responsável pelas infrações massivas (furtos, contrabando, pequenas fraudes, assaltos, por exemplo) ou integrante dos escalões mais baixos das organizações delitivas (revendedores de drogas, por exemplo), os quais terminam constituindo a população carcerária exclusiva.

Com o esfumaçamento entre os âmbitos do ilícito e do lícito, as organizações criminosas infiltram-se nos mercados formais, bem como corrompem agentes e autoridades administrativas, de modo que a delinqüência realmente lesiva para a estrutura sócio-econômica acaba sub-representada nos índices de investigação policial e processamento judiciário. Em verdade, as organizações criminosas, mais ágeis que os Estados, globalizaram-se, tendo mudado suas hierarquias fixas por redes descentralizadas, líderes autoritários por agentes e células múltiplas, tenuamente relacionados e dispersos, bem como linhas rígidas de controle e de troca por transações em constante transformação, de acordo com as oportunidades.[96]

93. Idem, p. 63.
94. Idem, p. 61.
95. Idem, p. 75.
96. Naím, Moisés. *Ilícito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 13.

Mesmo com a dificuldade em distinguir os espaços de legalidade e de ilegalidade, pela interpenetração entre as atividades vedadas e permitidas, uma das tendências atuais é a multiplicação dos tipos penais. O Estado, esgotado financeiramente e carente de estratégias de atuação preventiva, incrementa imoderadamente sua atividade criminalizadora, de modo a que praticamente nenhum jurista consiga ter sequer uma idéia aproximada do número de infrações criminais previstas em lei.[97]

Não apenas isso. As incriminações, ademais, caracterizam-se por sua ampla indefinição significativa, seja pela utilização de termos demasiado vagos ou abertos, seja pela remessa a complementos heterogêneos, geralmente de origem administrativa. De acordo com Agamben, "um dos paradoxos do estado de exceção quer que, nele, seja impossível distinguir a transgressão da lei e a sua execução, de modo que o está de acordo com a norma e o que a viola coincidem, nele, sem resíduos".[98] A lei torna-se, assim, mera vigência sem significado.

Ambos os fenômenos – inflação de leis incriminadoras e ausência de sentido minimamente delimitado – constituem um golpe fatal no princípio da legalidade, conferindo às agências de persecução penal – policiais, acusadores e juízes – amplos poderes discricionários, hábeis tanto a levar à condenação quanto à absolvição de eventuais suspeitos.

O estado de exceção é, assim, também um estado de excesso, pois exatamente na criação desmesurada de crimes – ou em sua definição demasiado porosa – reside a possibilidade de expandirem-se as brechas da lei, de modo a favorecer ou a prejudicar segmentos sociais ou indivíduos determinados. Sobrecarregando-se o sistema de justiça penal, cria-se um movimento inercial de persecução às infrações penais mais banais, de fácil apuração, ao mesmo tempo em que, inadvertidamente ou não, se blindam os autores de crimes mais graves, de difícil detecção por mais elaborados. Nos escassos casos em que agentes poderosos são descobertos, os entraves formais do processo encarregam-se de instituir um segundo canal de imunização, também exasperado pelo exagero legislativo e pela deficiência significativa das normas.

97. Delmas-Marty, Mireille. *A imprecisão do direito: do Código Penal aos direitos humanos*. Barueri: Manole, 2005, p. 11.

98. Agamben, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 65.

As medidas repressivas no Estado contemporâneo, como visto, convergem para incidir sobre grupos fragilizados, exatamente aqueles abandonados pelo assistencialismo governamental e inabilitados para inserirem-se no mercado de serviços em expansão, já que suas atividades braçais não mais importam à economia formal da atualidade, impregnada de novas tecnologias.

A sociedade excludente, assim, não conseguindo integrar amplos contingentes à vida de relações regular, dedica-se a construir inimigos, indivíduos ou grupos contra os quais volta sua ira ou sua insegurança existencial, já que todos são vítimas potenciais das incertezas do trabalho, dos afetos e das identidades. Segundo Young, um "bom inimigo" tem de ser visto como a causa de grande parte de nossos problemas, senão de todos, e de ser intrinsecamente diferente de nós, para concentrar em si toda a degradação, a corrupção e o mal.[99] Por isso, racismo, homofobia e xenofobia constituem substitutos funcionais ao desvio criminal real, criando nas comunidades uma precária unidade sustentada pelo ódio – a diabolização do outro.[100]

E os aparelhos de Estado, insuflados pela imprensa[101] e pressionados pelas demandas sociais por segurança pública, respondem na mesma medida, potencializando os elementos irracionais de suas leis penais. Consolida-se, assim, uma cultura do controle, em que as instituições de policiamento, de penalização e de vigilância tornam-se as mais importantes da modernidade recente.[102]

Conforme Garland, opera-se, hoje, exatamente uma inflexão na direção contrária à das liberdades. Controle espacial, controle situacional, controle administrativo, controle de sistemas, controle social, auto-controle, vale dizer, formas cada vez mais diversas de controle passam a dominar o cenário sócio-jurídico, ao mesmo tempo gerando menos tolerância e menos confiança entre as pessoas. Segundo ele, são

99. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 173.
100. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 109-116.
101. CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião: o novo jogo político*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 68-77.
102. GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 194.

os desordenados anos de 1980 e 1990 que marcam essa mudança de orientação por mais restrições, sugestivamente aqueles que assistiram ao ocaso dos controles informais das comunidades, do trabalho e da família.[103]

Diante desse quadro, não é apenas o princípio da legalidade que se encontra vulnerado. Todo o conjunto de direitos civis – as liberdades cívicas da primeira geração de direitos fundamentais – acaba afetado pela orientação puramente repressiva assumida pelo Estado contemporâneo.[104]

Os limites constitucionais à atividade punitiva do Estado são constantemente minados pelas emergências – a necessidade de respostas rápidas a conflitos sociais. O descompasso entre a temporalidade do Estado e a dos demais sistemas sociais, notadamente as da economia e da imprensa, constrange aquele à adoção de medidas de urgência para atender às demandas que lhe são postas. O diferencial de velocidade entre eles, porém, potencializa o grau de irracionalidade inerente ao sistema penal estatal, levando suas agências ao abuso da prisão preventiva, à tolerância das condenações simbólicas pela mídia, entre outras arbitrariedades. Tudo em desrespeito às garantias que estruturaram o Estado liberal já no século 18.

Também o postulado da igualdade, mesmo em sua faceta meramente formal, termina atingido pelas práticas repressivas da modernidade recente. Com efeito, a atuação seletiva do sistema penal invade o imaginário social, através da pré-criminalização dos grupos sociais excluídos, tornando-os mais visíveis a suspeita dos demais, bem como instilando neles um sentimento pessoal de menoscabo, com a percepção de serem constantemente vigiados em seus passos, principalmente quando ingressam em zonas tidas como restrita aos estratos sobre-integrados, como os *shopping centers*.

Toda uma série de ofensas à privacidade, à honra e à dignidade humana passa a constituir o cotidiano dos segmentos sociais marginalizados. Revistas sem suspeita concreta, vigilância estrita, detenções

103. Idem, p. 194-195.

104. Beck, Ulrich. *La democracia y sus enemigos*. Barcelona: Paidós, 2000, p. 146.

para investigação, escárnio, exposição midiática, entre outras violações, demarcam-lhes inapelavelmente o lugar e a posição – o gueto impregnado na pele e nas roupas.

Os Estados Unidos representam, paradigmaticamente, esse novo modelo de gestão penal da miséria, o qual, pela postura hegemônica daquele país, vem se espalhando por todo o Ocidente.

Wacquant, um dos mais atentos observadores desse fenômeno, constata que a estruturação da rede disciplinar (*dragnet*) nos Estados Unidos ocorreu paralelamente ao desmantelamento da rede de segurança (*safety net*), com a política estatal de criminalização das conseqüências da pobreza desdobrando-se em duas modalidades principais: a primeira, menos visível, consistente em transformar os serviços sociais em instrumentos de vigilância e de controle das novas classes perigosas; a segunda, consistente no recurso maciço e sistemático ao encarceramento.[105]

No que respeita ao recurso à prisão como forma privilegiada de controle social, os Estados Unidos lideram com folga no plano mundial, apresentando as mais altas taxas de detenção, as quais atingiram mais de 700 presos por 100 mil habitantes em 2002, o que perfazia uma população carcerária de cerca de 2 milhões de pessoas; para ter-se uma noção mais clara do que isso significa, basta referir que, com 5% da população mundial, os Estados Unidos eram responsáveis por quase 25% do número de encarcerados.[106]

Cavadino e Dignan observam que o populismo penal foi facilmente absorvido nos Estados Unidos devido às ideologias dominantes do capitalismo de livre mercado e do individualismo de livre arbítrio, que fazem com que os fracassos econômicos sejam vistos como falha da própria pessoa, sobre os quais a sociedade não teria responsabilidade alguma. Estando o *american dream* disponível a todos, competiria a cada um individualmente explorar as suas oportunidades, independentemente das desvantagens iniciais.[107]

105. WACQUANT, Lôic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 2001, p. 27-28.
106. CAVADINO, Michael; DIGNAN, James. *Penal systems: a comparative approach*. London: Sage, 2006, p. 55.
107. Idem, p. 51.

Evidentemente, nem todos conseguem ser integrados na economia formal, cumprindo à repressão penal, nessa perspectiva excludente, encaminhar às prisões a *rabble class*: "gatunos e vagabundos, marginalizados, toxicômanos e psicopatas, estrangeiros e *corner boys* ".[108]

O cárcere, nos Estados Unidos, vem funcionando como um substituto do gueto. Como refere Wacquant, os Estados Unidos, no curso de sua história, valeram-se de várias instituições peculiares para definir, confinar e controlar os afroamericanos. A primeira delas é a escravidão, que marcou o sul do país, caracterizado pelo regime econômico de plantações, e que perdurou até a guerra civil. A segunda constitui o chamado "sistema de Jim Crow", através do qual se instituiu um regime de segregação permanente, também vigorante no sul agrário, tendo durado do fim da guerra civil até a revolução dos direitos humanos. O terceiro dispositivo, voltado à contenção dos descendentes de escravos nas metrópoles do norte industrial, é o gueto,[109] espécie de *black belt* urbano, superpovoado, sub-equipado e tomado pelo crime, pela doença e pela deterioração, agravado pela discriminação no emprego, que encurralava os negros nas profissões subalternas mais perigosas, degradantes e mal pagas.[110] Em outras palavras, "um gueto é uma relação etno-racial de controle e de fechamento composta de quatro elementos: estigma, coação, confinamento territorial e segregação institucional".[111]

Tais instituições de confinamento, porém, esgotaram seu potencial segregador com a crise do gueto do final da década de 1960, levando o cárcere a assumir essa mesma função, o que é revelado pela flagrante e crescente desproporcionalidade racial que caracteriza a população prisional daquele país.[112] Estima-se que cerca de 60% da população carcerária dos Estados Unidos é constituída por negros, apesar de eles perfazerem apenas 12% da população total; vale dizer, um de cada três afroamericanos com idade entre 18 e 35 anos está detido ou submetido a alguma medida alternativa à prisão.[113] Diferentemente dos

108. WACQUANT, Löic. Op. cit., p. 37.
109. Idem, p. 99.
110. Idem, p. 105.
111. Idem, p. 108.
112. Idem, p. 99.

sistemas anteriores, voltados ao recrutamento e à disciplina de mão-de-obra, o atual de encarceramento, contudo, não desempenha função econômica alguma, servindo apenas para depositar os grupos desproletarizados da classe operária negra, seja porque não encontram trabalho em razão de um déficit de qualificação, da discriminação na admissão ou da concorrência de imigrantes, seja pela recusa a se submeterem à indignidade de empregos degradantes (*slave jobs*).[114]

O principal mecanismo de controle penal dos excluídos vem sendo a *war on drugs*, expressão pela qual se indica a perseguição implacável dos vendedores de rua, abertamente dirigida contra a juventude negra (e também a latina), para quem o comércio a varejo é a fonte de emprego mais diretamente acessível. Sintomático disso é o fato de que, em 1991, cerca de 56% dos presos federais haviam sido detidos por violação às leis de estupefacientes.[115]

Os Estados Unidos, assim, constituem o paradigma do novo Estado penal,[116] o qual, incapaz de integrar todos os seus cidadãos, recorre à repressão aberta como forma de limpeza étnico-social, por Young chamada de antropoemia – a prática de "vomitar" os indesejados do corpo social.[117]

Como vetor do mundo contemporâneo, os Estados Unidos expressam as tendências sócio-econômicas e jurídico-políticas dominantes. Se nos primórdios do capitalismo, toda uma rede de disciplinamento das massas foi montada, via cárceres, fábricas, hospitais, escolas e manicômios, com o objetivo de arregimentar e adestrar a população às novas feições do trabalho, devido ao declínio demográfico verificado na Europa no século 17,[118] na atualidade há um excedente populacional não integrado e não integrável ao sistema produtivo, cujo destino é a estocagem ou o armazenamento nas prisões. A

113. De Giorgi, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p. 95.
114. Idem, p. 111.
115. Idem, p. 29.
116. Wacquant, Löic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 17-75.
117. Young, Jock. Op. cit., p. 91.
118. Melossi, Dario; Pavarini, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p. 33-39.

transição do modelo econômico fordista para o pós-fordista, caracterizado pela escassez de oferta de emprego, tem como resultado o surgimento da multidão, um refugo humano descartável, objeto de técnicas de neutralização pura e simples; não são mais indivíduos infratores que são alcançados pelo sistema penal, mas grupos inteiros identificados como perigosos – minorias raciais, imigrantes, desempregados, marginalizados, doentes mentais –, os quais, por isso, se tornam objetos degradados do controle atuarial dos Estados.[119]

O atuarialismo, nessa perspectiva, seria uma forma de controle social que não se preocupa com causas mas com probabilidades, não se importa com a justiça mas com a diminuição de riscos, não busca a integração dos infratores mas a mera limitação rotineira das perdas.[120] Daí que seu instrumento de aferição de eficácia privilegiado sejam as estatísticas.

O traço distintivo fundamental é que se abdica de todo o saber sobre essas populações. Não se trata mais de detê-las para estudá-las e desenvolver técnicas de assimilação social, como ocorria desde há cerca de 400 anos. Agora, a governança centra-se na idéia de risco, cingindo-se a dispositivos de supervisão (formas variadas de vigilância), de limitação de acesso (condomínios fechados, por exemplo), de neutralização (penas de longa duração e prisões de segurança máxima, por exemplo) e de contenção do excesso (centros de detenção para imigrantes, por exemplo).[121]

Mesmo com todo o sofrimento causado aos grupos sociais vitimados pela política repressiva dos Estados, surgem oportunidades de lucro que não são negligenciadas pelos empresários. Vem estruturando-se, assim, uma indústria do controle do crime, capaz de potencializar ainda mais a exclusão social via manejo do direito penal, através da insuflação artificial do medo ao crime, que conduz tanto à criação de novos tipos penais e ao agravamento das penas previstas ao já existentes, como à privatização da construção e da administração de presídios e à oferta de inúmeros produtos e serviços destinados ao controle e à vigilância dos infratores. O caráter comunitário da pena desaparece em

119. De Giorgi, Alessandro. Op. cit., p. 83-114.
120. Young, Jock. Op. cit., p. 105.
121. Idem, p. 92.

prol do negócio, já que se acredita que tudo o que o Estado faz a empresa privada pode fazer melhor.[122]

Lobbies poderosos (a *American Correctional Association*, por exemplo) articulam o acesso aos recursos públicos, contando as empresas, ainda, com publicações (a revista *Corrections Today*, por exemplo) e eventos de divulgação próprios. Já os produtos e serviços oferecidos são incontáveis: instalações penitenciárias marítimas, telefones programáveis, pulseiras de identificação de presos com código de barras, dispositivos de gás lacrimejante, roupas anti-motim, entre tantos outros.[123]

Sem dispor de outros valores a tutelar, como os da solidariedade e da fraternidade, os Estados-guarnição da atualidade sofrem, segundo Pratt, uma reversão em seu processo civilizador, marcado que foi pela progressiva humanização das penas. Agora, diferentemente, os Estados não mais contêm a mentalidade punitiva das turbas com alguns gestos simbólicos, mas as insuflam com a maquinaria modernizada e eficiente do castigo, estendendo constantemente as fronteiras da punição permissível.[124]

4. Considerações finais

O Estado moderno talvez tenha sido o mais bem sucedido projeto humano de convivência na complexidade.

Desde seu surgimento no século 16, passou por inúmeras transformações, que lhe foram agregando características singulares, fruto dos embates sociais e do pensamento reflexivo.

Em sua conformação Democrática e Social de Direito, o Estado conseguiu, por algum tempo e em alguns lugares, promover igualdade social, desenvolvimento econômico e liberdade política, proporcionando qualidade de vida incontrastável para seus cidadãos, notadamente na Europa ocidental.

Desde há algum tempo, porém, padece essa forma político-jurídica de crises que atingem severamente as suas bases, provocadas pela

122. Christie, Nils. *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 101-132.
123. Idem, p. 95-100.
124. Pratt, John. *Castigo y civilización: una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*. Barcelona: Gedisa, 2006, p. 257.

globalização da economia, pelo déficit de representatividade, pela promiscuidade governamental, pelo desmantelamento dos serviços públicos, pelo surgimento de órgãos de poder supranacionais, pelo pluralismo cultural, entre outros fatores.

A crise institucional é a que atinge o instrumento jurídico-político que simbolizou o pacto fundacional dos Estados modernos: a Constituição. Essa crise constitucional decorre da incapacidade de exercer sua potência normativa, sempre superada por forças internas e externas que a esvaziam como projeto civilizacional.

Um dos aspectos marcantes dessa crise é a postura repressiva adotada pelos Estados contemporâneos, os quais praticamente abdicaram de suas funções promocionais em prol da vigilância e da penalização dos setores sociais que não conseguiram integrar-se ao novo modelo de economia flexibilizada e desregulamentada própria da globalização.

Com essa feição regressiva de Estado-guarnição, os governos retomam o quadro liberal próprio do período imediatamente subseqüente ao Absolutismo, agora, porém, com um crescente aviltamento dos direitos e das garantias que delimitaram historicamente as esferas de liberdade impermeáveis ao poder político.

Zaffaroni, nesse ponto, é enfático em sua denúncia:

"Este período ficará conhecido como o mais degradado da história penal; sua decadência sequer pode ser comparada às legislações autoritárias do entre-guerras, que sancionavam leis frontalistas para a propaganda e complacência de seus autocratas, nem com os momentos de legislação repressiva das freqüentes ditaduras do nosso passado, porque os legisladores atuais o fazem apenas por temor à publicidade contrária ou por oportunismo, ou seja, sua conduta não está orientada por um autoritarismo ideológico, como o fascista, o nazista ou o stalinista, nem tampouco pelo autoritarismo conjuntural das ditaduras militares, ela é simplesmente *cool*, o que a torna mais decadente, considerando-se a perspectiva institucional. O presente desastre autoritário não responde a nenhuma ideologia, porque não é regido por nenhuma idéia, e sim justamente pelo extremo oposto: é o *vazio do pensamento*." [125]

Sem embargo, o desalento não precisa ser imobilizador. As crises são situações reveladoras, pois nelas emerge a dualidade entre o

latente e o manifesto, entre o virtual e o atual; são, de certo modo, momentos da verdade.[126] *Krisis* – o termo grego – significa decisão. E indeterminação e decisão são interdependentes. "A crise é um momento indeciso e ao mesmo tempo decisivo".[127]

O Estado moderno, como obra humana, continuará transformando-se ou desaparecerá por força das lutas sociais e do pensamento político-jurídico, já que a história não se detém jamais, e as tendências estruturais não são completamente imunes ao coeficiente agencial.[128]

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

BACCELLI, Luca. Maquiavel, a tradição republicana e o Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

____. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BECK, Ulrich. *La democracia y sus enemigos*. Barcelona: Paidós, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLZAN DE MORAES, José Luis. *As crises do estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BURDEAU, Georges. *O estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. vol. 1.

CAVADINO, Michael; DIGNAN, James. *Penal systems: a comparative approach*. London: Sage, 2006.

125. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 79.
126. MORIN, Edgar. *Sociologia: a sociologia do microssocial ao macroplanetário*. Portugal: Publicações Europa-América, sem data, p. 114.
127. Idem, p. 115.
128. SZTOMPKA, Piotr. *A sociologia da mudança social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 341-342.

CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião: o novo jogo político*. Petrópolis: Vozes, 1998.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito: do Código Penal aos direitos humanos*. Barueri: Manole, 2005.

DUSO, Giuseppe (org.). *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador: formação do estado e civilização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. vol. 2.

FERRAJOLI, Luigi. *La cultura giuridica nell ' Italia del Novecento*. Roma/Bari: Laterza, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

____. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2. ed. Madrid: Alianza, 1996.

GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GIDDENS, Anthony. *O Estado-nação e a violência*. São Paulo: Edusp, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOBSBAWN, Eric. *A era dos impérios: 1875-1914*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

____. *A era das revoluções: 1789-1848*. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

HOFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

KEEGAN, John. *Uma história da guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

LEA, John. *Crime and modernity*. London: Sage, 2002.

MANFRED, A. *A grande revolução francesa*. São Paulo: Ícone, 1986.

MARRAMAO, Giacomo. *Céu e terra*. São Paulo: Fundação Ed. da Unesp, 1997.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

MONET, Jean-Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. São Paulo: Edusp, 2001.

MORIN, Edgar. *Sociologia: a sociologia do microssocial ao macroplanetário*. Portugal: Publicações Europa-América, sem data.

NAÍM, Moisés. *Ilícito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

PICCININI, Mario. Poder comum e representação em Hobbes. In: DUSO, Giuseppe (org.). *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

PRATT, John. *Castigo y civilización: una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*. Barcelona: Gedisa, 2006.

RICCIARDI, Maurízio. A república antes do Estado: Nicolau Maquiavel no limiar do discurso político moderno. In: DUSO, Giuseppe (org.). *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

SCATTOLA, Merio. Ordem da justiça e doutrina da soberania em Bodin. In: DUSO, Giuseppe (org.). *O poder: história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

____; BOLZAN DE MORAES, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZTOMPKA, Piotr. *A sociologia da mudança social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 2001.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2007.

3

Investigadores de papel. El papel de la policía judicial en la investigación de los delitos en la Ciudad de México

ELENA AZAOLA GARRIDO

Investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, de la Ciudad de México. Antropóloga y psicoanalista.

MIQUEL ÁNGEL RUIZ TORRES

Doctor en Antropología por la Escuela Nacional de Antropología e Historia; profesor de la Universitat de València. Antropólogo social.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMEN: Este trabajo se basa en el análisis de material etnográfico obtenido mediante la realización de grupos de discusión en los que participaron 166 agentes pertenecientes a todos los rangos de la Policía Judicial de la Ciudad de México. Indaga en las prácticas de abusos de autoridad y de corrupción, teniendo como premisa para su comprensión la necesidad de la reproducción institucional para conservar nichos laborales y estrategias de obtención de recursos. También considera el peso que tienen en dichas prácticas la precariedad en el trabajo y los abusos de poder que sufren los policías, forzándolos a instaurar códigos morales propios y reglas de conducta que a menudo generan a su vez abusos hacia la sociedad civil. Finalmente, analiza el uso de eufemismos legales que se convierten en coartadas de

ABSTRACT: This paper is based on ethnographic material analysis, obtained through discussion groups with 166 officers from all ranks of Ciudad de México's Judicial Police. It looks into authority abuse and corruption practices, and the need for institutional reproduction to keep labor niches and strategies to obtain resources is the premise to understand them. It also considers the role played by job insecurity and power abuse within the police in forcing them to create their own moral codes and rules of conduct that oftentimes result in abuse towards the civil society. Finally, it analyzes the use of legal euphemisms that have become an alibi for domination derived from the legitimacy of the State.

dominación derivadas de la legitimidad del Estado.

Palabras clave: Policía – Abuso de poder – Corrupción – Impunidad – Estado – Violencia institucional – Lenguaje eufemístico.

Keywords: Police – Power abuse – Corruption – Impunity – State – Institutional violence – Euphemistic language.

Sumario: 1. Corrupción y abuso de poder – 2. Abuso de poder: la falsa disyuntiva entre eficiencia y legalidad – 3. Policías judiciales ¿ejecutores o creadores de la violencia institucional? – 4. El lenguaje eufemístico como coartada del abuso de poder – 5. Investigadores de papel: una policía simulada y escenificada – 6. Conclusiones – Bibliografía.

Somos investigadores de papel, es decir,

a base de puros informes y de mentiras se lleva a cabo todo.

(Agente Veterano de la Policía Judicial del DF).

1. Corrupción y abuso de poder[1]

Uno de los pocos temas en los que hay un considerable consenso en todos los sectores sociales de México, es el de la existencia de corrupción tanto en las fuerzas policiales como también entre otros funcionarios y servidores públicos. El presente estudio propone un análisis de las prácticas de corrupción de los agentes de la Policía Judicial del Distrito Federal. Para llevarlo a cabo, hemos intentado trascender los límites que habitualmente se imponen las investigaciones al respecto, que tratan de identificar los patrones y la frecuencia de los abusos de poder, y hemos esbozado una metodología que parte de la información obtenida a partir de los propios agentes, con la finalidad de comprender el papel de dichas prácticas en el mismo contexto donde adquieren significado. Desarrollando la técnica de los grupos de discusión, hemos registrado las opiniones y experiencias de los propios elementos y mandos de la Policía Judicial acerca de los temas que más les afectan en el desarrollo de su trabajo,[2] y nos hemos hecho las siguientes preguntas ¿qué lugar ocupan las prácticas de corrupción y abuso de poder dentro del funcionamiento institucional de la

1. Recebimento: 27.04.2009. Aprovação: 12.08.2009.

procuración de justicia en la Ciudad de México? ¿Se trata de fuerzas entrópicas que minan el Estado al mismo tiempo que dañan gravemente la convivencia social? ¿Pueden llegar a tener estas prácticas alguna función estructural dentro de la reproducción institucional?

Aunque el concepto de corrupción alude, como se sabe, al abuso del poder público para obtener beneficios privados, ello no implica que los únicos susceptibles de ser corruptos sean los funcionarios públicos deshonestos. De hecho, la corrupción comprende prácticas en el sector público (v.g., nepotismo y uso de información privilegiada); en la relación entre el sector público y el sector privado (v.g., soborno y extorsión); así como exclusivamente en el sector privado (v.g., fraude y tráfico de influencias).

La corrupción ocurre en todos los países, sin importar su sistema político o económico. Sin embargo, tiende a proliferar en aquéllos cuyas instituciones son débiles. Esto es, crece en lugares con sistemas legales ambiguos que se aplican discrecionalmente y donde prevalecen las relaciones clientelares sobre las reglas formales. También donde las normas culturales son incompatibles con las leyes vigentes y donde ni los gobiernos ni las empresas rinden cuentas a sus ciudadanos y a sus accionistas.

Existen en México, desde hace algunos años, diversas instancias de control de la actuación de los funcionarios, tanto aquellas de carácter institucional que desempeñan funciones de control interno (contralorías, visitadurías y fiscalías), como aquellas entidades independientes del gobierno que someten a escrutinio la labor de las fuerzas públicas (organizaciones de la sociedad civil y comisiones de derechos humanos). Teniendo en cuenta los datos más recientes, es evidente que la existencia de estos órganos no ha provocado una

2. Se organizaron un total de 13 grupos de discusión (citados de GD01 a GD13) integrados por 12 policías cada uno, con un total de 166 policías entrevistados que pertenecen a todos los niveles jerárquicos que existen en la policía judicial. Cada grupo estaba constituido por miembros de una misma jerarquía y generación, ello con el propósito de conseguir la mayor homogeneidad posible y tratar de evitar distorsiones en las opiniones por causa de obediencia al mando. Las entrevistas tuvieron una duración media de tres horas y se realizaron entre 2004 y 2005 en el Instituto de Formación Policial de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

mejora en la actuación de los servidores públicos y, por consiguiente, no ha logrado garantizar una efectiva rendición de cuentas (Amnistía Internacional, 2004), debido a la negligencia y el corporativismo de los controles intrainstitucionales, así como por el limitado despliegue de las agencias externas, en algunos casos, o su escasa capacidad para ser escuchadas, en otros.

La corrupción y el abuso de autoridad son prácticas de intercambio social donde se ejecuta una conducta basada en una relación de poder, jerarquizada y desigual. Generalmente, los estudios sobre la policía se focalizan más sobre la llamada "corrupción operativa", aquella que es producto de las relaciones con el medio externo a la institución en el contacto cotidiano de los policías con los ciudadanos (Méndez, 2002). La otra corrupción, la que se conoce como "corrupción administrativa", se da durante la gestión de los recursos humanos y materiales al interior de la institución; es decir, forma parte de la cultura institucional, y en el caso de la policía el tema ha sido abordado en pocas ocasiones (Azaola, 2006; Buckner, Christie y Fatth, 1983). Nosotros consideramos necesario el análisis de ambos tipos de corrupción porque, aunque es la primera la que causa mayor impacto en la ciudadanía, disminuyendo su confianza en la policía e incrementando su percepción de inseguridad, la corrupción intrainstitucional es considerada por los propios agentes, junto con la escasez de recursos, la principal causa de su falta de operatividad y de las conductas ilícitas en las que incurren.

Un problema implícito a la hora de definir la corrupción es su relativismo: para que una práctica sea considerada corrupta es necesario alguien que la juzgue como tal. No obstante, nosotros sí creemos que es posible definirlas si se sitúan en relación con la regulación del Estado. Por consiguiente, los principales rasgos de las prácticas corruptas son: (a) implican a más de una persona; (b) involucran, por lo menos, a un servidor público que se sirve de la autoridad de su cargo o función; (c) conlleva un elemento de don u obligación mutua, en forma de retribución económica, bienes o servicios; (d) se lleva a cabo de manera discreta u oculta; (e) se necesita un marco legal desde el cual camuflar o justificar los actos ilícitos, o coaccionar para su ejecución; (f) no pueden nunca ser legitimadas de forma pública, pero sí de manera informal; (g) se reproducen a sí mismas, es decir, son altamente contagiosas: la corrupción produce más corrupción.

Según la evidencia recogida a través de denuncias, recomendaciones, encuestas, y estudios de campo, los funcionarios de la Policía Judicial del Distrito Federal, durante el ejercicio de su trabajo, violan habitualmente derechos civiles y políticos de los ciudadanos, cometiendo irregularidades, abusos de poder y actos de maltrato (Naval, 2006:6) –aunque hay que señalar que son mucho más frecuentes los actos menos graves. Así, según la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, que ha expedido varias decenas de Recomendaciones dirigidas a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal desde el año 1994, las denuncias conciernen a la detención arbitraria; la discriminación; la inculpación ilegal; la violación al derecho a la integridad física, la dignidad, el honor y la libertad personal; el trato cruel, degradante e inhumano; e injerencias arbitrarias en el interés superior del niño.

Según se desprende de una Recomendación (CDHDF, 2007b), para los servidores públicos sus actuaciones se basan en los siguientes supuestos y criterios: (a) la presunción de culpabilidad; (b) la criminalización de sujetos y no de conductas; (c) la arbitrariedad procesal; (d) la carencia de derechos para acusados y sospechosos; (e) la prueba de no haber participado en un delito recae en el acusado y no en la obligación de la Fiscalía de investigar los hechos; (f) la "puesta a disposición" no es preventiva, es discrecional, arbitraria y depende más del funcionamiento interno de la institución que de la existencia o no de un delito; (g) la aplicación *ad hoc* del Código Penal, es decir, se crea ("fabrica") una figura de delito adecuada para el caso; (h) la mera "puesta a disposición" convierte *de facto* en culpable al presunto delincuente, por lo que de esta retórica legal se deriva el potencial para extorsionar, se convierte en un eufemismo como coartada para el abuso de poder.

Por otro lado, es importante hacer hincapié en el hecho de que los policías judiciales también sufren violaciones a los derechos humanos. La mayor parte de las vulneraciones a los derechos humanos de los policías se suceden como consecuencia de las condiciones precarias y deficientes en las que tienen que desempeñar su trabajo, y la falta de respeto a su integridad personal, especialmente el honor y la salud psicofísica.

2. Abuso de poder: la falsa disyuntiva entre eficiencia y legalidad

El dilema entre el derecho y el orden es un conflicto que está en el centro de todo debate sobre la democratización. Así, mientras que la legalidad consiste en hacer cumplir las leyes *legalmente*, el orden suele expresarse mediante la *eficiencia* con la que éste ha logrado imponerse (Matza, 1981: 233). Invocando la coartada de "lograr la eficacia en la persecución y el castigo de los delitos", la política criminal inflacionaria recurre a menudo a la violación de las garantías procesales que son fundamento de un Estado de derecho (Pastor, 2005:74). En nuestro caso, el pulso entre el respeto a la ley y la eficiencia de dar resultados, cruza constantemente el discurso de los policías judiciales, justificando el uso de la violencia y el abuso de poder. Un coordinador nos confiesa, así, que solamente con medios ilegales es posible conseguir el fin del arresto: " *la ley nos limita*, no podemos parar un auto injustificadamente. *Necesitamos* 'armas' *para poder detener*, porque ahora sólo podemos cuentear a los sospechosos de que los detenemos para verificar esto o lo otro" (GD 02).

El mecanismo vigente de la averiguación previa, el cual permite recabar datos que pueden tener valor probatorio en el juicio, anima a la policía y a los agentes del Ministerio Público a fabricar pruebas para conseguir que se dicte la sentencia condenatoria (Amnistía Internacional, 2004). Así nos lo hace saber un comandante: "el MP nos dice 'no anotes que ya estuvo detenido, eso no te lo pedí'. Lo que pasa es que *nosotros podemos hacer* 'cuadrar' *el expediente según los datos que anotemos* " (GD 06). Significa esto que los informes escritos que integran una averiguación previa, supuestamente basados en las declaraciones de los detenidos y en otros datos, son modificados para hacerlos coincidir ["cuadrar"] con la descripción del delito que contiene el Código Penal, lo que permite iniciar una causa.

La validez de la confesión como prueba autoincriminatoria, aunada a la facultad de 'custodiar' al detenido durante horas, hace que el uso de la coacción física, psicológica y/o moral y la tortura, a pesar de no ser reconocido por los policías, sea de hecho practicada regularmente. Algunas declaraciones nos dejan entrever que estos actos son usualmente utilizados y racionalizados. Un comandante dice: "el MP agarra el Código Penal para desafanar a los delincuentes porque ellos son los que ordenan, pero uno también puede ver el código. Por eso,

cuando yo presento a los delincuentes, ya los presento bien quebrados (GD 06). En general, el uso de la violencia contra los individuos criminalizables es justificado por los policías como una necesidad de la labor policial, dentro de un mundo moral maniqueo dividido entre ellos y los enemigos (el resto de la sociedad): "estamos trabajando en la calle y eso significa que *tenemos que golpear gente* porque así es la calle, la gente es mala" (GD 11).

3. Policías judiciales ¿ejecutores o creadores de la violencia institucional?

Cuando los policías judiciales incurren en prácticas de abuso de poder y delitos contra los ciudadanos ¿constituyen unos meros instrumentos de la represión del Estado a través del sistema jurídico-penal? ¿O son ellos los únicos responsables, a título individual o grupal, de las conductas corruptas? El panorama se esclarece un poco si tenemos en cuenta que los policías forman parte de la sociedad general pero, al mismo tiempo, conforman una sociedad (de pequeña escala) con sus propias normas que, debido a sus rasgos de lealtad y corpus moral común, llamaremos "clan".[3]

Así pues, los policías judiciales están integrados en clanes informales internos dentro de los grupos formales, a los que deben obediencia y reciprocidad, y en los cuales se facilita un entorno de mayor confianza. Éstos están compuestos por los agentes que habitualmente colaboran juntos en tareas de patrullaje e investigación bajo las órdenes de un mismo jefe, aunque no es necesario que el liderazgo moral de éste sea reconocido; antes al contrario, parece que la solidaridad grupal se consolida al confrontar las exigencias y arbitrariedades de la jerarquía.

La formación del sentido del clan es relativamente espontánea y no necesita de planificación estratégica; se origina en un doble movimiento que crea una red de apoyo mutuo: por una parte, es una reacción defensiva frente a la desconfianza generalizada y las amenazas externas (a la integridad física, a la continuidad en el trabajo, a las acusaciones diversas); y, por otra, es una manera de garantizar que los

3. Podría intercambiarse el término "clan" por el de "red social", pero preferimos usar el primero para enfatizar la existencia de un interés común que crea obligaciones.

recursos de todo tipo que consigue la lógica de la corrupción continúen llegando para permitir la supervivencia del "nicho" laboral. Fuera del clan, un policía judicial es reconocido por parte de los otros como alguien con el cual se puede hablar el mismo idioma, pero no como un "compañero", es decir, aquél con quien se está moralmente obligado por reciprocidad. Así se explica por qué las relaciones con otros funcionarios tales como los agentes del Ministerio Público son tan problemáticas: aunque administrativamente están supeditados a ellos, el mando policial paralelo los convierte en "iguales" con los que uno se entiende hasta cierto punto, pero con los que se compite por el mismo recurso.

Una vez que se pertenece a un clan, hay que cumplir las normas para no ser excluido, por lo que son mal toleradas y censuradas las conductas poco claras o el compromiso ambiguo. Pertenecer al clan significa asumir un código moral que le es propio, no excluyente ni incompatible, pero sí paralelo al de la sociedad en general. La necesidad de un fuerte corporativismo, así como la adopción de una ética con fuertes connotaciones proteccionistas, enraíza en la definición social negativa que les genera a los sujetos el estigma de "policía judicial".

Como el clan es informal y dinámico, su existencia se puede deducir de las conductas y las representaciones del mundo social que se hacen los policías, aunque no sea explícitamente reconocido por ellos. Por ejemplo, la presencia del clan se evidencia en esta queja de un agente ante el reparto de beneficios fuera del mismo: " *nosotros* agarramos a una banda muy pesada y nos dieron un estímulo pero *se repartió entre muchos que no hicieron nada* " (GD 07). El reconocimiento de la operatividad de los clanes corporativos más reducidos se puede observar en la propuesta de este agente: "la policía *debería hacer equipos*, no grupos, aquí la verdad es que hacemos las cosas como podemos" (GD 11).

La falta de libertad de expresión y de la posibilidad de asociarse formalmente para plantear sus demandas laborales, también es un factor de cristalización del clan informal, mediante el cual sus miembros logran crear un entorno protegido. Pero el enfrentamiento con el poder jerárquico, especialmente con los mandos directos, es uno de los principales factores aglutinantes de intereses. Así, aquellos policías que llevan a cabo acciones egoístas son considerados desleales: "no

hay compañerismo entre nosotros porque *luego unos hacen una puesta a disposición*. Siempre hay *alguien que está dispuesto a quedar bien con el jefe* porque tienen necesidad de descansar el domingo" (GD 09).

Hemos encontrado numerosos lamentos de los policías respecto a la falta de unidad para defender sus intereses. Pero esto, lejos de significar que las redes de apoyo no existen entre ellos, evidencia que éstas son más difíciles de estabilizar por la propia movilidad del espacio de trabajo y las condiciones peligrosas del medio donde se desenvuelven. Es decir, que los policías necesitan, más que otros funcionarios, de un ámbito de protección altamente restringido y eficaz cuya reciprocidad es vital para la supervivencia, de ahí los continuos reclamos por obtener fidelidad en su entorno social. Se trata, de nuevo, de reducir al máximo posible la desconfianza en su órbita más cercana de trabajo. En este sentido, es importante tener en cuenta que la percepción de que los demás funcionarios, están más organizados en clanes de intereses que uno mismo, es precisamente un síntoma de la necesidad de formarlos, y también de que se conoce la efectividad de esta práctica: "los MP *se hacen el paro unos a otros*, se protegen mutuamente, se encubren; *nosotros no* " (GD 12). Una lectura complementaria de esta percepción de desunión es que los clanes son espacios muy dinámicos e inestables, donde constantemente entran y salen miembros, y donde proliferan las situaciones sociales de competencia por el estatus frente a la jerarquía.

Pero las expresiones de lealtad al clan son también frecuentes. Esta fidelidad normalmente se da de manera horizontal en relaciones entre iguales, y puede llegar a tal grado que es capaz de satisfacer más las necesidades afectivas que los propios ámbitos familiares íntimos. Un agente nos confiesa que "emocionalmente nos sentimos más cerca de nuestra pareja [policía] que de nuestra familia" (GD 12). En este sentido, la alta capacidad que tiene el trabajo de policía de colonizar las diversas 'vivencias' (Gadamer, 2005:102) de los sujetos, hace que su 'mundo de la vida' pueda resultar difícilmente comprensible para aquellos no pertenecientes al clan, o como mínimo a la cultura policial, a los cuales les son ajenas e incluso hostiles sus acciones racionalizadas, y la regulación normativa y moral que éstas conllevan.

En ocasiones, la obediencia y la lealtad a la jerarquía del clan es "mistificada" mediante el "simbolismo de la comunión" (Cohen, 1974:32) con el fin de lograr la ansiada "fidelización" del entorno. La

exigencia de una obediencia ciega a la jerarquía es reivindicada por la mayoría de los mandos. Por ejemplo, un coordinador afirma: "el mando es el mando, yo ordeno a mis elementos y se acabó, *no tiene por qué haber comunicación* " (GD 03). Este acatamiento puede proporcionar ventajas para el ascenso jerárquico, aunque no implica un reconocimiento de la autoridad del mando, sino una escenificación de obediencia: "Me encargaron de jefe teniendo solo 9 meses de haber ingresado, me dejaron el mando y es que *yo no peleo con ellos, yo les cuento que fui mariachi* (GD 10).

No obstante, cuando la desobediencia al mando se da dentro de un clan, existe más condescendencia por parte de unos jefes que también están obligados a reciprocidad con sus subalternos, por lo que opera una redistribución de premios y castigos. Un agente nos cuenta que "ya como policías uno ve las represalias de los mandos, porque *si uno no es de su grupo, te arrestan.* Te dan amonestaciones, que porque no hicimos las órdenes" (GD 12). La existencia de relaciones de lealtad, horizontales y verticales, al interior de cada clan, es garantizada por el interés en prolongar y reproducir un entorno fidelizado, lo cual conlleva el traslado de todo el clan junto con su mando: " *cada quien llega con su gente*, aunque no esté preparada. Uno puede estar trabajando bien pero *luego llegan los nuevos recomendados y desbaratan todo* " (GD 09).

Por la alta frecuencia y facilidad con que son generadas las situaciones de abuso de poder, los miembros del clan son muy susceptibles de percibir traiciones de la lealtad debida por parte de los jefes, por lo que los clanes incorporan reciprocidades verticales que están cruzadas de conspiraciones horizontales e incluso individuales. Otra percepción frecuente de traición al *corpus* moral se da con los ascensos, abrumadoramente percibidos como injustos por parte de los agentes, y originados en tráficos de influencias. Un policía veterano ve en ello la causa del abuso de poder que sufren: "el jefe general *no es policía, él era de papeles, de archivo*, y han brincado a jefes sin méritos y así se dan el lujo de arrestar a compañeros" (GD 07).

Las normas morales y de conducta que se ejercen en la cultura policial, y específicamente al interior de un clan, no son necesariamente incompatibles con las de la sociedad en general, pero es frecuente que frente a un conflicto entre ambas, predominen la primeras. La moral del clan implica la lógica de una justicia propia hecha a medida de

y para la reproducción del grupo. Este lamento de un comandante hace vincular la identidad del policía judicial con la existencia de este *corpus* moral: "aquí ya no hay lealtad entre los policías, *antes teníamos un código de honor* "perro no come perro", pero ya se acabó eso, no hay reglas de honor (GD 04).

La reproducción de las prácticas policiales requiere de un aprendizaje y una iniciación en el *corpus* moral propio por parte de los nuevos agentes, especialmente por lo que se refiere al ejercicio y la tolerancia del poder arbitrario. En otras palabras, con el ingreso en un clan policial el individuo inicia una "carrera moral" (Goffman, 1993:46) a partir de la interiorización de las normas de conducta heredadas y reproducidas por sus predecesores de otras generaciones. El requisito de que los nuevos actores presenten poca resistencia a dicha socialización, con el fin de garantizar la reproducción normativa, está en el origen de las continuas quejas que hemos encontrado en los mandos referentes a la 'necesidad de vocación' de los novatos: "hay gente que será abogado pero *no tiene vocación de policía*, no tiene el amor a la profesión" (GD 02). Deducimos que por 'vocación' ha de entenderse aquí una mayor docilidad a la hora de aceptar la jerarquía (tanto formal como por antigüedad) y las normas del clan. Es decir, la vocación policial se contrapone a la formación académica porque con esta última los novatos obtienen más conocimiento de la legalidad y de sus derechos como trabajadores, los cuales frecuentemente se contraponen al funcionamiento real del clan, que reproduce los nichos laborales pero a cambio de un abuso de poder intrainstitucional constante. Un alto mando recalca el peligro potencial que encarna toda formación: "nos deberían consultar a los mandos *lo que se debería enseñar* en esos cursos, con base en nuestra experiencia *nosotros deberíamos aprobar lo que se les enseña a los jóvenes que ingresan* " (GD 01).

La irrupción de un *ethos* diferente, mediante la formación académica, dificulta la cristalización de una solidaridad de clan que encubra las prácticas corruptas "tradicionales", por lo que los mandos insisten en la necesidad de un regreso a la iniciación informal: "Nosotros pensamos que *los nuevos deben ser preparados por policías, no por académicos* " (GD 03). Las generaciones provenientes de la academia son vistas por parte de los mandos como amenazantes porque, al poner en cuestión algunos de sus miembros las reglas no escritas de la reproducción institucional, desestabilizan el constructo de obligaciones, las cuales

subyacen a todo abuso de poder: " *tenemos que hacer coperachas* por accidentes o por caución que le piden a algún compañero. Cooperamos para arreglar las patrullas. *Luego resulta que nos denuncian los elementos por pedirles dinero para patrullar* " (GD 03). También un agente nos habla del colapso que la formación está produciendo en la lealtad al clan: "yo también cuando entré, así era, y *agradezco a las personas que así me enseñaron.* Sin embargo, *ahora los nuevos elementos entran cuidándose de la gente que es vieja*, y eso es lo peor, porque *lo único que les enseñan es cómo romperle la madre a su compañero* (GD 11). En definitiva, las fracturas generacionales, racionalizadas en el discurso por la falta de destreza de los nuevos agentes, crean más incertidumbre, desconfianza y, por consiguiente, inseguridad; es decir, resquebrajan el entorno protegido que tantos esfuerzos le ha costado construir al clan.

Pero ¿qué papel juegan los policías judiciales y qué responsabilidad tienen en la reproducción de la violencia institucional? En primer lugar, cabe subrayar que la corrupción y la violencia policiales no dejan de ser, desde el punto de vista del *corpus* moral del clan, conductas *racionales* con fines instrumentales, y no fines en sí mismas. Esta constatación, aunque debilita las tesis psicologistas acerca del supuesto "sadismo" de los agentes, conduce también a una afirmación del cinismo moral en la práctica policial. Es decir, ciertas conductas violatorias de los derechos humanos dejan de ejecutarse debido a que ya no son eficaces en el contexto neopunitivista, y no porque atenten a la dignidad de las personas. Por ejemplo, un coordinador veterano explica cómo la tortura se ha convertido en una práctica poco eficaz para los policías: "la tortura ya no existe porque *anteriormente valía la confesión como prueba, ahora ya no hay necesidad ni uno se arriesga.* El obtener yo una confesión de nada va a servir en un juzgado ni en el Ministerio Público" (GD 02). Según esta lógica, al ejercer la violencia, los policías actúan correctamente en el horizonte ético de la defensa de su nicho laboral. En este sentido, el objetivo de la mayor parte de las conductas de abuso de poder parece ser la reducción de la incertidumbre y el aumento de la seguridad de los miembros de cada clan.

La violencia policial es justificada por sus ejecutores como autodefensa frente a las agresiones y como necesaria en su cometido de aplicación de la ley. Pero en realidad, tal violencia es un componente estructural dirigido a garantizar la reproducción institucional. Esta necesidad creciente de imposición coercitiva de las normas del clan hacia

el exterior del mismo es una consecuencia del aumento registrado en los últimos años de aquellos territorios situados fuera del contrato social, considerados "tierra de nadie" con normas locales autónomas basadas en la violencia y el terror (Davis, 2006:82). Estas geografías paraestatales que los policías deben recorrer durante su trabajo, peligrosas, micropolíticamente densas y regidas por 'hombres fuertes' y grupos criminales, han generado una reacción defensiva de los clanes policiales que se expresa en una cada vez menor capacidad y motivación para intervenir, una mayor negligencia en la acción policial, y una poderosa introducción de la lógica de *laisse faire* en los códigos morales propios para permitir la supervivencia. En pocas palabras, a territorios con normas locales fuera del Estado de derecho, la policía responde con más normas locales limitadas al horizonte moral del clan y de sus socios externos, y con la mínima pretensión de garantizar la propia superviviencia.

Aparentemente, se trata de dos paralegalidades en lucha y en negociación, donde el sistema jurídico-penal actúa como los "ases en la manga" (con trampa) de una de las partes: la que tiene el formal derecho otorgado por el Estado de aplicar la legalidad institucional mediante el uso de la coerción. No obstante, el mayor control de la arbitrariedad policial, el aumento de la transparencia mediática, y la no menos influyente acción del neopunitivismo intrainstitucional, han generado un debilitamiento en la capacidad de los clanes de imponer sus normas contra la sociedad. Esta es la razón por la cual nos hemos encontrado en los grupos de discusión recurrentes expresiones de añoranza de tiempos pasados donde la policía detentaba un mayor poder arbitrario para ejercer la violencia. Este agente veterano se lamenta lacónicamente de que: "antes se podía trabajar *con orden y sin orden de aprehensión*, pero ahora no, por eso el delincuente *se burla de nosotros*, están arriba de nosotros. (GD 07).

4. El lenguaje eufemístico como coartada del abuso de poder

Un eufemismo es, etimológicamente hablando, una palabra que suena bien;[4] de ahí que se defina como aquella estrategia discursiva que, mediante el empleo de otras figuras retóricas, sustituye una expresión dura, vulgar o grosera por otra suave, elegante o decorosa

4. Del griego *eu*: bien, y *phêmê*: habla.

(Beristáin, 2001:202). Su finalidad es variada, aunque son muy frecuentes en el lenguaje político y diplomático. Pero ¿por qué se usan eufemismos en el abuso de poder? ¿Por qué la función de dominación parece más eficaz si se comete en nombre de la 'puesta a disposición' y no de lo que realmente suele ser, un secuestro "legal"? Creemos que, mediante la referencia al eufemismo emanado del derecho, las resistencias a la violencia institucional son, de esta manera, menguadas, aplacadas y disipadas, ya que esta última se aplica bajo la coartada de la legitimidad del Estado. Por consiguiente, la función simbólica de los eufemismos legales (mediante significados neutralizados, trasmutados, o neologismos) está dirigida a encubrir el horror de la violencia, y consiste en una práctica reiterada de apropiación del lenguaje institucional con fines del ejercicio de poder arbitrario. Veamos, en palabras de un coordinador, un ejemplo de utilización de terminología por un conflicto de poder intrainstitucional:

Nosotros ya la pensamos muy bien antes de hacer una *consignación* o de salirnos de nuestra zona para hacer alguna *investigación* porque nos metemos en problemas. A unos compañeros les iniciaron una *averiguación* por robo de auto [la patrulla] cuando se salieron de su zona para ir a hacer una *diligencia*. La orden es que, antes de averiguar, *consignen* a todos lo policías judiciales por cualquier *irregularidad* (GD 03).

Nos encontramos aquí con varios eufemismos interesantes. En primer lugar, una "consignación", en este discurso, contiene latente la violencia del arresto arbitrario en la vía pública sin existencia de flagrancia o incluso en domicilios particulares sin orden judicial. Por su parte, una "averiguación previa", aquí nos aparece con una fuerte carga peyorativa, capaz de estigmatizar a los policías, y que es aplicada como represalia por una causa de orden interno, probablemente ajena a la acusación formal. Por último, una "irregularidad" es un eufemismo más amplio que puede involucrar cualquier acto de corrupción y abuso de poder cometido por un servidor público. Cada uno de los términos es polisémico, contiene varias capas de significado contextual, estructural y situacional, una densidad de sentidos.

Debemos hacer énfasis en el efecto perverso que el uso del eufemismo posee en este contexto. Así, a mayor distancia entre el sentido original de un término legal y la práctica de abuso que genera, mayor eficacia posee. Por ejemplo, una "puesta a disposición" es, quizás,

muchas cosas antes de poner al imputado a disposición de un juez (para protegerlo a él y prevenir la comisión del delito): es la creación de un ámbito de poder arbitrario que rodea al individuo y lo sustrae de su contexto social de obligaciones y derechos informales. "Poner a disposición" es sinónimo de imponer un código de poder que responde al cuerpo moral de los clanes. Se trata de ubicar al individuo a "disposición" de los significados que sobre él recaigan en virtud de ser un sujeto criminalizable; en breve, ponerlo a disposición de una interpretación de poder arbitraria.

Es importante también remarcar que la violencia institucional es ejercida de manera más eficaz cuanto más incomprensibles, opacos y "desplazados" (desvirtuados de su sentido original) se perciban los términos eufemísticos utilizados, no solamente para el resto de ciudadanos, sino incluso para los propios policías que se apropian de ellos. Con esto se consigue el efecto de neutralizar o atenuar la oposición que podría generarse si la imposición se efectuara en términos cotidianos y comprensibles, con sentidos compartidos, en el lenguaje ordinario. Así, el hecho de no entenderse la jerga legal (y no hacerla entender) otorga a los policías un efecto de poder redoblado sobre los "criminalizables": a mayor ininteligibilidad del lenguaje jurídico mayor capacidad de ser instrumentalizado para el abuso de poder.

Estos dos procesos –la distancia entre significado literal y real de un término, y la percepción de su ininteligibilidad– actúan sinérgicamente para potenciar el mecanismo del lenguaje eufemístico como coartada para el abuso de poder. Como consecuencia de ello, en el juego de lenguaje que utilizan los policías entre ellos y en su interacción con la población, los "criminalizables" son excluidos de la creación de sentido de los propios términos que los definen, razón por la cual quedan en situación de máxima vulnerabilidad ante el abuso de poder: a menor participación en la definición de la situación punible, mayor debilidad sufren ante el lenguaje legal.

Como consecuencia de la capacidad que tiene el sistema jurídico-penal de destilar el lenguaje eufemístico cuando es sometido al 'calor' del ejercicio del poder, la terminología formal acaba por sobreponerse a lo que dicen y hacen las personas. Son, entonces, los sujetos "criminalizables" (incluyendo en éstos a los propios policías) los que son forzados a ajustarse al formalismo del lenguaje eufemístico y, en última instancia, ser sus conductas encajadas en los tipos penales. De ahí

que 'cuadrar' una investigación sea, en términos fenomenológicos, llevarla a cabo en realidad. Así se evidencia en este desliz de un agente: "¿Cómo vamos a *cuadrar los delitos*?, pues solamente *sabiendo el código* " (GD 10).

La preeminencia que se otorga al informe escrito en los procedimientos del sistema jurídico-penal, en cuyo itinerario de "papeles" los policías judiciales han de movilizar sus recursos, hace que todos los actores participantes en la práctica policial estén volcados en constantes esfuerzos por arrojar sentido hacia la máquina burocrático-punitiva; ser, de alguna manera, creadores de la realidad que ésta prescribe. Pero dadas las condiciones de inepcia de la procuración de justicia y el funcionamiento paralegal y corrupto del mismo, un burocratismo basado en el abuso de poder se convierte en una camisa de fuerza que se impone a la sociedad. La consecuencia inmediata de este 'fetichismo' del lenguaje legal que constituye todo eufemismo, es que la terminología jurídico-penal sirve a la legitimación de la propia institución mediante la creación de los objetos necesarios para su reproducción en el mundo social.

5. Investigadores de papel: una policía simulada y escenificada

Reconocer la importancia del lenguaje eufemístico en la práctica policial implica también una extensión del disfraz simbólico formal hacia todas aquellas conductas consideradas como propias de la labor policial. Quiere esto decir que los agentes y mandos de la policía judicial, en gran parte de sus interacciones cotidianas representan "papeles" según los cometidos formales asignados por reglamentos, autoridades y políticas de gobierno. Este esfuerzo permanente les permite construir un entorno simbólico donde sus conductas puedan ser interpretadas en coherencia con estos fines.

La distancia que normalmente existe entre lo prescrito, lo reglamentado o lo ordenado, y las condiciones y restricciones reales entre las que los policías trabajan, tiene como consecuencia una inflación de papeles cuya finalidad es lograr una mínima coherencia estructural que permita la reproducción institucional y de los nichos laborales que ocupan sus funcionarios. Esta constante creación de perífrasis conductuales para expresar rasgos formalmente atribuidos y asignados, convierte a los policías en investigadores de papel, según la propia fórmula de un agente veterano: "una investigación requiere tiempo,

pero ahora *sólo somos investigadores de papel*, es decir, *a base de puros informes y de mentiras se lleva a cabo todo* " (GD 07). Esto se ha de entender tanto en la acepción literal de cumplimentar impresos e informes que serán elaborados y presentados para simular la realidad de lo investigado y del trabajo hecho; así como también en el sentido de la representación de un papel o rol de acuerdo con la función policial formal. Ambos sentidos, lo simulado y lo teatral, le proporcionan a la labor policial su carácter escénico o ficticio.

Son numerosos los ejemplos que hemos encontrado en los grupos de discusión donde los policías nos desvelan cómo gran parte de sus energías se invierten en un constante hacer "como si", en escenificar un trabajo para cumplir aparentemente con los objetivos marcados o las órdenes recibidas, básicamente a través de la elaboración de informes ficticios. Un agente se queja de que: "difícilmente se trabajan investigaciones, entonces *nomás metemos pura paja, uno mete reportes que no son reales* " (GD 10).

Estos artificios y estratagemas aparecen en todos los grados y generaciones, y son del común dominio dentro de la cultura policial, por lo que se deduce de ello que tales "papeles" no son adoptados principalmente con el fin de "engañar" a alguien, sino de "simular", por lo menos al interior de la propia institución. Se trata de representaciones en las que la mayoría de los participantes conoce la condición "escénica" de las conductas, pero en las que, al mismo tiempo, todos están de acuerdo en otorgarse mutuamente verosimilitud a nivel formal. Es éste otro de los rasgos de las prácticas paralegales y las conductas corruptas: el intercambio de papeles en reciprocidad con la anuencia de ambas partes. Un agente expresa de la siguiente manera esta complicidad: "cada quien *tenemos mucho trabajo* y por eso *informamos pura basura*: que fui, que no lo encontré, que no vive ahí" (GD 10).

Como es de imaginar, el mero hábito de llenar los oficios simulando haber llevado a cabo investigaciones, o puestas a disposición jurídicamente fundamentadas, es un factor que redunda en una multiplicación de los efectos paralizantes que recaen sobre la institución. Así, a medida que las suplantaciones van siendo exitosas, éstas se convierten en modelos a seguir dentro de los clanes mediante el aprendizaje vicario, por lo que se produce una reacción inflacionaria: cada vez son necesarios más informes ficticios, más tiempo para elaborarlos y nuevas estrategias de presentación para asegurar un nivel

equivalente de reproducción institucional, con el agravante de que aumenta si cabe la desconfianza de la ciudadanía hacia la Procuraduría.

Una característica notable de la escenificación y la simulación es la facilidad y rapidez que tienen para ser adoptadas por los nuevos policías. Éste es un síntoma claro de reproducción intergeneracional de las prácticas corruptas, y que relativiza las numerosas declaraciones sobre conflictos entre novatos y veteranos. Una agente nos explica: "Uno hace tarjetas informativas, las sellas y las guardas y con eso ya te evitas problemas. En el Instituto no les informan nada de esto a los alumnos, ni les enseñan cómo hacer tarjetas informativas" (GD 13).

La proliferación de informes simulados en el contexto intrainstitucional también tiene su correlato en las estadísticas que la Procuraduría rinde ante las autoridades políticas y los medios de comunicación. Este otro conjunto de prácticas de simulación, y que en realidad no son más que la consecuencia y la extensión de los informes ficticios de los agentes, lo constituyen aquellos reportes oficiales que son "maquillados" para enmascarar los datos reales, ante la administración y ante la opinión pública, relativos a índices delictivos y de aprensión de delincuentes. Son numerosos los elementos y mandos entrevistados que nos han confirmado la existencia de esta práctica de enmascaramiento de la información. Así, un agente lo explica recurriendo también a la metáfora del "papel": "se quiere hacer solo una *policía de papel*. A mí me da vergüenza que el Procurador salga en la tele y diga que agarramos a tal y tal, y *no puede decirlo porque hace tiempo que no agarramos a nadie relevante, a nadie* " (GD 11). De nuevo aquí las escenificaciones parecen llevarse a cabo con el conocimiento de todas la partes (elementos, mandos, cargos políticos, medios de comunicación, opinión pública) de que se trata de datos simulados, presentados para hacer "cuadrar" la función institucional supuestamente real con el cometido formal de la procuración de justicia.

Por la información que hemos obtenido en los grupos de discusión, parece ser que las estrategias de simulación son diversas, ocurren simultáneamente y solapadas unas con otras. Esto significa que para un mismo conjunto de eventos (delitos, puestas a disposición etc.) puede haber diversas prácticas enmascaradoras, actuando al mismo tiempo y según se asciende en la cadena de mando. Hay que remarcar que este fenómeno podría producir un efecto acumulador de las simulaciones que se dan en los diversos niveles jerárquicos, produciendo

'maquillajes' de datos que a su vez ya han sido alterados o incluso inventados.

Pero, entonces, si todos, o la mayoría de los participantes en los intercambios son conocedores de la escenificación y la simulación ¿para quién y para qué se representan los papeles? Nosotros creemos que los papeles se interpretan principalmente para la propia institución, aunque también puede que ante ciertos cargos políticos; mientras que su finalidad, como ya hemos dicho, es la reproducción institucional ¿Qué significa esto? Pues que, aunque suene paradójico, la propia institución genera sus propias trampas: reglas, normas y objetivos inalcanzables que deben ser cumplidas y para cuyos efectos se despliega todo un entramado escénico, y en el que los diversos participantes quedan atrapados en sus propias coartadas a medida que se ponen a circular. Y una vez que el teatro está en funcionamiento nadie puede o se atreve a marcar la distancia suficiente para objetivar su propio trabajo y cuestionar los roles. Se pondría en peligro, con ello, la estabilidad de los nichos laborales.

6. Conclusiones

Si bien los eufemismos legales que usan los policías judiciales proveen de coartadas para la legitimación de la violencia institucional, esta violencia no ha nacido de sujetos concretos que echan mano de ella entre un repertorio de recursos, sino que deriva de la propia fuerza coercitiva y punitiva que el Estado se otorga a sí mismo. Ya hemos visto cómo una estrategia de dominación puede redoblar su eficacia si apela al lenguaje eufemístico que encubra el horror de la violencia; por lo que podemos deducir que todo el complejo institucional del Estado, basado en el burocratismo y el fetichismo del documento escrito, no sería sino una enorme escenificación para no tener que decir lo que en realidad es: una estructura de dominación enraizada mediante la violencia y el miedo.

Siguiendo este argumento podríamos llegar a afirmar que las prácticas de abuso de poder y de corrupción que llevan a cabo buena parte de los policías judiciales, no son sino una aplicación arbitraria y particularista (perversa) de esa máxima que predica la igualdad de todos los ciudadanos frente al monopolio del ejercicio de la violencia del Estado; es decir, la ley. En consecuencia, los servidores públicos de la procuración de justicia, en vez de hacer de esta máxima un universal,

disgregarían la legitimidad del Estado en violencias locales e interesadas, parciales, mediante la puesta en práctica de toda una "micropolítica entre particulares", sesgada e injusta, pero eficaz para obtener recursos y un entorno más seguro. Las prácticas de abuso de poder y de corrupción aparecen como funcionales en estos niveles infinitesimales, y contribuyen paradójicamente a la reproducción institucional. Pero son también prácticas ejecutadas en un campo de poder enormemente inestable y cruzado de conflictos de toda naturaleza, de clase, generacionales, jerárquicos, ideológicos, entre otros. Por eso causan tanta disrupción y rechazo entre la sociedad.

Pero ¿por qué decimos que los policías judiciales son investigadores de papel? Hemos llegado a esta conclusión por los siguientes motivos:

(a) porque los policías judiciales representan un papel como si actuaran con apego a la legalidad y realizaran operativos eficientes contra la delincuencia. Actúan en el papel de policías, mediante unas dramatizaciones que ellos se preparan, para poder 'hacerse pasar por' o "hacer como si (...)" y asegurar, así, su nicho laboral y la obtención de recursos mediante el abuso de poder.

(b) porque los policías judiciales realizan reportes de investigaciones nunca llevadas a cabo y basan la apariencia de eficiencia en la presentación de informes inventados. Los policías viven la cultura del simulacro y se aprovechan de la burocratización extrema de la máquina estatal. Pero bajo el papel escrito está la corrupción, la alteración de los datos para beneficio personal y corporativo. La realidad se adapta a los papeles e informes, y las personas también.

(c) porque los policías judiciales utilizan las leyes, lo oficial, lo escrito, como coartada para el ejercicio del poder arbitrario. El papel legal se eleva en símbolo de éste poder, y la extorsión y el abuso sólo son posibles si existe el papel de la ley.

La institución de procuración de justicia en el Distrito Federal está socavada por procesos, tanto de índole interna como externa, que debilitan el precario equilibrio entre el orden institucional, que procura su reproducción, y las fuerzas disgregadoras, que tienden a su volatilización en regímenes locales. Estos son los más importantes de estos procesos:

1) Los órganos existentes de control interno contienen mecanismos perversos que generan más corrupción, debido principalmente a

que sus miembros pertenecen a los mismos clanes que los funcionarios cuyas prácticas han de ser controladas. Además, los índices mínimos de productividad exigidos a los policías y que se traducen en "puestas a disposición", son causa directa de las arbitrariedades en la detención en falsas flagrancias a individuos "criminalizables", la creación de pruebas falsas o el "sembrar evidencias", y la confesión forzada. La mayor parte de los mecanismos creados y ejecutados para prevenir y erradicar la corrupción generan más corrupción y abuso de poder, ya que acaban por convertirse en coartadas para justificar y legitimar estas prácticas y en argumentos para exculparse los policías a sí mismos de llevarlas a cabo.

2) Los miembros de la policía judicial actúan principalmente en defensa de los intereses de aquellos que pertenecen a sus propios clanes, alrededor de los cuales se perfilan las obligaciones morales entre sus miembros para permitir la supervivencia (laboral, pero también física). La lealtad a la institución es expresada en el plano ideológico como alta, sobre todo por parte de los mandos; pero la fidelidad se dirige principalmente hacia el entorno socio-laboral más cercano, con el fin de crear relaciones de confianza y protección mutua. En el nivel más pragmático, la solidaridad se orienta hacia el clan dentro del cual se desarrolla la estrategia de supervivencia.

3) La corrupción existe en todas las relaciones sociales que establecen los policías judiciales (lo cual no significa que todos actúen de forma corrupta). Solamente varía la función jerárquica y desigualitaria; es decir, el aspecto cualitativo de la relación. Así, dentro de los clanes, las prácticas de corrupción se establecen como dones entre iguales aliados (inversión en capital simbólico); entre clanes policiales, o entre éstos y otros pertenecientes a la Procuraduría, predominan las reciprocidades interesadas entre iguales y jerárquicos competitivos (inversión en capital de poder); mientras que entre un clan policial y los superiores jerárquicos, o entre un clan y la sociedad civil, las prácticas de corrupción existentes son abusos de poder.

4) La profesionalización de la formación policial ha generado un debilitamiento de la capacidad de reproducción intergeneracional del corpus moral, debido principalmente a las nuevas ideologías legalistas que han penetrado en la institución. Pero tal debilitamiento no conduce necesariamente a una reducción de la corrupción, sino a la irrupción de nuevos *ethos* de conducta policial que incluyen una

deslegitimación de la jerarquía basada en la experiencia y un aumento del prestigio fundado en la meritocracia. Se trata de luchas de poder internas que es probable que se resuelvan con la irrupción de un nuevo *modus operandi* de la reproducción institucional, basado en otros valores ideológicos usados como coartada de dominación.

5) El "fracaso" del sistema jurídico-penal y de la institución policial, puede resultar eficaz políticamente hablando, ya que contribuye el control de la población, aunque sea a costa de una dilapidación de los valores democráticos. No obstante, una mejor eficacia policial no se contrapone a los valores de legalidad y debido proceso, sino que deben ser sus fundadores. Las argumentaciones a favor del privilegio de la discrecionalidad y excepcionalidad por parte de los policías, no son llamados a mejorar la eficacia de la institución según las reglas formales que regulan la fuerza del Estado, sino a incrementar la violencia institucional para mejorar la eficacia en el proceso de 'selección' de delincuentes para el sistema carcelario.

6) Existe un umbral de tolerancia de las prácticas corruptas y de la disfunción institucional pasado el cual éstas se convierten en amenazantes para el modelo del Estado sustentado por el sistema carcelario, y para sus sectores sociales beneficiarios, ya que colapsaría el sistema. La defensa de los derechos humanos, mediante su uso neopunitivista, está siendo instrumentalizada en ciertos casos para el cometido de mantener la violencia institucional por debajo de este umbral. Esto se lleva a cabo gracias a un proceso de autocastigo institucional dirigido a una selección de policías que sirven de chivos expiatorios, normalmente agentes de baja graduación en situaciones de desamparo por parte de sus jefes o iguales, o personajes satélites, marginales o novatos de los clanes. Se trata de una caza de brujas simbólica que poco modifica las conductas de la mayoría de los policías. Antes al contrario, parece exacerbar todavía más las prácticas de abuso de poder dado que a estos policías tampoco se les han respectado sus derechos como acusados en los procedimientos penales que enfrentan. Así el sistema jurídico-penal se convierte en un arma de violencia institucional de unos contra otros, pero siempre hacia los miembros más desfavorecidos.

Finalmente, hay que remarcar que los derechos humanos también deben ser ejercidos y exigidos dentro de unos límites, si realmente

han de ser eficaces para prevenir y combatir la violación de los bienes fundamentales de los ciudadanos que se enfrentan al Estado.

BIBLIOGRAFÍA

INTERNACIONAL, Amnistía. *Memorándum al Congreso de la Unión sobre las reformas de la Constitución y del sistema de justicia penal.* México, 2004. [http://web.amnesty.org].

AZAOLA, Elena. *Imagen y autoimagen de la policía de la Ciudad de México.* México: Coyoacán-Flasud-Ciesas-Secretaría de Seguridad Pública, 2006.

BERISTÁIN, Helena. *Diccionario de retórica y poética.* México: Porrúa, 2001.

BUCKNER, Taylor. Nils Christie y Ezzat Fatth. "Policía y cultura". In: RICO, José María (comp.). *Policía y sociedad democrática.* Madrid: Alianza, 1983.

COHEN, Abner. *Two-dimensional man: an essay on the anthropology of power and symbolism in complex society.* London: Routledge & Kegan Paul, 1974.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Informe estadístico anual 2004 de la Dirección de Quejas y Orientación.* 2005. [www.cdhdf.org.].

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Informe estadístico anual 2005 de la Dirección de Quejas y Orientación.* 2006. [www.cdhdf.org].

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Informe estadístico anual 2006 de la Dirección de Quejas y Orientación.* 2007a. [www.cdhdf.org].

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Recomendación 10/2007.* 2007b. [www.cdhdf.org].

DAVIS, Diane E. (2006). Undermining the Rule of Law: Democratization and the Dark Side of Police Reform in Mexico. *Latin American Politics and Society*, vol. 48, n. 1, primavera, 56-86.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método.* Salamanca: Ediciones Sígueme, 2005.

GOFFMAN, Erving. *Estigma. La identidad deteriorada.* Buenos Aires: Amorrortu, 1993.

MATZA, David. *El proceso de desviación.* Madrid: Taurus,1981.

MÉNDEZ, Juan E. Problemas de violencia ilegal. In: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (comp.). *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires: Paidós.

NAVAL, Claire. *Irregularidades, abuso de poder y maltratos en el Distrito Federal. La relación de los agentes policias y del Ministerio Público con la población.* México: Fundar, Centro de Análisis e Investigación, 2006.

PASTOR, Daniel R. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Nueva Doctrina Penal*, n. 1, 2005, 73-114.

4

O (in)visível tráfico de drogas: um estudo de sociologia das práticas jurídicas

MARIANA RAUPP

Mestre em sociologia pela USP. Bolsista da Capes.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar o tráfico de drogas enquanto prática do direito. A partir da análise de processos penais de tráfico de drogas e concentrando na atividade de formalização própria do trabalho jurídico, o artigo aponta os mecanismos do direito que possibilitam a seletividade da justiça frente ao tráfico de drogas. De um lado, indica que a justiça criminal parece "reconhecer" um tipo de tráfico, aquele de pequeno porte, em detrimento do "desconhecimento" do tráfico de grande porte. De outro, explicita a luta interna entre os profissionais do direito nos processos e aponta para sua eficácia simbólica de legitimar a criminalização das classes populares. Por fim, o artigo lança algumas hipóteses sobre a seletividade da justiça criminal em relação ao tráfico e sua possível funcionalidade no processo de acumulação capitalista brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Seletividade – Campo jurídico – Punição – Tráfico de drogas – Justiça criminal.

ABSTRACT: The present paper analyses the drug traffic as a legal practice. By analyzing judicial processes of drug traffic and focusing on the formalization of the legal work, the paper points out the law's mechanisms that provide the justice selectivity. The paper emphasizes the legal construction of drug traffic, indicating that criminal justice seems to "recognize" a kind of small drug rather than "misrecognizing" the large one. The paper also highlights the internal struggle involving legal professionals in the drug traffic judicial processes, as well as pointing out the symbolic efficacy in legitimating the working class criminalization. Finally, the paper formulates some hypothesis about the criminal justice selectivity in the drug traffic and your possible functionality for the process of Brazilian capitalist accumulation.

KEYWORDS: Selectivity – Legal field – Punishment – Drug traffic – Criminal justice.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A seleção realizada: dos fatos aos autos – 2. O trabalho policial *sub judice*: disputas, cumplicidades e punição – 3. A (in)visibilidade do tráfico: crime, punição e mercado – Bibliografia.

Introdução[1] [2]

Pode-se dizer que o tráfico de drogas emergiu no cenário brasileiro, no final da década de 1970, e com ele todo um novo padrão de criminalidade representado pela sua dinâmica de funcionamento, organizada em bases empresariais e transnacionais, e pela sua centralidade no "mundo do crime", estruturando redes e ligando-se a outras práticas criminosas, como contrabando de armas de fogo, lavagem de dinheiro, corrupção, roubo e furto de veículos (Zaluar, 1998; Adorno, 2002; Misse, 2002, entre outros). Trata-se do *crime-negócio* que atrai para si outras práticas criminosas fazendo com que estas apresentem um novo modo de ação, caracterizado basicamente por se dar entre desconhecidos e em espaços públicos. Difere dos crimes até então predominantes, caracterizados por serem cometidos entre conhecidos e familiares e em espaços privados.[3] Difere também dos crimes definidos como atentados à ordem pública que sequer eram previstos nas leis penais, responsáveis pela maioria das prisões ocorridas no início do século XX, como demonstrou Fausto (2001).

1. Recebimento: 04.06.2009 Aprovação: 03.08.2009.
2. O presente artigo é originário da minha dissertação de mestrado *O seleto mundo da justiça: análise de processos penais de tráfico de drogas*, defendida em 18.10.2005, no Programa de Pós-graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP), sob a orientação do Prof. Sérgio Adorno e com o financiamento do CNPq. A dissertação estava inserida também no projeto de pesquisa *Estudo da impunidade penal*, do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP), coordenado pelo professor Sérgio Adorno e pela pesquisadora Wânia Pasinato e financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp/Cepid 98/14262/5, projeto 3). A equipe era formada por: Cassia Santos Garcia, Cristiane Lamin Aguiar, Renato Oliveira de Faria, Fernanda Emy Matsuda, Juliana Ribeiro Brandão, Diego Vincentim, Ricardo Ferreira da Rosa, Flávio Mendes, João Marcelo de Souza Gomes, Otávio Augusto Albuquerque, Dalila Vasconcelos de Carvalho, Eribelto Peres Castilho, Priscilla Leite Wendel, Marília Leme Monteiro, Tatiana Santos Perrone, Messias Basques Jr., Bruno Ranieri, Thiago Tadeu da Rocha, Julio César Bezerra, Jefferson Midei e Carlos Henrique Ferreira Carvalho.

De problema social apontado como causa das inúmeras injustiças sociais presentes nas grandes cidades do país, o tráfico de drogas converteu-se também em problema sociológico e foi (e ainda é) analisado por inúmeros estudos nas ciências sociais brasileiras (Zaluar, 1999; Kant de Lima et al, 2000). Esses estudos, em geral, descrevem e analisam suas formas de atuação e, sobretudo, as novas formas de sociabilidade e de violência por ele gerado, uma vez que se atribui ao tráfico o aumento da criminalidade violenta ocorrida no universo urbano, principalmente o homicídio entre homens jovens de 15 a 29 anos de idade (Zaluar, 1998). Ainda no registro da compreensão da violência urbana, o tráfico de drogas é problematizado para se entender o processo de "acumulação social de padrões diferenciados de sociabilidade e de relações de poder num ciclo histórico longo" (Misse, 2002, p. 12).

Todavia, entendemos que uma dimensão vital para a compreensão do tráfico de drogas, bem como suas implicações na sociedade brasileira contemporânea, e que tem sido deixada de lado pelas ciências sociais, é a sua referência à ação do direito, como nos adverte Philippe Robert (2005). O tráfico de drogas é, antes de tudo, uma categoria jurídica, mais precisamente um crime. E sua particularidade enquanto crime reside no fato de que o tráfico de drogas é definido e construído pelo direito, o direito aqui entendido como prática social e não como disciplina (Robert, 2005).

O presente trabalho se propõe, assim, a analisar o tráfico de drogas enquanto prática do direito, tendo como referência a sociologia do campo jurídico proposta por Pierre Bourdieu (2003a). Campo, para Bourdieu, é um conceito-chave para a sociologia das práticas, pois permite construir o objeto da pesquisa sem ficar preso na lógica interna do objeto investigado ou numa explicação exterior que não considera suas particularidades. Para tanto, o mundo social é representado como um espaço multidimensional no qual cada dimensão representa um campo relativamente autônomo caracterizado por princípios de diferenciação ou de distribuição desigual de propriedades apropriadas, que são nada mais do que diferentes espécies de poder ou de capital

3. Não se quer dizer que este padrão de criminalidade não exista mais, nem que diminuiu sua importância. Para uma análise da violência cotidiana entre trabalhadores pobres nas relações de família e vizinhança entendida não como anomalia, mas como um "modo radical de expressão das divergências da vida em comum", ver Garcez (1998).

específico de cada campo. Campo é o espaço onde as posições dos agentes acham-se fixadas. Cada campo tem a sua própria lógica e hierarquia e o princípio de todos é o de que o capital específico de cada campo é distribuído entre os agentes do campo de forma desigual, o que determina sua estrutura. Caracteriza-se, assim, por ser um campo de forças, "um conjunto de relações objetivas impostas a todos os que entrem nesse campo e irredutíveis às intenções dos agentes individuais ou mesmo às interações diretas entre os agentes" (2003a, p. 134).

Ao tratar do campo jurídico, Bourdieu enfatiza a idéia de ser o direito um campo social relativamente autônomo em relação às pressões externas, detentor de uma lógica própria responsável por manter a aparência de um sistema totalmente independente do mundo social. Na verdade, sustenta o autor, o direito e as práticas judiciais seriam marcados pela arbitrariedade, mas, pela própria natureza do trabalho jurídico, essa arbitrariedade seria ignorada, desconhecida, e o direito, então, teria reconhecimento e legitimidade. Por isso, a ênfase dada por Bourdieu é exatamente na própria lógica do trabalho jurídico: a atividade de formalização.

Quais são as especificidades da justiça criminal em seu modo de funcionar que são utilizadas na construção desse crime em particular? Quanto mais punição, ou seja, mais uso da justiça criminal, mais se estará "combatendo" essa criminalidade? A justiça criminal e seu modo de atuação, neste caso em particular, teriam alguma funcionalidade na dinâmica social do tráfico de drogas?

Acreditamos que o funcionamento da justiça criminal desempenha um papel extremamente importante na dinâmica do tráfico de drogas na sociedade brasileira. Isto porque o padrão de funcionamento da justiça criminal é caracterizado pela seletividade. É difundido em toda a sociedade, em maior ou menor grau, o sentimento de que a justiça opera fazendo escolha seja quanto ao crime a ser investigado e punido – recaindo a punição sobre determinados tipos de crime em detrimento de outros – seja quanto aos próprios acusados de cometerem uma infração às leis penais (Cf. IBGE, 1990; Cardia, 1999). No campo das ciências sociais, vários estudos apontam o caráter enviesado e, portanto, seletivo da justiça criminal (Correa, 1983; Adorno, 1994 e 1995; Ribeiro, 1995 e 1999, entre outros). Todavia, o presente artigo sustenta que precisamos entender melhor o significado da seletividade como sendo a "legalidade interna própria" da justiça criminal.

Como nos advertem Landreville e Pires (1985), em estudo sobre as pesquisas de *sentencing*, é preciso problematizar a desigualdade jurídico-penal para evitar cair ou no culto da lei penal ou no mito da igualdade jurídica.

As reflexões aqui desenvolvidas baseiam-se em pesquisa realizada junto ao Arquivo Central do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que consistiu na coleta de processos penais do crime de tráfico de drogas.[4] Primeiramente, analisaremos o processo de construção jurídica do tráfico de drogas, enfatizando quais características do tráfico são retidas e consagradas pelos operadores do direito. Em seguida, trataremos especialmente da atuação dos operadores do direito (advogados, promotores de justiça e juízes), apontando para as possíveis conseqüências dessa disputa judicial. E, em tom de considerações finais, levantaremos algumas hipóteses sobre a seletividade da justiça criminal em relação ao tráfico e sua possível funcionalidade na sociedade brasileira contemporânea.

1. A SELEÇÃO REALIZADA: DOS FATOS AOS AUTOS

Pela análise dos processos de tráfico de drogas, constatamos que o tráfico consagrado pela justiça é o pequeno tráfico, o do varejo. Vejamos as principais características do tráfico de drogas construído pela justiça criminal em São Paulo.

O local da apreensão mais recorrente mencionado nos processos é a favela. As justificativas para apreensão são também interessantes. Os policiais responsáveis pelo Auto de Prisão em Flagrante (APF) se utilizam de expressões como "em patrulhamento de rotina", "em conhecido ponto de vendas de drogas", "traficante conhecido" para justificar o início da abordagem policial. A favela é, assim, consagrada como local privilegiado para a ocorrência de tráfico de entorpecentes. Não no sentido de que lá seja o local por excelência da ocorrência do tráfico de drogas, mas sim de que é lá onde a polícia está mais presente e, portanto, o local que será "autuado" no processo.

"Que já tinham informações de que C. andava passando cocaína na favela há algum tempo. Que já haviam abordado C. anteriormente só que só haviam localizado dinheiro. (...) Que já tinha informações de que tal indivíduo praticava tráfico de entorpecentes no interior da favela. (...) Que pela sua prática no âmbito policial pode afirmar que o

modo em que a substância foi apreendida e as circunstâncias que vieram a surpreender C., tudo leva a crer que o mesmo seja traficante." [5]

A menção reiterada à favela, aos conhecidos traficantes, ao local conhecido como ponto de venda, constrói a representação "jurídica" do tráfico. Os fatos que possuírem esses elementos vão sendo

4. Trata-se de pesquisa que consistiu no levantamento de processos penais arquivados de tráfico de drogas ocorridos na cidade de São Paulo, no período de 1991 até 1997, o que nos permitiu o acesso a todas as etapas do processo jurídico. Optamos pelo tratamento qualitativo aos dados, privilegiando a construção dos "autos" de forma a trabalhar com os argumentos utilizados pelos operadores do direito. Nosso universo empírico é composto por 53 inquéritos policiais, dos quais 33 viraram processos e 20 foram arquivados. Como não dispomos de estatísticas que possibilitem acompanhar o segmento do fluxo do sistema de justiça representado pelo Poder Judiciário – as estatísticas produzidas pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário e pelo sistema penitenciário não são uniformes e compatíveis – decidimos acompanhar todo o fluxo do sistema de justiça criminal, do seu início, com o registro da ocorrência policial, passando para a conversão da ocorrência em inquérito policial, e terminando com a conversão deste em processo penal. Como, na cidade de São Paulo, existem mais de noventa delegacias instaladas e oito Seccionais de Polícia (cada seccional é formada por um conjunto de distritos policiais), o que indica uma enorme quantidade de ocorrências registradas em todo o município, decidiu-se trabalhar com os dados de uma Seccional de Polícia. A escolhida foi a 3.ª Seccional, por englobar regiões distintas da cidade, em termos sócio-econômicos, sendo, portanto, bastante representativa da cidade de São Paulo. A 3.ª Seccional de Polícia representa 15% da população do município de São Paulo e 18% das ocorrências registradas na cidade. A partir dos inquéritos policiais coletados definiu-se uma amostra. A escolha pela metodologia amostral foi feita tendo em vista o universo empírico extremamente volumoso, o que demandaria não apenas longo tempo para a pesquisa, bem como o dispêndio de elevados recursos materiais e humanos. Com relação ao crime de tráfico, a amostra abrangia 275 inquéritos policiais cuja autoria era conhecida e oito casos de autoria desconhecida. Apesar de não localizar toda a amostra, pois o Arquivo do Judiciário alegou apenas "não localização" ou "perda", em razão do propósito da pesquisa não ser a saturação empírica dos dados, entendemos que o material coletado possui uma saturação teórica, recorrências, de acordo com os objetivos e o quadro teórico da pesquisa, o que nos permitiu levantar as hipóteses e questões apresentadas neste trabalho.

nomeados e processados como tal. Sendo assim, pela lógica do trabalho jurídico, os acontecimentos são "re-traduzidos" quando entram no campo jurídico, ganham uma roupagem e se transformam em fatos jurídicos (resultado, assim, de uma construção). Como coloca Bourdieu: "a constituição do campo jurídico é um princípio de constituição da realidade" (2003a, p. 229). Bourdieu fala em rito de instituição. A operação realizada é a de "consagrar, sancionar e santificar um estado de coisas, uma ordem estabelecida" (Bourdieu, 1996, p. 99). A lei e a sentença judicial consagram, assim, determinada representação social.

Entrar no campo jurídico significa aceitar as regras do jogo, como se estabelecesse uma espécie de contrato. Quais são essas regras? Primeiro, reconhecer as exigências específicas da construção jurídica do objeto. Segundo, aceitar o modo próprio do campo jurídico de expressão e discussão da causa. Terceiro, saber que se deve chegar a uma decisão e que esta decisão é do tipo "branco ou preto", "culpado ou inocente". Quarto, limitar-se ao espaço dos possíveis, dado pelo conjunto de leis e precedentes, mesmo que isso implique no descrédito de crenças e expressões correntes, sejam os leigos sejam os operadores do direito que, da mesma forma, devem-se pautar pelas categorias reconhecidas neste espaço dos possíveis.

Além do local, constatamos que a quantidade de droga existente nos processos analisados não é significativa. Além do que, sob a mesma definição de tráfico de drogas, encontramos casos de 0,9 gramas e de 2.235,5 gramas.

Outro elemento muito recorrente nos processos analisados é o perfil dos acusados. Em geral, os acusados são jovens, com baixa escolaridade e que exercem ocupações das mais variadas, mas a maior parte ligada ao mercado informal, sem carteira assinada – e, portanto, mais difícil de fazer prova para a justiça da sua ocupação.

"No tocante ao crime de tráfico de entorpecentes, como ensinado por iterativas jurisprudências, não é a grande ou pequena quantidade de entorpecente que vai ditar ou determinar a mercancia ilícita, mas sim, a maneira de agir do agente, as circunstâncias e, no caso presente, além dos quatro papelotes de cocaína, encontrados com a ré, a testemunha M., na fase policial, disse haver sido convidado por seu colega

5. Proc. 255/1997, 2.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).

para irem comprar drogas na favela onde lá foram vistos, dentro do veículo gol preto tendo a ré colocado a cabeça no interior do automóvel e com ela além daqueles papelotes foram apreendidos R$ 40,00 (quarenta reais) em dinheiro e, ao que se pode constatar 'desempregada', o único meio de conseguir dinheiro seria o de lançar-se ao comércio ilícito da venda de entorpecente." [6]

"A grande quantidade de substância apreendida, a forma pela qual estava acondicionada e a presença da colher destinada à confecção dos papelotes bem denotam que a acusada e o menor, ambos desocupados, dedicavam ao nefando comércio de substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica, em desacordo com a legislação vigente." [7]

"Não fez prova da existência do contrato de trabalho, sendo oportuno ressaltar que, às f., declarou a apelada que não trabalhava 'porque não sai para procurar' (sic). (...) A ré não trabalhava e não tinha nenhuma fonte de renda, sendo seu amásio um adolescente também sem profissão. (...) Não é crível que, não sendo ela viciada – conforme declarou em juízo, às f. – e não possuindo fonte de renda lícita, não poderia ela ter em depósito tanta substância entorpecente para seu uso próprio." [8]

Tais características, bem como pelos relatos existentes nos processos analisados, indicam que se tratam de "aviões", "vapores" e mesmo usuários que se vêem presos ao "condomínio do diabo" (Zaluar) que é a organização do tráfico de drogas.

Fica claro, desta maneira, que a justiça criminal faz uma opção entre os "casos que serão os seus autos". É a ponta da cadeia na qual organiza-se o tráfico de drogas que é visto pela lente da justiça. Não que isso seja algo intencional, mas sim que tal opção se dá pela própria lógica do jogo penal e jurídico que precisa retraduzir os fatos em autos e, nessa operação, a adequação à lei acaba por simplificar. Filtra aquilo que mais se encaixa na letra da lei e que ao mesmo tempo goza de

6. Proc. 497/1997, 19.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).
7. Proc. 742/1992, 18.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).
8. Proc. 742/1992, 18.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).

certa legitimação social. Todavia, não significa dizer que essa lógica do jogo não tenha certa funcionalidade para o sistema como um todo, muito pelo contrário, como veremos.

A justiça criminal oficializa determinada representação social, existente em nossa sociedade, sobre o traficante que o define como "pobre", "desocupado", "vagabundo" e "favelado". Oficializar tem o sentido de dar reconhecimento público àquilo considerado como tabu. Nas palavras de Bourdieu, tornar dizível, pensável, confessável. Ao oficializar essa representação, preconceito de classe que é, naturaliza-a e, portanto, a institui.

O ato de instaurar um inquérito feito pelo delegado de polícia, o ato de denunciar como faz o promotor de justiça e o ato de sentenciar como faz o juiz de direito nada mais são do que "atos de nomeação" ou "de instituição". Conforme coloca Bourdieu:

"[E]stes enunciados performativos, enquanto juízos de atribuição formulados publicamente por agentes que actuam como mandatários autorizados de uma colectividade e constituídos assim de modelos de todos os actos de categorização (*katègorein* como se sabe, significa acusar publicamente), são actos mágicos que são bem sucedidos porque estão à altura de se fazerem reconhecer universalmente, portanto, de conseguir que ninguém possa recusar ou ignorar o ponto de vista, a visão, que eles impõem" (2003a, p. 236-237).

A justiça criminal consagra a ordem estabelecida. Portanto, seu poder de nomeação tem raízes na própria realidade, na medida em que a "estrutura" e é por ela "estruturado". A eficácia simbólica que tem o processo judicial não vem somente da lógica do próprio processo, mas sim das condições sociais que a fundamentam. Não se deve, assim, confundir a "lógica das coisas com as coisas da lógica", como adverte Bourdieu.

A representação do tráfico de drogas consagrada pela justiça encontra suas raízes na própria sociedade brasileira, cuja história de criminalização da pobreza é longa (Cf. Fausto, 2001).

Todavia, o rito de instituição tem dois aspectos: se ele consagra um lado, oculta outro. E o outro lado da moeda que é ignorado, ou, como diz Bourdieu, desconhecido, é o tráfico de drogas de grande porte, aquele do atacado – como descreve Zaluar, que movimenta economias. Pensando nos termos de Foucault, a justiça criminal estaria

regulando o mercado ilícito de drogas. Se o tráfico de pequeno porte é reconhecido pela justiça criminal é porque o tráfico de grande porte é desconhecido (ou seja, não-reconhecido) por esta mesma justiça. Parece residir nesta via de mão dupla a chave para a compreensão desta complexa operação.

2. O TRABALHO POLICIAL *SUB JUDICE*: DISPUTAS, CUMPLICIDADES E PUNIÇÃO

Outro ponto interessante levantado da análise dos processos penais diz respeito ao fato de que os casos apresentam uma mesma discussão. A argumentação do processo centra-se em torno do trabalho da polícia: se a prova colhida pela polícia, basicamente os testemunhos dos policiais responsáveis pela diligência que resultou no processo, era ou não confiável, merecendo ser acolhida ou não. Promotores de justiça, defensores e juízes entram na disputa que tem por foco a legitimidade do trabalho policial. Ora argumentos de que os testemunhos dos policiais merecem ser acolhidos integralmente, ora argumentos de que eles merecem a acolhida parcial, ora argumentos de que os testemunhos policiais devem ser rejeitados integralmente.

Sabe-se que o sistema de justiça criminal brasileiro possui uma configuração bastante peculiar. Isto porque ele é formado por duas fases (fase policial e a fase judicial). A fase policial, executada pela polícia civil, compreende o registro da ocorrência criminal e a eventual instauração e o andamento do inquérito policial, instrumento de investigação que, embora de competência da polícia civil, sendo presidido, inclusive, por um delegado, está sob a supervisão do Ministério Público e do Poder Judiciário. Já a fase judicial compreende o início e o acompanhamento do processo criminal, desde o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, e visa apurar a responsabilidade da prática de um crime, contando com a participação de um juiz de direito, um promotor público e um advogado de defesa. Na prática o que se vê são "subsistemas frouxamente integrados" (Coelho, 1986) e, como acentuou Kant de Lima (1989), a convivência, no mesmo sistema, de princípios completamente opostos: o inquisitorial, na fase policial, e o acusatorial, na fase judicial. A fase policial é inquisitorial porque a pessoa envolvida não tem direito à defesa, não há contraditório[9] e o procedimento é sigiloso. Já na fase judicial há o contraditório, o acusado assim o é formalmente, pois já há processo-crime, é garantido o direito à defesa e estão presentes as garantias do contraditório e do devido

processo legal.[10] O acusado está sob a jurisdição de um poder considerado neutro e que busca a verdade real.[11] A coexistência destes dois princípios no sistema de justiça criminal não só implica que haja, no mesmo sistema, uma contradição estrutural, mas também, que a prática judiciária, supostamente guiada pelo princípio acusatorial, seja constituída de certos procedimentos de caráter inquisitorial. Essa ambigüidade só é possível, argumenta Kant de Lima (1989), pelos pressupostos formalistas da dogmática jurídica fundados na concepção liberal de justiça.

Ora, sabe-se que a polícia desempenha um papel central na repressão ao crime de tráfico de drogas. Além de classificar primeiramente o que é tráfico e o que é porte, é a polícia que colhe as provas que serão discutidas no processo. É a polícia que dá o tom do debate nos autos. O promotor de justiça arrola as testemunhas presentes no inquérito policial e, em juízo, as provas colhidas na fase policial são refeitas. O inquérito policial é o parâmetro, mesmo sendo por lei dispensável ao processo penal, ou seja, mesmo que a lei permita que uma ação penal possa ser instaurada sem que tenha havido inquérito policial prévio.

Se o inquérito dá o tom para o processo é porque os operadores do direito aceitam a referência. Nos casos analisados, por exemplo, o promotor de justiça só arrolou como testemunhas pessoas apontadas como tal no inquérito. E percebemos também que não é o fato do testemunho policial ser a prova exclusiva o determinante para o desfecho processual ser absolvição ou condenação. Ora o trabalho policial é

9. O princípio do contraditório consiste na premissa *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Proclama, assim, a igualdade entre a acusação e a defesa.
10. O princípio do devido processo legal consiste em assegurar a defesa em juízo, só podendo ser privado da vida, liberdade ou propriedade após a tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei.
11. No processo penal brasileiro vigora o princípio da verdade real, o qual determina que o juiz procure saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, de modo a dar base material para a sentença. Difere, assim, da justiça cível, na qual vigora o princípio da verdade formal, pois o juiz atem-se somente às manifestações formuladas pelas partes, restringindo-se aos fatos por elas debatidos.

legítimo, ora o trabalho policial não é legítimo. Todavia, é preciso perguntar qual o significado dessa discussão centrada no trabalho da polícia e, conseqüentemente, qual a importância da sua constatação para o argumento levantado pelo presente trabalho.

Essa disputa acerca da confiabilidade do trabalho policial é perfeita para os profissionais do direito. Não que seja algo intencional, novamente não é esse o sentido. Como uma espécie de "paradoxo das consequências", a legitimidade do trabalho da polícia encontra na principal característica do campo jurídico[12] – a luta concorrencial pelo monopólio do direito de dizer o direito –, o caminho para estruturar toda a disputa jurídica nos autos. É a discussão perfeita para instituir o monopólio do campo jurídico pelos profissionais do direito e transformar a questão do tráfico de drogas e toda a economia movimentada por este crime organizado em questão jurídica, produzindo o efeito simbólico do desconhecimento de todos os demais negócios, não vistos pela justiça, ligados a esta prática criminosa. Desta maneira, o tráfico de drogas que está nos autos, aquele de pequeno porte, é transformado, pela disputa no campo jurídico, numa experiência universal, colocado como o único modelo de tráfico de drogas possível.

"A acusação é constituída pelo depoimento de três policiais que afirmaram em uníssono e de forma a não causar suspeita, exatamente por isso a acusada foi presa portando na mão cinco papelotes que segurava quando veio a atender ao toque da campainha, alegaram ainda tentativa de suborno de dez milhões de cruzeiros, um depoimento é xerox do outro, isso é muito comum nos processos dessa natureza. (...) Não há prova do tráfico. Por outro lado, este exige, pelo menos, duas pessoas, o traficante e o viciado. Não existe tráfico só com a pessoa do traficante, e a ré jamais seria tão idiota de sustentar que estava traficando. Aí se verifica que a versão dos policiais é muito fajuta. (...) Juízes, Promotores, Advogados são pessoas de razoável grau de inteligência e argúcia e não podem 'entrar em estórias' criadas para aniquilar interesses maiores de justiça." [13]

12. Segundo Bourdieu, o campo jurídico é caracterizado como o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, no qual agentes são investidos de competências social e técnica distintas (capacidade reconhecida de interpretar um *corpus* de textos que consagram a visão legítima do mundo social).

"Os policiais apesar de alegarem que a acusada teria confessado que vendia o entorpecente, inexiste nos autos qualquer prova que sustente tal versão. É entendimento dominante em nossos tribunais que apenas o testemunho dos policiais que realizaram a apreensão da droga é insuficiente para comprovar o tráfico de entorpecentes, quando inexistem nos autos qualquer outro indício da prática delitiva. No caso em tela não foi ouvido nenhum depoimento de fora dos quadros da polícia que incriminasse a acusada." [14]

"Em razão do horário, impossível se fazia a coleta de testemunhos civis, ademais é público e notório o fato de que os transeuntes, em sua grande maioria, esquivam-se de testemunhar fatos ilícitos, mormente de tráfico de entorpecentes, já que temem represália futura. Cumpre ressaltar que esta dificuldade cada vez mais crescente na colheita de testemunhos se deve principalmente ao fato de que, em razão da benéfica legislação vigente, bem como das risonhas e gentis condenações que são imputadas aos delinquentes, estes continuam gozando de liberdade e no convívio daqueles que contra si testemunharam. Em contrapartida, referidas testemunhas não gozam de nenhuma proteção, ficando a mercê dos malfeitores. Por tais motivos, a posição mais recente de nossos Tribunais admite a possibilidade de condenação com fulcro em depoimentos de policiais, desde que estes se harmonizem com os demais elementos de prova dos autos." [15]

"A prova colhida foi suficiente para elucidar que, de fato, todas as acusadas estavam juntas na casa onde se encontrou a quantidade de cocaína que, em razão de seu acondicionamento, se destinava a comercialização. (...) Nos depoimentos dos policiais consta que Z. já era conhecida traficante na favela. (...) Empresta-se presunção de boa-fé e legalidade no trabalho policial efetuado quando a viatura da Polícia

13. Extrato da argumentação da defesa, Proc. 742/1992, 18.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).
14. Extrato da argumentação do juiz, Proc. 742/1992, 18.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).
15. Extrato da argumentação do promotor de justiça, Proc. 742/1992, 18.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).

Militar estava em patrulhamento normal revelando que não buscavam de forma específica qualquer suspeito ou procurado pela justiça." [16]

"Os policiais não conheciam as acusadas nem o barraco em que estavam, mas tão logo nele entraram, por indicação dos usuários, já foram encontrando os papelotes da droga espalhados por sobre a cama e a mesa e mais dentro do fogão e ainda mais um pouco na bacia da privada na qual a acusada M. C. tentou jogar. (...). A prova oral é constituída não só pelos policiais, como também por duas testemunhas civis (...)." [17]

"É que o conjunto probatório se apresenta frágil e inseguro no sentido de se responsabilizar o acusado pelo crime em questão. (...) e mais, 'por mais idôneo que seja o policial, por mais honesto e correto, se participou da diligência, servindo de testemunha, no fundo está procurando legitimar a própria conduta, o que juridicamente não é admissível. A legitimidade de tais depoimentos surge, pois, com a corroboração por testemunhas estranhas aos quadros policiais. E nem se diga que no dia dos fatos era impossível providenciar tais testemunhas!" [18]

"A acusação não fez, como lhe incumbia, prova segura do tráfico ilícito de entorpecentes. Com efeito, o acusado, interrogado na fase judicial negou o comércio nefando da droga. De outro lado, os policiais M. (f.) e J. L. (f.), embora tenham confirmado a apreensão da droga, em poder do acusado, entraram em divergência em pontos fundamentais do crime tratado nestes autos (...). Assim, muito embora os depoimentos dos policiais se revistam de presunção de veracidade, esta presunção não é absoluta." [19]

16. Extrato da argumentação do juiz, Proc. 416/1993, 1.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).
17. Extrato da argumentação do desembargador na apelação, Proc. 416/1993, 1.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).
18. Extrato da argumentação do juiz, Proc. 136/1992, 2.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).
19. Extrato da argumentação do juiz, Proc. 24/1994, 11.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).

"Embora os policiais hoje ouvidos confirmem a apreensão da droga, não foram eles capazes de assegurar que o réu ali morasse, nem mesmo, em caso positivo, se outras pessoas ali coabitavam. Inexplicavelmente não foi arrolada nem apresentada à delegacia nenhuma testemunha civil que pudesse confirmar a realização da diligência. Isso é ainda mais grave se levarmos em conta que muitas pessoas estavam ali presentes, no dizer dos policiais. Nem mesmo o aludido informante, supostamente preso por outro delito, que teria em primeiro lugar indicado o barraco do réu, nem mesmo essa pessoa foi apresentada para a lavratura do flagrante. (...) Finalmente, a própria apreensão de parte da droga (aquela que teria sido encontrada atrás de uma televisão) ficou sem autoria conhecida, já que nenhum dos policiais hoje ouvidos assumiu a responsabilidade pelo encontro dessa parte." [20]

"O que emergiu dos autos foram mais irregularidades do que provas que sustentassem a inicial acusatória, disparos com revólver sem que qualquer dos suspeitos estivesse armado, condução de todos até a sede do Batalhão da Companhia, antes da apresentação direta à autoridade da Polícia Judiciária, e não submissão do réu J. a exame de corpo de delito, embora conduzido previamente a atendimento médico em Pronto Socorro." [21]

"A prova é falha desde o flagrante. Conforme esclarece hoje em audiência um dos policiais, vários deles entraram no barraco. E apenas dois deles foram ouvidos, justamente aqueles que não viram a apreensão da droga. O auto de prisão em flagrante, repito, bastante falho, não poderia ensejar provas robustas em juízo. O que se tem, na verdade, nos autos são os depoimentos de dois policiais que quase nada viram e o depoimento de um amigo, ou freguês da ré, que narra versão fantasiosa, chegando a afirmar que viu os policiais com pacotes nas mãos, sendo que um deles disse ao depoente tratar-se de cocaína. É bem possível que a ré estivesse traficando substância entorpecente. No entanto, pelo que dos autos consta, resta esta Promotoria requer a

20. Extrato da argumentação do promotor de justiça, Proc. 795/1992, 16.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).
21. Extrato da argumentação do juiz, Proc. 701/1992, 20.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).

improcedência da ação, absolvendo-se a ré por insuficiência de provas" (sic).[22]

Como se verificou nos processos analisados, promotores, advogados e juízes entraram na disputa sobre dar ou não dar o aval ao trabalho policial, enfim, em declarar se este era legítimo ou não. A prova colhida na fase policial, formada principalmente pelos testemunhos dos policiais que realizaram o flagrante delito, é colocada, assim, em suspenso, precisando de uma chancela do Judiciário, este pautado pelo princípio acusatorial e não inquisitorial (Kant de Lima, 1989). A demarcação entre as fases e o confronto entre elas é clara, quase como uma disputa corporativa. Os "intérpretes autorizados" construíram suas argüições com este mote. Pode-se dizer, desta forma, que a polícia, além de classificar o fato como tráfico ou porte, é responsável por dar o tom do processo. Ao mesmo tempo, os operadores do direito encontram na legitimidade do trabalho policial a sua disputa jurídica.

Os processos analisados indicam que os promotores de justiça tendem a apoiar a polícia, apesar de termos visto situações em que o promotor condena o trabalho policial, apontando irregularidades, questionando procedimentos etc. Com relação à defesa, em todas as situações sua estratégia foi a de deslegitimar o trabalho policial. E tal estratégia se deu independentemente da natureza da defesa, fosse constituída pelo acusado (privada) ou pública. Os juízes também entraram na disputa sobre a legitimidade do trabalho policial e mostraram-se nem mais nem menos propensos a acatar tal trabalho sem levantar questionamentos.

Dessa forma, se, conforme visto, a concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito é o que caracteriza o campo jurídico, esse antagonismo não existe sem uma certa cumplicidade entre os profissionais do campo jurídico. A estratégia adotada por cada um, no fundo, é complementar à do outro, funcionando como uma espécie de divisão do trabalho de dominação simbólica (Bourdieu, 2003a, p. 219). De fato, como se constatou nos processos, a estratégia de cada um dos operadores técnicos é a de ora ressaltar a legitimidade do trabalho policial, ora descartá-lo, recusando a veracidade dos

22. Extrato da argumentação do promotor de justiça, Proc. 278/1995, 29.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo (Fonte: Arquivo Central do TJSP; NEV/USP).

testemunhos colhidos. Assim, ninguém passa desapercebido pela questão da confiabilidade do trabalho policial e todos legitimam a discussão. As posições dos operadores são, desta forma, complementares, e mantêm o conflito permanente. Bourdieu fala em "cadeia de legitimidade", onde estariam envolvidos não só os operadores do direito, mas os legisladores, os doutrinadores, os juristas etc.

Em *Morte em família*, estudo pioneiro sobre a justiça criminal, a antropóloga Mariza Correa, com o objetivo de analisar as representações sociais sobre o papel das mulheres em nossa sociedade, trabalhou com processos penais referentes ao crime de homicídio doloso em que figuravam, na posição de vítima e de réu, membros de um mesmo casal. A autora pretendia, dessa maneira, abordar a discussão a respeito dos direitos e deveres imputados a cada um dos cônjuges e que seriam confrontados perante um júri popular, uma vez que se tratam de crimes de homicídio doloso.

Analisando um conjunto de processos de um período de 20 anos, ao final Correa constatou que havia uma certa regularidade no julgamento: a discussão centrava-se no cumprimento ou não de determinados papéis atribuídos às mulheres e aos homens. Para as mulheres, a questão centrava-se no seu comportamento no âmbito doméstico de acordo com a ordem patriarcal, exigindo-se fidelidade, cumprimento das "tarefas do lar". Para os homens, a questão centrava-se na sua utilidade social que consistia na sua atuação no mercado de trabalho, ou seja, se era ou não um bom provedor. A chave para entender o julgamento, então, era essa adequação ou não aos modelos admitidos pela sociedade.

Dessa forma, cabe a cada um dos "manipuladores técnicos", de acordo com o interesse defendido, escolher quais elementos devem ser trazidos para os autos e quais devam ser excluídos, formando sua versão dos fatos. Como coloca Correa: "os atos são transformados em autos, quer dizer, remontados a partir de um esquema de 'crenças', 'valores', 'normas', ou 'usos' do grupo que encaminha o caso para julgamento e que finalmente decide sobre ele" (1983, p. 79). Primeiro, o fato é isolado do seu contexto social. Em seguida, é traduzido para um código onde as possibilidades de violação estão previstas. Por fim, é adequado ao modelo de comportamento exigido pela sociedade. A estratégia do advogado de defesa é estabelecer um claro contraste entre a conduta adequada de seu cliente e o comportamento inadequado da

vítima. A estratégia do promotor de justiça, por sua vez, é colocar o parâmetro para comparação, aquilo que é considerado justo, bom etc., e, por fim, cabe ao juiz escolher o que entrará nos autos, aceitando determinada prova, excluindo outra.

Ao final, Correa mostra que "os procedimentos de constituição, de construção de um caso levam à instalação de uma espécie de verdade que se expressará no resultado do julgamento" (1983, p. 300). Todavia, essa verdade, continua a autora, não é construída apenas "por analogia com as situações reais, vividas pelos que sofrem o processo, ou de acordo com os códigos onde elas deveriam estar previstas – mas também de acordo com os 'modelos admitidos' (Perelman, 1979, p. 62) nesta sociedade" (1983, p. 300). A mensagem final dos processos analisados por ela é: "continuem matando entre si que nós sempre saberemos como julgá-los entre nós" (1983, p. 311).

Com relação aos processos de tráfico de drogas analisados, percebemos que a discussão é outra. O acusado desaparece nas argumentações. Nos casos analisados por Correa, por mais que as partes envolvidas, vítima e réu, tenham suas histórias de vida manipuladas, suas individualidades reduzidas à inscrição em modelos de comportamentos admitidos (ou não) pela sociedade, elas entram em cena, ainda que transvertidas de "personagens caricaturadas de seus próprios dramas". O grau de coisificação do acusado no processo de tráfico parece ser maior. Não há uma discussão sobre a adequação do acusado a um modelo de trabalhador honesto, provedor do lar etc. É como se o acusado já estivesse condenado de antemão por estar de posse de drogas. No fundo, só o fato de ser processado e, portanto, possuir o perfil compatível com o modelo que se tem, pelos agentes da lei, do traficante de drogas típico, já é a sua sentença condenatória.

A presunção aqui não é de inocência, mas sim de culpa. Tanto é assim que a discussão entre absolvição ou condenação resume-se nos autos a uma questão técnica, quase corporativa, entre provas exclusivamente colhidas pelos policiais e provas referendadas pelos operadores (ou manipuladores, na expressão de Correa) do direito.

Azar do acusado que estava no local errado e na hora errada. E como para esse crime – equiparado a hediondo – a lei proíbe vários benefícios legais, como a liberdade provisória, a mera figuração nos autos já significa, por si, uma punição.

Ao contrário dos processos sobre homicídios dolosos que envolvem homens e mulheres de um mesmo casal, analisados por Correa, em que vale a máxima do "cada caso é um caso", os processos de tráfico parecem todos iguais.

3. A (IN)VISIBILIDADE DO TRÁFICO: CRIME, PUNIÇÃO E MERCADO

Ao analisar os processos de tráfico de drogas, o presente artigo aponta a dificuldade da justiça criminal em captar o grande tráfico de drogas, aquele descrito pela literatura como organizado em bases empresariais, representante de um novo padrão de criminalidade. Ao contrário do que faz imaginar os noticiários sobre a apreensão de toneladas de drogas, o cotidiano dos tribunais parece ser preenchido pelas pequenas apreensões de droga.

Vários estudos apontam a insuficiência do aparato Judiciário em lidar com o problema. A polícia estaria despreparada em lidar com essa nova criminalidade. O Judiciário não daria conta, seja pelo número insuficiente de juízes por habitantes, seja pela morosidade da justiça criminal, fato que facilitaria corrupções, seja pelas ambigüidades da configuração jurídica brasileira, um misto de sistema inquisitorial e acusatorial (Kant de Lima, 1989 e 1999; Zaluar, 1998 e 2004).

Todavia, pelo exposto ao longo deste trabalho, percebemos que esta dificuldade não se dá em virtude de uma justiça ultrapassada, arcaica, mas sim pela própria lógica do direito e de sua prática que é seletiva. Ao invés de colocar tal problemática no registro da falta, da irregularidade, do mau funcionamento, de questionar por que a justiça criminal não mudou diante desta nova criminalidade, por que a justiça criminal não é diferente, o presente trabalho sugere que é preciso perguntar por que a justiça criminal é assim.

Não negamos todos os fatores levantados como problemas do funcionamento da justiça criminal, mas entender a seletividade como uma falha é aceitar a possibilidade de uma justiça ideal. É preciso ressaltar a funcionalidade desse funcionamento "falho" para a manutenção da ordem das coisas. Nessa perspectiva, destaca-se mais o papel que a justiça criminal tem do que ela deveria ter. Aponta-se para sua positividade.

Muito já se disse sobre a seletividade da justiça e sua conseqüente criminalização da pobreza. Em *Globalização: as conseqüências*

humanas, Zygmunt Bauman coloca a dificuldade de capturar os "crimes dos poderosos" pela lente de todo o sistema de justiça criminal. O efeito ressaltado, todavia, por Bauman, e percebido também na presente pesquisa sobre os processos de tráfico de drogas, é "a identificação do crime com os 'desclassificados' (sempre locais) ou, o que vem dar praticamente no mesmo, a criminalização da pobreza" (1999, p. 134). Vários estudos apontam para a funcionalidade da criminalização em massa para a gestão da miséria gerada pela nova fase do capitalismo globalizado e financeiro: Wacquant (2000 e 2001) enfatiza a ascensão do Estado Penal como contrapartida ao esfacelamento do Estado do Bem-Estar Social na Europa e nos EUA; Young (2002) ressalta a passagem da sociedade inclusiva para a sociedade excludente na Europa; Garland (2002) aponta as contradições nos discursos da criminologia britânica que prega concomitantemente uma "criminologia do eu" e uma "criminologia do outro."

Sem dúvida, essa é uma face do problema. Contudo, o presente trabalho prefere apontar o outro lado. Ao destacar o modo da justiça operar, se, de um lado, permite ressaltar aquilo que é percebido pela lente da justiça, aquilo que é consagrado pela justiça – como, no caso, a representação social a respeito da identificação do criminoso com o pobre –, de outro, sugere que há um outro lado da moeda que é ocultado, desconhecido ou não-reconhecido, portanto, fora da malha jurídica.

Uma hipótese que se levanta a partir desta reflexão é a de que a justiça criminal teria um papel importante na produção de formas alternativas de produção de riquezas. A maneira como constrói seu objeto, os autos, permitiria a justiça produzir e legitimar essas formas alternativas. Como? Ao selecionar o tráfico de drogas de pequeno porte como arauto desta modalidade de crime, excluindo o tráfico de grande porte diretamente ligado ao crime organizado, à lavagem de dinheiro etc. e que extrapola os limites da favela – local em que se dá a maioria das ocorrências objeto dos processos penais analisados –, a justiça penal está consagrando determinada representação social dominante a respeito deste tipo de crime. Insiste em estabelecer a relação entre pobreza e criminalidade, o que é bastante funcional como forma de legitimar a dinâmica da acumulação capitalista na periferia.

O que se propõe aqui é investigar o lugar desta economia da ilegalidade no processo de acumulação capitalista brasileiro.

As relações entre o mercado informal-formal e o mercado ilegal foram já apontadas para entender o crescimento da violência na sociedade contemporânea. Zaluar (1994 e 2004) enfatizou, de um lado, a ausência de limites legais e institucionais capazes de impor regras, em conformidade com a lei, para resolver conflitos decorrentes do crime, uma vez que estes localizam-se no interior de um mercado ilegal, onde vale a lei do mais forte (1994, p. 115). De outro, apontou a ilegalidade do empreendimento como uma de suas principais fontes de lucro.

Misse (2002) argumenta por sua vez que para compreender a violência no Rio de Janeiro, em especial, é preciso recuperar a história dos mercados ilegais na cidade, dos mercados de mercadorias contrabandeadas ou roubadas, dos mercados de prazer e vício (drogas, mulheres e jogos de azar) e dos mercados da agiotagem, da receptação e dos empréstimos. Misse utiliza-se da metáfora da cidade como bazar (em referência a Ruggiero e South, 1997), funcionando como uma espécie de "feira pós-moderna", para acentuar a importância de se entender as (des)continuidades e transformações dos mercados ilegais no Rio de Janeiro.

Ruggiero (2005) fala sobre o crescimento das "economias sujas" no mundo contemporâneo, nas quais as fronteiras entre o legal e o ilegal tornam-se cada vez mais tênues, tornando-se "meras ilusões", das quais a relação entre crime e mercado depende. O autor chama a atenção para as mudanças ocorridas no mundo do trabalho nos últimos anos, como o crescimento de empregos em economias ocultas, paralelas e semilegais e a sua flexibilização e precarização. Por *economia suja*, o autor entende a *economia oficial* que se beneficia de bens e serviços provenientes do crime organizado. A *economia oficial* estaria em contraposição à *economia oculta* que, de acordo com o autor, "é o espaço social e produtivo que opera tanto a economia informal quanto a economia ilegal" (2005, p. 86). *Economia informal* é o mercado de "produção e circulação de bens cuja natureza não está oficialmente definida como ilegal, ainda que sua produção e circulação possam ocorrer em condições ilegais" (2005, p. 85). *Economia ilegal* entende o "mercado em que as condições de produção e distribuição de bens e serviços são propriamente ilegais [ou seja, ilícitas]" (2005, p. 85).

Nesse sentido, para Ruggiero a contemporaneidade assistiria a difusão dos limites que separam o legal do ilegal. De acordo com o autor, o movimento do mercado é duplo: cria outras formas do crime

convencional e "oferece a alguns empreendedores espaços negociados, privados de regras jurídicas, favorecendo novas formas do *white collar crime* " (2005, p. 28).

Todavia, o que o presente trabalho aponta é que a justiça criminal não é indiferente a esse processo todo. Nesse cenário, o direito e sua prática desempenham um papel fundamental em grande parte pela eficácia simbólica do seu poder invisível, "o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem" (Bourdieu, 2003b, p. 07-08).

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica – as mortes que se contam no tribunal do júri. *Revista USP* 21/132-151, São Paulo: USP, 1994.

____. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Revista Novos Estudos* 43/45-63, São Paulo: Cebrap, nov. 1995.

____. Exclusão socioeconômica e violência urbana. *Sociologias* 8/84-135, Porto Alegre: UFRGS, jul.-dez. 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas: o que falar quer dizer*. São Paulo: Edusp, 1996.

____. *A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico*. In: _____. O poder simbólico. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003a.

____. Sobre o poder simbólico. In: _____. *O poder simbólico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003b.

CARDIA, Nancy. *Pesquisa sobre atitudes, normas culturais e valores em relação à violência em dez capitais brasileiras*. Brasília: Ministério da Justiça/Secretaria de Estado de Direitos Humanos, 1999.

COELHO, Edmundo C. A administração da justiça criminal no Rio de Janeiro: 1942-1967. *Dados – Revista de Ciências Sociais* 29-1/61-81, Rio de Janeiro: Iuperj, 1986.

CORREA, Mariza. *Morte em família: representações jurídicas dos papéis sociais*. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1889-1924)*. São Paulo: Edusp, 2001.

GARCEZ, Antônio Roberto Bonato. *Pobreza e violência: uma interrogação às evidências*. Dissertação de mestrado, São Paulo, FFLCH/USP, 1998.

GARLAND, David. As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico. *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade* 11/69-92, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

IBGE. *Participação político-social 1988 – justiça e vitimização*. Rio de Janeiro: IBGE, 1990. vol. 1.

KANT DE LIMA, Roberto. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 10/65-84, São Paulo: Anpocs, jun. 1989.

____. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. *Revista de Sociologia e Política* 13/23-38, Curitiba: UFPR, nov. 1999.

____. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal: uma bibliografia. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais* – BIB 50/45-123, São Paulo: Anpocs, 2000.

LANDREVILLE, Pierre; PIRES, Álvaro. Les recherches sur les sentences et le culte de la loi. *L'Année Sociologique* 35/83-113, Paris: PUF, 1985.

MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. Tese de doutorado, São Paulo, FFLCH/USP, 1996.

MISSE, Michel. O Rio como um bazar. A conversão da ilegalidade em mercadoria política. *Insight Inteligência* 5-18/68-79, Rio de Janeiro: Insight, 2002.

RIBEIRO, Carlos Antônio Costa. As práticas judiciais e o significado do processo de julgamento. *Dados – Revista de Ciências Sociais* 42-4/691-727, Rio de Janeiro: Iuperj, 1999.

____. *Cor e criminalidade: estudo e análise da justiça no Rio de Janeiro (1900-1930)*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995.

ROBERT, Philippe. *La sociologie du crime*. Paris: La Découverte, 2005.

RUGGIERO, Vincenzo. *Delitos de los debiles y de los poderosos. Ejercicios de Anticriminologia*. Buenos Aires: AdHoc, 2005.

____; SOUTH, Nigel. The late-modern city as a bazzar: drug markets, ilegal enterprise and the "barricades". *British Journal of Sociology* 48-1/54-70, Londres, 1997.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos EUA*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2000.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZALUAR, Alba. *Condomínio do diabo*. Rio de Janeiro: Revan/UFRJ, 1994.

____. *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

____. Para não dizer que não falei de samba, os enigmas da violência no Brasil. In: SCHWARTZ, L. (org.). *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. vol. 4.

____. Violência e crime. In: MICELI, Sérgio (org.). *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995) – Antropologia*. São Paulo: Sumaré/Anpocs, 1999. vol. 1.

5

Origen y fundamentos criminológicos de la mediación

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ

Profesor Titular na Universidad de Huelva (España).

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

RESUMEN: La conducta humana concierne a la Criminología como base de su estudio; ello justifica su interés por la mediación y por las expectativas que su desarrollo podría plantear hoy en nuestra sociedad donde la justicia no está en condiciones de satisfacer adecuadamente la demanda social por la resolución de sus conflictos ya que el conflicto es una realidad viva e interesa cómo resolverlo. En algunos casos, recurrir al Sistema procesal puede empeorar la situación; de modo que tal vez necesitemos un método para resolver toda una gama de conflictos, para que los hombres resuelvan sus disputas con rapidez, de forma operativa y menos dramática. El futuro e incluso el presente comienzan a estar en la mediación, donde ambas partes pueden reconocerse mutuamente al ser reconocidas por un tercero o terceros.

PALABRAS CLAVE: Mediación – Víctima – Victimología – Criminología – Derecho penal – Conciliación – Acuerdo.

ABSTRACT: Criminology regards human conduct as the base for its study; that justifies its interest in mediation and the expected impact of its development on our present society. A society whose legal system falls short to meet social demand for conflict resolution, as conflicts are a living reality and resolving them is of great interest. Since turning to ordinary civil procedures may sometimes worsen the situation; we should then find a methodology that can solve an entire range of conflicts, so that humans can have their disputes swiftly resolved, in an operative and less dramatic manner. Mediation has become the answer to the future and the present, where both parties can mutually recognize each other by being recognized by third parties.

KEYWORDS: Mediation – Victim – Victimology– Criminology – Criminal law – Conciliation – Agreement.

SUMARIO: Introducción – 1. La mediación: 1.1 Origen; 1.2 Concepto; 1.3 Fundamentos – 2. Ventajas – 3. Inconvenientes – 4. Tipos-clases – 5. Fases o etapas – 6. Objetivos – 7. Situación actual – 8. Elementos

fundamentales: 8.1 El ofensor; 8.2 La víctima; 8.3 El conflicto; 8.4 El mediador – 9. Aplicaciones – 10. Conclusiones – Bibliografía.

Introducción[1]

Existen muchas razones para que un criminólogo o un especialista en el estudio de la conducta humana se interesen por la mediación, por el conocimiento de sus posibilidades, por los interrogantes y las expectativas que su desarrollo podría plantear hoy en nuestra sociedad.

Una sociedad que coincide en una cuestión fundamental: la justicia no está en condiciones de satisfacer adecuadamente la demanda social por la resolución de sus conflictos, sea ello por un "exceso" social de litigiosidad, sea porque no existen los medios humanos y materiales para hacer frente a la demanda de la sociedad por parte del poder judicial.

Conocer las características más distintivas de esta época puede ayudarnos a comprender la variedad e intensidad de los conflictos que se generan, así como también su posible manejo y resolución.

Millones de varones y mujeres buscan su lugar en el mundo, muros que se derriban, identidades que renacen, minorías que se rebelan, fronteras que desaparecen... paradigmas todos ellos que conforman un universo en permanentemente transformación; nada escapa a ello: el mar, los bosques, las piedras o las personas.

Estos cambios traen aparejados una intensa conmoción y, a veces, resistencia a lo desconocido. El conflicto es una realidad de la vida. Ya existía cuando nos pintábamos las caras y vivíamos en cavernas, y seguirá existiendo mientras la raza humana no se extinga o mientras nuestro planeta no se desintegre en el vació. Lo que realmente importa es como resolverlo. ¿Acudimos a los tribunales para dirimir nuestras diferencias con los demás? ¿o buscamos otros medios que sean más rápidos , baratos y eficaces?

A veces contratamos a un abogado, y lo mandamos a que libre el combate por nosotros; sin embargo, en algunos casos, recurrir a la ley puede llegar incluso a empeorar la situación; de modo que tal vez

1. Recebimento: 02.04.2009. Aprovação: 20.07.2009.

necesitemos un método para resolver toda una gama de problemas conflictivos con la gente. Un método para:

• Que los hombres resuelvan su disputas con rapidez y con un costo bajo

• Que los abogados eviten a sus clientes los pleitos lentos, caros y arriesgados

• Que los conflictos planteados entre familiares, con colegas, subordinados, y entre las empresas y los sindicatos, por mencionar algunos, se arreglen sin llegar a mayores, a la vía penal.

• Que la policía y los trabajadores de la comunidad solventen las diferencias comunitarias antes de que se conviertan en un problema real.

La mediación tiene una rica historia en la costumbre. Los extensos círculos familiares y de parentesco han constituido un recurso de mediación en muchas tierras y culturas. A medida que las familias rurales se integraron para dar lugar a pequeñas poblaciones y éstas se convirtieron en ciudades, y la familia nuclear reemplazó a la familia extensa, la estructura familiar comenzó a disminuir en su carácter de recurso para la resolución de conflictos. Las personas mostraron una tendencia creciente a acudir en busca de mecanismos formales, en vez de informales, para resolver sus desavenencias.

No obstante, la modernización ha generado cierto grado de globalización de tales conflictos. No es casual que en el siglo en que vivimos, en el cual se ha desarrollado una tecnología asociada a la guerra con una capacidad de destrucción masiva, se hayan destinado tantos recursos humanos y materiales al estudio de la paz: organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales o los mismos gobiernos que compran armas y financian la industria militar dedican una enorme cantidad de recursos para pacificar regiones o países en guerra y, más recientemente, para evitar posibles guerras futuras.

Estamos en una sociedad donde predomina el hundimiento de los valores tradicionales, la incertidumbre, así como, una fuerte tendencia hacia el individualismo, y ello, desde cualquier punto de vista. Hasta ahora las instituciones, especialmente el Estado, se hacían cargo de nuestro destino; el engranaje político preparaba el futuro del individuo de una manera poderosa y generosa.

Pero hoy cada uno sabe, en el interior de su corazón, que esos apoyos vacilan y que tendrá, pues, que contar consigo mismo para construir, con otros individuos que sufren de los mismos males, una nueva alternativa al sistema judicial. El futuro está en la mediación. Sí, todos necesitamos ser reconocidos por terceros; seamos quienes seamos, todos necesitamos mediación.

No se trata de la protección que viene de arriba, institucional, binaria, que establece un terreno de coexistencia en el que cada uno se mantiene en sus posiciones; se trata de paridad igualitaria, al admitirse cercanos y diferentes, semejantes y distintos. Y esto, al permitir la mediación que ambas partes puedan reconocerse mutuamente al ser una y otra reconocidas por un tercero o terceros.

Porque la mediación se nos aparece como un lazo indispensable de nuestro mundo y porque, al mismo tiempo, su futuro está en entredicho; por todo ello, este trabajo representa un compromiso, una puesta por el futuro: por una construcción a largo plazo y que resulta necesaria en este tiempo de "inmediatez" en el cual vivimos.

1. La mediación

1.1 Origen

La Mediación como alternativa en la resolución de conflictos, en las que una tercera parte ayuda a los contendientes a resolver sus conflictos y a llegar a sus propias decisiones, no es una invención novedosa, probablemente sea tan antigua como la humanidad misma.

La Mediación, como la mayoría de los conceptos existentes no es una creación actual, sino una adaptación de lo que ya existía en otras épocas y culturas sociológicamente diferentes.

No olvidemos que prácticamente en todos los grupos étnicos han existido sistemas de solución de conflictos. Sin ir más lejos la Iglesia Católica durante siglos ha desempeñado un papel destacado en la resolución de conflictos entre sus miembros; donde la mediación de Cristo es una doctrina de fe explícitamente afirmada por la Sagrada Escritura ("Uno es el mediador entre Dios y los hombres, el hombre Cristo Jesús, que se entregó a sí mismo para la redención de todos"; I Tim. 2.5-6; cf. II Ad Cor.5,19), a quien, en cuanto hombre le conviene unir

los hombres a Dios, trayendo los preceptos y dones divinos, y satisfaciendo e interpelando por ellos ante Dios.

Un antecedente más cercano en nuestros días y por todos conocido es la figura del párroco local quien con frecuencia era invitado a intervenir como mediador, especialmente en desavenencias familiares, para sugerir formas en que los contendientes pudiesen convivir o reorganizar sus relaciones. Otro ejemplo sería el de la etnia gitana quien todavía hoy dirime sus desavenencias a través de los ancianos de su comunidad.

El conflicto siempre fue uno de los grandes temas comunes a todas las ciencias sociales y humanas: la Antropología, el Derecho, la Economía, la Psicología, la Sociología. Además en este terreno –ya se trate de conflictos internacionales o de pleitos entre vecinos, familiares o empresas– se ve la preocupación compartida por diseñar mecanismos que favorezcan la solución pacífica de controversias, y así, de modo casi espontáneo se llegó al acuerdo de que ninguna ciencia podía por sí misma dar cuenta del conflicto en todas sus dimensiones; casi todas las disciplinas procuraron desarrollar técnicas de intervención que favoreciesen el diálogo, la comunicación, el acuerdo negociado y el compromiso con una solución satisfactoria para todas las partes.

De este modo en la década de los setenta comenzó a desarrollarse, sobre todo en Estados Unidos, el estudio de las técnicas alternativas de resolución de conflictos, o de disputas como también se las denomina, dentro de las universidades, centros de estudio, públicos y privados, dedicados por entero al análisis y la investigación de la naturaleza de los conflictos, sus causas, su dinámica y su evolución; centros muchos de ellos directamente relacionados con los Tribunales de Justicia.

No vamos a negar que muchos de estos centros surgieron en plena guerra fría y con una preocupación explícita por la seguridad de Estados Unidos, conscientes siempre de que la Unión Soviética les apuntaba con misiles nucleares, pero lo cierto es que la crueldad y la voluntad de aniquilación del contrario que se manifestaron en esa época también sirvieron para estudiar las características de diferentes mecanismos que podían contribuir a lograr finalmente la paz.

Diversas especialidades, como la terapia familiar o la teoría de sistemas, comenzaron a prestar especial atención a la resolución de

conflictos mediante el recurso de técnicas en que primaran el diálogo y la comunicación. Especialidades que pretenden diseñar mecanismos de resolución de conflictos distintos de los que ofrece el Estado tradicionalmente, eso sí, con la intención de lograr una convivencia satisfactoria y armónica.

En los siguientes párrafos quisiera aludir brevemente a la Victimología pues su importancia tuvo en la proliferación de todo este fenómeno y así por todos es sabido que el derecho a la compensación se encuentra en la Ley Babilónica – *Lex Talions* – "ojo por ojo, diente por diente" pero conforme avanzaba la edad media las restituciones establecidas hacia las víctimas de diversos delitos fueron desapareciendo...

La evidencia histórica recalcó la necesidad de la participación activa de la víctima en cada uno de los pasos del proceso judicial. Pero en los inicios del siglo XX su figura todavía seguía sumida en un olvido desconcertante al seguir siendo imperceptible. Obviamente tenía el papel de denunciante ante la policía, pero legislativamente hablando, la posibilidad de alguna compensación era mínima.

Si bien hubo una recuperación de la víctima en la década de los años 20 no fue hasta la mitad del siglo cuando solidificó la idea de tener en cuenta los intereses de la víctima, dentro de un esquema que suponía su participación y la del delincuente. El fundamento de ese esquema participativo no es otro que la resolución del conflicto creado por el acto delictivo, al tener que hacer frente al mismo. La idea de resolución pacífica aplicada al ámbito penal tiene su máxima expansión en Canadá durante la década de los 70, con la proliferación de diversas formas de mediación, conciliación y reparación, englobadas en lo que se vino a llamar "Justicia Informal".

Este es el marco en el que se desarrolló un fuerte movimiento de crítica hacia el proceso legal existente.

1.2 Concepto

Una definición concisa y clara podría ser la que encontramos en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y es el siguiente: *Mediación se dice de la* "Acción y efecto de mediar (Del lat. Mediare) intr. Llegar a la mitad de una cosa. Ú.t. en sent. Fig.// 2.

Interceder o rogar por uno.// 3. Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.// 4. Existir o estar una cosa en medio de otras)".

Tras el estudio llevado a cabo sobre la materia debo señalar que no hay un único concepto de mediación, no existe una sola idea de lo que esta es, o en que consiste. Ello responde a la gran cantidad de aplicaciones que permite la misma, al tener cabida en el ámbito: Penal, Civil, Mercantil, Laboral... así pues los detalles específicos de la mediación dependen de que es lo que se está sometiendo a mediación, las partes en desacuerdo, quien gestiona la mediación y el medio en el cual se desarrolla.

En lo expuesto hasta el momento hemos ido dando ya algunas pinceladas sobre lo que la mediación es, y qué es la mediación, pues bien, podemos definirla como una técnica, "novedosa" en España y que tiene perspectivas de futuro en el campo de lo Penal y Familiar, encaminada a la resolución de conflictos donde las partes interesadas o afectadas comienzan a trabajar con la colaboración de una tercera persona imparcial, para lograr un acuerdo-solución que resulte aceptable y práctico a su problema.

La Mediación se define pues por tres aspectos básicos:

• Las partes cuya participación es voluntaria (no obligatoria); La Mediación comienza cuando las partes delegan en la figura del mediador la responsabilidad de resolver una disputa, terminando en el momento en que estas lo decidan o así lo considere el gestor del conflicto, bien por imposibilidad de avanzar al considerar que es conveniente derivar el caso a otro profesional (por ejemplo un psicólogo para trabajar en terapia) o bien al encontrar estos la solución.

• Intervención de un tercero aceptable, imparcial y neutral que puede ser desde el vecino conciliador hasta el profesor que evita que dos alumnos se golpeen, pero lo que en ningún caso hará será solucionar sus diferencias, básicamente por que carece de poder para ello, pero por el contrario escuchara, preguntara, sondeara, intercambiara ideas creativas, llegando incluso a desafiar y confrontar a las partes para provocar así su participación activa en el proceso; en definitiva, se encargara de dirigir y controlar la dinámica interna del conflicto y de su transformación, siendo su meta última la de elaborar un convenio en el que se recojan todos los intereses y necesidades de los afectados.

• El acuerdo solo se firma si las partes están conformes con la totalidad del contenido. Su éxito dependerá únicamente de la legitimidad otorgada a las partes pues solo ellas son los más idóneas y capacitadas para adoptar decisiones que influirán sobre sus propias vidas, siendo entonces y no antes cuando asuman como suyo el proceso, lo que garantizara sin duda alguna su cumplimento y puesta en práctica.

1.3 Fundamentos

Después de un exhaustivo análisis he llegado a la conclusión de que la Mediación, entendida como procedimiento encaminada a la resolución de conflictos o como es nuestro caso, a la disipación de controversias, se fundamenta en tres pilares, pilares a los que podemos referirnos con los términos de:

1. *Voluntariedad*: entendida esta como la opción libremente aceptada y acordada por las partes de someterse a dicho proceso, siendo estas las que determinen su inicio, estableciendo su marcha, en función de los avances logrados o su extinción.

Si bien es cierto que víctima e infractor deberán ser informados de la posibilidad de acogerse a esta técnica no menos cierto es el hecho de que su éxito, como ya recalque anteriormente, radica en la voluntariedad de los litigantes para poner en marcha dicho mecanismo.

2. *Confidencialidad*: el mediador podrá reunirse tantas veces como desee con las partes, de forma individual o conjunta, según lo considere necesario, pero en todo momento se vera obligado a garantizar la confidencialidad de dichas entrevistas, no solo de cara al otro litigante, en cuyo caso necesitara su autorización expresa, sino a una posible citación a juicio en calidad de testigo donde se vera obligado a guardar secreto, de romperse esta norma la mediación perdería toda credibilidad. Por ello el mediador les entregara un convenio de confidencialidad que todos suscriben y les obliga a no difundir públicamente lo que allí se trate. En caso de que posteriormente se acuda a la vía judicial, el mediador no podrá se llamado como testigo. Si el intercambio de documentos privados entre los abogados no se admite como prueba tampoco deberá ser valido en el caso de los mediadores; iría contra toda deontología.

3. *Conciencia y deseo de resolver el conflicto*: aquí podemos encontrarnos con varias posibilidades ya que no necesariamente tienen

porque darse ambas variables así pues, puede darse una y no la otra, o a la inversa, o incluso ninguna, de ser así nos hallaríamos ante un problema serio, tan serio, como que no habría mediación alguna posible. Lo que buscaremos en una y otra figura será:

• *Infractor*: donde será importante medir el grado de responsabilización de sus acciones y consecuencias y hasta que punto esta dispuesto con su esfuerzo personal a compensar y reparar a la víctima.

• *Víctima*: conocer las consecuencias (físicas, psíquicas, materiales) que ha sufrido a raíz del acto delictivo, valorar su capacidad para ponerse en lugar del agresor (atenderemos a la infracción cometida pues no es posible ni aconsejable en todos los supuestos), y ser compensado.

4. *Legitimación de las partes*: desde mi punto de vista es la gran diferencia con el procedimiento penal actual, donde son los abogados de las partes y no estos quienes están legitimados para intervenir ante la Sala, una Sala ante la cual no suelen defenderse sus intereses, donde se les niega como personas, donde se les niega la oportunidad de asumir el control de su propia situación aumentando si cabe su dependencia en la autoridad externa.

Al cederles el testigo lo que estamos consiguiendo es reforzar su autoestima y su sentido de la competencia, donde la autoridad final corresponde a los propios participantes, siendo mucho más probable que respalden "su convenio" que la sentencia impuesta por un tercero, una persona ajena a su problema.

Derivada de la legitimación surge una pacificación del conflicto, lo que se traduce a la larga en una transformación de la Sociedad. Con la Medicación se esta fomentando el dialogo entre sujeto pasivo y activo, pues es necesario que las partes hagan un esfuerzo por comunicarse, esa comunicación conlleva el comprender las razones y justificaciones sobre las que cada uno basa sus alegatos, el ponerse en su lugar reducirá la hostilidad existente entre ambos aumentando la probabilidad de que lleguen a un acuerdo tras el cual es de esperar que no tengan la necesidad de pisar un juzgado.

Evitar esa situación donde a la salida del juzgado el uno le dice al otro que: "esto no se queda así", "nos veremos las caras" etc.

2. VENTAJAS

1. Reduciría de manera considerable los asuntos que están en espera de ser resueltos por los Tribunales de Justicia.

2. Implica un ahorro de tiempo con respecto al procedimiento judicial, donde lo normal es que se dilate en el tiempo durante meses o años, frente a la mayor o menor inmediatez de la mediación y que puede reducirse a unas pocas sesiones (4 ó 6), si bien esto último dependerá siempre de su gravedad.

3. Ahorro de dinero: pues los honorarios del mediador van en función de las horas invertidas en la mediación que siempre serán mucho menos que las de un abogado. De lo que se deduce que abre su abanico a una amplia gama de clientes, es decir, para los pobres y los no tan pobres.

4. No existen perdedores, ambas partes son ganadoras, lo que posibilita futuras relaciones de las partes.

5. La naturaleza de la Mediación, basada en el dialogo y la comunicación, favorecen:

• El que decidan de común acuerdo el contenido del arreglo a cuyo cumplimiento están dispuestas a comprometerse.

• Una mayor comprensión del "porque" actuó de determinada forma y el "cómo" se siente el otro, ruptura de estereotipos, un mayor acercamiento de la Sociedad, tal vez donde antes veíamos sin mirar podamos esperar que con el tiempo se de un "mirar"; un abrir los ojos a ese intercambio de información mutua que les permita establecer una base sólida con la que poder realizar futuros juicios de unos respecto a los otros (La mediación voluntaria también disminuye los efectos etiquetadores y alineadores de los castigos tradicionales).

• Mitigando por tanto la culpa y fomentado los sentimientos de autoestima.

6. Aprendizaje: supongo que todos compartimos la idea de que "no hay mejor escuela que la experiencia de uno mismo", de ser así la satisfacción que reporta el solucionar un conflicto y la mayor capacidad para afrontar otros semejantes incentivaran su nuevo uso en ocasiones venideras.

3. Inconvenientes

1. No es factible para todos los supuestos, determinadas infracciones de la ley no son mediables.

2. No tiene en cuenta la diferencia de poder que puede existir entre las partes, el mediador deberá valora este aspecto con el fin de evitar la firma de acuerdos injustos.

4. Tipos-clases

1. *Pura o extrajudicial*: se lleva a cabo en un ámbito independiente del judicial (no es el juez el que las remite a mediación); se llama *pura* por que es la que reúne todos los requisitos (voluntariedad...) y en la cual todo el proceso está en manos de las partes.

2. *Derivadas*: por los Tribunales o por los organismos públicos, bien por el juez o bien por la policía se deriva a Mediación, en la que lo más frecuente es que el mediador sea designado por alguien ajeno a aquellos.

3. *Vinculada a tribunales*: mediación intrajudicial, es decir, dentro del propio sistema judicial son los equipos técnicos o la Administración de Justicia los que realizan la Mediación.

De esta clasificación podemos extraer una idea clave, la existencia de dos tipos de mediadores: los mediadores institucionales o los mediadores ciudadanos. Si los mediadores institucionales representan siempre un cierto poder, los mediadores ciudadanos son ciudadanos entre los ciudadanos. No están confeccionados por las instituciones, son mediadores "naturales" que nacen en los grupos sociales, como agregados por ellos para atender las necesidades de la comunidad. No tienen poder como tales, no son jueces que dilucidan, ni árbitros a los que se delega la conclusión de un pleito; no tienen medios técnicos como los tiene, por ejemplo, un mediador institucional, un experto: no tienen armas para terminar con el conflicto, pero están ahí para permitir que las personas encuentren, por sus propios medios, una salida a su conflicto. No tienen más autoridad que la moral.

Donde la formación necesaria para convertirse en un buen mediador ciudadano no será puramente técnica, la dirigida esencialmente a juristas y a psicólogos de profesión. Ser mediador ciudadano es un arte, un arte que, como todo arte, no acaba nunca de perfeccionarse. El arte de la relación personal y social en el que se recurre a las fuentes

propias de las personas que se dirigen a ellos; apoyándose en eso que las personas poseen y que no se atreven a utilizar o no recuerdan: sus propios recursos; las despiertan si están dormidas, las dan confianza, las confortan, las ayudan a ponerse en marcha, a superar la situación, en definitiva: a pasar a la acción.

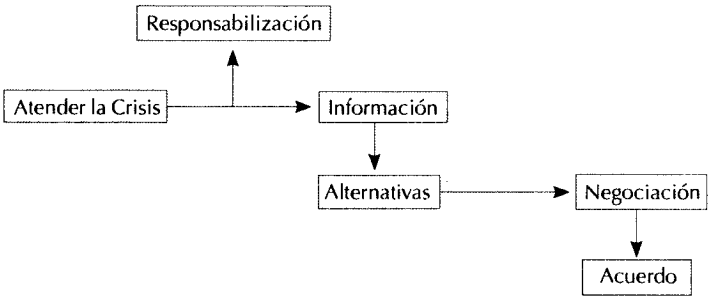
Por el contrario los mediadores institucionales, son esencialmente expertos formados para resolver un problema concreto, bien definido; ya sea en materia de: seguros, en el campo de la familia, de la empresa, o en ciertos barrios difíciles. Y es muy comprensible la necesidad de estos mediadores expertos en nuestra sociedad (Valiéndose incluso de anuncios breves en la prensa, las ciudades solicitan mediadores voluntarios que quieran convertirse en mediadores municipales para ayudar, por ejemplo, en la solución de problemas que surgen en barrios conflictivos.), cada vez más compleja y necesitada de especialistas que afronten las nuevas cuestiones que se plantean. Funcionarios de todos los tipos, secretarias y tecnócratas, se convierten en intermediarios necesarios y desempeñan cada vez más una función indispensable: son indispensables por su mayor riqueza en el conocimiento de los asuntos para tomar decisiones y por su gran habilidad para encontrar una salida en el laberinto de las leyes.

Un elemento diferenciador de ambos mediadores es el tiempo; el mediador ciudadano cuenta siempre con el tiempo mientras que el mediador institucional tiene prisa, una prisa que le viene impuesta por el organismo que le ha nombrado, para encontrar soluciones y dar resultados lo más inmediatamente posible, esto es, tiene que rendir. Sin embargo el mediador ciudadano se olvida de atajos y precipitaciones, tomándose el tiempo que haga falta.

5. Fases o etapas

1. Atender la crisis
2. Buscar información
3. Generación de alternativas
4. Negociación

5. Acuerdo



A los mediadores no les interesa el "por qué" sino el "cómo" se va a resolver el conflicto.

El mediador debe en la primera entrevista arropar la crisis y conseguir que el victimario se responsabilice de sus actos. El éxito de la Mediación depende mucho de lo que ocurra en esta fase inicial pues si la hostilidad es demasiado fuerte el éxito es poco probable; y todo ello al tiempo que recogemos toda la información (*preocupaciones, posiciones; sondear posibles intereses; corroborar ciertos datos personales*) que nos sea posible, para ello nos apoyaremos en la técnica de la reformulación (*muy importante pues se trata de una técnica empleada para disminuir el nivel de pelea, se debe conseguir que admitan tener un problema pero no preguntar ni interpretar sus sentimientos, no están ante una terapia de psicólogos. Nos permitirá transformar los reproches en deseos al tiempo que nos ayuda a pasar de las posiciones a los intereses*) a la que acudiremos cada vez que consideremos que tenemos algo importante para las personas y no para nosotros, hasta lograr que se escuchen y entiendan lo que el otro le dice.

Las partes deben adoptar decisiones pero siempre con información procurando equiparar los poderes de ambas partes; no sustituye la necesidad de información y asesoría legal, por lo que no se la facilitamos nosotros sino que le pedimos que la busquen fuera (letrados, profesionales...) y una vez que están en condiciones de tomar decisiones les pedimos que generen alternativas, donde únicamente nos limitaremos a escucharlos pues les resultara más fácil aceptar las propuestas por nosotros, se trataría de fomentar la "lluvia de ideas" donde

debemos lograr la equidistancia funcional y sobre todo no juzgar, no hacer juicios de valor para evitar alianzas con alguna de las partes.

Una vez generadas un número considerable de alternativas entramos en la fase de negociación donde debemos tener cuidado ya que las partes acudirán a la Mediación con:

- Un Mínimo
- Una Meta
- *Intención de Tanteo*: se tiende a inflar para poder llegar a un acuerdo con el que conseguir lo que quieren.

Donde se pueden distinguir las siguientes zonas de tanteo:

- *Zona defensiva*: mínimos de cada parte.
- *Zona creativa*: es la que está entre los dos objetivos siendo probable que se llegue a un acuerdo.
- *Zona de tanteo*: si el tanteo está muy cerca de la zona límite es muy probable que la negociación se rompa.
- *Zona limite*: si no me dan lo que pido me levanto y me voy.

Lo que firman ante el mediador es un acuerdo, ese acuerdo llevado ante el abogado, el Fiscal y el Juez se convierte en Convenio Regulador que tendrá pleno valor, esto es, eficacia total.

6. Objetivos

1. Contribuir a reducir el miedo y la ansiedad; los sentimientos pueden ser expresados, reconocidos y respectados.

2. Sirve para regular conflictos.

3. No busca la responsabilidad del delincuente sino su responsabilización.

4. Suscitar vínculos entre personas ó grupos, que no existían con anterioridad y que serán beneficiosos para unos y otros.

5. Mejorar o recuperar las relaciones ya existentes y que se habían distanciado o abandonado: se estimula la reconciliación.

6. Aprender a reconocer futuros conflictos y preverlos.

7. Evitar los efectos negativos que provoca la victimización.

8. Priorizar, antes que la sanción, alternativas de solución distintas a las del Derecho: el simple perdón, disculpas, realizar determinadas actividades etc.

9. Contribuir a incrementar en la mayor medida posible la competencia personal y social del autor.

10. Elaborar un equilibrio justo entre víctima y victimario.

11. Reducir los obstáculos a la comunicación.

12. Proporcionar un modelo para la futura resolución de conflictos.

13. Mirar hacia el futuro más que hacia el pasado.

14. No interesa saber quien tiene razón: los dos quieren tener razón; no es necesario que uno pierda para que el otro gane, "yo gano–tu ganas".

15. Disminuir la reincidencia.

7. Situación actual

El sistema judicial responde a un determinado contexto cultural, fruto de una larga evolución que finalmente ha cristalizado en la atribución al Estado del *Ius Puniendi*, esto es, de la pacificación de los conflictos y la restauración de la paz social, función que cumple el poder Judicial.

Esa sería la teoría o parte bonita de la historia, ya que aquel que conozca mínimamente la realidad penitenciaria coincidirá conmigo en que el cumplimiento de una pena privativa de libertad puede llegar a producir efectos devastadores sobre la persona del condenado, sin que lleve aparejado alcanzar las pretendidas metas resocializadoras. A ello debe añadirse los considerables costes económicos que la ejecución de la privación de libertad supone para el Estado, y eso sin contar el incremento de problemas con que nos podemos encontrar cuando alcanzan determinadas cotas de hacinamiento y superpoblación carcelaria.

Es lo que se ha venido en llamar la "crisis del Estado sancionador" a lo que se suma una justicia carente de medios, desprestigiada ante la ciudadanía, que resulta no sólo lenta sino cara. Desgraciadamente esta es la justicia de nuestros días, una justicia que contribuye a la inseguridad jurídica, y que se ve acentuada por la impunidad de los más pudientes. Si preguntamos a la sociedad por su parecer nos

encontraríamos con que ese sentir ciudadano clama por una justicia que sirva para todos y no una justicia integrada por castas, es más, rechazan esa clase de justicia, una justicia ajena a la realidad social, desprovista de contenido humano. Esa justicia no nos vale, no llena a los ciudadanos.

Los conocedores del Derecho saben que dentro de éste hay una Teoría denominada *Realismo*, teoría que viene a decir que las leyes existen pero existen en abstracto, o lo que es lo mismo, la ley vive cuando se aplica, por tanto se hace real cuando se aplica. Lo que intento plasmar es que las limitaciones de la ley suelen obviarse por la necesidad de que sea la base de nuestra civilización (*Iusnaturalismo*), de hecho la ley es el único elemento que distingue la civilización de la anarquía.

Lejos de esa postura debemos afirmar que la ley también ofrece ventajas pues sin lugar a dudas es la gran protectora de los derechos y las libertades, por otro lado, nos permite delegar la responsabilidad de nuestros problemas, con lo cual en lugar de asumirlos podemos contratar abogados que nos representen y que sorteen el pleito por nuestra cuenta. Incluso podemos creer, por lo menos hasta que lleguen las facturas, que el riesgo es solamente de ellos, eso sin mencionar que los veredictos pueden ser apelados, revocados, apelados de nuevo, revocados nuevamente y así a través de todo el sistema hasta llegar, a veces, al Tribunal Europeo de Justicia.

En definitiva, que la ley no nos deja más opción que resolver el conflicto mediante la determinación de quien tiene la razón, lo que a su vez implica, necesariamente, una parte victoriosa y otra derrotada, o lo que es lo mismo, un ganador y un perdedor. ¿Pero qué criterios seguir para establecer quién tiene la razón? Quien tenga la razón dependerá del juicio valorativo que se realice de cara a los hechos acaecidos, es decir, del sistema de valores imperantes en la sociedad, y de las reglas que encarnen dicho sistema. Así mismo, esto condicionará que hechos serán tenidos como ajustables a la norma y cuales no, cuales son reprochables socialmente y cuales no. ¿En que se traduce esto último? Muy sencillo, en que el ciudadano estará obligado a responder de sus hechos delictivos y acatar lo que le imponga el juez aunque siempre le queda la posibilidad de entrar en el juego de recurrir, eso si tiene medios para ello y donde nos vemos inmersos en un procedimiento judicial en el que el juez impone una solución al conflicto, una

solución donde para nada se tiene en cuenta de la opinión de las partes y al margen de que la decisión sea o no de su agrado. Sentencia que con mucha frecuencia es motivo de conflictos posteriores y distintos del original por el que se acudió ante un tribunal. ¿No podríamos evitar esto recurriendo a las técnicas alternativas de resolución de conflictos?.

Llegados a este punto sólo nos queda apelar a los profesionales y dentro de ellos a los jueces, sobre los que recae una doble responsabilidad: como ciudadano y como representante de todos los ciudadanos. Una doble responsabilidad que evoluciona cada día y que le debería llevar a una transformación profunda de sus criterios, de sus decisiones; teniendo que estudiar y elaborar respuestas nuevas, más humanas; respuestas alternativas a la privación de libertad y que intensifiquen la reparación a las víctimas, la gran olvidada, pero para ello seria aconsejable que escucharan lo que Ciencias como la Criminología, la Victimología, la Psicología, ... tienen que aportar a la ley, que no es poco.

Algo que he podido constatar desde el gremio de los abogados es el hecho de que sea precisamente en los medios jurídicos donde más resistencia y prevención provoca la proliferación de la mediación, ¿Intrusismo? (*si bien es cierto que la mediación es una técnica interdisciplinar no menos cierto es que no busca suplantar a otros profesionales*), sin embargo tengo la confianza de que tarde o temprano esta nueva institución acabara implantándose en casi toda nuestra sociedad, teniendo en cuenta que ya existe y se practica por ejemplo en muchas de las Comunidades Autónomas que pueblan España.

Lo curioso de todo esto es que por mucho que avance la vida siempre volvemos a nuestros orígenes, la mediación no es algo nuevo, ¿qué estamos haciendo?, ¿será que buscamos un control menos formal? Yo diría que estamos intentando recuperar del pasado formas más solidarias y sencillas de convivencia. Por lo que una vez más llego a la conclusión de que todo en esta vida es cíclico: las grandes guerras, la paz, incluso las modas del vestir o las bebidas,...

La calidad de este servicio depende de la capacidad que tenga el equipo mediador para elaborar diagnósticos acertados sobre la naturaleza del litigio en cuestión y sobre la personalidad de los involucrados. En cualquier caso, para que la mediación funcione correctamente es necesario contar con los recursos: humanos y materiales imprescindibles; garantizando al tiempo que las opciones que ofrezcan

sean realistas. Por esa razón, el poder judicial y el legislativo deben ser los responsables de aplicar y diseñar respectivamente la normativa que regule adecuadamente sus necesidades, debiendo establecer los criterios mínimos para la correcta capacitación de sus mediadores.

"Pero no en todos los ámbitos en los que puede aplicarse la mediación existe una instancia jurisdiccional alternativa: así sucede con los conflictos en las escuelas, asociaciones deportivas y en general en los conflictos en el ámbito comunitario.

No obstante, incluso en los supuestos en los que si existe posibilidad de opción, pensamos que no puede existir una mediación eficaz sin un sistema judicial eficiente. Si la justicia no es una opción real, útil y ágil para las partes más débiles, difícil será que éstas puedan negociar en un mínimo de igualdad de condiciones por más que el mediador sea muy hábil para reforzar las aptitudes de las partes intervinientes.

Así mismo significa un cambio de actitud en los magistrados y tribunales, pues implica un mayor respecto y aceptación de lo que las partes acuerden y por lo tanto, que en vez de tener sentencias casi estándares se trate de sentencias más a la medida" (Curso de mediación general y penal. Madrid: I.A.E.E.F, 2000).

¿Cómo vamos a lograr la reeducación o la resocialización social del delincuente si éste no se compromete a la reparación de sus víctimas?. Siempre he opinado que todo el mundo se merece una oportunidad y sino díganme que gano yo como ser humano si una persona "X" debido a circunstancias "Y" se ve en la fuerte necesidad de robar mi casa, un ejemplo este como podría ser cualquier otro, y como sanción el sistema lo envía derechito a la cárcel, con todo lo que esto conlleva. Digo el sistema por que dependiendo del delito cometido una vez puesto en marcha el engranaje de este yo poco o nada tengo que decir, eso si se aprecia mi parecer. ¿Es hacer justicia imponer la voluntad de la mayoría?, ¿Justicia para quién?, ¿No estaremos agrandando las heridas?, ¿No saldríamos más beneficiados todos si le diésemos la oportunidad de ir a Mediación o cuando menos de reparar el daño causado?.

Cerraremos este punto mediante una cita representativa que escribe Antonio Beristain y que entraña la esencia de nuestro discurso: "Si un árbol reverdece sus hojas no caen".

8. Elementos fundamentales

8.1 El ofensor

Personalmente considero que participar en estos programas puede ser el primer acto de aprobación social que logren realizar de manera satisfactoria muchos de nuestros ofensores ya que cualquier programa que muestre indicios de inclusión en la sociedad traduce o traducirá una ligera mejora en la actitud y la conducta de los criminales y más cuando desde un primer momento se les ha aclarado que su participación en el proceso de reconciliación nunca será obligatoria asistiéndoles en todo momento, como es lógico, su derecho a declararse inocentes y buscar en el tribunal la absolución o la destitución de los cargos.

En relación a estos programas decir que están pensados no sólo para dar poder y reparar la ofensa causada a la víctima, sino también para considerar a los criminales personalmente responsables del daño que provocan sus crímenes.

Cuando hablamos de compensar a la víctima no debemos pensar únicamente en la reparación financiera pues si una cosa he extraído en claro de mis estudios (personales y académicos) es el hecho de que las víctimas, en el encuentro con sus ofensores, dan mayor valor a los beneficios psicológicos que a los monetarios, por todo ello para que se produzca la reconciliación, aunque resulte insólito, basta con el servicio personal a la víctima, un acuerdo para cambiar ciertas conductas, el arrepentimiento o una disculpa formal, pues muchas veces no piden más que eso (Todo lo sencillo entraña en si grandes complejidades).

Tal vez un factor decisivo que influye en la acogida y aceptación de la mediación sea la capacidad monetaria de los criminales (algunas víctimas buscan esta opción). No podemos olvidar que un porcentaje considerable de criminales están desempleados o ganan demasiado poco como para realizar indemnizaciones financieras significativas. Si quisiéramos solucionar este problema, problema que se ha dado y se da actualmente con las sanciones convencionales, una manera de hacerlo sería ayudándoles a buscar trabajo. Lo cual podría conseguirse de varias formas: bien mediante convenios con empresarios del sector privado o bien con organismos públicos o no lucrativos cuyo trabajo sería supervisado por el personal del programa.

A modo de curiosidad indicar que las ofensas más habituales aceptadas para la mediación son los delitos contra la propiedad no violentas (Por ejemplo, los allanamientos de morada, robos y vandalismo).

Enlazado con esto último señalar que son precisamente los criminales habituales, aquellos que niegan su culpa y los que no muestran ningún tipo de arrepentimiento, los que están menos predispuestos a buscar la reconciliación con las víctimas; por consiguiente, son considerados a menudo inapropiados para estos programas. Además si tenemos en cuenta que los encuentros cara a cara requieren al menos de algunas habilidades sociales (asertividad, empatía,...), nos encontramos con que los que tienen dificultades para expresarse pueden verse obstaculizados en sus esfuerzos por lograr la reconciliación, incluso contando con la ayuda de un mediador habilidoso.

Los delincuentes con mayor probabilidad de beneficiarse de la mediación serían aquellos que delinquen por primera vez o cuya relación continua con sus víctimas pueden derivar en futuras y más graves ofensas si las cosas no se aclaran entre ellos.

8.2 La víctima

Llegados a este punto resulta obligado hablar de la Ciencia que se ocupa de su estudio, del estudio de la víctima, esto es, de la Victimología. Una ciencia que en su discurrir histórico a pasado por diversas fases pero que actualmente podemos decir que converge juntamente con la Criminología en el estudio del: ofensor-delito-víctima, prueba de ello es que hoy me encuentre aquí hablando de mediación; piénsenlo por un minuto, no es acaso este un proceso, la mediación, dedicado por igual a la víctima, el criminal y el acto; yo diría que sí, pues de observar aisladamente cada uno de estos elementos no obtendríamos resultado positivo alguno.

Esta idea queda claramente expresada en el siguiente comentario de Peris Riera:

"Durante muchas décadas las investigaciones se centraron en la "persona delincuente", numerosos análisis físicos, psíquicos (...), trataban de explicar el fenómeno de la criminalidad, sus orígenes y las medidas preventivas que podían atajarlo; al descubrir que ese procedimiento no aporta soluciones reales se vuelve la mirada hacia el otro

elemento personal que interviene en la función delictiva, es entonces cuando adquiere algún valor la figura de la víctima. Esa es la única justificación del cambio.

Ha llagado la hora de afirmar rotundamente que hacer hincapié en la persona del sujeto pasivo del delito –sin más– no llevaría mucho más lejos de lo que ha conducido durante años el estudio del delincuente o del acto criminal, olvidando cualquier tipo de consideraciones relacionales.

La víctima no puede, por tanto, ser estudiada en sí misma "prescindiendo de la interacción de las fuerzas y de los factores que actúan sobre ella", su conducta deberá ser tenida en cuenta e incluida en la estructura del hecho delictivo."

Algunos autores sostienen que el Derecho Penal moderno no debe girar tanto alrededor de la pena y la sanción al delincuente, sino en torno a la indemnización, la compensación y la satisfacción a las víctimas de la delincuencia común. Para mi esto es mantenerse en posturas maniqueístas, considero que si la historia nos ha demostrado que ni uno ni otro camino nos llevan a buen puerto porque no buscar un equilibrio entre ambas Ciencias. ¿Por qué no abrir puertas a la mediación?. Si fuéramos capaces de hacer ver esto a nuestros juristas probablemente muchos de los malestares sociales de nuestros días se verían resueltos: justicia, economía, paro...

Creo que ha llegado el momento de que el ciudadano, la víctima, deje de cruzarse de brazos y hacerle saber al criminal que existe, que es de carne y hueso que las sanciones privativas de libertad, el confinamiento en las cárceles, con el que se sigue causando más desocialización en los condenados, no es la vía para satisfacer sus necesidades.

La satisfacción de las víctimas no radica únicamente en la compensación financiera recibida. Incluso una disculpa sincera puede tener un efecto terapéutico. Las experiencias llevada a cabo en España (Barcelona, Madrid...) nos demuestran que las víctimas contemplan los beneficios psicológicos como más importantes que las indemnizaciones.

"El asunto más importante es la cuestión de si las víctimas están dispuestas a implicarse en el proceso de mediación, (en cierta medida de ellas depende la resolución del caso). Por un lado, la participación ofrece beneficios tanto psicológicos como económicos: las

oportunidades de descubrir la identidad y la motivación de los criminales, recibir una disculpa y experimentar la apropiación del conflicto; la oportunidad de contar su historia y prevenir posibles crímenes posteriores al ayudar a los delincuentes a apreciar el daño que han producido, y la recuperación de las perdidas monetarias. Por otro lado, reunirse con un criminal puede evocar recuerdos dolorosos y hacer brotar sentimientos de miedo o furia que una víctima preferiría evitar. Puesto que muchos delincuentes son incapaces de aportar más que una modesta indemnización y reciben tiempo para pagar, las víctimas pueden ser escépticas con razón acerca de las perspectivas de recibir la compensación completa. Otras pueden sentirse insultadas por la idea de que los criminales puedan "sanarse las heridas" alguna vez. Aunque muchas víctimas querrían estar mejor informadas sobre el progreso de sus casos, pueden no desear compartir la responsabilidad de decidir lo que les debe ocurrir a los criminales." (Woolpert)

Claramente, queda mucho por aprender sobre las correlaciones de actitud y circunstanciales respecto de la participación de la víctima. La cantidad de tiempo transcurrido entre el crimen y la invitación para reunirse con el criminal es probable que influya, particularmente en los casos más traumáticos, aunque esto es algo muy subjetivo, es decir, sus efectos dependerán en gran medida de la personalidad más fuerte o débil de la víctima. El modo de proceder también pueden ser importantes, por ejemplo: si la reunión tiene lugar antes o después de la adjudicación, la conducta del mediador etc.

Otro aspecto particularmente difícil es asegurar la voluntariedad de la participación de las víctimas y así el primer paso a realizar para garantizar el éxito del programa es averiguar la buena voluntad del ofensor de cara a reunirse con su víctima, con ello evitaremos el posible riesgo de decepcionar a una víctima dispuesta al encuentro y cuyo criminal rechaza buscar la reconciliación. Precisamente por esto último en la primera entrevista con la víctima se le comunica que el ofensor está de acuerdo en reunirse. De todas maneras en la evolución y evaluación del contacto inicial con la víctima se procurara cubrir su necesidad de recibir atención particular asegurándonos así que la participación es autentica al tiempo que minimizamos los costes psicológicos derivados del rechazo a participar.

La estructura del programa no siempre será la misma, esto es, lo deseable es que varié en función de las víctimas, de las distintas clases

de delitos: desde las ofensas de propiedad no violentas hasta los crímenes con violencia, como robos, asaltos, violaciones y homicidios sin premeditación... Las víctimas de tales hechos necesitan de servicios adicionales (ayuda por parte de profesionales), resultando aconsejable un período de tiempo más extensos entre el crimen y la mediación.

8.3 El conflicto

Históricamente se ha buscado evitar, suprimir o eliminar el conflicto y sino por que necesitamos "la norma", me atrevería a afirmar que el conflicto es inherente a toda sociedad y cuanto más a la naturaleza humana: ¿quiénes somos?, ¿de donde venimos?, ¿a dónde vamos?... en fin que son múltiples las formas en que este se puede manifestar así como el ámbito de afectación que pueden abarcar, las cuales pueden ir desde situaciones interpersonales hasta confrontaciones internacionales.

Lo que subyace detrás de todo conflicto no es otra cosa que un posicionamiento de posturas por parte de los implicados, o lo que es lo mismo, una divergencia de intereses bien en relación con una misma situación o bien por el convencimiento de que los objetivos de las partes no pueden ser obtenidos simultánea y conjuntamente. Eso sí, para que una situación puede ser definida como conflictiva las partes tienen que tener conciencia del conflicto. El conflicto no es algo que surja de repente sino un proceso, un proceso que de no ponerle coto va a más: de un valor podemos formarnos un prejuicio, un prejuicio nos lleva a un pensamiento, un pensamiento a una conducta, una conducta a una acción...

Una de las mayores complejidades con que se puede hallar un mediador penal es ese posicionamiento de las partes, posicionamiento difícil de romper ya que la tendencia de víctima y ofensor es a quedarse con una visión particular de la otra parte y aferrarse a ella, con el correspondiente entramado de sentimientos que les conduce a actuar de tal modo que buscan y obtienen la respuesta que confirme su propia expectativa. Esto es lo que se denomina en Psicología: "la profecía autocumplida".

Hasta ahora las partes trataban de destruirse mutuamente mientras que la sociedad tendía a marginarlos e ignorarlos, a los delincuentes, sin embargo el problema sigue estando ahí, es de todos y como tal debemos afrontarlo. Una manera de afrontar esta problemática es la

mediación, no solo se atendería a los beneficiarios particulares y concretos sino que indirectamente al estar ayudando a la prevención del delito todos salimos ganando: se potencia la creatividad, se promueve el entendimiento, se mejoran los canales de comunicación, aumenta la cooperación, la tolerancia...

8.4 El mediador

Empezar diciendo que son las terceras partes las que han colaborado en la resolución de conflictos, probablemente desde los comienzos de la humanidad, se que es reiterarme en lo ya dicho anteriormente; pero es que: mediadores, árbitros, intermediarios, enviados especiales, han sido los agentes sociales en busca de pacificación. En todas las comunidades hay personas que efectivamente funcionan como "mediadores", por el mismo trabajo que desempeñan, aún cuando no se percaten de ello. Por ejemplo, dirigentes comunitarios, sacerdotes, asistentes sociales, de vez en cuando se ven obligados a actuar como mediadores; sin ir más lejos el otro día hablando con un compañero de clase (de profesión policía) así me lo venía a confirmar.

Sin embargo, las técnicas de resolución de conflictos no han tenido nunca tanto auge como hasta ahora. Y, dentro de ellas, la forma de intervención de terceros que recibe en este momento mayor atención es precisamente la mediación, donde un tercero totalmente ajeno a la disputa, entre dos o más personas, trata de ayudarlas a arribar a un acuerdo. Pero no todos servimos para desempeñar dicha función y es que la persona que se interne en el entramado de los conflictos interpersonales (agresión), grupales (diferencias entre vecinos) o internacionales (terrorismo), debe poseer una serie de cualidades:

• personales: formación previa (debida a experiencias pasadas o estudios académicos), sensibilidad, facilidad de comunicación y credibilidad.

• capacidad: para comprender y saber aplicar las etapas del proceso

• manejo de habilidades sociales: saber escuchar, crear armonía, evaluar intereses y necesidades, manejar ira, saber reformular, transformar lo negativo en positivo, salir del estancamiento, planificar estrategias, equilibrar el poder, redactar acuerdos y tan valioso es esto

último como saber remitir el caso a otros profesionales cuando este no es mediable.

El siguiente texto de Mediación General y Penal, I.A.E.E.F., Madrid, refleja esta idea y que parece oportuno recoger aquí:

"Entre las actitudes que entendemos debe desarrollar un mediador están la empatía, la flexibilidad y la creatividad. Entre las técnicas para estas etapas del proceso,

destacamos substancialmente la escucha activa, la reformulación y las preguntas exploradas.

• El trabajo sobre la flexibilidad consiste en aprender a no hacer juicios de valor (calificación como correcto-incorrecto, justo-injusto). Esto significa un esfuerzo formativo importante por parte de los mediadores. Sin esto, es difícil que las partes lleguen a tener confianza en el proceso de mediación y crear el tercer espacio de trabajo. De no poder cambiar esto el mediador, será su palabra y su criterio el que en el fondo primara sobre la solución a acordar y corremos el gran riesgo de tener jueces opinando y sugiriendo las soluciones sin ningún tipo de control legislativo ni jurisdiccional, con todos los riesgos que esto conlleva.

• En cuanto a la creatividad, nos referimos a la necesidad que tiene el mediador de poder pensar mil alternativas y cuestiones que puedan expresarse no como ideas o juicios sino como preguntas hacia los mediados en forma tal que las respuestas que deben generar ellos, les lleva a salir de las posturas de una o dos posibles alternativas para poder relacionar y recrear el conflicto de muchas otras formas.

• En cuanto a la empatía, no la entendemos como el ponerse en el lugar del otro, definición normalmente aceptada y consensuada. Este concepto puede ser más aplicable en un proceso terapéutico, en el que el terapeuta dispone de más tiempo, tiene más relación y puede conocer más profundamente a sus clientes como para poder ejercitarlo. En otras condiciones nos parece imposible ponerse en el lugar del otro, ya que nos falta información. Y, por tanto, corremos el riesgo de hacer "como si" nos pusiéramos en el lugar del otro y que el mediado no lo sienta como verdadero y auténtico, lo que puede producir un efecto contrario al deseado.

Lo que proponemos con la palabra empatía es el hecho de mostrar un verdadero interés en nuestros clientes, en su caso, en sus

planteamientos, en sus posiciones e intereses. Escucharlos con verdadero interés en forma tal de que no prevalezca nuestros pre-conceptos en la escucha y que podamos dejarnos modificar y atravesar por sus discursos. Desde este lugar de genuino interés surgirán preguntas y reformulaciones que den tranquilidad al mediado y la seguridad de que por fin y después de tanto tiempo alguien le está escuchando. Esto no quiere decir que estemos de acuerdo con lo que estamos escuchando. Este es un extremo que poco importa en la mediación. Nuestra opinión no cuenta. Lo que cuenta es que sólo si ellos se sienten escuchados habremos contenido la crisis y podrán pasar al tercer espacio, en el que ellos mismo se pongan a trabajar sobre sus propios problemas, comenzar a mirar hacia delante en vez de seguir mirando para atrás tratando de que alguien escuche su dolor, queja, peticiones y demandas."

El tiempo medio de formación de los mediadores, en los programas que he tenido oportunidad de revisar, generalmente es de 180 horas de clases teóricas complementadas con un mínimo de 40 horas de prácticas que se pueden distribuir bien en aprendizaje con un mediador experimentado para dos o tres casos o bien dichos casos son llevados bajo su supervisión. En tal formación normalmente figuran la información en relación a la naturaleza y el propósito de la mediación víctima-ofensor, el funcionamiento del sistema de justicia criminal, la experiencia de las víctimas y los ofensores en el sistema judicial y los principios; los procedimientos, metodología y técnicas de la mediación, normalmente se suelen incluir presentaciones de vídeos y juegos de imitación (*role playing*).

En muchas ciudades españolas se han puesto en marcha programas de mediación que confían en personas legas de la comunidad previamente formadas para facilitar las reuniones cara a cara entre los ofensores y las víctimas. Personalmente no me parece adecuado y por supuesto lo descarto ante casos de crímenes violentos donde los efectos sobre las víctimas tienden a ser mucho más traumáticos. La mediación es algo muy serio y como tal debe ser ejercida por mediadores profesionales y no por "gente de a pie". Otro punto a discutir seria la oportunidad o inoportunidad de que sean formados desde el Ministerio de Justicia o bien desde ámbitos privados, como esta ocurriendo actualmente.

Se supone que los mediadores no fuerzan ni imponen la resolución. En cierta manera es así, sin embargo esto último, si cabe, podría

matizarse, y es que ahora por ejemplo me estaba viniendo a la mente el Reglamento Penitenciario donde supuestamente el tratamiento carcelario es voluntario, pero este, al igual que puede suceder con la mediación, no es verdaderamente voluntario ya que en cierta manera se esta forzando a aceptarlo, claro esta, si se quiere disfrutar de un mejor tratamiento, la otra vía ya la conocemos todos y es que no podemos negar que los criminales puedan sentirse obligados a someterse a las exigencias de sus víctimas para evitar una sentencia más dura en el tribunal. Pero por el contrario, un criminal persuasivo también puede convencer a una víctima nerviosa-débil de que acepte un acuerdo injusto; claro que si seguimos buscándole las cinco patas al gato también es posible que un ofensor infiera de la aceptación de una disculpa por parte de la víctima que dicho crimen no era tan censurable. Si esto ocurriera traduciría un fracaso por parte del mediador.

Digamos que lo esperado es que finalice con éxito el programa, pero tras ese triunfo hay una ardua labor que se inicia en el mismo momento en que un caso les ha sido derivado y este es aceptado por nuestro hombre (o mujer) el cual deberá seguir el procedimiento paso a paso, procedimiento que se inicia con una reunión inicial e individual donde el mediador presentara y explicara a todo el mundo las reglas básicas del proceso. En esta primera fase se anima a cada parte a que cuente su historia, no sólo para facilitar al mediador la información relevante sobre el delito sino también para establecer una relación con el mediador y disminuir el nivel emocional en la sesión de mediación posterior.

Aquí es aconsejable que tras el delito la mediación se realice tan pronto como sea posible, es decir, mientras los recuerdos están frescos ya que los retrasos tienden a frustrar a las víctimas en el sentido de complicar el proceso de mediación al polarizar estas el conflicto e inhibir la reconciliación. Por el contrario las víctimas de delitos violentos necesitan a menudo un mayor período de tiempo y varias reuniones previas con el mediador antes de estar psicológicamente preparadas para enfrentarse a sus ofensores. Por ello mismo es conveniente dirigir la reunión inicial primero con el ofensor para poder así determinar las posibilidades de indemnización a que este está abierto y su buena voluntad a fin de reunirse o no con la otra parte. Una cosa no he dicho, tal vez por que la he sobreentendido y es que será el mismo mediador el que este presente y desarrolle, todas y cada una de las sesiones.

Si bien es cierto que muchos participantes (y profesionales) consideran la reunión cara a cara como la parte más satisfactoria del proceso de reconciliación no menos cierto es que la reconciliación es posible incluso en ausencia de una reunión cara a cara, me refiero siempre a casos donde la tensión emocional es menor, pero por supuesto no podremos obligar a la víctima a que vea a su agresor, debiendo en este caso respetarse la libertad del ofendido a rehusarlo; aquí nuevamente es importante la figura del mediador quien deberá valorar la procedencia y viabilidad de este encaramiento, de lo contrario los mediadores deberán servir únicamente como intermediarios cuando las partes manifiesten no aceptar otra forma de negociación.

A partir de este momento el mediador realizará reuniones conjuntas y/o separadas con las partes en conflicto, a fin de:

– decidir si un caso es susceptible de mediación o no.

– reducir la hostilidad y establecer una comunicación eficaz: ayudar a las partes a acercarse.

– intentar cambiar las nociones estereotipadas que las víctimas y ofensores desconocidos mantienen con frecuencia entre sí. En los casos en que el delito es consecuencia de un conflicto subyacente entre las partes, el mediador debe esforzarse por llegar a la raíz del problema permitiendo con ello que las propias partes puedan identificar los asuntos implicados; lo que a su vez facilita un mejor entendimiento del significado del cometido, es decir, por qué ocurrió y cual es su verdadero impacto.

– ayudar a las partes a comprender las necesidades y los intereses del otro.

– formular preguntas que pongan de manifiesto los intereses reales de cada parte.

– plantear y aclarar cuestiones que han sido pasadas por alto, o que no han recibido la suficiente atención.

– ayudar a reformular las propuestas en términos más aceptables.

– moderar las exigencias que no son realistas.

– hacer preguntas que estimulen a las partes a pensar creativamente. Esto significa hacer preguntas imaginativas, por lo que es importante cierto grado de creatividad.

– cuestionar todo tipo de suposiciones; cuantas más ideas se pongan sobre la mesa, más probabilidades habrá de que la gente se distienda y comiencen a explorarlas.

– comprobar la receptividad a nuevas propuestas.

– Si se alcanza el acuerdo, ambas partes firman un pacto por escrito acerca de las condiciones acordadas. El mediador es responsable de controlar la conformidad del ofensor con las condiciones del acuerdo. En los casos en que están implicados jóvenes, sus padres también deben firmar el acuerdo.

– también debe presentar un informe final.

– y por último programar una reunión de seguimiento para revisar el progreso de cara a la culminación y ejecución del acuerdo.

9. Aplicaciones

Como indica Martínez de Murgía para Latinoamérica, "Cada vez está cobrando más fuerza en muchos países la tendencia a crear programas diversos dedicados a establecer una relación entre la víctima de un delito y el ofensor. Las diferencias entre uno y otros programas dependen de los objetivos que se busquen. Algunos de ellos tienen el propósito de que la víctima logre recuperar al menos parte de lo perdido; otros, con un sentido social o cristiano de reconciliación, buscan que pueda establecerse, a través del diálogo y la comunicación, mayor comprensión mutua entre el agresor y el agredido. Quizá el programa más ambicioso sea el que considera que la víctima de un delito puede recuperarse mejor, desde el punto de vista psicológico, si llega a comprender a la persona que le causó el daño; en este caso se busca además que el delincuente adquiera mayor conciencia sobre sus acciones, al conocer a su víctima personalmente y de frente, y al escuchar de ésta el daño que su acción le produjo".

En cualquier caso estamos hablando de la mediación en materia penal, que es sumamente delicada y requiere ser analizada para que se aplique de acuerdo con las necesidades y consideraciones que las autoridades y los expertos de cada país señalen.

"Por ejemplo, en Estados Unidos, sucede en ciertos casos que antes de la sentencia se ofrece la mediación entre el delincuente, que puede ser motivado por el interés de reducir la gravedad de sus sentencia, y la víctima, que puede querer recuperar sus bienes o

sencillamente desahogarse reclamando a su ofensor. Los críticos de este tipo de mediación basan sus argumentos en que no es admisible que se reduzca de esa manera la pena a la que se haya hecho acreedor el delincuente, porque se altera con ello el carácter ejemplar de la sanción penal. La mediación, al reducir el delito al caso particular a la relación personal de los individuos, quita al derecho penal su capacidad disuasoria y su dimensión pública".

Algunos autores plantean objeciones a esta Ciencia, la mediación, objeciones que merecen ser consideradas y conviene reflexionar sobre ellas; en particular, la posibilidad de que la mediación haga que algunos delitos queden impunes, o bien el echo de que suponga una tácita renuncia del Estado al propósito de rehabilitar socialmente a los delincuentes a través de la cárcel. En cuanto al primer argumento he de sostener que para nada queda impune el delito, algo que trato de reflejar a lo largo de mi trabajo, y respecto a la segunda afirmación poco más puedo decir que de todos es conocido y comúnmente admitido que el fracaso de la institución penitenciaria ha sido estrepitoso.

La mediación es un proceso que debe aplicarse a diversos conflictos y desavenencias. Algunas son categorías de conflicto, en las cuales la mediación ha funcionado de manera adecuada. Otras representan nuevos usos de la mediación, o una extensión de ellas, hacia categorías de desavenencias que tradicionalmente se han resuelto por medio de otros métodos de resolución de conflictos.

Aunque los conflictos obrero-patronales, las desavenencias comerciales y los conflictos internacionales sin duda son los que mejor se prestan a la técnica de la mediación, sin embargo muchos otras áreas de desavenencia potencial pueden incluirse en las categorías de subtemas especiales, tales como los problemas relativos a cuidados de salud y hospitales, desavenencias del consumidor, conflictos relacionados con los deportes, asuntos sobre límites de áreas, diferencias intergubernamentales y de dependencias, problemas bancarios, los problemas sobre el ambiente (*Vid, en este sentido la opinión de Taylor*), (...) y todo tipo de fricciones que se originan en las relaciones humanas.

La mediación vecinal o comunitaria, también conocida como "mediación de Barrio", es otra de las técnicas cuya aplicación, por el

ámbito a que se dirige, puede tener consecuencias transformadoras, al menos a largo plazo, en las relaciones sociales.

Se trata de centros dedicados a atender los conflictos de los barrios: problemas raciales, de delincuencia juvenil, entre vecinos o entre personas de algún modo relacionadas, por ejemplo entre caseros e inquilinos o entre víctimas y ofensores.

Otro campo donde cabria la aplicación de la mediación son los movimientos migratorios al poner estos en peligro la integración social y la coexistencia pacífica entre culturas y naciones fronterizas. Esos procesos están ligados a conflictos de intereses y, siempre que surgen "choques" entre civilizaciones, es especialmente importante distinguir dichos conflictos de intereses y las divergencias normativas subyacentes.

Un campo donde podemos aplicar la resolución de conflictos es en los centros escolares, pues actualmente estamos viendo como la convivencia diaria en las aulas puede verse afectada por la aparición de comportamientos violentos y situaciones de agresión protagonizados por el alumnado. Aplicación de la resolución del conflicto a los marcos educativos que puede contrastarse en dos manifestaciones: una consiste en la formación de los profesores en las técnicas de manejo del conflicto para servir como mediadores entre los estudiantes en disputa; centrándose el otro enfoque en la mediación de las disputas entre profesores y estudiantes.

Pudiendo diferenciarse en esta idea dos perspectivas con finalidades divergentes pero no opuestas: las finalidades a largo plazo y mundiales frente a los objetivos a corto plazo y pragmáticas. Desde la primera perspectiva, se argumenta que es responsabilidad de las escuelas perfilar las habilidades y las técnicas de la resolución pacífica y de no confrontación del conflicto e involucrar a los niños en las alternativas de mantenimiento de la paz antes de que se conviertan en miembros violentos de la sociedad; su finalidad puede caracterizase como de naturaleza prolongada y mundial. Esta perspectiva indica que participar de los principios de resolución del conflicto producirá ciudadanos con poder y por ello un mundo más armonioso. Por el contrario, la segunda postura hace hincapié fundamentalmente en el impacto a corto plazo y pragmático de las actividades de resolución de conflictos. Su

interés específico, se halla en los beneficios potenciales para la educación, con el objeto de fomentar el logro académico y social.

¿Y la policía? La policía con frecuencia carece de legislación que sirva como base para que un oficial pueda detener o arrestar a una de las partes en una desavenencia, aunque, según la opinión de los demás, el problema es lo suficientemente grave como para llamar a una tercera parte, a veces con la única intención de que el oficial "haga algo, cualquier cosa, simplemente para detenerlos" (*Taylor*). La sociedad ha establecido que sea la policía la encargada de instaurar la paz y en desempeño de esta función numerosos oficiales han ejercido durante años como mediadores sin ni siquiera haberse reconocido como tal: calman la situación, localizan los hechos y el aislamiento de problemas, plantean alternativas y en ocasiones ayudan a los contendientes a tomar decisiones. Son múltiples las situaciones en las que la policía se ve obligada a intervenir como mediador y así por ejemplo mencionar entre otras las desavenencias domésticas, reyertas callejeras, altercados entre ebrios, casos de secuestro, amenazas de suicidio etc.

10. Conclusiones

Aunque la mediación penal todavía se encuentra en pañales, de los diversos instrumentos posibles para la resolución adecuada de los conflictos, es probable que la aquella sea, en pocos años, el más conocido y mejor utilizado.

En estos momentos la mediación está funcionando de forma adecuada para ofrecer mejores decisiones y resolución de conflictos en el ámbito de la familia: la solución de las disputas relacionadas con problemas de la vivienda, la educación y las comunidades urbanas; los asuntos relacionados con los consumidores, y todo sector en el que las disputas pongan en peligro el cumplimiento de los compromisos, o perjudiquen relaciones importantes.

La institucionalización de estas técnicas, tanto en relación con el sistema de justicia como en su práctica privada, requiere, que se creen las bases para que las personas interesadas en resolver de esta manera sus conflictos dispongan de profesionales cualificados; que se legisle sobre la capacitación mínima exigible a los mediadores, que se los obligue a estar inscritos en un registro público y que actúen conforme a ciertos criterios éticos innegociables y que han de constituir su Código deontológico. A este respecto señalar en primer lugar que existen en

España diversas escuelas y formas de hacer mediación, donde lo importante de conocer su diferente metodología de trabajo, es poder encontrar la forma propia de ser mediador, con la que uno se sienta más a gusto y más cómodo, garantizando de este modo un servicio absolutamente personalizado para cada estilo de cliente distinto; y como segunda premisa, derivada también de esta institucionalización, debemos garantizar que la oferta que se haga desde el Estado abarque realmente un servicio de calidad, para lo cual será necesario realizar evaluaciones periódicas sobre los servicios ofrecidos, con la intención expresa y clara de evitar que se burocraticen y terminen siendo métodos de resolución de conflictos insatisfactorios e ineficientes.

Sin embargo, las características propias de la mediación demandan una evaluación previa a la puesta en marcha de cualquier programa de mediación en la que se ha de atender: a las necesidades sociales y pautas culturales del país en cuestión, así como a las características y necesidades de la población a la que iría dirigida pues si algo tenemos que tener muy presente en nuestro propósito es que la introducción de la mediación, como de todo aquello que nos resulta desconocido, producirá necesariamente cambios sociales que no siempre serán bien recibidos.

De este último párrafo se desprenden dos aspectos muy importantes, uno positivo y otro negativo. Positivo por que la mediación supone una alternativa al actual y desprestigiado sistema penitenciario, supone desde mi parecer una segunda oportunidad al encerrar en si misma la capacidad de transformar tanto el carácter de las personas en disputa (desarrollo moral individual), como a la sociedad en su conjunto. Los participantes en la mediación, víctima y victimario, con el consiguiente reconocimiento de la víctima, ganan en auto-respecto y en confianza en sí mismos; al tiempo que les brinda la oportunidad de explicarse sin amenazas y humanizarse frente al otro. Las partes, normalmente, son las grandes sorprendidas de este proceso pues a menudo descubren que pueden sentir y expresar un cierto grado de comprensión e interés por el otro, a pesar de sus diferencias (dimensión de reconocimiento).

En todo caso la mediación ayudaría a aumentar la satisfacción general de los usuarios del sistema de justicia en el sentido de que reduciría el problema de la demora en el acceso a la justicia, liberando a los tribunales para los litigante que lo realmente necesitan.

Mencionaba también de un aspecto negativo, negativo por que sin duda alguna nos encontraremos con reticencias y/o escepticismo por parte no sólo de los particulares sino también de los profesionales. Estos últimos sentirán amenazada su área de trabajo, me refiero con ello a los abogados, acusándonos en su caso de altruismo; al respecto podemos decir que cada vez existe mayor aceptación de dicha técnica y de forma paulatina muchos de ellos están comenzando a ejercer como mediadores. El problema por tanto se halla en los particulares, en los ciudadanos, pues para vencer dicha resistencia será necesario que comprendan las ventajas que la mediación les puede aportar y que sean conscientes de que ni el tiempo empleado ni el dinero invertido en un juicio convencional aseguran resultados satisfactorios; no importa que sentencia se dicte, el problema continuará al haber un ganador y un perdedor, donde incluso la sentencia más favorable puede ser demasiado cara y no muy beneficiosa, sobre todo si tenemos en cuenta que tanto el tiempo como el dinero se lo podrían haber ahorrado, aparte de evitar una confrontación indeseable y muy especialmente cuando se trata de relaciones que continúan después del juicio; lo más probable, es que si bien el conflicto se resuelva en lo formal, quede latente y se manifieste de otras formas, formas que ya todos conocemos y de las que por desgracia se hacen eco los medios de comunicación.

No podemos negar que la figura de la mediación es muy novedosa en España y que su implantación significa, en cuanto a la manera de manejar los conflictos, modificar nuestros hábitos de conducta, sí, con ello, me estoy refiriendo a esa costumbre tan arraigada en nuestra sociedad de recurrir a los tribunales para que éstos resuelvan nuestras controversias, y que sean los jueces, junto con la labor que realice nuestro abogado, los que decidan la solución al conflicto. La mediación, por el contrario, exige una implicación absoluta de las partes en el proceso, ellas serán las que en todo momento llevaran las riendas del proceso.

Otro obstáculo al que deberemos enfrentarnos, son las críticas que se generan ya por parte de quienes mantienen el actual sistema de justicia como única forma de solución de conflictos, al considerar que sólo el Estado respeta las garantías del procedimiento, constituyendo la base fundamental para que el proceso sea justo, no pudiendo por tanto delegar en la sociedad una de sus funciones más importantes; defendiendo con ello que es el propio Estado, a través del sistema

judicial, quien debe hacerse cargo de todo conflicto y resolverlo directamente.

Como respuesta a este sector, sostengo personalmente que el Estado no puede dejar de ser el regulador de las relaciones sociales y el garante de que éstas se basen en normas justas. La mediación, tal como la concibo, no debe sustituir al Sistema de Justicia, sino tratar de ser una alternativa para algunos casos que cumplan con determinados requisitos, sobre los cuales el legislador habrá debido significarse. El Estado deberá seguir cumpliendo con sus funciones de procuración de justicia que son insustituibles, pues a ello corresponde la esencia del *Ius Puniendi*.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, 2001.

____. *Derechos humanos de las Víctimas del delito, especial consideración de los torturados y aterrorizados*. Studos em homenagem ao prof. Doutor Eduardo Correia. Coimbra, 1984.

ALBRECHT. Kriminologische Perspektiven der Wiedergutmachung. Theoretische Ansätze und empirische Befunde. In: AAVV. *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*. Freiburg i.Br., 1990.

MADRIGAL, Arias.. *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*. Restorative Justice on line, 2006.

BANNENBERG. *Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis*. Göttingen, 1993.

BERISTAIN IPIÑA. *Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología*. Valencia, 1994.

____. *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana*. Valencia, 2005.

____. *Victimología. Nueve palabras clave: principios básicos, derechos humanos, terrorismo, criminología, religiones, mujeres y menores, mediación – reparación, derecho penal, política criminal*. Valencia, 2000.

BUSTOS RAMÍREZ; ____. *Victimología: presente y futuro*. Bogotá, 1993.

CARIO. *Victimologie*. 3. ed. Lyon, 2006.

COLORADO CORREIA DÍAZ. La justicia transicional y la justicia restaurativa frente a las necesidades de las víctimas. *Revista Electrónica de Psicología Científica*, Bogotá, 2007.

DÜNKEL. La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica del derecho penal en el derecho comparado. In: AAVV. *Victimología*. San Sebastián, 1990.

FERRÉ OLIVÉ. *Derecho penal colombiano. Parte general – Principios fundamentales y sistema (en prensa)*. Bogotá: Ibañez, 2010.

FORSTER. *Wiedergutmachung in Österreich und der BRD im Vergleich.* Innsbruck/ Wien/München, 2001.

FREHSEE. *Wiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle.* Berlin, 1987.

GALAÍN PALERMO. *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena.* Montevideo, 2008.

GARCÍA-PABLOS. La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal. In: AAVV. *Criminología y derecho penal al servicio de la persona.* San Sebastián, 1989.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER. La conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho penal reparador, en la mediación penal. Barcelona, 1999.

GONZÁLEZ ALVAREZ. La conciliación penal en Iberoamérica. *Revista de Ciencias Penales* 18, 2000.

HUBER. Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso penal alemán. *RP* 22, 2008.

JUNG. Compensation order-Ein Modell der Schadenswiedergutmachung? *ZStW* 99, 1987.

LANDROVE DIAZ *La moderna victimología.* Valencia, 1998.

____. *Victimología.* Valencia, 1990.

LARRAURI PIZJOAN. *Victimología: de los delitos y de las víctimas.* Buenos Aires, 1992.

____. Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades? *Jueces para la Democracia* 15, 1992.

MENDELSOHN. La victimologie. *Revue Francaise de Psychenalise*, 1953;

____. The origin of the doctrine of victimology. *Excerpta Criminologica*, 1963.

MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología.* Valencia, 2001.

NEUMAN. *La mediación y conciliación penal.* Buenos Aires, 1997.

____. *Victimología y control social: las víctimas del sistema penal.* Buenos Aires, 1994.

NÚÑEZ PAZ. La víctima como objeto de la criminología. *Nociones de criminología.* Madrid, 2002.

CEPEDA, Pérez. Las víctimas ante el derecho penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación, Libro Homenaje a Barbero Santos, 1999.

PERIS RIERA.Aproximación a la victimologia. Su justificación frente a la criminología. *CPC* 34. Madrid, 1988.

RODRÍGUEZ MANZANERA. *Victimología. Estudio de la víctima.* 4. ed. México, 1998.

ROXIN. Fines de la pena y reparación del daño. Trad. Julio Maier y Elena Carranza. *De los delitos y las víctimas.* Buenos Aires, 1992.

____. La reparación en el sistema jurídico – penal de sanciones, *CDJ*, 1991.

SAN MARTÍN LARRINOA. *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos, del presente francés al futuro español.* Vitoria-Gasteiz, 1997.

SCHAFER. *The victim and his criminal.* New York, 1968.

SCHÜNEMAN. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio.* Madrid, 2002.

SEELMANN. Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht, *JZ*, 1989.

SILVA SÁNCHEZ. La victimología desde la política criminal y el derecho penal. Introducción a la victimodogmática. *RPCP*, 07-08, 1996;

TAMARIT SUMALLA. La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española. (RI §400008). *RGDP* 7, mayo 2007.

____. *La víctima en el derecho penal. De la víctimo-dogmática a una dogmática de la víctima.* Madrid, 1998.

TAYLOR. *Mediación: resolución de conflictos sin litigio.* México, 1997.

VICENTE REMESAL.La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro, en libro Homenaje a Roxin, 1997.

VARONA. *La mediación reparadora como estrategia de control social una perspectiva criminal.* Granada, 1998.

VON HENTIG. *The criminal and his victim.* New Haven, 1948.

WALKLATE. *Victimology: the victim and the criminal justice process.* London, 1989.

WOOLPERT. Los programas de reconciliación víctima-ofensor. *La mediación y sus contextos de aplicación: una introducción para profesionales e investigadores.* Barcelona, 1996.

WRIGHT. Victim-offender mediation as a step towards a restorative system of justice. *Restorative Justice on Trial.* Dordrecht/Boston/London, 1992.

IV Seção Especial – Direitos Humanos

1

Proibição de submissão a novo julgamento – regra do *ne bis in idem* – o sistema interamericano de direitos humanos e o direito comparado

Priscila Akemi Beltrame

Especialista em Relações Internacionais pela Universidade Autônoma de Barcelona e pela London School of Economics. Mestranda em Direitos Humanos pela USP. Foi assessora jurídica da Unesco, consultora do PNUD e assessora jurídica da missão das Nações Unidas para o Timor Leste.

Área do Direito: Internacional; Penal-Processo Penal

Resumo: A autora trata no presente artigo do tema do ne bis in idem como garantia processual penal no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Ao fazer referência aos casos levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos que cuidaram do tema, ela apresenta ponderações que foram consideradas na flexibilização do princípio. A referida garantia é comparada ao sistema do double jeopardy do sistema da common law. A garantia é também apresentada em comparação a outros sistemas de proteção de direitos humanos, como o europeu, do Tribunal Penal Internacional e o do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas. Por fim, ressalta-se a

Abstract: In this paper the author addresses the topic of ne bis in idem as a criminal procedural guarantee in the scope of the Human Rights International System. By referring to cases taken to the Human Rights International Court, we present some considerations, which were taken into account to make the principle more flexible. The referred guarantee is compared to the double jeopardy system of the common law system. The guarantee is also compared to other human rights protection systems, such as the European International Criminal Court and the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights. Lastly we highlight the importance to harmonize guarantees

importância de harmonização das garantias do processo penal na discussão do conflito de jurisdição. Este texto decorreu de reflexões debatidas no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, "As Garantias do Processo Penal no Sistema Interamericano de Direitos Humanos", 2008.

Palavras-chave: Direitos humanos – Duplo julgamento – Processo penal internacional – Direito Internacional.

in criminal proceedings in relation to the discussion of jurisdiction conflicts. This text is the result of debates carried out in the post-graduate course entitled "The Guarantees of Criminal Proceedings in the scope of the Human Rights International System", 2008 from the Law School of the University of São Paulo.

Keywords: Human rights – Double trial – International criminal proceedings – International law.

Sumário: Introdução – 1. Proibição do *ne bis in idem* no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: 1.1 Caso Castillo Petruzzi contra Peru: 1.1.1 Direito à indenização e proibição do *ne bis in idem* ; 1.1.2 Cumprimento da sentença; 1.2 Caso Durand e Ugarte contra Peru: 1.2.1 Direito à indenização; 1.2.2 Cumprimento da sentença; 1.3 Caso Loayza Tamayo contra Peru: 1.3.1 Proibição de submissão a novo julgamento – 2. A garantia do *ne bis in idem* no sistema interamericano: cotejamentos – 3. *Ne bis in idem*: delimitações – 4. A garantia do *ne bis in idem* e o Tribunal Penal Internacional – 5. O *ne bis in idem* e o sistema europeu – 6. Conclusão – Bibliografia.

Introdução[1] [2]

A proibição de submissão a novo julgamento (*ne bis in idem*, contração de *nemo bis vexari pro una et eadam causa*, ou seja "um homem não deve ser vexado de novo pela mesma causa") traz uma garantia processual penal que se desdobra de diferentes formas nos ordenamentos jurídicos.

Sua origem remonta ao Direito Romano, como uma conseqüência inata da *res judicata*, como garantia de segurança jurídica aos cidadãos de que, uma vez julgados, não lhe seria imposta nova pena. Seria, assim, um dos efeitos da sentença em função da autoridade da coisa

1. Recebimento: 22.01.2009. Aprovação: 06.08.2009.
2. Artigo elaborado a partir de trabalho apresentado na disciplina de pós-graduação As garantias processuais penais em face da Convenção Americana dos Direitos Humanos, ministrada pelos Professores Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Claudia Perrone Moises.

julgada em seu aspecto negativo e seus atributos de imutabilidade e irrevocabililidade para alcançar a estabilidade do quanto decidido. Consagrando-se como princípio fundamental na órbita das garantias processuais penais, seus desdobramentos foram múltiplos, como se nota das diferenças entre o sistema interamericano de direitos humanos, o sistema da *common law* (*double jeopardy*) e o criado com o Tribunal Penal Internacional.

É uma necessidade discutir em termos concretos a regra aplicável para os casos de dupla jurisdição, num contexto de trocas planetárias cada vez mais intensas, maior facilidade de trânsito entre países, maior mobilidade de ativos financeiros e uma criminalidade transfronteiriça facilitada por tudo isso. Assim, entende-se que, ao atribuir competência a uma jurisdição, estar-se-ia evitando o duplo julgamento.

No âmbito da União Européia, a previsão do *ne bis in idem* vinha prevista na Convenção que implementava o Acordo Schengen, arts. 54 a 58, entretanto entendeu-se necessário um arranjo interno para que se evitasse o conflito positivo de jurisdição em vista do acúmulo de casos que estavam sendo processados por dois países distintos. Apelava-se, nesses casos, à regra de que prevaleceria o julgamento que primeiro decidisse a questão, o que não deixa de ser uma regra deixada ao acaso, sem muito critério, do tipo "first come, first served". Assim, diante da constatação desta situação que necessitava ser harmonizada dentro da União Européia, e que só viria a ser mais abundante diante do progressivo incremento do processo de integração comunitária, em prejuízo da garantia em estudo, promoveu-se uma consulta aos países a respeito do conflito de jurisdição em matéria penal que abordaremos ao longo do trabalho.

É de se notar o enfrentamento coerente a ser dado à garantia milenar do *ne bis in idem* no momento em que as fronteiras encurtam-se e as relações individuais de um país em relação a outro são cada vez mais intensas e estimuladas, facilitando a violação a toque de caixa da proibição do duplo julgamento. Essa busca de uma solução integrada, a preservar a garantia, mostra-se a mais adequada para que não se caracterize o *double jeopardy*, evitando-se com isso apelar à solução fácil de restringir o respeito à garantia apenas dentro do mesmo Estado, como tem decidido o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, conforme veremos adiante.

1. Proibição do *ne bis in idem* no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A garantia de proibição do duplo julgamento encontra-se prevista no art. 8.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (promulgada pelo Dec. 678/1992), referente às Garantias judiciais, item 4, em que se lê que "O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos".

Uma forma de estudar o tema é debruçar-se sobre alguns casos paradigmáticos enfrentados pelo sistema interamericano de direitos humanos que trataram da matéria, o que nos aproximaria dos julgados emitidos pela Corte, da atuação da Comissão, bem como do acompanhamento da execução das decisões feito pela própria Corte. Sobre este tema, podem ser estudados os casos Castillo Petruzzi contra Peru, Durant e Ugarte contra Peru e Loayza Tamayo contra Peru, que abordaram de forma direta ou indireta a questão do duplo julgamento, sendo em dois deles matéria de defesa do Estado do Peru. Trago abaixo um resumo dos casos.

1.1 Caso Castillo Petruzzi contra Peru

O caso Castillo Petruzzi contra Peru ocorreu durante o Estado de emergência na Província de Callao em que foi decretada a suspensão de garantias e determinado o controle interno daquela região. Neste momento foram presos Francisco Castillo Petruzzi, Maria Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra e Alejandro Astorga Valdez, de nacionalidade chilena, em 14 e 15.10.1993, condenados pelo delito de traição à pátria.

Os presos tiveram julgamento de forma sumária, por juízes *sem rosto*, sem direito a advogado até a instrução, entre outras restrições ao exercício da defesa e condenados à pena de prisão perpétua.

Em função do delito de traição à pátria, atribuiu-se a competência à jurisdição militar, em um procedimento sumário no *teatro de operações*, julgados por juízes *sem rosto*, sem ações de garantias (procedimento criado pelo Dec.-lei 25.659 do Peru). A declinação de competência decidida em primeira e segunda instâncias em relação ao

Sr. Alejandro Astorga Valdez foi revogada pelo Supremo Tribunal Militar Especial, com imposição da pena de prisão perpétua. O recurso extraordinário foi denegado tendo em vista disposições do próprio Código Penal Militar.

Ponderou a Corte Interamericana de Direitos Humanos que ela não estava facultada a pronunciar-se sobre a natureza e gravidade dos delitos atribuídos às supostas vítimas, "pois sua função primordial é salvaguardar os direitos humanos em todas as suas circunstâncias",[3] e não atuar como um tribunal penal. Sua atuação decorre da atribuição que tem para estabelecer responsabilidade internacional dos Estados por violações dos direitos humanos, mas não para investigar ou sancionar a conduta de agentes estatais que geraram estas violações.

Em virtude das violações ao devido processo legal, a Corte prolatou sentença em 30.05.1999 na qual declarou inválida a sentença proferida pela justiça peruana, maculado que estão todos os atos processuais realizados, e impôs a realização de um novo julgamento, ante um juiz natural, bem como a que o Peru proceda à reforma das normas internas para que não mais seja possível um civil ser julgado por uma corte militar.

1.1.1 Direito à indenização e proibição do ne bis in idem

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que recebe o pedido antes de enviá-lo à Corte, sustentou que o Estado deveria reparar as vítimas pelo grave dano material e moral sofrido, ordenando a imediata liberdade, ainda que com restrições, e a pagar uma indenização adequada, além de anular o julgamento e, se o Estado quiser, promover um julgamento no foro comum, dentro das garantias processuais penais.

O Estado apresentou sua defesa afirmando que a Corte não pode julgar a inocência ou culpabilidade de ninguém sob a jurisdição do Peru e que neste momento a decisão estava protegida pela coisa julgada. Ademais, sustentou o Peru que o pedido de liberdade esteve à margem

3. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros *vs.* Peru, sentença de 30.05.1999, § 89 – trad. livre.

da discussão e não havia sido objeto das recomendações. Por fim, viase como incompatível ordenar a invalidade do ato jurídico e julgar novamente o indiciado, visto que não pode haver novo processo, porque isso implicaria duplicidade de julgamento.

Em relação à indenização, entende-se que em toda violação a uma obrigação internacional que tenha produzido dano, há o dever de reparação adequada, que pode ser a restituição (*restitutio in integrum*), o restabelecimento da situação anterior, a reparação das conseqüências produzidas com a infração e o pagamento de indenização.

Uma forma de restituição é a "restituição jurídica", aplicável a casos nos quais ocorre a modificação de uma situação jurídica que causou o dano, gerando sua revogação, anulação ou emenda.

Neste caso, para cobrir os gastos, a Corte arbitrou o valor de US$ 10.000,00, a ser repartido entre os quatro grupos de familiares das vítimas. Quanto às demais formas de reparação, a Corte estimou que a sentença constituía, por si mesma, uma forma de reparação e satisfação moral.

1.1.2 Cumprimento da sentença

O Peru deu nota à Corte, em 08.07.1999, de sua retirada do reconhecimento da cláusula facultativa de submissão à competência contenciosa da Corte, conforme aprovado por Resolução Legislativa do parlamento daquele Estado, comprometendo-se a aceitar as decisões dos casos em que ela apresentou defesa até aquela data.

Posteriormente, em 29.01.2001, voltou a reconhecer a competência contenciosa da Corte, devendo a vigência ser atribuída de forma ininterrupta para todos os efeitos jurídicos em relação ao Estado peruano, retirando a declaração depositada em 1999.

O Estado tem dado cumprimento à sentença de forma lenta e há notícias na Internet, no *site* do Poder Judiciário do Peru, de ter sido iniciado o novo julgamento. Neste novo julgamento, o Ministério Público pede a pena de 25 anos e multa pelo crime supostamente cometido por aquele que era reconhecido como o chefe do Tupac Amaru, o Sr. Castillo Petruzzi.[4]

4. Disponível em: [www.pj.gob.pe], acessado em: 13.10.2008.

1.2 Caso Durand e Ugarte contra Peru

O caso Durand e Ugarte contra Peru refere-se à detenção dos Srs. Nolberto Durand Ugarte e Gabriel Pablo Ugarte Rivera pela suposta prática de atos de terrorismo em 14 e 15.02.1986, sem ordem judicial e no qual foi imposta sua incomunicabilidade.

No período em que as vítimas se encontravam presas, uma rebelião em 18.06.1986 desencadeou-se em três centros penitenciários, inclusive naquele em que as vítimas se encontravam. Em função da instabilidade, os estabelecimentos foram declarados *zona militar restrita*. O governo determinou a demolição de parte dos presídios para a entrada forçada nos locais, fazendo uso de explosivos, acarretando a morte de 111 pessoas. As vítimas não foram localizadas.

As vítimas haviam sido *eximidas de responsabilidade*, tendo sido ordenada sua liberdade. Esta ordem foi ineficaz, uma vez que não se conseguiu dar cumprimento a ela em vista do acesso restrito aos militares ao presídio e, posteriormente à rebelião, à impossibilidade de encontrar as vítimas vivas.

Diante dos fatos, a Comissão aprovou o Informe 15/1996, de 05.03.1996, recomendando o pagamento de indenização compensatória aos familiares das vítimas, Srs. Durand e Ugarte, em virtude de violações ao direito à vida, liberdade pessoal, efetiva proteção judicial e garantias do devido processo legal. Como as recomendações não foram atendidas, o caso foi levado à Corte.

1.2.1 Direito à indenização

A Corte, por sentença de 16.08.2000, decidiu que o Peru devia reparar de forma adequada, moral e materialmente, os familiares das vítimas, pelos danos sofridos em violação aos direitos da Convenção, bem como a recomposição dos gastos realizados para a condução da demanda, a ser apurada em fase processual posterior nos mesmos autos.

1.2.2 Cumprimento da sentença

A Corte anota a efetivação de pagamento parcial da indenização fixada, tendo havido acordo de reparação integral entre os familiares e o Peru firmado em 03.12.2001. Outros pontos da sentença permanecem abertos, como prestação de apoio psicológico, construção de um

imóvel, publicação da sentença, expressão pública de pedido de perdão pelo Estado, investigação e sanção dos responsáveis pelos danos e identificação dos restos dos cadáveres das vítimas.

1.3 Caso Loayza Tamayo contra Peru

A Sra. María Elena Loayza Tamayo e o Sr. Ladislao Alberto Huamán Loayza foram detidos em 06.05.1993 por suposta colaboração com grupo subversivo (*Sendero Luminoso*), seguida de incomunicabilidade, tortura, tratamento cruel e violência sexual.

Processada perante o Juizado Especial da Marinha (juízes militares *sem rosto*) por traição à pátria, foi absolvida. Em recurso ao Tribunal Especial do Conselho Supremo da Justiça Militar, foi igualmente absolvida, mas o processo foi enviado à justiça comum para apuração do crime de terrorismo.

Apesar das sentenças de absolvição, a Sra. Loayza Tamayo permaneceu presa. Na justiça comum, foi condenada pelo crime de terrorismo a 20 anos de prisão.

1.3.1 Proibição de submissão a novo julgamento

O Peru afirmou que as cortes militares não julgaram o caso, mas que se "inibiram, porque essa é a fórmula processual que a justiça militar emprega" [5] e por isso determinaram a remessa do caso à justiça comum. Entretanto, a Comissão entendeu que ao julgar a Sra. Loayza Tomaya, essa corte teria exercido jurisdição plena ao analisar e decidir questões de fundo.

A Corte, por fim, em sua sentença de 17.09.1997, entendeu que a condenação no foro comum baseado em provas obtidas no procedimento militar trazia graves conseqüências à defesa da Sra. Loayza.

A proibição de novo julgamento encontra-se prevista segundo fórmulas distintas na Convenção Americana de Direitos Humanos ("proibição de julgamento pelos mesmos fatos") e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU ("pelo mesmo delito"). No presente caso, a Corte entendeu que os delitos de traição à pátria estavam estreitamente vinculados ao delito de terrorismo, pela própria

5. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Loayza Tamayo *vs.* Peru, sentença de mérito de 17.09.1997, § 37, f, trad. livre.

forma da redação da lei que os tipifica, e que um poderia ser tomado pelo outro a critério do Ministério Público local.

2. A GARANTIA DO *NE BIS IN IDEM* NO SISTEMA INTERAMERICANO: COTEJAMENTOS

No caso Durant e Ugarte, o Peru alegou que o país já havia sido condenado no caso Neira Alegría e outros pelos mesmos fatos, e que submetê-lo a novo julgamento incidiria na proibição do *ne bis in idem*. Ou seja, um Estado sofrendo investigação por supostas violações de direitos humanos alega diante da Corte o princípio do *ne bis in idem* uma vez que já fora processado pelos mesmos fatos. A parecer um argumento esdrúxulo, o Peru pretendia que numa violação de direitos de diversos cidadãos, a condenação pela violação dos direitos de um cidadão impediria a condenação pela violação dos direitos dos demais pela dupla incidência da condenação pelos mesmos fatos.

Entretanto, como não poderia deixar de ser, a Corte observa que para a caracterização da garantia, devem estar presentes diversos pressupostos, como a identidade dos fatos, dos sujeitos passivos e ativos. No caso Durant e Ugarte, não havia identidade de sujeitos passivos, portanto o Peru deveria responder novamente pelo dano causado.

Ainda, remontando à teoria dos direitos humanos, a sua titularidade reside em cada indivíduo e, por isso, as violações devem ser analisadas igualmente de forma individual:

"El juicio que se formula acerca de un caso no prejuzga sobre otros, cuando son diferentes los titulares de los derechos, aunque los hechos violatorios sean comunes. El presente caso recoge hechos considerados en el caso Neira Alegría y otros, pero se refiere a violaciones en agravio de personas diferentes, como se hizo ver en el examen de la excepción anterior (supra, párr. 43), ya que en la especie las supuestas víctimas son los señores Durand Ugarte y Ugarte Rivera, quienes fueron ajenos a la demanda relativa al caso Neira Alegría y otros." [6]

A alegação de *ne bis in idem* foi, portanto, afastada pela Corte como matéria de defesa do Peru, uma vez que se tratava de ofensas a direitos subjetivamente distintos.

6. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Durand y Ugarte *vs.* Peru, sentença de 28.05.1999, sobre as exceções preliminares, § 48.

No segundo caso, do Sr. Castillo Petruzzi contra Peru, o Peru novamente alegou a exceção de coisa julgada, pugnando pelo afastamento da competência da Corte para decidir um assunto sobre o qual o Judiciário local já havia se pronunciado sob o argumento de que já havia sido imposta a pena de prisão perpétua aos acusados de crimes de traição à pátria veiculados no referido caso. Essa alegação não foi observada, tendo em vista que a Corte decidira anular o julgamento prévio pelas diversas violações às garantias processuais penais pelas autoridades militares peruanas, como o cerceamento do direito de defesa, incomunicabilidade, julgamento por juízes *sem rosto*, militares, entre outras.

Por fim, o último caso abordado, envolvendo a Sra. Loayza Tamayo contra Peru o tema da proibição do *ne bis in idem* foi abordado com mais profundidade, desta vez como argumento da vítima. Neste caso, a Sra. Loayza Tamayo havia sido julgada no Foro Privativo Militar pelo crime de traição à pátria, completamente à parte das garantias que devem assistir aos acusados na jurisdição criminal. A despeito das violações dos direitos à produção de provas, ampla defesa, consulta com advogado, imparcialidade, competência e imparcialidade do tribunal militar, a reclamante foi absolvida e o caso foi remetido à justiça comum, uma vez que se entendeu que os fatos se adequariam não ao delito de traição à pátria, de competência da justiça militar naquele país, mas ao de terrorismo, muito embora a descrição legal dos dois delitos serem praticamente idênticos,[7] o que aumentava a arbitrariedade de se recorrer à jurisdição militar numa situação de convulsão social pela qual passava o Peru ao final dos anos 90. O Conselho Supremo da Justiça Militar julgou que, segundo o tribunal militar, havia *evidência* do cometimento de crime de terrorismo, sem jamais mencionar qual seria essa evidência, o que é claramente uma temeridade dentro do dever de fundamentação das decisões ("existiendo evidencia

7. Dec.-lei 25.659 (delito de traição à pátria):

"Artículo 2.– Incurre en delito de traición a la Patria:

a) El que pertenece al grupo dirigencial de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente;

b) El que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas;

de la comisión del delito de terrorismo dispone remitir los actuados pertinentes al Fuero Común y poner a disposición de la Autoridad competente a la referida denunciada").[8]

c) El que suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior y de los artículos 2 y 4 del Decreto-Ley."

Dec.-lei 25.475 (delito de terrorismo):

"Artículo 2.– Descripción típica del delito.

El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años."

"Artículo 4.– Colaboración con el terrorismo.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años, el que de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios o realiza actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos comprendidos en este Decreto Ley o la realización de los fines de un grupo terrorista.

Son actos de colaboración:

a. Suministrar documentos e informaciones sobre personas y patrimonios, instalaciones, edificios públicos y privados y cualquier otro que específicamente coadyuve o facilite las actividades de elementos o grupos terroristas.

b. La cesión o utilización de cualquier tipo de alojamiento o de otros medios susceptibles de ser destinados a ocultar personas o servir de depósito para armas, explosivos, propaganda, víveres, medicamentos, y de otras pertenencias relacionadas con los grupos terroristas o con sus víctimas.

c. El traslado a sabiendas de personas pertenecientes a grupos terroristas o vinculadas con sus actividades delictuosas, así como la prestación de cualquier tipo de ayuda que favorezca la fuga de aquellos.

No foro comum, a reclamante foi condenada a 20 anos de prisão, em um processo que repetiu mecanicamente os argumentos apresentados pela polícia, julgando-a pelos mesmos fatos de que havia sido absolvida no Foro Militar.

O que resulta claro é a contaminação das provas que deveriam, nesse foro comum, ser produzidas pela polícia judiciária, uma vez que foram utilizadas provas já produzidas pela polícia militar, ao arrepio das garantias. Assim, para além de se analisar a questão da competência para o julgamento da reclamante, ainda que não se considere sob o aspecto do *ne bis in idem*, é de se notar que por todos os poros as provas já se encontravam maculadas quando foram produzidas no juízo militar. Desde as declarações de arrependimento a que foi submetida em troca da liberdade e usada, em verdade, para acusá-la, até quaisquer outras informações obtidas por meio de tortura e sua prisão ilegal, não poderiam fundamentar a convicção de um juízo comum, como ocorreu.

Neste sentido, pronunciou-se a Corte:

"(...) Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre si relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y medio de una sentencia. Los actos procesales corresponden al género de los actos jurídicos, y por ello se encuentran sujetos a las reglas que determinan la aparición y los efectos de aquellos. Por ende, cada acto debe ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para

d. La organización de cursos o conducción de centros de adoctrinamiento e instrucción de grupos terroristas, que funcionen bajo cualquier cobertura.

e. La fabricación, adquisición, tenencia, sustracción, almacenamiento o suministro de armas, municiones, sustancias u objetos explosivos, asfixiantes, inflamables, tóxicos o cualquier otro que pudiera producir muerte o lesiones. Constituye circunstancia agravante la posesión, tenencia y ocultamiento de armas, municiones o explosivos que pertenezcan a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

f. Cualquier forma de acción económica, ayuda o mediación hecha voluntariamente con la finalidad de financiar las actividades de elementos o grupos terroristas."

8. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Loayza Tamayo vs. Peru, sentença de mérito de 17.09.1997, § 61.

que produzca efectos de este carácter. (...) La validez de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la validez del conjunto, puesto que en éste cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustente de otros más. La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada." [9]

Aplicado este entendimento ao caso da Sra. Loayza Tamayo, a Corte chegou à seguinte decisão:

"El hecho de que la señora María Elena Loayza Tamayo haya sido condenada en el fuero ordinario con fundamento en pruebas supuestamente obtenidas en el procedimiento militar, no obstante ser éste incompetente, tuvo consecuencias negativas en su contra en el fuero común." [10]

Ainda a respeito da apreciação da prova, a Corte tem procurado definir os contornos de sua atuação e dos princípios que a norteiam como corte internacional de direitos humanos em bases distintas de uma corte penal. Assim, reconhece a dificuldade de produção de provas pelas vítimas de um Estado, quando muito do que se alega depende de provas a serem fornecidas pelo próprio Estado, numa quase inversão de ônus probatório. Assim, anotamos algumas regras trazidas pelo voto dissidente do juiz Roux Regifo, no caso Durant e Ugarte contra Peru.

"En su reciente jurisprudencia sobre valoración de la prueba (incluyendo la que obra en la sentencia a la que se refiere este voto) este Tribunal ha dejado sentados, entre otros, los siguientes tres criterios: 1) un tribunal internacional de derechos humanos cuenta con un significativo margen de flexibilidad en la valoración de la prueba, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia; 2) los tribunales internacionales pueden fundar en gran medida sus decisiones en pruebas circunstanciales o indirectas, en indicios y presunciones, siempre que estos medios puedan dar pie a conclusiones sólidas sobre los hechos; 3) en los procesos por violaciones de derechos

9. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Castillo Petruzzi e outros contra Peru, sentença de mérito, reparações e custas, de 30.05.1999, § 218.
10. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Loayza Tamayo vs. Peru, sentença de mérito de 17.09.1997.

humanos la defensa del Estado no puede basarse en la imposibilidad del demandante de allegar pruebas dado que, muy frecuentemente, éstas no pueden obtenerse sin la cooperación del propio Estado, que es quien dispone de los medios necesarios para esclarecer los hechos ocurridos en su territorio. Considero que, si estos tres criterios se aplican con rigor a la ponderación del material probatorio del presente caso, se arribará, sobre el punto de que se trata, a una conclusión diferente a la de la Corte." [11]

Em resumo, fica claro que a avaliação a respeito do alcance da regra do *ne bis in idem* deve ser feita com base nas características de cada caso concreto. Nada obstante se tratar de uma importante garantia, ela não pode ser tomada como valor absoluto. É esse o sentido dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os quais, ao realizar a ponderação dos valores em conflito, optaram por prestigiar o interesse de defender e preservar os direitos humanos em detrimento do *ne bis in idem*, tendo em vista que sua alegação como defesa do Estado demandado visava especificamente impedir a constatação de graves violações a direitos humanos.

3. *Ne bis in idem*: delimitações

Em princípio, a identificação do *ne bis in idem* requer o preenchimento de dois requisitos: identidade da pessoa perseguida e a identidade do objeto da persecução ou dos fatos submetidos a novo julgamento. Assim, diz-se que uma pessoa processada por furto não pode vir a ser processada outra vez por apropriação indébita; o autor processado depois como cúmplice; aquele perseguido por um crime consumado voltar a sê-lo pelo mesmo crime tentado.

De acordo com o sistema norte-americano, esta cláusula dependeria de:

um novo processo pelo mesmo fato após uma sentença absolutória;

um novo processo pelo mesmo fato após uma sentença condenatória;

11. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Durand e Ugarte *vs.* Peru, sentença de mérito de 16.08.2000, voto dissidente, juiz Roux Regifo.

ou uma pluralidade de condenações por um mesmo fato após um ou mais processos.

Neste sentido, não se inclui na cláusula do *ne bis in idem* o novo julgamento pela declaração de incompetência de alguma instância.

A doutrina anota como diferença fundamental entre o sistema do *ne bis in idem* e do *double jeopardy* o fato de o último aplicar-se dentro de uma mesma jurisdição, enquanto no primeiro a identidade do órgão de acusação não é relevante.[12] O princípio do *ne bis in idem* tem por fundamento tanto a defesa do direito do acusado quanto do interesse da sociedade, na medida em que se evita que um processo permaneça sem solução. A definitividade é assim um atributo da certeza e da segurança jurídica Além do mais, o princípio serve para manter a integridade do sistema judicial e evitar o conflito de decisões.

Compatibiliza-se uma dimensão processual objetiva e subjetiva, na linha do *double jeopardy*, desenvolvida na jurisprudência norte-americana e consolidada na quinta emenda à Constituição dos Estados Unidos ao tratar do duplo risco a que se submete a liberdade individual. A dimensão objetiva diz respeito à pluralidade de processos, enquanto a dimensão subjetiva traz a noção da aflição, da instabilidade da situação jurídica individual, do sofrimento e desconforto diante de uma nova persecução penal pelo mesmo fato. Em função dos valores em jogo no terreno da repressão penal, "valores supremos do indivíduo – vida, liberdade, dignidade –, o *ne bis in idem* assume dimensão de proteção autônoma, sendo reconhecido mesmo naqueles casos em que não se poderia falar, tecnicamente, em coisa julgada".[13]

Neste sentido, é de se notar conceitos mais amplos, que a nosso ver resguardam melhor a dimensão subjetiva do prejuízo moral do novo processo, do *double jeopardy*, como a proteção presente no Código de Processo Penal da Argentina, quando se proíbe a persecução penal pelo mesmo fato, sem abordar a coisa julgada, do art. 1.º, ou igualmente do Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América, em

12. Non bis in idem in the International Criminal Court, Reynaud Daniels, *Bepress Legal Series*, 2006, p. 2, acessado em: 07.07.2008, [http://law.bepress.com].
13. *As nulidades do processo penal*, Ada Pellegrini Grinover e outros. São Paulo: Ed. RT, 2004, 8. ed., p. 59.

que se diz que: "Ninguém poderá ser perseguido penalmente mais de uma vez pelo mesmo fato".

Embora o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas estabeleça que não haverá *bis in idem* diante do mesmo crime, melhor é a interpretação extensiva de que se deve atentar à identidade dos fatos sobre os quais se buscará provar a conduta delitiva, tal como expresso na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Isso porque a definição de crime é atividade intelectiva que poderá variar de acordo com o enquadramento dado pelo órgão acusador. O princípio, por outro lado, deve-se ater aos elementos duros, concretos na identificação do crime. Lê-se, assim, do Pacto:

Art. 14.7: "Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país."

A dificuldade que se coloca, assim, seria de como compatibilizar este princípio diante da aplicação por diferentes jurisdições. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas têm interpretado com bastante restrição essa garantia em face de jurisdições de estados distintos. Assim foi no julgamento do caso de um cidadão italiano que fora condenado na Suíça a uma pena de dois anos pelo crime de "conspiração para troca de dinheiro" obtido como resgate de um seqüestro em 1979. Posteriormente, em 1985, esta mesma pessoa foi condenada à revelia pelo tribunal italiano, pelos mesmos fatos, a quatro anos de prisão.

Alegando violação do princípio do *ne bis in idem*, sua petição foi julgada improcedente sem maiores fundamentações pelo Comitê devido ao entendimento de que a proibição do *double jeopardy* deve ser observado somente em relação a uma ofensa deduzida diante do mesmo Estado.

"The Committee observes that this provision prohibits double jeopardy only with regard to an offence adjudicated in a given State." [14]

Não nos parece ser essa a melhor interpretação em função da universalidade dos direitos humanos. Se os direitos humanos devem ser

14. Communication 204/1986, UM Doc. CCPR/OP/2, *United Nations Human Rights Committee*, AP *vs.* Italy.

gozados na maior amplitude possível, a proteção conferida pelas garantias processuais não deve ficar apreendida pelas jurisdições nacionais, reconhecendo-se as soberanias concertadas entre os Estados, e não uma sobre a outra, especialmente entre países que são signatários dos mesmos tratados de proteção de direitos humanos.

Diante do princípio do *double jeopardy*, parte da cláusula do devido processo legal, M. Cherif Bassiouni informa que na *common law* não só está proibida uma segunda pena pelo mesmo fato, como proíbe um segundo processo, tendo sido acusado ou absolvido no primeiro processo, evitando-se neste sistema o risco da vida mais de uma vez pelo mesmo crime.[15] No que se refere às exceções, interessante notar a previsão do direito inglês em que a cláusula não deverá prevalecer quando se provar que a absolvição decorreu de intimidação ou interferência com os jurados ou testemunhas.[16]

Este sistema tem como pressuposto o dano trazido à esfera jurídica subjetiva de qualquer pessoa que, diante de jurisdições constituídas em Estados Democráticos de Direito, são submetidas a múltiplos julgamentos pelos mesmos fatos, sem preponderância de um sobre outro.

Assim, a garantia do *ne bis in idem* não se deve confundir com o instituto da coisa julgada, quando ambos têm por efeito não permitir um novo julgamento sobre algo já decidido com força preclusiva. Enquanto a estabilidade da coisa julgada, em matéria processual civil, baseia-se na presunção absoluta da verdade da sentença, no processo penal o *ne bis in idem* deve atuar como garantia político constitucional "com a qual deve proteger, mais do que a estabilidade da sentença, a liberdade dos cidadãos" (trad. livre).[17]

Conforme observa ainda Rogério Cruz, o valor da *res judicata* não se limita à proteção individual daquele que foi alcançado pelos efeitos imutáveis do julgado, atributo primordial da coisa julgada, mas atua na esfera subjetiva do indivíduo, em sua relação com o Estado, correspondendo a valores abstratos como a segurança e a estabilidade das

15. *Diritto penale degli Stati Unit d'America*, Giuffrè, 1985, p. 322.
16. Law Commission of England and Wales. *Double Jeopardy Paper* n. 156 (2001), par. 2.15, Criminal Procedure and Investigations Act.
17. Mario Bertolotti. El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada. In: Edmundo Hendler (org.). *Las garantías penales y procesales*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2001, p. 127.

relações jurídicas e a própria credibilidade do Estado, prevenindo que o indivíduo sofra a submissão a novo processo penal, com todas as penas que lhe são consentâneas.[18]

4. A GARANTIA DO *NE BIS IN IDEM* E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional – TPI para a antiga Iugoslávia excepcionou a regra do *ne bis in idem* diante das circunstâncias enunciadas pelo art. 10,[19] quando estabelece que uma pessoa julgada por um tribunal nacional por atos considerados da competência do Tribunal poderá ser julgada posteriormente por ele quando o ato pelo qual essa pessoa foi julgada foi considerado ordinário ou quando o tribunal nacional não tenha sido imparcial nem independente, teve por objetivo proteger o acusado da responsabilidade penal internacional ou ainda quando a causa não tramitou de acordo com a diligência necessária.

Note-se que as condições definidas pelo Tribunal não mencionaram se o acusado foi absolvido ou condenado, pois poderia ter sido condenado e a pena deixar de refletir a gravidade do crime cometido, aos olhos do sistema penal internacional.

Entende-se ser esta uma cláusula de autonomia dos tribunais internacionais diante das seguintes circunstâncias:

> o bem jurídico em questão merece uma proteção distinta. As cortes internacionais têm competência para julgar pessoas acusadas de crimes internacionais, cuja punição interessa a toda comunidade internacional;
>
> resistência em aceitar, de forma absoluta, o valor preclusivo das sentenças firmada por tribunais nacionais em casos de violações graves de direito internacional, como seriam, por exemplo, os casos de lesa humanidade.[20]

18. Rogério Schietti M. Cruz, *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31.
19. Disponível em: [http://www.icls.de/].

As exceções que se levantariam diante de um tribunal nacional não poderiam ser levantadas diante da competência de cortes internacionais de forma a não facilitar a impunidade conseguida com a proteção de cidadãos nacionais por tribunais parciais em crimes de repercussão internacional na esfera dos direitos humanos.

Pondera-se, assim, que a proibição do *ne bis in idem* não é uma garantia absoluta, flexibilizando-se diante da desconfiança do judiciário local (que deverá ser ventilada e provada) e da proteção que merece o interesse da coletividade diante de crimes contra a humanidade. Nestas circunstâncias encontrou-se justificada a restrição ao *ne bis in idem*, supondo que as cortes internacionais teriam maiores condições de independência e imparcialidade para julgar os acusados de crime contra a humanidade.

Apesar disso, ou seja, apesar da necessária flexibilização do *ne bis in idem*, esta flexibilização não pode ser excessiva sob pena de amesquinhar a garantia do *ne bis in idem*, de modo a justificar condenações a qualquer custo, lembrando a inexistência de revisão *pro societate* no direito brasileiro com vista a estabelecer mecanismos de atribuição de jurisdição e concentração da acusação.

5. O *NE BIS IN IDEM* E O SISTEMA EUROPEU

A garantia de que tratamos encontra-se presente no Protocolo 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais, de Estrasburgo, de 22.11.1984, cujo art. 4.º se lê:

"Artigo 4.º Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez

1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.

2. As disposições do numero anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em

20. F. Javier Quel López, Los efectos de la creación del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia en el ordenamiento Español, *Revista Española de Derecho Internacional*, apud Domingo E. Acevedo, Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Enjuiciamiento Penal Múltiple en el caso Loayza Tamayo, in *Corte Interamericana de Derechos Humanos Liber Amicorum*, 1998.

causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento."

Nota-se que ainda que o princípio esteja resguardado dentro de uma mesma jurisdição, sua reabertura por outra requer que estejam presentes os requisitos do art. 4.2. Entretanto, em virtude da abundância dos julgamentos duplos que têm ocorrido na União Européia, cuja solução por vezes é dirimida por regras arbitrárias ou acidentais, buscou-se um concerto entre os países com vista a estabelecerem-se mecanismos de atribuição de jurisdição e concentração da acusação. Com isso, ganhar-se-ia em economia processual, em fortalecimento da garantia do *ne bis in idem*, ao mesmo tempo em que complementaria o princípio do mútuo reconhecimento de jurisdição inter-estatal, segundo o qual uma decisão de um Estado seria reconhecida pelo outro e, quando necessário, aplicado por ele.

Com este objetivo foi publicado o *Livro verde dos conflitos de jurisdição e o princípio do* ne bis in idem *nos processos criminais*, de 23.12.2005, em Bruxelas. Alguns passos são sugeridos para a identificação de crimes que afetem mais de uma jurisdição, como o dever de comunicar outras autoridades nacionais e reforçar o sistema de cooperação em matéria penal entre os países.

Um próximo passo seria o de estabelecer qual seria o melhor local a apurar o crime em questão, com a possibilidade de se deixar uma porta com o *duty to enter into discussion*, favorecendo a entrada do outro Estado na discussão do caso vertente. Segundo esse mecanismo, os Estados entrariam em um consenso sobre qual teria melhores condições de levar a cabo o processo penal e aplicando seu direito interno, sem necessidade de firmar acordos específicos para o julgamento de cada caso.

Caso não se chegue a um consenso, seria estabelecido um sistema de mediação por algum órgão da União Européia a definir em cada caso qual a autoridade competente a julgar o caso (*dispute settlement mechanism*). Assim, chegar-se-ia a uma paralisação voluntária da persecução penal por um Estado ou sua abstenção de iniciá-la em função da determinação do corpo de mediação da União Européia. Uma terceira sugestão foi a de se possibilitar também a entrada de um terceiro Estado quando este desejar conduzir o processo.

Questões como o funcionamento do mecanismo nos casos de prisão preventiva, definição de critérios para definir a jurisdição líder, a situação daqueles processos que estiverem mais avançados, aproveitando-se os atos realizados, também são objeto da consulta, devendo-se levar em conta que não se pode prejudicar a celeridade do processamento do caso em função desse mecanismo de resolução de conflito de jurisdição.

Certamente que não se busca uma solução fácil a um problema difícil, uma vez que a decisão sobre jurisdição tem necessariamente a ver com soberania dos Estados, inafastabilidade de justiça, e que um corpo de mediação da União Européia tenderia a ser revisto judicialmente por cortes de cassação dos países.

Dentro do sistema europeu, permanece vigente o Capítulo 3.º sobre a aplicação do *ne bis in idem* dentro do Acordo Schengen, criado para o Benelux, cujo art. 54 se lê:

"Article 54

A person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party."

O art. 55 dispõe sobre as exceções e que, em vista do concerto que se busca criar, pretende que seja afastado. Entretanto, esse artigo tem sido criticado por pressupor uma cooperação com dificuldade de ser implementada, o que não deve prevalecer num sistema em que se pretenda reforçar o mútuo reconhecimento de jurisdição.

6. Conclusão

Conseguimos observar, ao longo do estudo, algumas dúvidas existenciais ao princípio da garantia do *ne bis in idem*, sobretudo no que diz respeito à busca por harmonizá-lo do ponto de vista do conflito de jurisdição.

Vimos como a garantia é descrita por meio de distintas fórmulas, como a proibição do duplo julgamento pelo mesmo crime, pelos mesmos fatos, diante de absolvição ou condenação, em face de uma sentença transitada em julgado ou apenas de um processo em curso. A comparação com o sistema da *common law* traz a riqueza de se analisar

sob o prisma do duplo risco que a persecução penal impõe àquele que se vê ameaçado em sua liberdade, dignidade e vida pelo mesmo fato.

No Brasil o tema não deixa de ser controverso, como se vê do julgado publicado em 24.06.2008, em que se considera válido o julgamento realizado por instância incompetente para se invalidar outro processo sobre os mesmos fatos a caracterizar *bis in idem*.

"Incompetência do juízo e *ne bis in idem*

A Turma, por maioria, deferiu *habeas corpus* impetrado contra acórdão do STM que, ao prover recurso criminal interposto pelo Ministério Público Militar da União, reformara decisão que rejeitara denúncia oferecida em desfavor de militar da ativa acusado pela suposta prática de furto contra outro militar na mesma situação. Ocorre que, anteriormente, fora instaurado, no âmbito da justiça estadual e para apuração daquele mesmo delito, processo-crime contra o paciente, que, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995, encontra-se suspenso. Não obstante o reconhecimento da incompetência da justiça estadual para processar e julgar o caso, entendeu-se que o paciente se sujeitara ao que o Estado acusador lhe impusera. No ponto, assentou-se que a justiça estadual já aplicara expediente substitutivo da sentença que deve ter, em termos de impossibilidade de novo processo pelos mesmos fatos, a mesma conseqüência jurídica. Vencida a Min. Ellen Gracie, relatora, que, ao salientar cuidar-se de crime militar (art. 9.°, II, *a*, CPM), indeferia o *writ* por reputar existente vício insanável que contaminaria de nulidade absoluta o processo ajuizado perante justiça absolutamente incompetente. Ordem concedida para determinar o trancamento do processo instaurado no âmbito da Justiça Militar da União. HC 91505/PR, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, 24.06.2008)" [21]

O sistema de proteção internacional dos direitos humanos, como se viu, não conseguiu chegar a um entendimento harmônico nas suas aplicações, às vezes aceitando sua imperiosidade para além do Estado, outras vezes restringindo-o para dentro do mesmo Estado. O tema da soberania deve se compaginar com o da proibição do *ne bis in idem* sob pena de se consagrar a dupla punição como situação normal dos ordenamentos jurídicos que pela porosidade das fronteiras se sobrepõe.

21. Conforme Informativo 512 do STF.

Neste sentido, em busca da evolução dos mecanismos que sustentam os Estados Democráticos de Direito, o mútuo reconhecimento das jurisdições é um passo avançado quando se permite a composição de estratégias que melhor consigam apurar o crime em questão, se possível com a colaboração das diversas jurisdições atingidas com a conduta a ser apurada.

Os julgamentos diante das Cortes Internacionais irão diferir com relação ao tema sobre o qual se debruçam: ou são cortes de direitos humanos, a julgar violações de direitos humanos, desrespeitos a garantias judiciais inscritas em convenções de direitos humanos, ou são cortes penais internacionais, em que serão apurados crimes e responsabilidades pelos seus cometimentos. O princípio do *ne bis in idem* agirá de forma distinta em cada um dos casos, bem como as exceções a ele.

Para as cortes de direitos humanos, o princípio deverá ser considerado como garantia forte diante da tentativa de um Estado buscar punir alguém que já foi processado pelos mesmos fatos. Por outro lado, não deverá ser utilizado como argumento por um Estado que tenha cometido diversas violações a garantias processuais contra seus cidadãos e queria se escudar na proteção negativa da coisa julgada (conforme Caso Durant e Ugarte *vs.* Peru, CIDH). Em relação às cortes penais internacionais, a garantia deverá ser francamente relativizada diante do interesse jurídico em internacionalmente se processar crimes contra a humanidade, cuja competência tenderá a não ser afastada por nenhuma jurisdição nacional. Fixando-se, nesse particular, o que seria uma competência internacional para processar crimes com as características particulares dos crimes contra a humanidade, ter-se-ia por afastada a competência para julgá-los as cortes nacionais. O afastamento do princípio do *ne bis in idem*, para as cortes penais internacionais, deverá se fundamentar na identificação de que tenha ocorrido alguma das falhas apontadas no Estatuto do TPI, art. 10.

A oportunidade do estudo da garantia do *ne bis in idem* tendo por base as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos é um privilégio, no qual se percebe os diferentes ângulos com que ele pode ser analisado, as fragilidades do sistema, mas também a força dos valores que sustentam a coerência das decisões da Corte na defesa de um

sistema interamericano que consolide a difícil missão de fazer prevalecer em poucas, mas emblemáticas situações, os atributos efetivos dos direitos humanos.

Bibliografia

Acevedo, Domingo E. Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Enjuiciamiento Penal Múltiple en el caso Loayza Tamayo. *Corte Interamericana de Derechos Humanos Liber Amicorum*, 1998.

Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

Bassiouni, M. Cherif. *Diritto penale degli Stati Unit d' America*. Milão: Giuffrè, 1985.

Bertolotti, Mario. El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada. In: Hendler, Edmundo (org.). *Las garantias penales y procesales*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2001.

Choukr, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

Cruz, Rogério Schietti M. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Daniels, Reynaud. Non bis in idem in the International Criminal Court. *Bepress Legal Series*, n. 1.365, 2006. Disponível em: [http://law.bepress.com]. Acesso em: 07.07.2008 .

Grinover, Ada Pelegrini e outros. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

Law Commission of England and Wales *Double Jeopardy Paper* n. 156 (2001), par. 2.15, Criminal Procedure and Investigations Act.

V Seção Especial: Resenha

1

Derecho administrativo sancionador: parte general, de Manuel Gómez Tomillo

Víctor Gabriel Rodríguez

Professor Doutor de Direito Penal da USP.

Área do Direito: Administrativo

Chegou[1] recentemente ao mercado a obra "Derecho Administrativo Sancionador: Parte General – Teoría y Prática del Derecho Penal Administrativo", de Manuel Gómez Tomillo. Lançado neste ano de 2009 pela Editora Aranzadi (Navarra), a obra traz aspectos de grande novidade, sobre tema que a nós penalistas muito tem interessado: as sanções não penais. Adiantando-se a conclusão – porque é impossível ocultar a premissa de que alguém só redige resenha de obra que julga de qualidade – acredito que a leitura integral daquele livro será de extrema valia aos operadores do Direito Penal, que encontrarão, em suas mais de setecentas páginas, teoria muito mais aprofundada do que aquilo de que estas minhas reducionistas impressões podem dar conta.

O objetivo da obra é a construção de uma teoria geral da infração administrativa, assumidamente a partir da sistemática do Direito Penal. Essa teoria é construída a partir de três pressupostos: (a) o representativo poder sancionador que o Direito Administrativo vem adquirindo com o passar dos anos, em seu caso na Europa; (b) a

1. Recebimento: 17.06.2009. Aprovação: 06.08.2009.

existência de uma unidade característica entre Direito Sancionador e do Direito Penal; e (c) a escassez de controle, inclusive teórico, ao DAS.[2] Nesse ponto, o autor é convincente ao apresentar a situação deficitária de evolução doutrinária do DAS, que alguém já dissera estar em fase *prebeccariana*. E fortalece essa impressão a trilhar passos de autores alemães (v.b, J. Bohnert, *Ordnungswidrigkeitenrecht, Grundriss für Praxis und Ausbildung*, 2 Auf., 2004; W. Mitsch, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, Springer, 2 Auf., 2005). Não se esquece, por esse pensamento, o que tem preocupado também a doutrina brasileira: trasladar ao DAS os mecanismos de garantia já cristalizados no Direito Penal. Não é tarefa simples.

A estrutura da obra é compartimentada, mas há tessitura evidente entre os quatro temas que a compõem: 1) a definição do DAS e seu contraste com o Direito Penal, 2) princípio da legalidade no DAS, 3) uma meticulosamente construída "Teoria Geral" da infração administrativa e, por fim, 4) aspectos procedimentais. Não seria demais apresentar cada uma delas em algumas linhas, o que somente remeterá ao interesse da leitura dos originais.

Ao comparar o Direito Administrativo Sancionador com o Penal, o autor rememora a tendência político-criminal à despenalização, que fermenta no meio acadêmico (embora, acrescento eu, não seja de todo acatada pelo legislador pátrio). Fixando posicionamento, afasta as teorias que pretendem criar um Direito de Intervenção, intermediário entre Direito Penal e DAS (tal como a concepção de Hassemer), da mesma forma que opõe óbice às diversas 'velocidades' de Silva Sánchez. Posteriormente, estende-se na distinção entre infração administrativa e delito, a optar pela teoria unitária: ambos guardam a mesma natureza jurídica. Essa teoria unitária é o foco de gravitação do que desenvolve posteriormente: um arrazoado denso, a comprovar ao leitor os diversos pontos de contato entre delito e infração administrativa.

Sem pretender resumir o livro, porque a isso não se presta a resenha, veja-se como o autor destaca os pontos em comum entre uma e outra figuras jurídicas: ambos teriam pontos de coincidência histórica, guardariam uma finalidade comum (proteção dos sem jurídicos), a

2. Apenas para fazer mais fluente a leitura, substituo a expressão Direito Administrativo Sancionador pela sigla DAS.

mesma função preventiva e, ainda, são definidos como um fato de três requisitos: tipicidade, culpabilidade e ilicitude. Sim, é esse também o conteúdo da infração administrataiva.

O princípio da legalidade é o tema da segunda parte da obra, de que defluem, na idéia do autor, quatro corolários: o princípio da reserva legal, a irretroatividade das leis penais, o princípio da taxatividade e a proibição de analogia. Como se nota, a mesma sistemática da teoria do delito, a confirmar sua coincidente natureza.

Em relação ao princípio da reserva legal (p. 100), Gómez acredita ser imprescindível a equiparação das garantias de ambos, mas abre duas exceções: a) os casos de regramentos emanados de órgãos colegiados escolhidos por sufrágio e b) os casos em que de norma sancionadoras em branco,[3] ainda que estes devam, na opinião do autor, submeter-se a critérios legislativos claros. Critérios, aliás, que o Tribunal Constitucional de seu país exige para declarar a constitucionalidade das normas penais (p. 115), mas, por enquanto, ainda julga serem dispensáveis em matéria de sanção administrativa (p. 117).

A seguir, o autor faz demonstrar quanto está fora de prumo o posicionamento de que quanto menor a punição, maior o grau de admissibilidade de indeterminação da norma. Por isso, é inflexível ao exigir o princípio da taxatividade também quanto ao ato administrativamente sancionável. Para ele, tal admissibilidade representa, no mínimo, ignorância em relação aos poderes punitivos da Administração.[4] Com coerente posicionamento, disserta sobre a proibição de analogia nesse direito sancionador, a qual "deriva del contrato social mismo: los límites a la renuncia a las libertades acordadas en el contrato social deben quedar precisadas de um modo contundente" (p. 137).

O livro não decepciona, ainda cuidando da legalidade, quando demonstra aprofundamento sobre a questão que, dentre todas, talvez

3. "Resulta evidente que si la Ley penal no puede de forma exhaustiva contemplar la totalidad de situaciones que merecen ser penadas, mucho menos tiene esa capacidad el derecho administrativo sancionador" (p. 114)
4. "Tal criterio, en definitiva, implica una renuncia al principio de la separación de poderes y al tener su mayor campo aplicativo en el Derecho administrativo sancionador, amenaza el mismo principio de legalidad en este último sector del ordenamiento jurídico, ignorando de forma peligrosa los enormes poderes punitivos en manos de la Administración (...)" (p. 125).

seja a mais candente (ou ao menos, em minha opinião, a mais pragmática): o efetivo *non bis in idem* entre norma administrativa sancionadora e norma penal. Em que medida podem ambas conviver, dentro do Estado de Direito? A resposta não é simples, lembra o autor, caso se proponha a evitar uma proibição meramente formal de dupla punição, mas a prevalência será sempre do Direito penal. Em outras palavras, evitar-se o *bis in idem* importa no "derecho a que la Administración no sancione por um hecho calificable como delito, cuando concurra identidad de fundamento" (p. 173). Especial interesse, quanto ao tema, concedo ao trecho em que o autor pesquisa a possibilidade de dupla punição quando um dos sujeitos sancionados é uma pessoa jurídica, hipótese em que, sob critérios rigorosos, talvez possa subsistir a dupla punição. Nesse ponto específico, Gómez não deixa a desejar enquanto à enumeração de todos os requisitos da situação excepcional.

A terceira parte do livro é, de fato, uma *teoria geral da infração administrativa*. Percebe-se nela, mais agudamente, o raciocínio do penalista: o ilícito administrativo aparece dissecado como ação ou omissão típica, antijurídica e culpável. Nesse sentido, sempre marcando as diferenças, o livro segue na estrutura característica dos manuais de direito penal: ação e omissão, tipicidade objetiva e subjetiva, ilicitude, culpabilidade e punibilidade, além da tentativa, do concurso de agentes e concurso de infrações. Comento-os brevemente.

Três capítulos abordam a tipicidade subjetiva. O primeiro deles (cap. 14), introdutório, repassa conceitos de dolo e culpa, e abre diálogo para questões que, depois de enunciadas, conduzem o leitor a concluir que seria impossível passar a seu largo quando se trata da aplicação de tal sanção administrativa, a exemplo da "diferente consideração punitiva das infrações dolosas e culposas em direito administrativo sancionador" (p. 316), e do problema que tal situação acarreta quando se trata de punição de pessoas jurídicas (p. 319). De fato, seria aceitável, dentro de um direito garantista, considerar a hipótese de que uma sanção administrativa possa ser indiferente ao dolo e à culpa?[5] Isso conduz a que, ao dedicar-se exclusivamente ao estudo das infrações imprudentes, busque o autor, à luz do pensamento penal,[6] suprir a inexistência, no campo do DAS, de uma regra clara de excepcionalidade do crime, ou melhor, da infração culposa.[7]

A partir de suas premissas, não poderia ser distinta sua posição acerca da responsabilidade solidária: não se justificaria sequer por

questões de arrecadação; implica evidente prejuízo ao efeito dissuasor da sanção, além de importar em não raras contradições outras de ordem lógica.[8]

No que concerne à culpabilidade, Gómez, sem abandonar o foco na construção teórica do DAS, retoma a concepção de Frank para a culpabilidade da pessoa física, e acode, com ressalvas, a Tiedemann para o tema, quando se trata da pessoa jurídica. Para a pessoa jurídica, portanto, em lugar de se questionar acerca da exigibilidade de conduta diversa, há de se identificar um *defeito de organização*, que faz imprescindível a análise caso a caso, sem qualquer tipo de presunções.[9]

A Terceira parte dedica-se ao estudo da extinção da responsabilidade administrativa, principalmente pelo intrincado problema da prescrição. Questões aparentemente simples como o estabelecimento do *dies a quo* para seu cálculo conduzem a desdobramentos detalhados, a exemplo das infrações de pura omissão, continuadas, permanentes,

5. Cabe a clara posição do autor: "Lo expresado es fácilmente conciliable con la idea de que las conductas dolosas, también en el ámbito administrativo sancionador, merecen un mayor reproche del ordenamiento jurídico por múltiples razones, fundamentalmente porque la conducta dolosa implica un mayor grado de peligrosidad para el bien jurídico protegido que la imprudente. Por ello mismo, existen poderosas razones preventivas para sancionar más gravemente unas que las otras" (p. 320).
6. Vide art. 19, § 1.º, do CP.
7. "A la vista de lo insatisfactorio de la situación descrita, *de lege lata* resulta preciso intentar articular algún tipo de salida sobre la base del derecho vigente que impida la impunidad administrativa de múltiples comportamientos en los que tan solo media imprudencia. La jurisprudencia, sin embargo, no parece haberse molestado demasiado en buscarla, presumiendo la mayor parte de las veces que el problema se encuentra resuelto" (p. 357).
8. "la solidaridad plantea incógnitas difíciles de resolver; por ejemplo qué ocurre cuando uno de los sujetos solidariamente responsables ha actuado culposamente y otro de forma dolosa, estableciendo, sin embargo, la ley la responsabilidad solidaria de ambos" (p. 504).
9. "No compartimos, pues, el critério del próprio Tiedemannn conforme al cual la empresa no puede librarse de la sanción mediante la prueba de una organización eficiente; como tampoco entendemos la concepción de su discípulo M. Brender, conforme al cual la empresa solo puede eximirse de responsabilidad probando que el hecho de conexión no existe"(p. 435).

clandestinas, complexas etc. (p. 533-545). Morte da pessoa física e extinção da pessoa jurídica, bem como fusão da sociedade também ocupam parte da digressão.

Última parte da obra anuncia questões de natureza procedimental, mas, noto eu, estende-se para além dessa consideração. Trata-se de uma verdadeira análise do procedimento *à luz de uma visão democrática* do poder sancionador. Desse modo, é quase filosófica a discussão que traz sobre o princípio da *oportunidade* no Direito Administrativo, em contraste com os casos em que exista, por imposição legal, o dever de perseguir e sancionar todas as infrações detectadas pelo órgão responsável (p. 589 e ss.). Também é digna de destaque a análise que tece acerca da suficiência probatória para a condenação: após aventar hipóteses que soam até raras em termos de direito administrativo sancionador, como as causas de justificação ou as exculpantes, quando concede Gómez que o ônus da prova recai ao imputado infrator, sob pena de se exigir da Administração que faça prova negativa (p. 637). No capítulo seguinte, toda a problemática, clássica no direito processual, sobre correlação entre acusação e sentença é também transportada para a realidade administrativa, com riquíssimo proveito.

Como reflexão final, propõe a questão "la jurisdicción penal podría conocer de los recursos contra sanciones impuestas por la Administración?" (p. 661). Nesse ponto, verdade que sob nova ótica, o livro retoma sua premissa inicial: até que ponto se justifica a distinção entre um e outro ilícito? Com maestria na construção, que revela método e intencionalidade, a obra conclui-se, então, com um retorno à importância da parte conceitual fixada desde o início, a confirmar na prática a pontualidade das considerações temáticas.

Pouco é necessário comentar sobre a importância do tema. Arrisco a dizer que dá algum conforto saber que a evolução da doutrina sobre o assunto, também na Europa, faz descompasso com a prática jurisprudencial. Também no Brasil, conquanto raras, há obras inteiras sobre o assunto (destaco Fabio Medina Osório, *Direito Administrativo Sancionador*, citado na obra espanhola), mas em geral a prática não a digere. Dentre as causas desse descompasso, acentuo duas, a primeira delas bem reforçada por Gómez: a de que quem conduz o procedimento administrativo em regra não tem formação jurídica equiparada à dos magistrados e o fato de que pouca importância concedem os teóricos

ao poder aflitivo da Administração. Poder aflitivo, muitas vezes, mais intenso que o da sanção penal.

Por tudo isso, a obra de Gómez Tomillo é mais do que recomendável. Dentre as obras suas que já são referência para nós (a exemplo de sua grande monografia sobre *responsabilidade penal sucessiva*), soma-se esta, sem dúvida confirmando sua condição de um dos maiores penalistas da Espanha, que o *Derecho Administrativo Sancionador – Parte General* vem confirmar.

VI O DIREITO EM AÇÃO

1

A inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 30 do Código Penal Militar

FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH

Ministro do Superior Tribunal Militar.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal; Militar

Relator: Min. José Coêlho Ferreira

Revisor: Gen. Ex. Sergio Ernesto Alves Conforto

Apelante: A. S. F., civil, condenado à pena de 20 anos de reclusão, como incurso no art. 242, § 3.°, c/c o art. 30, II, parágrafo único, tudo do CPM, com regime fechado para o cumprimento inicial de pena.

Apelado (a): A sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2.ª Auditoria da 2.ª CJM, de 16.10.2007.

Advogado: Dr. Elzano Antonio Braun–Defensor Público da União.

Voto de revisão

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa do acusado A. S. F., buscando modificar a r. sentença de 1.° grau no que diz respeito à individualização da pena que lhe foi aplicada de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Argumenta a defesa que na sentença foram desrespeitados os princípios da proporcionalidade e da individualização das penas, haja

vista que, no momento de fixação da pena, mais precisamente quando da discussão das circunstâncias judiciais, não foi levado em conta o fato de ser o acusado primário e de ter cometido o crime em virtude de ameaça que supostamente pesava sobre sua família.

Restou inconformada ainda a defesa do apelante, em relação ao fato de não ter sido aplicada causa de diminuição de pena correspondente à tentativa. Além disso, argumenta a Defensoria Pública que não há, na motivação da sentença, demonstração mínima de como se teria chegado à pena base, tendo em vista que a autoridade judiciária fez apenas menção abstrata às circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do CPM, ao afirmar que o acusado demonstrava "vocação para a vida criminosa", que deixara claro ser "pessoa fria e insensível" e que não mostrara "sentimento de arrependimento por sua conduta", circunstâncias essas que não teriam sido comprovadas e sequer aferidas por elementos concretos dos autos.

O Ministério Público Militar, em contra-razões, pugna pelo indeferimento do apelo. Aduz que seria descabida a redução da pena imposta com supedâneo no art. 30 do CPM, lançando argumento de autoridade, no sentido de que o Min. Joaquim Barbosa, do STF, não teria entendido ser viável aplicar a lei penal comum ao caso concreto, afirmando ser constitucional a regra que permite equiparar à tentativa, no caso de excepcional gravidade, a pena correspondente ao crime consumado, apenas entendendo ser necessária, para que a tentativa seja sancionada com a mesma medida punitiva do crime consumado, a correta fundamentação quanto à gravidade do delito.

Afirmou o *Parquet*, ainda, que já se decidiu pela aplicação da pena do crime consumado, embora trate-se de hipótese de crime tentado, o que seria obstáculo intransponível a qualquer alteração, em decorrência do advento da coisa julgada.

Contra-argumentou a tese defensória de que teriam sido desrespeitados os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, com arrazoado no sentido de que o modo de execução da empreitada criminosa teria demonstrado a culpabilidade e periculosidade dos agentes, o que evidenciaria que o acusado ostentara propensão para a vida criminosa, demonstrara frieza e insensibilidade etc.

Afirmou o Ministério Público, por fim, que não restou provado que a família do acusado estivesse sendo coagida e que o fato de ser o

réu primário não seria circunstância que pudesse implicar fixação da pena-base no mínimo legal.

O *custos legis*, em parecer da lavra da eminente Subprocuradora-Geral da Justiça Militar da União, Dra. Adriana Lorandi, opinou pela manutenção da r. sentença *a quo*, afirmando que há coisa julgada no que diz respeito a questão da possibilidade de se aplicar à tentativa a pena do crime consumado, lançando aos autos a mesma argumentação exarada no acórdão prolatado pelo Exmo. Min. Joaquim Barbosa, do STF.

É o breve relato que cabe no momento.

Declaração incidental de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 30 do CPM

Reputo imperioso declarar, preliminarmente, não recepcionado pela Constituição o disposto na parte final do parágrafo único do art. 30 do CPM. Faço-o, com fulcro no art. 97 da CF/1988, combinado com o disposto nos arts. 4.°, III, 65, § 2.°, I e 79-A, parágrafo único do RISTM.

As razões são óbvias. O dispositivo em questão fere frontalmente dois princípios dos mais comezinhos do Direito Penal moderno, normas consagradas como garantias individuais pela Constituição da República Federativa do Brasil.

O primeiro princípio é o da legalidade.

Regido pelo apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*, foi consagrado pelo inc. XXXIX do art. 5.° da CF/1988, com a seguinte redação: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Não se trata de mero aforismo. É um princípio do Direito Penal, apanágio dos povos civilizados, alçado à categoria de dogma do Iluminismo. Aliás, está escrito no art. 1.° do CP de 1940, e, igualmente, no art. 1.° do CPM/1969, ambos anteriores à Constituição Federal de 1988.

Exigência inafastável para que se veja respeitado o princípio constitucional da legalidade penal é que, além de ser prévia, a lei que prescreve qualquer conduta a ser incriminada, e atribui a respectiva

pena, *esta lei deve ser clara*. A essa característica denomina-se taxatividade. Clareza e delimitação do âmbito de incidência da norma são pressupostos *sine qua non* do respeito ao princípio da legalidade.

Nesse sentido é o entendimento da melhor doutrina, como se pode observar do magistério de Alberto Silva Franco e de Luiz Regis Prado:

"Sob o segundo enfoque, a definição do crime e da pena ressalta a técnica legislativa de composição típica. (...) O desprezo ao jogo combinado de generalização e diferenciação conduz o legislador desavisado ou malicioso ao emprego de cláusulas gerais na descrição da conduta proibida ou ordenada, instalando-se, assim, o regime da indeterminação do tipo, o que se traduz na negação do próprio princípio da legalidade. (...) Definir, nessa ótica, representa, portanto, estruturar com clareza as condutas criminosas de modo que possam ser, com facilidade, compreendidas por seus destinatários, e evitar a cominação de margens penais extremamente dilatadas. Se o legislador recorrer a cláusulas gerais, tornando indefinida e imprecisa a definição do comportamento humano, ou se dá ao tipo margens penais alargadas de forma a transformar o juiz em legislador, a arbitrariedade judicial poderá campear à solta, sem rei, nem roque." (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 6)

"Princípio da taxatividade ou da determinação (*nullum crimen sine lege scripta et stricta*): diz respeito à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo legal e no estabelecimento da sanção para que exista real segurança jurídica. Tal assertiva constitui postulado indeclinável do Estado de Direito material – democrático e social (cf. arts. 1.º a 6.º da CF/1988). Procura-se evitar o *arbitrium judicis* através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos. O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente determinado para uma das mais perfeita descrição do fato típico (lex certa). Tem ele, assim, uma autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade. Como bem se esclarece, a exigência de determinação se refere não só à descrição das condutas delitivas, mas também à fixação dos marcos ou margens penais, que quando excessivamente amplos colidem com o princípio da legalidade" (Luiz Regis Prado.

Curso de direito penal brasileiro. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 1, p. 135).

Assim, da mesma forma que a utilização de tipos muito amplos, que possibilitem um sem número de interpretações a respeito de quais condutas poderiam a eles subsumir, também a utilização de margens muito amplas de pena fere o princípio da legalidade, quando quebra a exigência de taxatividade.

Pois bem, o que dispõe o parágrafo único do art. 30 do CPM, que lhe deixa incoerente com o principio da legalidade estrita e, portanto incompatível com a Constituição Federal?

Determina o referido dispositivo que "Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, podendo o juiz, no caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado".

No caso de excepcional gravidade..., é o que diz a norma in fine.

Que caso? O que quis dizer o legislador com isso? Não se sabe, ao certo, se o decreto-lei quer fazer referência à gravidade do resultado ou dos meios empregados.

Com efeito, o dispositivo legal ora em análise, na sua indefinição encontra-se perfeitamente definido: instala o regime da indeterminação, nega o princípio da legalidade, tem redação obscura e generalizante, não permite a compreensão clara de sua intenção e propicia a cominação de penas em margens extremamente dilatadas, margens subjetivas, escancaradas ao livre e subjetivo alvedrio de alguém, contribuindo para a disseminação da arbitrariedade judicial, a mais odiosa forma de arbítrio, pois é justamente dos juízes que a lei e a sociedade esperam a correção da injustiça.

A aplicação da pena do crime consumado ao crime tentado, de surpresa e de inopino, revela um Poder Judiciário traiçoeiro, que age de modo insidioso, tornando quase impossível a defesa do acusado. É a sentença, assim, que passa a ser qualificada, e não mais o delito.

Por falar em arbítrio, nunca é demais lembrar que, foi justamente contra esta qualidade nefasta dos governos totalitários que, no século XVIII, por influência das idéias iluministas, que vicejaram na Europa e

na América contra o Absolutismo, que o Marquês de Beccaria, no clássico, *Dei delitti e delle pene*, lançou as bases do princípio da legalidade e os fundamentos do próprio Direito Penal moderno.

A reserva legal, assim, tornou-se uma conquista da civilização.

Ora, todas as vezes que um Estado decide seguir rumos contrários à racionalidade e democracia, instala-se o regime da indeterminação penal. Assim foi na Alemanha nazista, quando o legislador determinou a punição penal de toda e qualquer conduta que se manifestasse contrária ao "são sentimento do povo alemão". Não faltou quem atribuísse à *tentativa* um caráter genérico irrelevante.

Carl Schmitt[1] "já era o mais notável e consagrado constitucionalista alemão" quando aderiu ao nazismo e escreveu um artigo célebre: "O Führer protege o direito". Não escapou ao Tribunal de Nuremberg.

Os juristas não são infensos ao oportunismo. No Brasil também há exemplos, mas não é preciso citá-los. Voltando à Alemanha, Carl Schmitt, no início do regime de Adolf Hitler, escreveu um livro de encomenda, o mais famoso da doutrina jurídica nazista: "Über die drei Arten des Rechts-wissenschaftlichen Denkens" ("Sobre os três tipos de pensamento jurídico"). Em memorando sobre o direito penal nacional socialista, redigido no outono de 1933, disse o seguinte, que vem ao caso:

"Hoje, a separação de conceitos 'genéricos', como culpa, cumplicidade, tentativa, do crime concreto, como e.g. alta traição, furto ou incêndio, não se nos afigura mais como clarificação conceitual ou como garantia de maior segurança e precisão jurídicas, mas mais como uma abstração individual e contrária ao sentido que separa à força os nexos naturais e efetivamente existentes da vida." [2]

Aliás, por falar do nazismo e da punição da tentativa com a mesma pena do crime consumado, importante citar trecho extraído da obra *Da tentativa* de Eugenio Raúl Zaffaroni e de José Henrique Pierangeli, em que se sublinha que essa prática passou a ser utilizada,

1. Macedo Júnior, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 29.
2. Carl Schmitt, Sobre os três tipos do pensamento jurídico In: Macedo Júnior, Roberto Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 211.

exatamente, no período abjeto em que o nacional-socialismo imperava na Alemanha:

"A equiparação da pena da tentativa à do crime consumado obedece a um desprezo pelo aspecto objetivo do injusto, que não é uma conseqüência da tese do injusto pessoal complexo, mas sim filha direta do Direito Penal de ânimo, que abandona o objetivo para desvalorar uma vontade 'inimiga do Direito', 'contrária ao dever', e que nos conduz ao terreno da maior arbitrariedade. Neste sentido, o pensamento político alemão ao tempo da reforma de 1939 foi com ela coerente, embora não tão coerentes tenham sido aqueles que postularam a mesma solução legislativa na Itália e nem seja explicável a sua adoção nos Códigos alemães de 1975 (§ 23, n. 2) ou da Áustria, do mesmo ano (art. 15)" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 31).

Como observam ZAFFARONI e PIERANGELI, nada mais difícil ao direito que desvencilhar-se dos cacoetes autoritários.

No Brasil, como esclarece Jorge Alberto Romeiro "a parte final deste dispositivo, inovação em nosso *ius positum*, em matéria de punição da tentativa, foi copiada do parágrafo único do art. 14 do CP comum de 1969, lei essa revogada antes mesmo de entrar em vigor".[3]

Ou seja, durante o período de exceção, buscou-se imprimir ao Direito Penal brasileiro, comum e especial, a idéia de repressão, que incluía recrudescimento das penas e uma relativização das garantias individuais dos cidadãos. Como se sabe, o Código Penal comum de 1969 sequer chegou a entrar em vigor. Entretanto, o Código Penal Militar prevaleceu, com todas as deformações do período político pelo qual passou o país.

O aparelho do Estado autoritário, ao transferir (no AI-2) para a Justiça Militar da União o julgamento dos crimes contra a segurança nacional, buscou instrumentalizá-la com um direito positivo, outorgado depois do AI-5, que incluiu alguns dispositivos francamente contrários a garantias democráticas mínimas.

3. ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104.

Não contavam os juristas do regime, porém, com a independência com que sempre se houve, na história do Brasil, o Superior Tribunal Militar, sobretudo em tempos de crise institucional.

Hoje, decorridos quase 40 anos da imposição do AI-5 (13.12.1968), examinados os fatos históricos com a maior taxa de isenção que o decurso do tempo permite, há especialistas que atribuem ao regime militar brasileiro (que, afinal, editou a regra jurídica a respeito da qual estamos tratando) uma paradoxal vocação legalista. Basta comparar o volume de processos de acusados de crimes contra a segurança do Estado que foram julgados pela Justiça Militar, no Brasil, com o número insignificante de processos semelhantes em outros países do cone-sul (Argentina, Uruguai e Chile), no mesmo período.

A professora Káthia Martin-Chenut,[4] da Universidade de Paris, sublinha que o regime autoritário brasileiro caracterizou-se, assim, por um esforço de racionalização jurídica do poder.

Entretanto, a despeito dos instrumentos autoritários postos à sua disposição, a Justiça Militar da União não desempenhou o papel de braço legal do regime. O Superior Tribunal Militar foi uma garantia, apesar do duríssimo direito que aplicava.

Remanescente inaceitável desse direito duríssimo, regra exemplar do entulho autoritário, é o art. 30, parágrafo único, do CPM.

Não digo isso com o intuito de insinuar o Código Penal Militar não deveria ter sido recepcionado pela Constituição, ou com o propósito de afastar a especialidade da lei castrense. Ao contrário. A existência de uma Justiça Militar especializada, seja em tempo de paz ou de guerra, e a necessidade imperativa de legislação especial referente ao tema, como tenho sistematicamente sustentado, são imprescindíveis, haja vista que a vida militar e a própria defesa da soberania da Pátria dela dependem.

O que digo, é que, em virtude do período em que adentrou no ordenamento jurídico brasileiro, o Código Penal Militar traz em seu bojo dispositivos de cunho autoritário, que não condizem com o atual

4. Kathia Martin-Chenut, bacharel pela Faculdade de Direito da USP, doutora em Direito pela Universidade de Paris e pesquisadora do *Collège de France. Illustration sur l'administration de Justice et jurisdictions militaires et d'exception – Brésil (UMR – Unité Mixte de Droit Comparé de Paris)*. Paris, 22.09.2006.

sistema jurídico que se funda no Estado Democrático de Direito. Um deles, por óbvio, é o exemplar parágrafo único do art. 30 do CPM, que não pode subsistir, por afronta à Constituição.

Feito este preâmbulo histórico-jurídico, que explica as razões teleológicas da norma agora impugnada, nota-se que nada existe no Código Penal comum, que se assemelhe à punição de um crime tentado da mesma forma que um crime consumado. Nem poderia haver, pois o parágrafo único do art. 30, da lei substantiva militar, agride o próprio princípio da reserva legal, já que a mesma lei diz qual deve ser a resposta estatal para lesões corporais graves, leves e levíssimas, para o crime tentado e para o crime consumado.

Ademais, não há clareza nenhuma na lei quando permite o acréscimo de pena "em casos de excepcional gravidade". Graves podem ser os motivos do agente, os meios por ele empregados para a consecução do crime, ou ainda a própria natureza do delito e também os resultados obtidos pela ação criminosa. Assim, a punição mais ou menos severa do agente fica sujeita a arbítrio e subjetivismo da parte do julgador. Como diria Voltaire, fica sujeita à "astrologia judiciária".

O que um juiz entende por grave, pode ser aquilo que outro magistrado não entenda da mesma forma, e assim por diante, instalando-se a mais perfeita indeterminação, total insegurança jurídica para com os destinatários da norma.

Ou seja, o parágrafo único do art. 30 do CPM é totalmente incompatível com o art. 5.°, XXXIX, da CF/1988, razão pela qual deve ser declarado não recepcionado pela atual ordem constitucional.

A aplicação de reprimenda idêntica ao crime consumado, para os casos de tentativa, como ocorreu neste feito, fere o princípio da proporcionalidade

Certo é que o princípio da proporcionalidade não está expressamente declarado nos inúmeros incisos da declaração de direitos do art. 5.° da CF/1988. Mas é certo, também, que o § 2.° do mesmo artigo afirma textualmente que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Decorre, o referido princípio, da conjugação de diversas disposições constitucionais, em especial dos arts. 1.°, III, 3.°, I, 5.°, *caput* e II, XXXV e LIV, entre outros, todos da Constituição Federal. De acordo

com o princípio, a resposta estatal a um delito cometido deve guardar proporcionalidade com a lesividade do ato praticado.

Sem maiores digressões, o resultado do homicídio consumado é muito mais lesivo do que o do tentado, principalmente porque é irremediável.

Sob a ótica da vida, enquanto bem jurídico tutelado, é induvidoso que a maior agressão que contra ela se pode praticar é sua completa supressão, fato que não ocorreu no caso vertente.

Por isso, a proporcionalidade deve ser sempre aplicada em caso de tentativa, por força de mandamento constitucional principiológico. Não se pode punir aquele que trouxe apenas perigo ao bem jurídico tutelado pelo sistema penal, da mesma forma que se pune aquele que o feriu indelevelmente. Por isso, que a lei penal permite uma gradação na diminuição operada pela tentativa, que deve ser aplicada na conformidade do *iter criminis* percorrido pelo agente no sentido de lesar o bem jurídico protegido.

Nesse sentido, a lição de Miguel Reale Júnior:

"A pena é cominada pelo legislador tendo em vista o desprezo a um valor digno de tutela que vem a ser efetivamente ferido com o dano imposto ao bem jurídico, em prejuízo da sociedade e da vítima. Dessa maneira, há uma proporcionalidade entre a lesão causada e a sanção abstratamente imposta. Se na tentativa, o dano não se concretiza, pairando a conduta na fase de criação de uma situação perigosa a pena para ser proporcional não poderia deixar de sofrer uma diminuição. Assim, não se justifica punir o crime tentado como se consumado fosse, nem levar em conta a 'periculosidade do agente', manifestada com o início de execução revestida da intenção delituosa para se punir a tentativa do aspecto subjetivo tão-somente." (Miguel Reale Jr., *Instituições de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 1, p. 294)

O dispositivo em comento, por essa razão, está totalmente em disparate para com o princípio da proporcionalidade, haja vista que possibilita a punição, de maneira igual, de indivíduos que cometem condutas de gravidades diferentes, ferindo o princípio da proporcionalidade, a regra de isonomia consagrada na expressão *suum cuique tribuere* e a própria idéia de justiça.

Se fosse levada a idéia do dispositivo ao pé da letra, num raciocínio sofismático, dever-se-ia aplicar a pena do crime consumado a todas as tentativas, uma vez que o legislador elegeu a tentativa à categoria de crime, sendo certo que todos os crimes são condutas gravíssimas para a sociedade. Entender-se-ia, assim, que o raciocínio lógico seria pela prescindibilidade da Parte Especial do Código Penal, graduando para cada conduta uma pena correspondente. Ora, a idéia de proporcionalidade, que é o fio condutor da Parte Especial do Código Penal, seria muito eficazmente substituída pela subjetividade do julgador, ou melhor, pela sua irracionalidade, colocando o sentimento acima da razão, o que seria frontalmente contrário a toda construção científica do Direito Penal. Reputo esse raciocínio ignominioso, além da afronta ao dogma do princípio da reserva legal.

Nesse sentido, Jorge César de Assis, comentando o art. 30 do CPM, afirma o seguinte:

"Nos parece perigoso deixar ao livre-arbítrio do julgador avaliar quais serão os casos a serem considerados de 'extrema gravidade', pela inexistência de critérios objetivos para tal. Nunca é demais lembrar que a gravidade de cada crime já foi devidamente graduada por ocasião da eleição dos tipos penais, punindo-se com penas maiores aqueles que causam mais repulsa à sociedade." (Jorge César de Assis, *Comentários ao Código Penal Militar*, p. 85)

Por fim, insta observar que não colhe alegar, como fazem o Ministério Público Militar e a Procuradoria de Justiça Militar, que o acórdão do STF, proferido no HC 88.261-7/DF, da relatoria do Exmo. Min. Joaquim Barbosa, tenha feito coisa julgada, afastando a presente declaração incidental de inconstitucionalidade.

O acórdão em tela, proferido pela E. 2.ª T. do STF, não desceu à análise da inconstitucionalidade ou constitucionalidade do art. 30 da lei substantiva castrense, julgamento que somente poderia ter sido realizado pelo Plenário do Pretório Excelso, conforme dispõem, de forma cogente, o art. 97 da CF/1988 e o art. 173 do RISTF.

A decisão limitou-se, tão-somente, à análise da legalidade do ato jurisdicional, e não da lei, como se pode verificar do seguinte excerto:

"Vê-se que a conceituação, no caso em tela, da excepcional gravidade do crime, de forma a autorizar a aplicação da pena do crime consumado, está amparada em lei e encontra-se devidamente

fundamentada, sendo, pois, improcedente o pedido formulado no presente *habeas corpus*." (f.)

Aliás, pelo que se depreende pela leitura do acórdão em questão, sequer fora suscitada a referida inconstitucionalidade, visto que a impetração limitou-se a requerer a aplicação do Código Penal comum (art. 14, II, CP) em detrimento do Código Penal Militar. O *habeas corpus* foi denegado e, não tendo sido oposto nenhum incidente de inconstitucionalidade, não prospera sustentar, *contrario sensu*, que a norma seja constitucional. Não houve exame de constitucionalidade, quer sujeito ao controle concentrado, quer ao controle difuso, razão pela qual o raciocínio configura, como é óbvio, um sofisma.

Ante o exposto, é o meu voto para suscitar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da norma impugnada e declarar, *ipso facto*, não recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil o parágrafo único do art. 30 do CPM, por ser flagrantemente oposto aos princípios da legalidade e da proporcionalidade (art. 5.°, XXXIX, e arts. 1.°, III, 3.°, I, 5.°, *caput* e II, XXXV e LIV, da CF/1988).

Brasília – DF, 07.10.2008.

Flavio Flores da Cunha Bierrenbach

Ministro do Superior Tribunal Militar.