ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

67

julho-agosto de 2007





EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 15 n. 67 julho-agosto de 2007

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil
Visite o nosso *site:* www.rt.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo (Lei 9.610/98, Lei dos Direitos Autorais).

Diretor Responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

Diagramação eletrônica
Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento
Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0004-03

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT:
Tel. 0800-702-2433
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

e-mail de atendimento ao consumidor:
sac@rt.com.br

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2007/2008

Diretoria executiva

Presidente
Alberto Silva Franco

1º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

2º Vice-Presidente
Theodomiro Dias Neto

1º Secretário
Carlos Alberto Pires Mendes

2ª Secretária
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

2º Tesoureiro
Silvia Helena Furtado Martins

Conselho Consultivo

Carlos Vico Manãs, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Zanoide de Moraes e Tattiana Viggiani Bicudo

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Sergio Salomão Shecaira

Boletim
Carina Quito

Cursos
Cristiano Ávila Maronna

Comunicações
Renato Sérgio de Lima

Estudos e Projetos Legislativos
Guilherme Madeira Dezem

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Heloisa Estellita

Núcleo de Pesquisas
Jacqueline Sinhoretto

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM junto ao Olapoc
Flávia D'Úrso, Glauber Callegari e Renata Flores Tybiriça

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Juliana Garcia Belloque

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Convênios
André Augusto Mendes Machado

História
Roberto Mauricio Genofre

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias
Andrei Koerner

Núcleo de Jurisprudência
Rui Stoco

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Coordenadores Regionais

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

2ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Fabiola Monteconrado Ghidalevich

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

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

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

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

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

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

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

10ª Região (São Paulo) – Janaina Paschoal

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

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

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista @ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Diretoria da Revista

Coordenadora
Juliana Garcia Belloque

Coordenadores - Adjuntos
Denise Neves Abade, Helena Regina Lobo da Costa, Marina Pinhão Coelho e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da Revista:
Adauto Alonso S. Suanes, Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alejandro Aponte, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexandre Jean Daoun, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Andrei Koerner, Augusto Eduardo de Souza Rossini, Berenice Maria Giannella, Carlos María Romeo-Casabona, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Acosta, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Jacqueline Sinhoretto, Jorge de Figueiredo Dias, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Manuel da Costa Andrade, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria João Antunes, Maria Lucia Karam, Pedro Caeiro, Ranulfo de Melo Freire, Raúl Cervini, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Livianu, Roberto Maurício Genofre, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Stella Maris Martinez.

Colaboradores permanentes:

NACIONAIS

Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Frederico G. Thompson, 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, 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, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangeli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Luisi, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, 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, 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, Álvaro P. Pires, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez, Pilar Gomes Pavón, Roberto Bergalli e Sergio Moccia.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Apresentação

Neste número da RBCCRIM é publicado o artigo que apresenta a recém-formada Comissão sobre o sistema prisional do IBCCRIM, inaugurando assim o espaço que o tema "prisão" passará a ocupar na seção Crime e Sociedade da Revista. A idéia é conferir, a partir de uma perspectiva interdisciplinar, maior visibilidade às análises e aos estudos voltados a essa temática, na tentativa de repor, em alguma medida, a importância em torno da investigação científica e do debate que a questão prisional representa no funcionamento do sistema penal.

Outra novidade da Revista apresentada nesse número é a publicação de ementário, com inteiro teor de acórdãos mais interessantes, resultante do trabalho desenvolvido pelo Núcleo de Jurisprudência do Instituto coordenado, pelo Dr. Rui Stoco.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 68 – setembro-outubro – 2007

¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa em virtud de su domínio de la organización? Algunas consideraciones críticas

Carlos Gómez-Jara Díez

Domínio por organización. Estado de la discusión

Kai Ambos

Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos

José Henrique Rodrigues Torres

Uma análise sobre a crise na Segurança Pública de maio de 2006

Paulo de Mesquita Neto e Fernando Salla

Sumário

1. Direito Penal

Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? 11
Andrew von Hirsch

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 29
Fabio Roberto D'Avila

De los riesgos y de las precauciones necesarias en la aplicación del principio de complementariedad por la Corte Penal Internacional: el estudio de la determinación nacional de las penas como objeto del análisis de admisibilidad 59
Héctor Olásolo

2. Processo Penal

Lei 11.464/2007 no tempo: sua (ir)retroatividade 113
Amilton Bueno de Carvalho e Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro Machado

A argumentação jurídica como garantia constitucional no processo penal 136
Denis Sampaio

El uso de la videoconferencia en el proceso penal español 164
Juan Carlos Ortiz Pradillo

Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal 212
Roberto Delmanto Junior

3. Crime e Sociedade

O sistema prisional: um debate necessário 233
Alessandra Teixeira, Fernanda Emy Matsuda, Fernando Salla e Marcos César Alvarez

Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia 253
Iberê Anselmo Garcia

O comércio internacional e o desenvolvimento como objetos de uma crítica criminológica 276
José Danilo Tavares Lobato

Sistemas penales y criminología crítica. Reflexiones sobre la enseñanza jurídica y sus vinculaciones con el poder en América Latina 301
Liliana Amanda Rivas

4. O Direito em Ação

4.1 Parecer

Superveniência de causa independente 325
Miguel Reale Júnior

4.2 Ementário de Jurisprudência 343
André Adriano do Nascimento da Silva e Lucas Clemente Guimarães Diaz

5. Índice Alfabético Remissivo 367

Normas de publicação 373

1. Direito Penal

Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?

Andrew von Hirsch
Professor Honorário de Teoria Penal
e Direito Penal, Universidade de Cambridge;
Diretor do *Centre for Penal Theory and Penal Ethics.*

Sumário: Introdução – 1. Intervenções não penais para evitar a autolesão: um paternalismo limitado? – 2. Proibições paternalistas *no direito penal:* por que elas são especialmente problemáticas – 3. Fundamentos alternativos da intervenção? – 4. Exceção para intervenções leves? – 5. Bibliografia.

Abstract: This article analyzes the possibility of criminalization of self-injury conducts based on the Anglo-Saxon doctrine and through a dialog with the German criminal law.

Resumo: O artigo analisa a possibilidade de criminalização de condutas autolesivas, com fundamento na doutrina anglo-saxã e por meio de um diálogo com o direito penal alemão.

Palavras-chave: Paternalismo – Autolesões – Autonomia – Finalidade da pena.

Keywords: Paternalism – Self-injury – Autonomy – Penalty – Purpose of penalty.

Área do Direito: Penal; Comparado

Introdução[1]

O paternalismo direto no direito penal é a utilização de sanções penais para a criminalização da conduta de uma pessoa que se autolesiona ou que tenta se autolesionar. Aqui, podem ser formuladas duas questões. A primeira diz respeito ao paternalismo direto em geral, ou seja, se a violência coercitiva estatal pode, de maneira geral, ser acionada para impedir alguém de se autolesionar. A segunda pergunta, de que eu trato especialmente nesse artigo, refere-se à adequação do emprego do direito penal para esse fim. Essa última deve ser diferenciada da – difícil – questão acerca do paternalismo indireto, ou seja, do uso do direito penal para proibir comportamentos que auxiliam um outro a, intencionalmente, lesionar-se.

O sistema penal alemão evita, em princípio, – como a maioria dos sistemas penais modernos – o paternalismo direto em seu direito penal.[2] A tentativa de suicídio ou a autolesão dolosa não são, de acordo com o Código Penal alemão, delitos. Existem algumas exceções, dentre as quais a mais importante constitui a proibição da aquisição e da posse de drogas (§ 29, par 1 da Lei de Entorpecentes alemã).[3] A razão pela qual tais proibições paternalistas deveriam em geral ficar excluídas do direito penal não é detalhadamente analisada pela literatura alemã. Roxin observa que comportamentos autolesivos devem ser vistos como parte da autodeterminação do ser humano e, conseqüentemente, não são objetos adequados

1. Tradução de Helena Regina Lobo da Costa (Advogada criminal; Mestre e doutora em Direito Penal pela USP), devidamente autorizada pelo autor do texto Direkter Paternalismus: Sollten Selbstschädigungen bestraft werden? In: ANDERHEIDEN, Michael; BÜRKLI, Peter; HEINIG, Hans M.; KIRSTE, Stephan e SEELMANN, Kurt. *Paternalismus und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

2. Vide Neumann, NK, Comentários ao §211, n. de margem 34.

3. Sobre as questões de justificação das proibições de posse de entorpecente em geral, vide: Husak (1992). Existe, todavia, uma série de outras possíveis justificações para a proibição penal de drogas a merecer discussão, inclusive a de prevenção de danos causados mediatamente a outras pessoas. Sobre as questões acerca de se outros fundamentos, que não os paternalistas, poderiam justificar intervenções, vide o item III.

para sanções penais,[4] mas não leva essa tese a termo. Essa questão essencial deve ser, aqui, debatida.

Enquanto o direito penal em vigor na Alemanha e em outros países raramente se utiliza de proibições diretamente paternalistas, recorre em maior extensão ao paternalismo indireto. Matar uma pessoa a seu pedido é, em regra, um crime (§ 216 do Código penal alemão), assim como a lesão corporal de alguém a seu pedido (§§ 223, 228 do Código Penal alemão). A questão acerca de por que deveria o direito penal tratar tão severamente contribuições a condutas autolesivas enquanto trata autolesões diretas de modo permissivo tem provocado poucas discussões fundamentais.[5] Para lançar as bases de uma compreensão adequada do paternalismo indireto é, inicialmente, necessário desenvolver uma análise do paternalismo direto no direito penal.

1. Intervenções não penais para evitar a autolesão: um paternalismo limitado?

Intervenções paternalistas possuem duas características. Em primeiro lugar, elas dizem respeito ao bem do próprio atingido. Em segundo, a intervenção contém coerção: à pessoa não se concede a possibilidade de repelir a medida. E é esta segunda característica da coerção, que diferencia as intervenções paternalistas de outras medidas do direito social estatal. Pode-se, portanto, adotar uma postura cética face a intervenções paternalistas, mesmo quando se apóia uma oferta ampla de medidas sociais de auxílio pelo Estado.

Na literatura jusfilosófica anglo-americana, o debate sobre o paternalismo começou na metade do século XIX, quando John Stuart Mill formulou o Harm

4. Vide Roxin (2005), p. 23 e s.

5. A literatura alemã se ocupa, entretanto, extensivamente com uma série de questões mais específicas, dentre as quais, especialmente a eutanásia e o auxílio ao suicídio, em que surgem problemas típicos do paternalismo indireto; vide, por exemplo, Chatzikostas (2001), e, sobre eutanásia. Neumann. In: NK, Comentários ao §211, n. De margem 86.

Principle (Princípio da ofensa) e criticou intervenções paternalistas.[6] Nos anos 80 do século XX houve uma mais ampla discussão, para a qual contribuíram sobretudo Joel Feinberg, Gerald Dworkin, John Kleinig e Joseph Raz.[7] Desde então o interesse nessa questão, mesmo na literatura filosófica anglo-americana, diminuiu. Além disso, a discussão sobre o paternalismo nos anos 80 deu pouca atenção à questão acerca de quais podem ser as diferenças fundamentais entre proibições paternalistas no direito penal e em outras formas de intervenções estatais coativas (exemplificativamente, as do direito civil ou do direito administrativo) que se direcionem a impedir comportamentos autoprejudiciais.

Minha análise se inicia com uma presunção contra intervenções paternalistas. Em casos normais, o Estado não deve empregar sua violência coativa para impedir que um indivíduo pratique autolesões. Essa afirmação normativa baseia-se na idéia da autodeterminação (*personal sovereignity*), nas palavras de Feinberg: intervenções paternalistas lesionam a autonomia do agente.[8] Deve-se, então, refletir sobre qual o sentido a ser impresso a essa autonomia.

Poder-se-ia definir a autodeterminação como autonomia "profunda", significando que uma pessoa age de acordo com os fins por si mesma definidos? Isso implicaria que a pessoa somente pudesse efetuar atividades autoprejudiciais quando elas se apresentassem como parte de uma concepção de vida mais ampla: o autor que bebe pode servir de exemplo, desde que o consumo extremado de álcool e a vida ligada a ele inspire sua atividade criadora (pode-se pensar, por exemplo, em E. T. A. Hoffmann e Charles Bukowski).

6. Mill (1859), Cap. 4. "Harm Principle é a expressão técnica na língua inglesa que caracteriza o princípio de Mill, no sentido de que o dano a outrem deveria ser o principal fundamento (ou, segundo a visão de Mill, a única base) para a criminalização de um comportamento". Vide: Feinberg (1984), p. 31 ss.; e também: von Hirsch (2005), Cap. 3; Seher (2000).

7. Feinberg (1986), Cap. 17-19; Dworkin (1972); Kleinig (1983), p. 67 e s.; Raz (1986), Cap. 16, e também Claude-Wolff (2006).

8. Feinberg (Nota 7), Cap. 19.

Essa visão da autonomia ainda autorizaria, entretanto, intervir em condutas autoprejudiciais de uma pessoa, desde que não se tratasse dos seus objetivos a longo prazo. Esse seria o caso, por exemplo, da situação em que o comportamento autoprejudicial de uma pessoa contrariasse seus objetivos (por ela mesma expressos) e igualmente quando a pessoa não se informou adequadamente sobre quais as conseqüências de seu comportamento sobre suas preferências consolidadas de longo prazo. A objeção contra essa visão "profunda" da autonomia consiste em que ela não seria válida para um grande número de pessoas, quais sejam, aquelas que falham no desenvolvimento de objetivos de longo prazo coerentes ou na avaliação realista dos riscos de seu próprio comportamento. Em resumo, uma tal "autonomia profunda" significa que muitas pessoas não poderiam, por si mesmas, definir o andamento de sua vida.

Além disso, uma tal visão não leva em consideração, de forma suficiente, que uma pessoa, como ser racional, possui a capacidade de refletir sobre seus objetivos e forma de vida. Também alguém que leva uma vida caótica deve ser tido como um sujeito racional e capaz de autodeterminação, que tenha condições de conseguir desenvolver um concepção de vida coerente. A noção da pessoa como um sujeito racional contém exatamente uma tal capacidade de auto-reflexão, e intervenções coercitivas violariam essa posição de sujeito. É, por isso, preferível compreender a autonomia em conexão com a idéia de Feinberg de autodeterminação simples na tomada de decisões.[9] Isso faria com que, ao menos *prima facie*, o paternalismo direto não se aplicasse a sujeitos competentes.

Essa última concepção respeita a capacidade da pessoa de poder decidir-se livremente. Ela aceita, com isso, altos custos pessoais. Pessoas são passíveis de erro e escolhem, às vezes (especialmente sob estresse), condutas que levam a conseqüências drásticas e irreversíveis para si mesmas. A negativa, por princípio, de qualquer intervenção poderia, em tais situações, lesionar os objetivos de longo prazo de uma pessoa.

9. Feinberg (Nota 7), Cap. 19.

Para lidar com tais situações, John Kleinig e Gerald Dworkin propuseram versões limitadas do paternalismo.[10] Aqui, a simples autodeterminação deve ser tomada como medida: a pessoa decide sobre seu comportamento e, nos casos normais, nenhuma intervenção nessa escolha seria permitida. Excepcionalmente, os objetivos de longo prazo da pessoa poderiam, entretanto, ser empregados como fundamento para intervenções (ex. Kleinig).[11] No caso de uma pessoa cujo modo de vida passado sugere uma ligação de longo prazo a diferentes projetos contínuos, mas que apresenta formas de comportamento autolesivo após um revés pessoal sério, pode uma intervenção passageira ser adequadamente fundamentada, para fornecer à pessoa a possibilidade de recuperar seu equilíbrio. Aqui, as preferências manifestadas e estabilizadas são levadas em consideração para que se decida sobre a intervenção. Esse esquema se afasta, assim, daquela visão anteriormente discutida,[12] porque aqui as intervenções coercitivas não são admitidas quando não puderem se justificar por meio dos supostos objetivos de longo prazo da pessoa.

Naturalmente, tal concepção não garantiria que a intervenção esteja sempre de acordo com os efetivos objetivos de longo prazo da pessoa, porque estes podem ser, em alguns casos, de difícil avaliação, especialmente quando instituições estatais tentam proceder a essa avaliação. A pessoa que parecia estar feliz com seu trabalho e com sua família, mas tenta se envenenar, logo após ter sido demitida, pode, em verdade, ter chegado a uma nova e definitiva decisão – a de que sua vida não vale mais – de forma que a lavagem estomacal e a retenção da pessoa por alguns dias para observação pode contrariar uma sua decisão pessoal ponderada. O direito deve, todavia, trabalhar com casos padrões e, em muitos outros casos, a pessoa seria provavelmente "tratada" de seu desespero imediato.

De acordo com a versão de Kleinig de um paternalismo limitado, sobraria, pois, pouco espaço para intervenções estatais, vez que raramente seria o caso de

10. Kleinig (Nota 7); Dworkin (Nota 7).
11. Kleinig (Nota 7), p. 67 e s.
12. Vide texto cit. na nota 8.

as instituições estatais terem informação suficiente para proferir uma decisão sobre o projeto de longo prazo e as preferências da pessoa. Assim, ele reconhece que o Estado e suas instituições raramente teriam condições de ter uma visão de tal maneira adequada dos planos de longo prazo de um indivíduo a ponto de poderem fundamentar intervenções coercitivas estatais. Ele restringiria, conseqüentemente, a aplicação desse tipo de paternalismo precipuamente a situações interpessoais, por exemplo, ao caso em que alguém esconde os remédios para dormir de um amigo em desespero.[13]

Uma outra versão do paternalismo limitado, qual seja, a de G. Dworkin, ofereceria para a intervenção estatal um esquema mais passível de colocação em prática, porque não pressupõe a identificação das preferências de longo prazo da pessoa em cada caso.[14] Uma intervenção seria admitida, assim afirma ele, quando (1) a autolesão é especialmente séria e irreversível (como no caso de morte ou de lesões graves), (2) a pessoa parece estar agindo em virtude de uma situação extraordinária de estresse, (3) a duração da intervenção é delimitada e (4) há restrições para intervenções repetidas.[15] Em tais casos, a pessoa pode estar agindo em razão do estresse do momento e em contrariedade com seus planos de longo prazo; de toda forma, ela pode – em razão da limitação de intervenções repetidas – eventualmente cometer, enfim, a autolesão, se ela assim o decidir.

Deve-se, todavia, ressaltar que essas últimas abordagens representam, na medida em que permitem intervenções coercitivas, uma forma de paternalismo

13. Kleinig, (Nota 7), p. 67 e s.

14. Dworkin (Nota 7).

15. Dworkin (Nota 7). Essa concepção se diferencia da de *Kleinig*, uma vez que não pressupõe qualquer conhecimento especial dos objetivos de vida do indivíduo atingido; mas, por outro lado, seus limites são concebidos de modo mais estreito ([1]-[4] nesse item do texto). Segundo a visão de *Kleinig*, alguém poderia esconder o remédio para dormir de um amigo desesperado por diversas vezes – enquanto que, segunda concepção de *Dworkin*, intervenções repetidas somente poderiam ser admitidas de modo limitado. (Essa última limitação mencionada, contra intervenções repetidas, não aparece explicitamente no texto de Dworkin e foi pelo autor desse artigo complementada. Sem uma tal limitação, alguém poderia ser permanentemente detido de realizar seus desejos porque o Estado poderia intervir e o deter quando da tentativa)

"duro".[16] A autodeterminação abarca, a rigor, o trato consigo mesmo, sobre o qual se decide *agora*, sem prejuízo das preferências de longo prazo, que se desenvolveram, provavelmente, anteriormente. A justificação dessas abordagens não repousa em a intervenção não ser paternalista, senão em que ela representa uma forma adequada de intervenção paternalista, porque pode auxiliar a proteger as preferências e prioridades de longo prazo da pessoa.

2. Proibições paternalistas *no direito penal*: por que elas são especialmente problemáticas

O supradiscutido paternalismo limitado (I) oferece uma argumentação para uma intervenção estatal. Todavia, uma intervenção por meio do direito penal não é por ele fundamentada. Segundo meu julgamento, existem problemas específicos quando se acionam sanções penais, ainda que o modelo de um paternalismo limitado possa justificar intervenções coercitivas estatais de outras naturezas (por exemplo, de natureza civil ou administrativa).

Em casos simples, como no de uma tentativa de suicídio, isso manifesta-se de modo evidente. Talvez possa ser adequado que o Estado intervenha, sob determinadas circunstâncias, em tentativas de suicídio, de modo a que a pessoa atingida seja retida por um curto período de tempo, para que possa refletir sobre sua situação e decidir-se, possivelmente, por continuar a viver. Entretanto, é algo completamente diferente sancionar penalmente uma tentativa de suicídio. E, efetivamente, a tentativa de suicídio foi afastada dos modernos Códigos Penais.

Um argumento simples e freqüentemente citado contra preceitos penais paternalistas reside em que eles próprios contrariariam a finalidade mesma do

16. Esse conceito é tomado de *Feinberg* (nota 6), que diferencia entre paternalismo "forte" e "fraco". O último refere-se a intervenções por meio das quais autolesões deveriam ser evitadas quando o agente não seja completamente competente para a decisão. É, por exemplo, dirigida ao deficiente mental. O paternalismo forte recorre à coerção para afastar autolesões de pessoas adultas, que são completamente capazes de tomar decisões e não sofrem de qualquer deficiência que afete sua capacidade de decisão racional.

paternalismo, porque a pena – com sua carga e censura – não seria aplicada no interesse da pessoa.[17] Para penas severas em razão de supostos comportamentos autolesivos, como o uso de drogas, esse argumento se mostra evidentemente correto: como poderia ser promovido o interesse de um consumidor de drogas por meio de uma pena privativa de liberdade longa, prevista pelo direito penal de entorpecentes (especialmente do tipo americano)? Todavia, no caso de sanções penais mais brandas isso não é tão evidente. Se determinadas formas de comportamentos autolesivos sérios e irreversíveis pudessem ser minimizados por meio de sanções penais e se isso ajudasse a que algumas dessas pessoas se distanciassem de tais comportamentos, a intervenção não seria, para tais pessoas, necessariamente mais danosa do que o comportamento em si.

O argumento definitivo contra o emprego do direito penal é, contudo, um outro. Cuida-se da função censuratória da pena. A pena contém como marco característico uma censura e, com isso, um julgamento ético-social de valor negativo que desaprova o ato, o que é bem conhecido na literatura penal alemã.[18] Ultimamente tem sido afirmado (por exemplo, por Tatjana Hörnle e por mim mesmo)[19] que a esse elemento de censura é anexado um papel normativo decisivo, que não deve ser esclarecido por meio de conceituações conseqüencialistas (como, por exemplo, as da prevenção geral positiva). Papel normativo significa, segundo essa abordagem, que, por meio da censura penal, a pessoa atingida é tratada como sujeito que deve ser visto como capaz de reexame moral e reconhecimento da reprovabilidade de seu comportamento[20]

Em conexão com comportamentos que lesionem outros, uma tal reação sancionatória pode ser bem fundamentada. Quando T ataca O, lesiona a legítima pretensão da vítima à sua integridade corporal e essa lesão mostra (quando, por exemplo, é realizada

17. Para uma discussão desse argumento, veja: Husak (Nota 3), p. 76 e s.

18. Para um resumo proveitoso dessa discussão, vide: Kühl (2005).

19. Hörnle; von Hirsch (1995). Veja, também, sobre a relação dessa concepção da censura penal para a justificação da instituição da pena: von Hirsch (Nota 6), Cap. 2; von Hirsch/Ashworth (2005), Cap. 2; Roxin (Nota 4), p. 177 e s.; Idem (2005), p. 95 e s.

20. Vide a citação na Nota 19 e especialmente von Hirsch (Nota 6), Cap. 2, p. 57 e s., 63 e s.

dolosamente) um desprezo reprovável por interesses vitais da vítima e representa, conseqüentemente, um injusto censurável. Em tais situações, o comportamento é não apenas reprovável, como também a razão da reação estatal censuratória reside no necessário reconhecimento público do caráter injusto desse comportamento.[21] Mesmo se a instituição da pena é entendida de modo a também exibir certos elementos preventivos[22] ou se a fixação da pena em certa medida se apóia em critérios preventivos,[23] permanece a imputação da culpa por um injusto passado e a imposição daí resultante de uma censura como uma característica inevitável da pena.

Quando, entretanto, esse paradigma do injusto e da censura também é aplicado a comportamentos autolesivos, ele parece bastante inadequado. Considere-se que a "ofensa" é causada pelo agente contra si mesmo: após ter acabado de perder seu emprego, ele se desespera e tenta se matar. Talvez ele se conduza de uma forma bastante imprudente; tivesse aguardado alguns dias, teria percebido que ainda haveria razão para continuar a viver. Pode-se, aqui, defender perfeitamente que uma intervenção estatal com base nas razões discutidas no item I seria legitimada para lhe dar uma chance de novamente refletir e decidir-se a continuar vivendo. Mas poderia o comportamento ser visto, de modo plausível, como uma lesão censurável a uma pretensão legítima, que o agente possui *contra si próprio*? E mesmo quando o comportamento, de alguma forma, possa ser visto como injusto, é plausível afirmar que está dada a base para que esse injusto seja reconhecido por meio da pena?

Eu creio que não é esse o caso. A objeção central contra o uso da pena em tais situações de autolesão é a de que ele não se adapta à fundamentação pela qual intervenções paternalistas poderiam ser, em geral, autorizadas. Na discussão de um paternalismo limitado (vide item I acima), a base para intervenções se

21. Nota 19 e especialmente von Hirsch (Nota 6), Cap. 2, p. 57 e s., 63 e s.

22. Nota 19 e especialmente von Hirsch (Nota 6), Cap. 2, p. 57 e s., 63 e s,

23. Para uma argumentação no sentido de por que uma justificação para a existência da pena baseada na censura não pode reconhecer elementos preventivos, vide: Nota 19 e especialmente von Hirsch (Nota 6), Cap. 2, p. 57 e s., 63 e s, p. 54 e s.; veja também Roxin (Nota 4), p. 95 e s.; Idem (Nota 19), p. 177 e s.

refere à conservação das futuras chances de vida da pessoa atingida: ela é, agora, afastada de um determinado comportamento, para que, mais tarde, continue-lhe possível perseguir seus (supostos) objetivos de longo prazo.[24] Esse fundamento para a intervenção é evidentemente orientado para o futuro e essa orientação ao futuro faz da pena – com suas características fortemente retrospectivas e censuratórias – uma forma inadequada de reação.

Utilizemos o supracitado caso da pessoa há pouco demitida, que tenta se matar. A base para uma intervenção paternalista limitada reside (como acima exposto) em dar à pessoa tempo para uma nova avaliação e reflexão de suas escolhas. Tais razões referem-se à manutenção de suas futuras chances de vida, não à censura de seu comportamento passado. Conseqüentemente, uma reação orientada pela censura, com acento no injusto cometido, é inadequada.

Esse ponto de vista se torna mais nítido quando se considera a extensão da intervenção. Em razão da marca da censura, que caracteriza a pena, a extensão da intervenção deveria ser medida por meio da consideração da proporcionalidade do ato e, com isso, ser delimitada por meio da medida de danosidade e culpabilidade do comportamento apenável.[25] Considerando que T-1 mata alguém a facadas e T-2 dirige de forma bastante imprudente sob influência do álcool, mas em realidade não lesiona ninguém, a pena apropriada para T-1 deveria ser consideravelmente maior do que aquela para T-2, porque o dano foi maior (lesão efetiva comparada com perigo) e o injusto pessoal, igualmente, seria maior (dolo comparado com imprudência).[26] Entretanto, transferindo-se esse raciocínio para as autolesões, um tal proceder não é plausível. Considere-se que T-3 tenta se matar, enquanto T-4 arrisca sua própria saúde (sem, na verdade, desejar se matar), consumindo medicamentos perigosos em quantidades excessivas, não obstante ter sido advertido.

24. Veja o texto das notas 10/15.

25. Vide: von Hirsch (Nota 6), p. 146 e s.; Hörnle (1999), 3ª parte.

26. Vide: von Hirsch (Nota 6), Cap. 6; von Hirsch/Ashworth (Nota 19), Cap. 9; Hörnle (Nota 26).

Deveria o Estado (caso ele devesse intervir) proceder necessariamente de modo mais duro contra T-3, que tentou o suicídio, porque a medida da lesão e o caráter do injusto foi maior? Isso dificilmente poderia ser correto.

Poder-se-ia argumentar, todavia, que comportamentos autodestrutivos, às vezes, podem ser reprováveis e conseqüentemente merecedores de censura? Esse poderia ser o caso, se as conseqüências do comportamento são irreversíveis e os fundamentos para a tentativa de autolesão pareçam triviais. Consideremos o caso hipotético de um patriota entusiasta de música popular, que estava desesperado, pois seu país (como recentemente a Inglaterra) não obteve nenhum ponto no Eurovision Song Contest e, por isso, tenta se suicidar. Isso representa, sem dúvida, um motivo risível para sua tentativa de autonegação e a pessoa, caso sobreviva, poderia com razão ser criticada por amigos e conhecidos, no sentido de que, dessa maneira, ela estaria jogando fora seus recursos e perspectivas pessoais. Tais juízos privados de censurabilidade não podem, entretanto, ser a base para um esquema estatal de censura penal, caso se leve a sério o princípio da autodeterminação. A legitimidade dos motivos da pessoa por sua conduta passada, e que só a si afeta, deveria ser seu próprio problema. Intervenções coercitivas estatais segundo o esquema supradiscutido de um paternalismo limitado (I) só poderiam ser defensáveis – e mesmo assim apenas em medida e tempo limitados – quando resultem favoráveis aos objetivos de logo prazo da pessoa atingida e com isso contribuam para que a pessoa atingida conserve suas futuras chances de vida. Isso é, contudo, claramente uma questão de proteção dos interesses futuros da pessoa, sem significar uma censura penal em razão de sua conduta autodestrutiva.

Eu concluo daí o seguinte: *a sanção penal não é uma forma adequada de coerção estatal para proteção de um agente contra autolesões.* Conseqüentemente, também em casos nos quais um paternalismo limitado (e a intervenção estatal a ele ligada) fosse justificado, o direito penal não seria um instrumento adequado. Meu argumento é, portanto, o de que a exclusão do paternalismo direto do direito penal não precisa pressupor uma negativa geral do paternalismo. Mesmo quando um paternalismo limitado, fora do

direito penal (por exemplo, segundo o modelo de Kleinig e Dworkin), seja defensável, proibições penais não deveriam ser admitidas. Para se adotar tal posição não seria, todavia, necessária a aceitação sem reservas das teses de Kleinig e Dworkin. Poder-se-iam ter dúvidas, por exemplo, quanto à retenção, por prazo curto, de uma pessoa com tendências suicidas. Caso exista um menor espaço para tais intervenções não-penais, uma intervenção penal, ainda assim, não seria mais facilmente justificável.[27]

3. Fundamentos alternativos da intervenção?

Quais efeitos práticos teria uma tal renúncia ao paternalismo direto no direito penal? Às vezes se alega que a maioria das proibições aparentemente paternalistas no direito penal se explicam por meio de outros fundamentos, especialmente pelo Harm Principle.[28] Tais alegações não resistem, todavia, a uma análise apurada. Eu gostaria de mencionar três exemplos:

Dever de socorro? De acordo com o § 323c do Código Penal alemão, uma pessoa tem a obrigação de socorrer outra que se encontre em perigo. A polícia está, igualmente, obrigada a ajudar aquele que está em perigo. Em que medida tais obrigações (e suas respectivas concepções embasantes) sustentam intervenções coercitivas estatais para proteção contra comportamentos autodanosos?

Na situação normal de prestação de socorro, a vítima não quer estar em perigo: ela se encontra em um rio e corre o risco de morrer afogada porque caiu ou foi empurrada para o rio. Essa última situação diz respeito ao Harm Principle: quando

27. Como seria caso fosse adotado um conceito um pouco mais amplo de paternalismo aceitável fora do direito penal? Considere-se que seriam tidas, também, como aceitáveis intervenções estatais em situações em que os hábitos autolesivos de uma pessoa pareçam ter tornado confusos seus interesses de longo prazo, sem que ela, entretanto, se torne inimputável – como poderia ser o caso de alguns dependentes de drogas. Mas mesmo que se fosse favorável a um tal âmbito de aplicação mais amplo para intervenções paternalistas, seu objetivo estaria ainda na preservação das chances de vida futura da pessoa atingida. Isso continuaria, então, sendo uma orientação para o futuro, que não se adapta ao foco retrospectivo e de censura da sanção penal. Conseqüentemente, a imposição de pena a tais pessoas seria, igualmente, problemática.

28. Vide: Harcourt (1999).

o afetado foi empurrado, ele é, efetivamente, vítima de um comportamento lesivo de outrem. A questão que surge é a de que se também uma terceira pessoa, que não é responsável pelo ato que iniciou o perigo para a vítima, tem um dever de prestar socorro. O direito alemão reconhece um tal dever, o qual se sustenta no conceito de altruísmo (na terminologia alemã, "solidariedade" entre os co-cidadãos);[29] o direito inglês parte do pressuposto de que um tal dever não existe.[30]

No caso da autolesão, a situação é outra. Quem tenta se suicidar está em perigo porque explicitamente decidiu-se em tal sentido. A pessoa pulou deliberadamente no rio. Socorrê-la é, portanto, uma intervenção paternalista; ela seria socorrida contra a sua vontade. Isso não significa que uma tentativa de prestação de socorro seria necessariamente injustificável: em uma situação imediata, pode ser difícil constatar a preferência da pessoa por viver ou morrer – e, assim, a prestação de socorro é adequada, já que se partiria do pressuposto de que o atingido gostaria de sobreviver. E mesmo que, de acordo com as circunstâncias, esteja claro que ele quer, realmente, morrer, o supradiscutido paternalismo limitado (I) poderia justificar uma intervenção de resgate e até mesmo um período curto de acompanhamento. Deve-se destacar, entretanto, que isso altera a fundamentação da intervenção. O fundamento normal do dever de socorro (apoiado no Harm Principle) não mais sustentaria a intervenção. A legitimidade, a extensão e os limites de uma intervenção dependeriam, pois, de considerações paternalistas.

Lesão do sistema social estatal? Poder-se-ia argumentar que, na verdade, autolesões representam, em razão de seus efeitos financeiros indiretos, uma forma de lesão de outras pessoas sob a perspectiva do Harm Principle – ou seja, que elas se refletem, por exemplo, em um peso para as instituições estatais de segurança pública e atendimento de emergência e para o sistema social? A pessoa que pula de uma ponte onera outras porque faz uso, gratuitamente, de serviços financiados por meio de tributos. Deve ser levado em consideração, todavia, que o atingido *não* deseja ser

29. Wohlers, in NK, Comentários ao § 323c, n. de margem. 1.
30. Simester/Sullivan (2004), p. 72 e s.

socorrido – ele quer se matar. Deveria ele, ainda assim, ser socorrido? A tarefa das provisões estatais apenas se verifica quando o Estado determina alargar seus serviços também àqueles que se lesionam voluntariamente ou tentam se matar. Se se decidir que tais pessoas devem aceitar a ajuda destes serviços em seu próprio interesse, isso continua sendo paternalismo e deveria como tal ser julgado. A ingerência não pode ser, simplesmente, justificada por meio do recurso ao Harm Principle.

Lesões causadas mediatamente? Às vezes se argumenta que proibições aparentemente paternalistas, como aquelas que se referem à posse de drogas, efetivamente causam efeitos prejudiciais a longo prazo, porque sem tais proibições uma série de conseqüências negativas seria desencadeada, que gradualmente resultaria em atos de vitimização de outras pessoas. Proibições de drogas, conforme se argumenta, não necessitariam realmente do recurso ao paternalismo para que sejam sustentáveis. O uso de drogas deveria ser proibido, porque ele leva a outras conseqüências criminógenas, a que se seguem comportamentos classicamente lesivos, como formas graves de furto, lesão corporal, vandalismo etc.[31] Isso abrange, contudo, a responsabilidade dos consumidores de drogas por decisões intermediárias: o comportamento – nesse caso da posse de drogas – deve ser proibido por causa de sua tendência de levar outros agentes (ou, talvez, em algumas oportunidade, o mesmo ator) a se decidir, num momento futuro, por um comportamento que lesiona outros.

A objeção *prima facie* contra uma tal responsabilidade por possíveis conseqüências lesivas futuras consiste – como Wolfgang Wohlers e eu já argumentamos[32] – em que o resultado possivelmente lesivo não pode ser imputado moralmente ao agente original, e sem uma tal imputação é inadequado aplicar a reação censuratória do direito penal. Essa situação é mais evidente quando a cadeia de acontecimentos apresenta atores intermediários. Aqui, o próprio comportamento do agente (como, por exemplo, a posse e o uso de drogas) não causa *per se* qualquer lesão ou

31. Harcourt (Nota 29), p. 172 e s; e, criticamente, Husak (Nota 3), p. 195 e s.

32. Von Hirsch (1996), p. 269 e ss.; Wohlers (2000), p. 305 e s.; von Hirsch/Wohlers (2003), p. 196 e ss., p. 200 e s.; von Hirsch (Nota 6), Cap. 4.

perigo a outra. É, pois, criminalizada porque provoca outros atores (que não são controlados pelo agente original) a adotar comportamentos que causam lesões ou perigos. Ao se imputar, em tais situações, a responsabilidade penal ao agente original, ignora-se o princípio da *responsabilidade pessoal própria*, já que ele não cometeu pessoalmente qualquer injusto e as conseqüências lesivas são causadas por meio de atos errados de outros. (Objeções semelhantes também valem em situações em que o mesmo ator participa com decisões futuras).[33] A responsabilidade só é adequada para o ator original em tais situações quando comete uma ação cujo envolvimento normativo na decisão seguinte tenha significado, portanto, quando ele já em sua conduta original faz algo, por meio do que ele fortalece ou concorda com as decisões seguintes de outros.[34]

Daí, minha concepção é a de que a exclusão do paternalismo penal direto significaria, efetivamente, uma diferença prática, quando se trata de decidir quais proibições penais são sustentáveis. Como uma possível base para proibições de comportamentos autodanosos, argumentos paternalistas não poderiam, sem mais, ser substituídos pela alegação de danos indiretos a outras pessoas.

4. Exceção para intervenções leves?

A concepção que desenvolvi acima, no item II, e que exclui, em geral, o paternalismo direto do direito penal levanta a seguinte questão: seriam apropriadas proibições penais dotadas de sanções leves, como, por exemplo, a obrigação de usar cinto de segurança ou a obrigação de usar capacete em motocicletas? Nesses casos, reagir-se-ia com sanções ao comportamento autolesivo, mas tais sanções estariam limitadas, por exemplo, às multas ou à proibição de dirigir. Se minha argumentação anterior (no item II), que se concentrou na característica de censura da sanção e na inapropriação da censura penal para comportamentos

33. Von Hirsch/Wohlers (Nota 33), p. 201.
34. Vide, detalhadamente Von Hirsch/Wohlers (Nota 33), p. 201, p. 204 e s.

autoprejudiciais, está correta, seria possível argumentar que, tendo em vista, por exemplo, a baixa gravidade da sanção relativa à obrigação de usar cinto de segurança, não existiria uma reação verdadeiramente de censura nos termos do direito penal tradicional. No direito alemão, tais formas de comportamento seriam freqüentemente consideradas infrações contra-ordenacionais (*Ordnungswidrigkeiten*) e não exprimiriam, por isso, uma verdadeira censura penal. Quão convincente é esse argumento e onde estão suas fronteiras são temas que devem ficar reservados a uma outra investigação.

5. Bibliografia

CHATZIKOSTAS, Konstantinos. *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie*, Frankfurt a. M, 2001.

CLAUDE-WOLFF, Jean. Die liberale Paternalismuskritik von John Stuart Mill. In: M. Anderheiden/P. Bürkli et. al. (Org.). *Paternalismus und recht*, Tübingen, 2006.

DUFF, R. A. *Punishment, communication and community*, Oxford, 2001.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. *The Monist 56* (1972), 1956.

FEINBERG, Joel. *Harm to self*, Oxford, 1986.

_____. *Harm to others*, Oxford, 1984.

HARCOURT, Bernard. The collapse of the harm principle. *Journal of Criminal Law and Criminology 90* (1999), 1999.

KLEINIG, John. *Paternalism*, Ottawa/New Jersey, 1983.

HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999.

_____; VON HIRSCH, Andrew. Positive generalprävention und tadel. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. [reimpresso in von Hirsch (2005) Cap. l], 1995.

KÜHL, Kristian. Zum Misbilligungscharakter der Strafe. In: J. Arnold et al (Org.). *Menschengerechtes strafrecht*: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München, 2005.

HUSAK, Douglas. *Drugs and rights*, Cambridge, 1992.

MILL, John Stuart. *On liberty*, London, 1859.

NOMOSKOMMENTAR zum StGB, 2. Aufl. (2005), U. Kindhäuser/U. Neumann/H-U Paefgen (Org.). Baden-Baden, 2005.

RAZ, Joseph. *The morality of freedom*, Oxford, 1986.

ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AT, v. I, 4. ed., München, 2005.

_____. Schlussbericht. In: U. Neumann / C. Prittwitz (Hrsg.). *Kritik und rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a. M., 2005.

SEHER, Gerhard. Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff. In: R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003.

_____. *Liberalismus und Strafe*, Berlin, 2000.

SIMESTER, Andrew; SULLIVAN, Robert. *Criminal law*. 2. ed. Oxford, 2004.

VON HIRSCH, Andrew. *Fairness, verbrechen und strafe*, Berlin, 2005.

_____. Extending the harm principle: remote harms and fair imputation. In: A.P. SIMESTER / A.T.H. Smith (Org.). *Harm and culpability*, Oxford, 1996.

_____; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate sentencing*: exploring the principles, Oxford, 2005.

_____; WOHLERS, Wolfgang. Rechtsgutstheorie und deliktstruktur: Zu den Kriterien fairer Zurechnung. In: R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers (Org.). *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden [reimpresso in von Hirsch (2005), Cap. 4], 2003.

WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des präventionsstrafrechts*, Berlin, 2000.

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

Fabio Roberto D'Avila
Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal). Pós-Doutor pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main – Alemanha). Bolsista da Fundação Alexander von Humboldt (AvH Stiftung/2006).

Sumário: 1. Meio ambiente e o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos. Breves considerações – 2. Crimes de perigo abstrato e ofensa de cuidado-de-perigo. Sobre os limites da noção jurídico-penal de ofensividade – 3. Crimes de acumulação e ofensividade. A ofensa de cuidado-de-perigo em contextos instáveis – 4. Considerações finais – 5. Bibliografia.

Resumo: No atual estado das ciências jurídico-penais, em que temos presenciado, no âmbito do direito penal ambiental, mas também em inúmeros outros espaços de normatividade do denominado direito penal secundário, o contínuo esvanecer das linhas que historicamente conferiram identidade ao direito penal, parece-nos legítimo e necessário um voltar de olhos ao resultado jurídico, à noção de ofensa a bens jurídicos. Um voltar de olhos comprometido não apenas em resgatar o significado crítico-garantista da idéia de ofensividade, mas também em desenvolver categorias capazes de atender aos desafios que o nosso tempo coloca. E exatamente neste espaço é que acreditamos que o conceito de *ofensa de cuidado-de-perigo*, aqui apenas esboçado em suas linhas fundamentais, tem muito a oferecer.

Abstract: In the actual state of the legal-criminal sciences, which we have witnessed, in the field of environmental criminal law, but also in a great number of other areas of normativity denominated secondary criminal law, the continuous weakening of the lines which historically conferred an identity to criminal law, it seems legitimate and necessary to focus on the legal results, the notion of offense regarding legal welfare. We must focus not only on rescuing the guaranteed-critical meaning of the offensivity idea, but also on developing categories capable of attending the challenges of our present time. And this is where we believe the concept of care-of-danger offense, here only outlined in its basic lines, has much to offer.

Palavras-chave: Ilícito penal – Bem jurídico – Ofensividade – Cuidado-de-perigo – Contextos instáveis – Crimes ambientais – Crimes de perigo concreto – Crimes de perigo abstrato – Crimes de acumulação – Crime de poluição – Crime contra a fauna.

Keywords: Criminal illicit – Legal welfare – Offensivity – Care-of-danger offense – Unstable contexts – Environmental crimes – Concrete danger crimes – Abstract danger crimes – Accumulation crimes – Pollution crime – Crime against fauna.

Área do Direito: Penal; Ambiental

1. Meio ambiente e o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos. Breves considerações[1-2]

A compreensão do direito penal como instrumento de proteção subsidiária de bens jurídicos, conquanto reiteradamente posta em questão, tem se afirmado ao longo dos anos, em inúmeros espaços de juridicidade, como um dos

1. Este artigo corresponde, no essencial, à conferência por nós realizada junto ao Instituto de Ciências Criminais da Universidade de Göttingen, Alemanha, em 07.07.2006.

2. Abreviaturas utilizadas: GA, Goltdammer's Archiv für Strafrecht; JZ, Juristenzeitung; Rn, Randnummer (número de margem); StGB, Strafgesetzbuch (Código Penal alemão); Vorbem, Vorbemerkung (considerações preliminares).

mais importantes legados do pensamento penal liberal.[3] Expressão de um direito penal laico, tolerante, erigido a partir da dignidade da pessoa humana e atento às garantias e liberdades fundamentais.[4] Uma compreensão de direito penal que se projeta, dogmaticamente, a partir de uma concepção de ilícito estabelecida, principalmente, na ofensa ao objeto de proteção da norma penal, isto é, na noção de dano ou perigo ao bem jurídico tutelado. E, nesta exata medida, em plena oposição a compreensões autoritárias de direito penal, construídas a partir da mera violação do dever e da obediência ao Estado, em que a censura penal recai já não mais no fato, mas na figura do autor e na vontade de delinqüir, e em que o ilícito penal, expresso no formalismo da mera desobediência aos interesses do Estado, torna-se nada mais que um puro ato de rebelião.[5]

Este modo de pensar o direito penal, contudo, possui um custo significativo em relação às pretensões político-criminais do Estado: nem tudo pode ser objeto de incriminação. E isso independentemente de se tratar ou não de condutas cuja proibição atenderia a interesses político-criminais de prevenção geral positiva. Em verdade, a estrita observância ao modelo de crime como ofensa ao bem jurídico restringe de forma significativa – para muitos, até mesmo demasiada – o âmbito das

3. Ver ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Beck, 2006. v. 1, p. 13 ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 7; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*. Parte geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 109 ss.; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1, passim; MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*. *Estudos penales y criminológicos*, 14. Univ. de Santiago de Compostela, 1991, p. 205 ss.

4. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1, nota 37, p. 449 ss. e, principalmente, p. 452.

5. Ver D'AVILA, Fabio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. *Direito penal secundário*. Escritos em homenagem à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Fabio Roberto D'Avila e Paulo Vinícius Sporleder de Souza (Orgs.). São Paulo: RT, 2006, p. 71 ss.; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1, nota 37, p. 438; BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *Scritti di Diritto Penale*. Stefano Canestrari und Alessandro Melchionda (Orgs.). Milano: Giuffrè, 1997. v. 1, p. 608 ss.; GÜNTHER, Klaus. Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein Paradigmawechsel im Strafrecht? *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995, p. 452 s.

condutas sancionáveis pelo Estado, através da imposição não só de limites ao *objeto de tutela* da norma, como também à *técnica de tutela* desse mesmo objeto, mediante a proposição de dois momentos diferentes, embora intimamente imbricados, de análise da legitimidade do ilícito-típico. Primeiro, *(a)* se há um bem jurídico dotado de dignidade penal como objeto de proteção da norma. Análise que, por certo, para ter alguma utilidade crítica, deve, ao contrário das teorias metodológicas, partir de uma noção de bem jurídico cujo conteúdo, além de estar em harmonia com a ordem axiológico-constitucional, seja trans-sistemático em relação à ordem jurídica e concretizável em realidades suscetíveis de viabilizar uma posterior análise de ofensividade.[6] E, segundo, *(b)* se há, no caso concreto, uma efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado, tradicionalmente percebida através da verificação de um dano ou perigo ao objeto de proteção da norma. Dito de outra forma, para a legitimidade do ilícito-típico não basta a constatação de um bem jurídico-penal como objeto de tutela da norma. É igualmente necessário um segundo momento, muitas vezes descuidado pela doutrina, em que se busca averiguar a existência de ofensividade,[7] através da consideração dos efeitos da conduta sobre o bem jurídico, e que, à luz dos diferentes graus de afetação, faz surgir, igualmente, diferentes técnicas de tutela.[8] Afinal, reconhecer o direito penal como instrumento de tutela de bens jurídicos e, ao mesmo tempo, menosprezar a dimensão correspondente à ofensa desses mesmos bens, satisfazendo-se, assim, com ilícitos penais meramente referenciados a um determinado bem jurídico, é o mesmo que afirmar que, para a proteção de

6. Sobre os pressupostos para o reconhecimento do "bem jurídico-penal", ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal.* Parte geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2004., nota 37, p. 111 ss.

7. Embora a noção de ofensividade remonte ao princípio latino *nullum crimen sine iniuria*, já não encontra estrita correspondência com denominado princípio da lesividade. Em sua atual forma, resultado de inúmeros contributos jurídicos, em especial da doutrina italiana, a ofensividade compreende não só a lesão, mas também o perigo de lesão a bens jurídico-penais. A lesão (dano) e o perigo, enquanto resultados prejudiciais ao bem jurídico e proibidos pela norma penal, são, nesta medida, formas de ofensividade.

8. Sobre a questão, ver D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 60. São Paulo: RT, 2006, p. 23 ss.

bens jurídicos, devemos proibir condutas não ofensivas a bens jurídicos. O que, quanto a nós, para além de consistir em um claro equívoco metodológico, conduz a uma efetiva subversão da lógica crítico-garantista que deve perpassar a noção jurídico-penal de tutela de bens jurídico.[9]

O direito penal ambiental, entretanto, parece tomar uma outra direção. Impulsionado, de um lado, pela pretensão de oferecer uma ampla tutela aos bens jurídicos ambientais e, de outro, por dificuldades dogmáticas, muitas vezes insuperáveis, de verificação causal dos danos que, não raramente, se perde na multiplicidade e cumulatividade de fatores,[10] no tempo diferido, na incerteza sobre a própria relação causa-efeito ou em danos transfronteiriços, o direito penal ambiental tem sido marcado por uma forte antecipação da tutela, na qual o demasiado distanciamento entre a conduta e o objeto de proteção da norma tem favorecido, significativamente, a formulação de tipos de ilícito meramente formais, nos quais a violação do dever passa a ocupar o espaço tradicionalmente atribuído à ofensividade.[11] Daí não surpreender o grande número de crimes de perigo abstrato e dos denominados crimes de acumulação, no âmbito do direito penal ambiental.[12]

Esta constatação, que expõe o direito penal como um espaço de acentuada tensão entre os interesses político-criminais de prevenção geral, as dificuldades de proteção decorrentes das especificidades dos bens jurídicos em questão e as

9. Nesse sentido, FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal.* Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 621; KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Strafrecht.* Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt am Main: Klostermann, 1989, p. 168.

10. Ver DAXENBERGER, Matthias. *Kumulationseffekte.* Grenzen der Erfolgszurechnung im Umweltstrafrecht, Baden-Baden: Nomos, 1997.

11. Ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente.* Um quarto de século depois: Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. v. 1, p. 380.

12. ARZT, Gunther; WEBER, Ulrich. *Strafrecht.* Besonderer Teil. Lehrbuch. Bielefeld: Gieseking, 2000, p. 885; TRIFFTERER, Otto, *Umweltstrafrecht.* Einführung und Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, Baden Baden: Nomos, 1980, p. 35 s.; FIANDACA, Giovanni. La tipizzazione del pericolo. *Dei delitte e delle pene*, 3, 1984, p. 458 ss.; FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano.* São Paulo: RT, 2005, p. 121 s.

exigências, ao nosso entender constitucionais,[13] de legitimidade material do ilícito, leva-nos a refletir sobre as possibilidades de reconhecimento das técnicas de tutela concernente, principalmente, aos crimes de perigo abstrato e aos crimes de acumulação como técnicas de tutela penal legítimas e, portanto, por decorrência lógica, sobre a legitimidade de grande parte da legislação penal ambiental, hoje em vigor em diversos países, entre os quais o Brasil e a Alemanha. E é exatamente esta reflexão que pretendemos desenvolver, mesmo que de forma muito breve, nas linhas que seguem.

2. Crimes de perigo abstrato e ofensa de cuidado-de-perigo. Sobre os limites da noção jurídico-penal de ofensividade

Não nos importa aqui fazer uma revisão das inúmeras tentativas doutrinárias no sentido de recuperar o conteúdo do ilícito no âmbito dos crimes de perigo abstrato, eis que, por certo, não é este o espaço adequado a tanto.[14] Mais vale registrar a já antiga preocupação da literatura especializada[15] com a tradicional, e ainda hoje majoritária, leitura dos crimes de perigo abstrato em termos meramente formais, em que o perigo

13. D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. *Stvdia Ivridica*, n. 85. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 63 ss.

14. Para um panorama das diferentes propostas de recuperação do ilícito nos crimes de perigo abstrato, ver D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. *Stvdia Ivridica*, n. 85. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 112 ss.

15. Entre outros, RABL, Kurt O.. *Der Gefährdungsvorsatz*. Breslau-Neukirche, 1933, p. 19 s.; SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. *ZStW*, 81, 1969, p. 15; WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten*. Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem. Berlin: Duncker & Humblot, p. 278; MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Ausländ. u. Internat. Strafrecht, 1989, p. 57; MEYER, Andreas. *Die Gefährlichkeitsdelikte*. Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts. Münster: Hamburg: Lit., 1992, p. 181 ff.; FIANDACA, Giovanni. La tipizzacione del pericolo. *Dei delitti e delle pene*, 3, 1984, p. 453 s.; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 34;

geral da conduta é apenas elemento de motivação legislativa, não exercendo nenhum papel em âmbito hermenêutico-aplicativo, senão o de uma presunção de perigo *juris et de jure*,[16] materialmente vazia. Preocupação que, se nem sempre exitosa em suas propostas, ao menos já deixa antever, como há tempo já observava Schröder, uma notável mudança na percepção dos crimes de perigo abstrato,[17] e que, quanto a nós, permite (re)colocar uma importante questão: se, diante da técnica legislativa própria dos crimes de perigo abstrato, ainda é possível identificar, neste particular grupo de crimes, um qualquer conteúdo de ofensividade, de forma a permitir, em termos hermenêuticos, uma recuperação do conteúdo material do ilícito aplicável também em âmbito ambiental. Interrogação esta que, diga-se desde já, pode ser respondida positivamente, desde que realizadas algumas precisões dogmáticas.

Os crimes de concreto pôr-em-perigo há muito têm sido caracterizados como um situação de significativo desvalor jurídico, em razão de uma alta probabilidade de dano ao bem jurídico. Binding já falava na idéia de concreto pôr-em-perigo como uma "comoção na certeza de ser" (*Erschütterung der Daseinsgewissheit*),[18] enquanto Demuth e Gallas, de forma muito próxima, referem-se a uma "crise do bem jurídico" (*Krise des Rechtsgutes*).[19] Ou seja, para termos um concreto pôr-em-perigo, é necessário que a probabilidade de dano ao bem jurídico seja de tal forma intensa, que se torne possível falar em uma situação de "crise do bem jurídico", em uma situação em que a continuidade existencial do objeto jurídico de proteção

MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 388 ff.

16. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Deliktes. Normen und Strafgesetze. 3. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1916. v. 1, p. 380.

17. SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. *ZStW*, 81, 1969, p. 15.

18. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Deliktes. Normen und Strafgesetze. 3. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1916. v. 1, p. 372 s.

19. DEMUTH, Hennrich. *Der normative Gefahrbegriff*. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte. Bochum: Brockmeyer, 1980, p. 201 s.; GALLAS, Wilhelm. Abstrakte und konkrete Gefährdung. *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70.* Geburtstag. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, p. 176.

da norma esteja seriamente ameaçada. Como exemplo, traz Roxin o caso de um condutor que, ao fazer uma ultrapassagem imprudente, apenas não se choca com o veículo que trafega em sentido contrário, em razão da destreza do outro motorista que, com sua habilidade, consegue evitar a colisão. Uma situação em que, segundo o autor, apenas por acaso, o resultado danoso não se verifica.[20] E, neste sentido, como se sabe, o reconhecimento do perigo concreto passa a exigir que o bem jurídico tenha entrado efetivamente no raio de ação da conduta perigosa,[21] o que, por sua vez, coloca a necessidade de um duplo juízo de verificação: não só um juízo *ex ante*, mas também um juízo *ex post* de alta probabilidade de dano ao bem jurídico.[22]

Contudo, não nos parece que o conteúdo de significação jurídico-penal da noção de perigo possa ser reduzido a esta única e restrita compreensão de perigo concreto. O perigo, como já no século XIX observava Rohland, possui dois elementos referenciais, a *probabilidade de um acontecer* e a *danosidade deste mesmo acontecer*.[23] Consiste, nas palavras de Faria Costa, em um "estágio em relação ao qual é legítimo prever como possível a ocorrência de um dano-violação".[24] Uma noção que, no âmbito da normatividade penal, possui efetiva autonomia como objeto real, mas que, nem por isso, deixa de ter a sua origem em uma relação de probabilidade que irá se estabelecer entre a conduta e a ocorrência de um resultado danoso. E, portanto, uma realidade

20. ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Beck, 2006. v. 1, nota 37, p. 425.

21. Assim, DEMUTH, Hennrich. *Der normative Gefahrbegriff*. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte. Bochum: Brockmeyer, 1980, p. 33 s.; GALLAS, Wilhelm. Abstrakte und konkrete Gefährdung. *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70.* Geburtstag. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, p. 180; HIRSCH, Hans Joachim. Gefahr und Gefährlichkeit. *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70.* Geburtstag. Heidelberg: C. F. Müller, 1993, p. 548 ss.

22. Nesse mesmo sentido, principalmente, MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen.* Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Ausländ. u. Internat. Strafrecht, 1989, p. 86.

23. ROHLAND, Woldemar von. *Die Gefahr im Strafrecht*. Dorpat; Karow. Leipzig: Hinrichs, 1888, p. 1. Sobre isso, também, FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal.* Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 583 s.

24. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal.* Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 583.

normativa cuja complexidade permite outras precisões dogmáticas, para além do perigo concreto. O que, aliás, já tem demonstrado, e bem, o surgimento de categorias de perigo intermédias, como, *v.g.*, os crimes de "perigo abstrato-concreto" (*abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte*),[25] os crimes de "idoneidade" (*Eignungsdelikte*)[26] e os crimes de "perigo (concreto) de produção antecipada".[27] Interessa-nos, todavia, neste momento, não as diferentes formas de perigo que são possíveis surpreender no âmbito dos crimes de perigo abstrato, mas sim o preciso *limite* da categoria de perigo e, por decorrência, também do espaço de ofensividade onde deverá se movimentar um direito penal ambiental que se quer legítimo.

Temos por certo que uma qualquer tentativa de resposta que se pretenda minimamente viável deve ter como ponto de partida a própria intencionalidade normativa que os crimes de perigo abstrato representam. E, se isso é verdade, é preciso reconhecer que os dois elementos matrizes do perigo abstrato já nos são dado. Primeiro, que, diferentemente do que ocorre no perigo concreto, eles se caracterizam pela *não-exigência de um bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa*. O que significa dispensar o segundo juízo de verificação do perigo, o juízo *ex post*, necessário aos crimes de perigo concreto.[28] Segundo, que o perigo abstrato, enquanto forma de perigo, é necessariamente uma noção relacional, uma probabilidade de dano ao bem jurídico, e está objetivamente limitado por

25. SCHRÖDER, Horst. Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte? *JZ*, 1967, p. 522 ss.

26. HOYER, Andreas. *Die Eignungsdelikte*. Berlin: Duncker und Humblot, 1987, passim; HEINE, Günter, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. ed. München: Beck, 2006, p. 2.516 (Vorbem §§ 306 ss., Rn. 3).

27. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 641 ss., nota 175.

28. Ver MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Ausländ. u. Internat. Strafrecht, 1989, p. 86; GALLAS, Wilhelm. Abstrakte und konkrete Gefährdung. *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70.* Geburtstag. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, p. 180; HIRSCH, Hans Joachim. Gefahr und Gefährlichkeit. *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70.* Geburtstag. Heidelberg: C. F. Müller, 1993, p. 548 ss.

esta mesma relação. Elementos dos quais, como já é possível perceber, apenas um é operatório: a probabilidade de dano.

Não há dúvida, portanto, de que, se estamos a falar em probabilidade como um dos elementos matrizes da noção de perigo, sequer se cogita a sua existência, seja qual for a sua forma, se, em uma análise *ex ante*, for constatado, de pronto, a impossibilidade de dano ao bem jurídico. Um critério negativo como é a impossibilidade de dano, porém, não é a via mais adequada para avançarmos em nosso estudo.[29] Não negamos, obviamente, a sua utilidade prática. Contudo, a utilização de um critério negativo faz com que a ocorrência de dúvidas no juízo de verificação, embora impossibilite a sua afirmação, mantenha em aberto a real existência do seu contrário. O que, por outro lado, não ocorre, se partirmos de um critério positivo, de um critério que pergunte diretamente sobre a ocorrência de um provável dano ao bem jurídico. Impõe-se, por exata razão, a necessidade de determinarmos um critério positivo de análise.

Assim, cotejando a probabilidade de dano a partir do nosso preciso objetivo e da necessidade de um critério positivo, torna-se claro, por razões óbvias, que a probabilidade encontrará como critério extremo a *possibilidade*. De fato, o limite objetivo da noção de perigo não pode ser outro, senão a possibilidade de dano ao bem jurídico. Uma possibilidade de dano que, diante da não-exigência de um bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa, deve ser verificada através de um juízo único, um juízo *ex ante*. Porém, vale ressaltar, um juízo *ex ante* de base total, de objetiva e real possibilidade de dano ao bem jurídico protegido.[30]

29. Valendo-se, todavia, de um critério negativo, ver, entre outros, SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. *ZStW*, 81, 1969, p. 16.

30. A referência à noção de "possibilidade de lesão" do bem jurídico, no que tange à determinação do ilícito de perigo abstrato, pode ser já identificada na obra de alguns autores (ver, v.g., RABL, Kurt O.. *Der Gefährdungsvorsatz*. Breslau-Neukirche, 1933, p. 22; MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Ausländ. u. Internat. Strafrecht, 1989, p. 86), muito embora sem a atenção que nos parece necessária e normalmente desprovida do necessário rigor, alternando-se (ou, até mesmo, confundindo-se), não raramente, com exigências de *probabilidade* de lesão.

A este critério objetivo devemos, por outro lado, acrescentar ainda um segundo momento de análise. A simples possibilidade de dano pode não apresentar, muitas vezes, conteúdo de desvalor suficiente para servir de substrato material a uma determinada incriminação. Enquanto critério meramente objetivo, é capaz de afirmar o que, de imediato, não possui relevância penal, mas não o que possui. Porém, como as nossas próprias palavras já indicam, a questão agora se coloca em um outro nível. Já não é possível buscar, no circunscrito universo da objetividade, aquilo que, aos olhos do direito penal, é juridicamente significativo. A resposta acerca do significado jurídico-penal dessa possibilidade não pode ser encontrada em outro lugar, salvo no âmbito da normatividade, em um critério negativo expresso na noção de *não-insignificância*. Um critério que, de modo algum, deve ser entendido em termos probabilísticos, mas sim em termos de significação, de comunicação do fato em um determinado contexto. O que irá conduzir, de forma adequada, a uma identidade com os elementos que sustentam a própria elaboração legislativa e que, exatamente por isso, faz dele um critério negativo. Ou seja, um juízo que, em termos práticos, irá coincidir com o próprio âmbito do tipo e variar, em termos de significação, de acordo com o tipo de ilícito a que está relacionado. Para tanto, basta perceber, *v.g.*, que, no âmbito de regulamentação da energia nuclear, mesmo uma possibilidade remota de dano ao bem jurídico pode já ser detentora de desvalor suficiente para servir de substrato a um crime de perigo abstrato, o que, por outro lado, pode se dar de forma diferente quando o dano referencial não apresenta tamanha gravidade.

O critério limite de verificação de uma situação de perigo abstrato é, desse modo, um critério misto, objetivo-normativo, expresso na idéia de *possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico*, a ser constatada, pelo magistrado, através de um juízo *ex ante* de base total – ou seja, um juízo em que são consideradas todas as circuntâncias objetivas *in casu* relevantes, independemente do seu conhecimento por parte do autor –. Logo, uma realidade normativa não só diversa dos crimes de perigo concreto, nos quais se exige uma alta probabilidade de dano, mediante a realização de um duplo juízo de verificação, mas também diversa dos crimes de "perigo (concreto) de proteção antecipada" ou "crimes de idoneidade", nos quais, embora se dispense

o juízo de verificação *ex post*, eis que se trata de uma espécie de perigo abstrato *lato sensu*, é preciso manter a exigência da alta probabilidade de dano.[31] Uma realidade normativa que, colocada nesses termos, respeita a opção legislativa no sentido dos crimes de perigo abstrato e mantém a salutar diversidade de técnicas de tutela.

Mas não só. Importa ainda ressaltar que a essa compreensão dos tradicionais crimes de perigo abstrato corresponde uma forma específica de ofensa: uma *ofensa de cuidado-de-perigo*.[32] Diferente de alguns autores que procuram identificar, em situações semelhantes, hipóteses de exclusivo desvalor da ação, acreditamos que a proposta em questão traduz a ocorrência de um efetivo desvalor de resultado, de um resultado jurídico capaz de dar substância a uma legítima forma de ofensa.[33]

Segundo a nossa compreensão das coisas, as formas de ofensa são, na verdade, formas de perversão da *relação matricial onto-antropológica de cuidado* do eu para com o outro, devidamente mediatizada pela noção de bem jurídico.[34] Vale

31. Essa categoria de crimes é melhor compreendida se tomada como um perigo concreto, do qual suprimimos apenas o juízo de análise *ex post*, permanecendo, assim, a exigência de probabilidade *ex ante* de dano, normal aos delitos de perigo concreto. Sobre a questão, ver FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 641 ss.

32. Ao falarmos em ofensa de cuidado-de-perigo, estamos a nos valer da tipologia de ofensa avançada por Faria Costa (FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 644 ss.) e desenvolvida por ocasião da nossa tese doutoral (D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. *Stvdia Ivridica*, n. 85. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 159 ss.).

33. Estamos a falar, reitere-se, de um efetivo desvalor de resultado no âmbito dos crimes de perigo abstrato. Respeitadas as suas particularidades, entendimento semelhante pode ser encontrado na proposta de Wolter, no sentido da existência de um "risco jurídicamente desvalioso" a justificar um "ilícito primário de resultado" ou "ilícito de perigosidade" (WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten*. Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p. 356), na proposta de Martin, que se refere a criação de um "risco de lesão ao bem jurídico tutelado" (MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Ausländ. u. Internat. Strafrecht, 1989, p. 83 ss.), ou, ainda, na elaboração de Gallas, que menciona a existência de um "'potencial'desvalor de resultado ou pôr-em-perigo". GALLAS, Wilhelm. Abstrakte und konkrete Gefährdung. *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70*. Geburtstag. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, p. 181.

34. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, passim. Ver, também, D'AVILA, Fabio

dizer, formas de percepção jurídica de uma desvaliosa e inaceitável oscilação das relações de cuidado que o legislador penal deseja conservar.[35] E, nesta perspectiva, não há dúvidas de que os crimes de dano e os crimes de concreto pôr-em-perigo, pela intensidade com que o bem jurídico é afetado, representam fatos de indiscutível ofensividade, fatos dotados de um real e autônomo desvalor de resultado. O que, por outro lado, não nos parece que seja alheio aos crimes de perigo abstrato, uma vez considerados a partir da compreensão que lhe temos até aqui emprestado.

Ocorre que, diferentemente do perigo concreto, em que o bem jurídico entra no raio de ação da conduta perigosa, permitindo falar em um verdadeira crise do bem jurídico, o ilícito-típico de perigo abstrato se satisfaz com uma *interferência na esfera de manifestação do bem jurídico*, a qual retira deste a segurança da sua continuidade existencial. Ou, dito de outra forma, a entrada do bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa é desnecessária, porque nos crimes de perigo abstrato busca-se proteger, mais precisamente, *a dimensão dinâmica* do bem jurídico, através da ampliação da tutela penal ao *campo de atuação desse mesmo bem jurídico*. Para tanto, é preciso reconhecer a existência de um campo de atuação ou de uma esfera de manifestação do bem jurídico, correspondente ao espaço necessário à própria existência do bem enquanto categoria dinâmica, enquanto categoria que só alcança a completude, se entendida no dinamismo que a sua expressão exige. E, deste modo, se tomada como uma concepção também dinâmica, fica clara a possibilidade do legislador, para garantir a tranqüilidade existencial de certos bens, de oferecer uma proteção penal que abranja também a sua esfera de manifestação.

Assim, quando falamos em possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico, estamos propondo um critério que busca verificar, no caso concreto, a ocorrência de uma interferência jurídico-penalmente desvaliosa na esfera de manifestação

Roberto. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal. *Direito penal contemporâneo.* Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Andrei Zenkner Schmidt (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 259 ss.

35. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal.* Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 623 e 634.

do bem jurídico, isto é, uma ofensa de cuidado-de-perigo. Em termos práticos, se, em uma perspectiva *ex ante*, a conduta *criou uma situação de perigo que intersecciona a esfera de manifestação do bem jurídico*. Intersecção esta que, como é fácil de perceber, coincide perfeitamente com a constatação da *possibilidade não-insignificante de dano*.

Vejamos isto a partir do tradicional exemplo do trânsito: Em uma estrada de duplo sentido, o condutor A resolve fazer uma ultrapassagem imprudente no preciso momento em que possui à sua frente uma curva que lhe retira a visibilidade. Daqui, três situações podem seguir: *(1)* o condutor A, ao realizar a ultrapassagem, encontra um carro em sentido contrário, com o qual se choca, provocando a morte do condutor B. *(2)* O condutor A, encontra um carro em sentido contrário, com o qual não se choca, em razão de uma manobra defensiva realizada pelo condutor B, que o faz, até mesmo, sair da estrada. *(3)* O condutor A não encontra nenhum carro em sentido contrário, conseguindo concluir a ultrapassagem. Como se percebe, em uma perspectiva *ex ante*, as três situações são idênticas, diferenciando-se apenas em uma perspectiva *ex post*. O condutor A cria *situações de perigo* que evoluem de forma diferente e que irão caracterizar diferentes formas de ofensividade. No primeiro caso, um dano; no segundo, um concreto pôr-em-perigo; e, no terceiro, uma ofensa de cuidado-de-perigo. Afinal, não há dúvida de que, ao realizar a ultrapassagem, o condutor A cria uma situação de perigo que intersecciona a esfera de manifestação do bem jurídico, retirando-lhe a tranqüila expressão – que, em determinadas situações, pretende preservar a norma – mediante uma significativa possibilidade de dano. O que, por certo, não ocorreria, se, por alguma razão, como, *v.g.*, na hipótese da estrada estar fechada em sentido contrário, não fosse possível afirmar a referida possibilidade de dano.

Conclusão esta que pode ser igualmente aplicada tanto aos casos tradicionais de perigo abstrato presentes na literatura germânica – *v.g.*, o incêndio grave (*schwere Brandstiftung*, §306a, Abs.1 StGB),[36] em que o incendiário isola a casa,

36. § 306 a StGB – Incêndio grave. *(1)* Quem, por meio de um incêndio, destruir total ou parcialmente ou colocar fogo em: 1. um prédio, um barco, uma cabana ou outro local que sirva para moradia de pessoas; 2. uma igreja ou outro prédio que sirva para o exercício da religião; ou

impossibilitando que alguém venha a ser atingido pelas chamas,[37] e o alcoolismo na condução de veículos (*Trunkenheit im Verkehr*, §316, Abs.1 StGB),[38] em que o condutor embriagado dirige em uma cidade ou região desabitada[39] – como em controvertidas hipóteses da legislação brasileira – *v.g.*, o depósito para venda de produtos impróprios para o consumo (art. 7.º, IX, Lei 8.137/90), em que, embora com o prazo de validade vencido, o produto está em plenas condições de ser consumido;[40] e o porte ilegal de arma de fogo (art. 14, Lei 10.826/2006), estando a arma totalmente desmunciada e sem munição acessível.[41] E mais. Pode ser também aplicada aos crimes de perigo abstrato do direito penal ambiental, o que parece bem ilustrar o §326 I Nr.1 StGB e o art.44 da Lei 9.605/98.

Tratando-se do crime de "manejo não autorizado de resíduos perigosos" (§326 I Nr.1 StGB),[42] não há que se falar em perigo ao bem jurídico se, em decorrência da eliminação dos referidos resíduos, nem sequer for possível afirmar,

3. um local que sirva, por vezes, a estadia de pessoas, durante o período em que costumam lá estar, será punido com pena de prisão não inferior a um ano.

37. Ver HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*. Köln: Otto Schmidt, 1973, p. 22; BREHM, Wolfgang. *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*. Tübingen: Mohr, 1973, p. 126 ff; ZIESCHANG, Frank. *Die Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, p. 380 s.

38. §316 StGB – Condução em estado de embriaguez. (1) Quem conduzir um veículo no trânsito (§§315 a 315d), embora, em razão da ingestão de bebida alcoólica ou outro meio que leve a embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança, será punido com pena de prisão até um ano ou multa, se o fato não for punido pelo §315a ou pelo §315c.

39. Ver MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Ausländ. u. Internat. Strafrecht, 1989, p. 93; ZIESCHANG, Frank. *Die Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, p. 380 s.

40. Em sentido contrário, defendendo uma compreensão do respectivo ilícito penal como mera violação de um dever, ver, v.g., os julgados RHC 17.161, de 15.12.2005 e HC 38.200, de 23.11.2004, do STJ.

41. Em orientação semelhante, ver o julgado RHC 81.057, de 25.05.2004, do STF.

42. §326 StGB – Manejo não autorizado de resíduos perigosos. (I) Quem, sem autorização, fora de uma instalação autorizada para esse fim ou em desvio essencial de procedimento permitido ou prescrito, manejar, armazenar, depositar, abandonar ou, de outra maneira, eliminar resíduos que: (1) possam produzir ou conter toxinas ou micróbios de doenças contagiosas e que constituam um perigo público para homens ou animais; (...) será punido com pena de prisão até 5 anos ou multa.

mediante um juízo *ex-ante*, uma possibilidade não-insignificante de dano a seres humanos ou animais, *in casu*, *ratio essendi* da norma incriminadora. Para isso, basta imaginarmos uma hipótese em que o autor, conquanto não atenda às regras administrativas concernentes à eliminação de dejectos, realize medidas alternativas que sejam tão ou mais eficazes que aquelas prescritas administrativamente, evitando, desse modo, a possibilidade de prejuízos ao meio ambiente. Lógica que é, inclusive, reforçada pela disposição de uma "cláusula mínima" ou também chamada de "cláusula de bagatela" (§326 VI StGB)[43] que, muito embora através de um critério negativo, orientado pela quantidade de resíduos, afirma a não-punibilidade do fato na ausência de "efeitos nocivos para o meio ambiente" (*schädliche Einwirkungen auf die Umwelt*).

E diferente não é, *v.g.*, no que se refere ao crime de extração não-autorizada de minerais, previsto pela legislação ambiental brasileira (art. 44 da Lei 9.605/98). Em regra, os danos ambientais aqui relacionados dizem respeito, principalmente, à flora e à fauna – pela retirada da vegetação na abertura das bancadas e pela acumulação de rejeitos sobre espaços de mata nativa –, e à obstrução de corpos hídricos pelos rejeitos da extração. E a estes danos deve estar, necessariamente, relacionado o reconhecimento do ilícito-típico em questão. Ou seja, caso da extração não-autorizada não advenha qualquer possibilidade não-insignificante, *ex ante* verificada, de dano aos respectivos valores ambientais tutelados, afastado estará, de pronto, a existência do ilícito-típico de perigo abstrato, pela absoluta ausência de ofensividade, *rectius* de uma ofensa de cuidado-de-perigo. Afinal, a

43. §326 VI StGB – "O fato não é punível se os efeitos danosos sobre o meio ambiente, especialmente, sobre o homem, a água, o ar, o solo, animais ou plantas úteis, em razão da pequena quantidade de resíduos, estiverem excluídos, de forma evidente". Sobre a questão, ver LENCKNER, Theodor; HEINE, Günter, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. ed. München: Beck, 2006, p. 2.698 (§ 326, Rn. 17 ss.); TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 52 ed. München: Beck, 2004, p. 2.178 (§327, Rn. 17); DÖLLING, Dieter. *Zur Entwicklung des Umweltstrafrechts*. Festschrift für Günter Kohlmann, Köln, 2003, p. 116; KLOEPFER, Michael; VIERHAUS, Hans-Peter. *Umweltstrafrecht*. 2. ed. München: Beck, 2002, p. 84 s.; TRIFFTERER, Otto, *Umweltstrafrecht*. Einführung und Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, Baden Baden: Nomos, 1980, p. 214 ss.

simples falta de autorização, por si só, não significa desacordo material com as exigências técnicas que permitiriam conferir a respectiva autorização, as quais, no caso concreto, podem muito bem ter sido atendidas pelo autor. E, ademais, podemos estar diante de hipóteses bagatelares, insignificantes, mas cujo reconhecimento só se torna possível se tomado o ilícito-típico para além de uma mera desobediência às precrições administrativas.

Contudo, as dificuldades de verificação de uma ofensa de cuidado-de-perigo não ficam por aqui. Há ainda um particular grupo de casos, normalmente classificados como crimes de perigo abstrato, em que a análise da ofensa alcança uma ainda maior complexidade, e que, exatamente por isso, merece um especial cuidado. Trata-se dos denominados crimes de acumulação.

3. Crimes de acumulação e ofensividade. A ofensa de cuidado-de-perigo em contextos instáveis

Os denominados *crimes de acumulação* chamam a atenção para um particular grupo de casos em que, diferentemente dos tradicionais crimes de perigo abstrato, nem sequer uma perigosidade geral ou abstrata estaria associada à conduta punível. Caracterizam-se por condutas consideradas, individualmente, inofensivas em relação ao objeto de tutela da norma, incapazes de gerar qualquer dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado, mas que, quando tomadas a partir de uma hipótese de acumulação, da hipótese da sua prática por um grande número de pessoas, ou ainda, na expressão de Herzog, "onde iríamos parar, se todos fizessem o mesmo",[44] se tornam extremamente danosas ao meio ambiente. Logo, condutas cujo conteúdo de significação jurídico-penal, individualmente incapaz de consubstanciar sequer um crime de perigo abstrato, é obtido a partir da consideração hipotética da sua repetição em grande número.

44. HERZOG, Félix. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich. Heidelberg: v. Decker, 1991, p. 144. Ver, também, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 131.

Uma das mais significativas elaborações neste âmbito é, sem dúvida, a de Lothar Kuhlen, responsável pela própria denominação "delitos de acumulação" (*Kumulationsdelikt*).[45] Este autor, valendo-se uma compreensão "ecológico-antropocêntrica de bem jurídico", observa o equívoco da leitura do crime de poluição das águas (§324 StGB)[46] como crime de lesão, em que as respectivas águas, aqui entendidas como portadoras do bem jurídico, pela simples entrada do resultado, são lesadas em seu interesse de conservação do *status quo*. O que, por certo, corresponde a uma forte e bizarra concepção ecocêntrica do §324 StGB, na qual a profanação das águas é equiparada a uma lesão corporal.[47] Para Kuhlen – e, ao nosso sentir, neste particular, de forma absolutamente correta –, o bem jurídico protegido pelo §324 StGB é melhor percebido a partir de uma compreensão ecológico-antropocêntrica, na qual as águas surgem como "fundamento de vida para homens, animais e plantas" (*Lebensgrundlangen für Menschen, Tiere und Pflanzen)*.[48] Uma concepção que valoriza não só a dimensão antropológica do bem, representada pelo "interesse, a longo prazo, da coletividade na conservação das águas como fundamento natural da vida ou recurso do Homem" (*das langfristige Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung der Gewässer als natürliche Lebensgrundlagen oder Ressourcen des Menschen*), como também a sua dimensão ecológica, na qual este ascende como Biotop, ou seja, "como espaço de vida, digno de proteção, para ani-

45. KUHLEN, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§324 StGB). *GA*, 1986, p. 389 ss.; e, do mesmo autor, Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *ZStW*, 105, 1993, p. 697 ss. Sobre Kumulationsdelikte, ver, também, HIRSCH, Andrew von. *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p. 99 ss.

46. §324 StGB – Poluição das águas. Quem, sem autorização, polua as águas ou, de outro modo, altere de forma prejudicial as suas características, será punido com pena de prisão até 5 anos ou multa.

47. KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *ZStW*, 105, 1993, p. 714.

48. KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *ZStW*, 105, 1993, p. 715. Ver, também, CRAMER, Peter; HEINE, Günter. In: SCHÖNKE/SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 27. ed. München: Beck, 2006, p. 2.659 (§ 324, Rn. 1); TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 52. ed. München: Beck, 2004, p. 2.152 (§324, Rn.2).

mais e plantas" (*als schutzwürdiger Lebensraum für Tiere und Pflanzen*). Um bem jurídico de proporções globais que, embora, em um primeiro momento, coloque dificuldades no que tange à individualização da ofensa, quer seja de dano, quer seja de perigo, consegue superá-las, quando considerado a partir de uma devida e necessária concretização na função que determinadas águas ou parte delas preenchem, verdadeiramente, no momento da conduta – *v.g.*, a morte de peixes ou a inutilização de uma fonte de água potável.[49]

E, partindo de uma tal compreensão de bem jurídico, Kuhlen propõe o reconhecimento do §324 StGB como um exemplo de crime de acumulação. Uma categoria de crimes cuja relevância penal seria encontrada não em uma geral perigosidade, mas apenas na hipótese de sua acumulatividade. Condutas que se tornam penalmente significativas, porque seria de se calcular que, sem uma proibição sancionatória, elas seriam realizadas em grande número, causando, assim, um prejuízo à função das águas, protegida pela norma.[50]

Todavia, se admitirmos os delitos de acumulação no horizonte compreensivo que nos empresta Kuhlen, se admitirmos uma tal concepção de ilícito, em que o conteúdo de significação jurídico-penal do fato transcende a própria conduta típica individualmente considerada, devemos igualmente reconhecer, neste particular grupo de casos, a absoluta ausência de ofensividade, com todas as consequências que, em termos de legitimidade, daí advém. Pois, por certo, não é possível conceber uma noção de ofensa que transcenda a particular relação entre a conduta descrita pelo tipo e o bem jurídico tutelado pela norma, em que a ofensa só é percebida fora dos limites relacionais da conduta punível, a partir da consideração de uma hipótese teórica de repetição que, na ausência da proibição, seria de se calcular. A noção de acumulatividade de Kuhlen é, por essa razão – mas também por muitas

49. KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *ZStW*, 105, 1993, p. 714 s.

50. KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *ZStW*, 105, 1993, p. 716.

outras que, todavia, não podem ser aqui consideradas –,[51] ao menos em direito penal, totalmente inaceitável.

Isso não significa, porém, que a técnica legislativa utilizada no §324 StGB, isto é, a disposição do ilícito-típico na forma de um crime de perigo abstrato,[52] tão comum no âmbito na legislação ambiental nacional e estrangeira, seja inviável sob a perspectiva da ofensa a bens jurídico. Acreditamos, pelo contrário, que, resguardadas as suas particularidades dogmáticas, este preciso grupo de casos também admite uma recuperação hermenêutica a partir da noção de cuidado-de-perigo, em que pese com sentido e amplitude bem diversos daqueles que lhe são emprestados por Kuhlen. Vejamos.

Quando falamos em cuidado-de-perigo como forma de ofensa e, por isso, afirmamos tratar-se de um efetivo resultado jurídico, fizemo-lo levando em consideração o conteúdo material de ofensividade que expressa a noção de cuidado-de-perigo. Não se trata, em hipótese alguma, de uma mera característica da ação, mas sim de uma realidade jurídico-penalmente desvaliosa que se projeta, a partir de uma relação de dependência absoluta com o contexto, para além da própria conduta. Só podemos falar em ofensa de cuidado-de-perigo, em possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico à luz de um concreto contexto, pois é exatamente o contexto que, cotejado a partir da conduta típica, irá permitir a afirmação ou negação de uma possibilidade de dano. É dizer, quando afirmamos que o ato de pôr fogo em uma residência pode produzir uma ofensa de cuidado-de-perigo, em razão da possibilidade de atingir pessoas, fazemos

51. Outras críticas direcionadas à elaboração de Kuhlen podem também ser encontradas em SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal.* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 132; MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto.* Granada: Comares, 2001, p. 65; e, principalmente, SILVA DIAS, Augusto. What if everybory did it?: Sobre a '(in)capacidade de ressonância' do direito penal à figura da acumulação. *Revista portuguesa de ciência criminal*, 13, 2003, p. 303 ss.

52. Esta assertiva está longe de pretender representar a compreensão majoritária da doutrina alemã acerca da classificação do referido dispositivo, segundo a qual haveria aqui, em verdade, um crime de lesão (ver, por todos, TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze.* 52. ed. München: Beck, p. 2.152 (§324, Rn.2)). Pretende, antes, atender a forma como ele, ao nosso sentir, é melhor percebido a partir da compreensão de bem jurídico aqui recepcionada.

isso ao considerar o contexto no qual a conduta ingressa. Da mesma forma que, ao considerar o exemplo da ultrapassagem, somente será possível afirmar ou negar uma possibilidade de dano, levando em consideração o contexto. Se o autor isolou a área antes de colocar fogo na residência, se a estrada estava fechada no sentido contrário, estará excluída a possibilidade de dano, não em razão de alterações na conduta em si, mas em função do contexto no qual esta conduta se projeta. E isso não só nos tradicionais crimes de perigo abstrato. Também no âmbito dos crimes de acumulação, é o contexto, e não a acumulatividade da conduta, que deve merecer a nossa atenção.

Consideremos o seguinte exemplo. Imaginemos que a utilização industrial de um determinado gás seja proibida em razão de estudos que certificam a sua danosidade ao meio ambiente, nomeadamente à camada de ozônio, uma vez alcançados determinados índices na atmosfera. Esse mesmo gás é absolutamente inofensivo, quando considerado na particular emissão de uma fábrica. Suponhamos, agora, que, com o passar dos anos, a utilização desse gás seja totalmente substituída por um outro equivalente, porém não-prejudicial. Consideremos, por fim, que, à margem da referida substituição, seja descoberta uma pequena fábrica, a qual, em total descompasso com as demais, ainda se vale do referido gás.

Observe-se que, uma vez se tratando de um crime de perigo abstrato e levando em consideração a sua concepção tradicional, o tipo estaria formalmente preenchido pela utilização do gás. E, de forma semelhante, admitindo a lógica da acumulatividade, também poderíamos justificar a censura penal, pois, se muitas fábricas praticassem o mesmo ato, teríamos um dano ambiental. Contudo, esta não é a solução mais adequada, uma vez que já não há mais qualquer possibilidade de dano ao objeto de tutela da norma. Conquanto a conduta tenha se mantido a mesma, teoricamente acumulável, o contexto no qual ela se projeta mudou. E é exatamente a mudança do contexto que subtrai do fato o seu conteúdo de significação jurídico-penal. Em outras palavras, visto sob esta perspectiva, a problemática que envolve os denominados crimes de acumulação desloca-se da conduta para o contexto no qual ela se insere. O que, todavia, não ocorre sem colocar algumas particularidades.

Diferente dos tradicionais casos de perigo abstrato, nos quais o contexto normalmente fornece *in concreto* os elementos necessários para afirmar ou negar um prognóstico de possível dano ao bem jurídico – lembremos, *v.g.*, do caso do incêndio em que o autor toma medidas para evitar que o fogo cause prejuízos a terceiros –, os crimes ambientais reunidos pelo título de crimes de acumulação apresentam um contexto diferenciado, marcado por um alto grau de complexidade, decorrente da interação de inúmeros fatores que, em uma perspectiva *ex ante*, são flutuantes, incertos, meramente prováveis. Fatores que, no entanto, condicionam a possibilidade de dano ao bem jurídico. Mas não só. A concorrência de todos os fatores relevantes – como, *v.g.*, em uma hipótese de poluição do ar, poderiam estar as condições climáticas, a geografia do local, o grau de urbanização e industrialização da área, além, certamente, do nível de poluição atmosférica, no qual há fatores estáticos e dinâmicos, entre os quais o índice de emissão contínuo produzido pela conduta poluidora de terceiros – pode levar a conduta não apenas a uma ofensividade de cuidado-de-perigo, mas a um verdadeiro dano ao bem jurídico. Em síntese, um contexto marcado por uma intensa instabilidade e complexidade.

Porém, a conjugação dos fatores nos crimes ambientais de contexto instável revela uma outra interessante característica. Enquanto nos tradicionais casos de perigo abstrato a concorrência ideal dos fatores contextuais servem, normalmente, para afirmar apenas uma possibilidade de dano ao bem jurídico, nesse particular grupo de crimes, a concorrência ideal de fatores permite afirmar um efetivo dano. Mas o que haveria de diferente? A resposta parece-nos uma só: a posição do bem jurídico. Como já tivemos a oportunidade de observar, os tradicionais crimes de perigo abstrato não exigem a presença do bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa. Logo, a conjugação dos fatores contextuais servem para indicar a possibilidade de entrada do bem jurídico no âmbito de atuação do perigo, ou seja, para indicar a intersecção da esfera de manifestação do bem jurídico com o raio de ação da conduta perigosa. Nos ilícitos ambientais em estudo, porém, isso se dá de forma diferente. Aqui, em razão da conformação do ilícito-típico e da matéria de proibição, o bem jurídico estará, através de sua expressão fenomênica, invariavelmente presente.

Mas se isso é assim, se o bem jurídico está sempre presente, é forçoso concluir que, embora os fatores contextuais relevantes não possam ser apreendidos em sua totalidade, uma tal exigência tampouco faz parte do ilícito-típico em questão. Aqui não se um exige um dano ao bem jurídico, mas apenas a possibilidade da sua ocorrência. O que, por sua vez, vai coincidir com *a possibilidade de conjução dos fatores contextuais* necessários para a ocorrência de uma ofensa de dano ao bem jurídico. De forma breve: a possibilidade que normalmente está voltada à entrada do bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa, aqui se volta à conjunção dos fatores contextuais, uma vez que o *bem jurídico já se encontra no raio de ação da conduta perigosa*.

O denominado contexto de instabilidade assume, portanto, um papel de particular relevância neste interessante espaço normativo. Não só como elemento que irá propiciar a afirmação ou negação da possibilidade de dano, mas, até mesmo, como elemento informador do significado jurídico-penal desta mesma possibilidade. Observe-se que a lógica que perpassa as chamadas cláusulas mínimas (ou de bagatela) não é outra coisa senão a consideração, *in abstrato*, do impacto de uma determinada conduta em relação a um dado contexto. Por certo, quanto maior o grau de poluição de uma área, menor deverá ser o nível de poluição tolerado pela lei, e vice-versa, numa relação de dependência que encontra o seu ideal na maior proximidade possível com o contexto real. As cláusulas mínimas oferecem um juízo prévio e geral de significação da projeção de uma determinada conduta em um contexto de instabilidade, capaz de afirmar as hipóteses que, ao menos abstratamente, corresponderiam a uma ofensa de cuidado-de-perigo. O que, se por um lado, é suficiente para dizer o que não é penalmente relevante, por outro, é insuficiente para afirmar aquilo que o é. Enquanto juízo genérico, e da mesma forma que ocorre nos tradicionais crimes de perigo abstrato, precisa ser posteriormente acertado à luz das circunstâncias concretas do caso.

É preciso verificar, *v.g.*, retornando à hipótese trazida por Kuhlen, se a emissão de resíduos em um determinado rio, além de suplantar os índices permitidos, ocasiona, diante das circunstâncias concretas do caso, uma efetiva ofensa

de cuidado-de-perigo, uma possibilidade não-insignificante de dano ao meio ambiente, enquanto fundamento da vida para homens, animais e plantas.

E diferente não é no que tange à legislação brasileira. Muito embora o crime de poluição previsto no art. 54 da Lei 9.605/98, pelo fato de constituir, alternativamente, um delito de dano ("que resultem") ou um delito de "perigo concreto de proteção antecipada" ("ou possam resultar"), tenha a vantagem de manifestar, expressamente, a necessidade de uma ofensa ao bem jurídico-tutelado, mesmo em uma hipotética previsão na forma de um crime de perigo abstrato, uma análise dos efeitos da conduta sobre o objeto jurídico não estaria dispensada, mas apenas redimensionada. Ao invés dos elementos necessários ao reconhecimento da ofensa nos crimes de dano ou de "perigo concreto de proteção antecipada", bastaria a verificação de uma ofensa de cuidado-de-perigo, nos termos em que é exigida para os crimes de perigo abstrato. O que, inclusive, parece bem ilustrar o art. 29 da Lei 9.605/98.

Diversamente do que pode sugerir em um primeiro momento, o art. 29 não se trata de um crime de dano/violação, mas sim de perigo abstrato. Considerando a sua primeira modalidade típica, isto é, "matar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória", fica bastante claro que o objeto de proteção da norma não é a vida de um animal em si mesma e isoladamente considerada, o que poderia ser aceito apenas em uma perspectiva exacerbadamente ecocêntrica do bem jurídico, através de uma analogia com o crime de homicídio, a todas as luzes, juridicamente insustentável. O que temos aqui é, por outro lado, a tutela da fauna silvestre, a ser devidamente concretizada em uma determinada espécie e a partir de um dado ecossistema. É a continuidade e o equilíbrio existencial, normativamente exigidos, das espécies nativas, concretizados em um determinado ecossistema, que consiste o objeto de tutela da norma. Daí que a morte de um único animal, embora seja, *in casu*, um resultado material exigido pelo tipo, não só não consiste, *per se*, em um dano ao bem jurídico-penal, como apenas em casos excepcionais, como, *v.g.* na hipótese de espécies animais em extinção, poderia ser suficiente para consubstanciar o perigo indispensável à existência do crime. Para além da constatação da referida

morte, é preciso considerar o seu significado para o objeto de proteção da norma. Vale dizer, se a morte de um animal ou de determinada quantidade de animais significa, à luz do caso concreto, uma possibilidade não-insignificante de dano à respectiva espécie em um dado ecossistema, e, portanto, uma ofensa de cuidado-de-perigo. Somente a partir de um juízo positivo acerca desta possibilidade, é que poderemos reconhecer a existência do crime em questão.

Com efeito, e quanto a isso não acreditamos haver qualquer dúvida, uma proposta nestes termos restringe, de forma significativa, a abrangência do ilícito penal no âmbito do meio ambiente. O que, entretanto, vale salientar, não significa uma necessária ausência de regulamentação das condutas que não atendam às exigências materiais aqui observadas, mas apenas a impossibilidade da sua regulamentação *pelo direito penal*, restando, por conseqüência, em aberto o seu tratamento pelo direito civil e, principalmente, pelo direito administrativo (sancionador). Ademais, acreditamos também que a noção de contexto de instabilidade permite um adequado redimensionamento do significado jurídico-penal da realização de condutas semelhantes praticadas por terceiros. Não mais tomado sob uma hipótese de repetição e tampouco a partir de uma lógica de prevenção geral, mas sim como elemento real inserido, *v.g*, quer na aferição do grau de poluição já existente em uma determinada área, sob uma perspectiva estática, quer nos índices variáveis de emissão de poluentes, sob uma perspectiva dinâmica. Logo, como elemento invariavelmente presente, direta ou indiretamente, entre os fatores contextuais relevantes para análise da ofensividade.

4. Considerações finais

No atual estado das ciências jurídico-penais, em que temos presenciado, no âmbito do direito penal ambiental, mas também em inúmeros outros espaços de normatividade do denominado direito penal secundário, o contínuo esvanecer das linhas que historicamente conferiram identidade ao direito penal, parece-nos legítimo e necessário um voltar de olhos ao resultado jurídico, à noção de ofensa a bens jurídicos. Um voltar de olhos comprometido não apenas em resgatar o

significado crítico-garantista da idéia de ofensividade, mas também em desenvolver categorias capazes de atender aos desafios que o nosso tempo coloca. E exatamente neste espaço é que acreditamos que o conceito de *ofensa de cuidado-de-perigo*, aqui apenas esboçado em suas linhas fundamentais, tem muito a oferecer. Não, certamente, como categoria capaz de legitimar toda e qualquer pretensão político-criminal do Estado, pois, se assim fosse, subverteria a sua própria razão de ser. Mas como categoria que, ao impor limites materias fortes à atuação do direito penal nos novos espaços de intervenção, sem, contudo inviabilizá-la, confere-lhe simultaneamente legitimidade, em um espaço no qual é ainda possível surpreender traços intensos de identidade.

5. Bibliografia

ARZT, Gunther; WEBER, Ulrich. *Strafrecht.* Besonderer Teil. Lehrbuch. Bielefeld: Gieseking, 2000.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung.* Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Deliktes. Normen und Strafgesetze. 3. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1916. v. 1.

BREHM, Wolfgang. *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts.* Tübingen: Mohr, 1973.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. *Scritti di Diritto Penale.* Stefano Canestrari und Alessandro Melchionda (Orgs.). Milano: Giuffrè, 1997. v. 1.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CRAMER, Peter; HEINE, Günter, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar.* 27. ed. München: Beck, 2006.

D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 60. São Paulo: RT, 2006.

_____. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. *Direito penal secundário.* Escritos em homenagem à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Fabio Roberto D'Avila e Paulo Vinícius Sporleder de Souza (Orgs.). São Paulo: RT, 2006.

_____. ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos. *Stvdia Ivridica*, n. 85. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

_____. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal. *Direito penal contemporâneo.* Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Andrei Zenkner Schmidt (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DAXENBERGER, Matthias. *Kumulationseffekte.* Grenzen der Erfolgszurechnung im Umweltstrafrecht, Baden-Baden: Nomos, 1997.

DEMUTH, Hennrich. *Der normative Gefahrbegriff.* Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte. Bochum: Brockmeyer, 1980.

DÖLLING, Dieter. *Zur Entwicklung des Umweltstrafrechts.* Festschrift für Günter Kohlmann, Köln, 2003.

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

FIANDACA, Giovanni. La tipizzazione del pericolo. *Dei delitte e delle pene*, 3, 1984.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente.* Um quarto de século depois: Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. v. 1.

_____. *Direito penal.* Parte geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze.* 52 ed. München: Beck, 2004.

FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano.* São Paulo: RT, 2005.

GALLAS, Wilhelm. Abstrakte und konkrete Gefährdung. *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70.* Geburtstag. Berlin: Walter de Gruyter, 1972.

GÜNTHER, Klaus. Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein Paradigmawechsel im Strafrecht? *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts.* Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995.

HEINE, Günter. In: SCHÖNKE/SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar.* 27. ed. München: Beck, 2006.

HERZOG, Félix. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche* Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich. Heidelberg: v. Decker, 1991.

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

HIRSCH, Hans Joachim. Gefahr und Gefährlichkeit. *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70.* Geburtstag. Heidelberg: C. F. Müller, 1993.

HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte.* Köln: Otto Schmidt, 1973.

HOYER, Andreas. *Die Eignungsdelikte.* Berlin: Duncker und Humblot, 1987.

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

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Strafrecht.* Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt am Main: Klostermann, 1989.

KLOEPFER, Michael; VIERHAUS, Hans-Peter. *Umweltstrafrecht.* 2. ed. München: Beck, 2002.

KUHLEN, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§324 StGB), *GA*, 1986.

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

LENCKNER, Theodor; HEINE, Günter. In: SCHÖNKE/SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar.* 27. ed. München: Beck, 2006.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale.* 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen.* Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst. für Ausländ. u. Internat. Strafrecht, 1989.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto.* Granada: Comares, 2001.

MEYER, Andreas. *Die Gefährlichkeitsdelikte.* Ein Beitrag zur Dogmatik der „abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts. Münster: Hamburg: Lit., 1992.

MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi. Estudos penales y criminológicos.* Universidad de Santiago de Compostela, 14, 1991.

RABL, Kurt O.. *Der Gefährdungsvorsatz.* Breslau-Neukirche, 1933.

ROHLAND, Woldemar von. *Die Gefahr im Strafrecht.* Dorpat; Karow. Leipzig: Hinrichs, 1888.

ROXIN, Claus. *Strafrecht.* Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Beck, 2006. v. 1

SCHRÖDER, Horst. Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte? *JZ*, 1967.

_____. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. *ZStW*, 81, 1969.

SILVA DIAS, Augusto. What if everybory did it?: Sobre a '(in)capacidade de ressonância' do direito penal à figura da acumulação. *Revista portuguesa de ciência criminal*, 13, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal.* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

TRIFFTERER, Otto. *Umweltstrafrecht.* Einführung und Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, Baden Baden: Nomos, 1980.

TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze.* 52 ed. München: Beck, 2004.

WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten.* Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.

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

ZIESCHANG, Frank. *Die Gefährdungsdelikte.* Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

De los riesgos y de las precauciones necesarias en la aplicación del principio de complementariedad por la Corte Penal Internacional: el estudio de la determinación nacional de las penas como objeto del análisis de admisibilidad

Héctor Olásolo

Doctor en derecho, letrado de Sala de la Corte Penal Internacional y profesor honorario del departamento de derecho penal y procesal penal de la Universidad de Utrecht. El ha sido miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria para el establecimiento de la Corte Penal Internacional (1999-2002) y letrado de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

Sumário: 1. Primera aproximación al principio de complementariedad – 2. La determinación nacional de las penas como objeto del análisis de admisibilidad – 3. La determinación legislativa de las penas como objeto del análisis de admisibilidad: 3.1 Determinación *a priori* de la pena aplicable a un delito concreto; 3.2 Variación del grado de la pena dependiendo del tipo subjetivo; 3.3 Variación del grado de la pena dependiendo de la participación a título de autor o de partícipe en la comisión del delito; 3.4 Variación del grado de la pena dependiendo de la tentativa o consumación del delito; 3.5 El concurso de delitos – 4. La determinación judicial de las penas como objeto del análisis de admisibilidad – 5. La irrelevancia de la determinación ejecutiva de las penas a los efectos del análisis de admisibilidad – 6. *Adendum:* el distinto enfoque en el estudio de la determinación nacional de las penas en los análisis de admisibilidad de situaciones y de casos – 7. Bibliografía.

Resumen: La concepción de las normas penales y las funciones de la pena adoptadas por los sistemas nacionales de justicia penal tienen un impacto directo

en la definición de las penas aplicables y, en menor medida, en la determinación cuantitativa del grado de pena previsto el legislador para cada delito. Así, la pena de muerte es incompatible con la resocialización de la persona condenada en cuanto fin de la pena. Del mismo modo, cuanto mayor es el énfasis puesto en la función retribucionista de la pena, mayor tiende a ser el grado de pena previsto para un mismo delito. La determinación en los sistemas nacionales de las penas por crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio no es ajena a este fenómeno. En consecuencia, cualquier análisis de admisibilidad de la Corte Penal Internacional que estudie la determinación legislativa de las penas por tales delitos tendrá que llevarse a cabo teniendo en cuenta la concepción de las normas penales, los principios generales de derecho penal que desarrollan dicha concepción y las funciones de la pena acogidas por el sistema nacional de justicia penal de que se trate.

Abstract: The concept of sentencing rules and functions of the sentence adopted by the national systems of criminal justice have a direct impact in the definition of the applicable sentences and, in a minor scale, in the quantitative determination of the sentencing level foreseen by the legislator for each crime. Thus, the death penalty is incompatible to the resocialization of the convicted person as a sentence. In the same way, the greater the emphasis put on the retributory functions of the sentence, the higher the level of the foreseen sentence for the same crime. The determination in the national systems of sentencing for crimes against humanity, war crimes and genocide is not contrary to this phenomenon. Consequently, any admissibility analysis of the International Criminal Court, which studies the legislative determination of sentencing for such crimes, will have to be carried out, taking into account, the conception of the sentencing rules, the general principles of criminal law that are developed according to the conception and functions of the sentence adopted by each national system of criminal justice.

Palabras-clave: Complementariedad – Pena – Admisibilidad – Corte Penal Internacional – Autoría y participación.

Keywords: Complementarity – Sentencing – Admissibility – International Criminal Court – Modes of liability.

Área do Direito: Penal; Internacional; Comparado

1. Primera aproximación al principio de complementariedad[1]

La relación entre los Tribunales para la Antigua Yugoslavia (*TPIY*) y para Ruanda (*TPIR*) y las jurisdicciones nacionales se rige por el principio de primacía de los llamados tribunales *ad hoc*. Así, de acuerdo con el art. 10 del estatuto del TPIY y con el art. 9 del estatuto del TPIR, la primacía de los tribunales *ad hoc* se concreta en los siguientes elementos:[2] (i) la concurrencia entre la jurisdicción de los tribunales *ad hoc* y las jurisdicciones nacionales;[3] (ii) la prohibición de que las jurisdicciones nacionales realicen investigaciones o enjuiciamientos si los tribunales *ad hoc* ejercitan su jurisdicción;[4] (iii) la legitimación de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar si los tribunales *ad hoc* no ejercitan su jurisdicción;[5] (iv) la legitimación de los tribunales *ad hoc* para requerir a las jurisdicciones nacionales que se inhiban en favor de aquéllos antes de que el órgano nacional competente dicte sentencia firme

1. Las opiniones expresadas en este artículo son aquellas personales del autor y no se corresponden necesariamente con aquellas de la Corte Penal Internacional, del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia o de las Naciones Unidas en general, o del gobierno español.

2. La exposición del contenido del principio del primacía del TPIR sobre las jurisdicciones nacionales y de las razones que lo justifican se puede encontrar en: *Decision (Trial Chamber) on the defense motion on jurisdiction*, The Prosecutor *v.* Kanyabashi. Case n. ICTR-96-15-1, 18.06.1997, párrafo 32.

3. *Report of the Secretary General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*. UN Doc S/25.704, 03.05.1993, párrafo 16.

4. MORRIS, V.; SCHARF, M. P. *The International Criminal Tribunal for Rwanda*. Irvington-on-Hudson (Nueva York): Transnational Publishers, 1998, p. 314-315.

5. MORRIS, V.; SCHARF, M. P. *An insider's guide to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*: a documentary history and analysis. Irvington-on-Hudson (Nueva York): Transnational Publishers, 1995, p. 126.

en el caso de que se trate;[6] y (v) la facultad de los tribunales *ad hoc* para ejercitar su jurisdicción incluso después de la emisión de sentencia firme por el órgano nacional competente si los delitos han sido calificados como delitos ordinarios o las actuaciones nacionales no fueron independientes o imparciales, estuvieron dirigidas a proteger al imputado frente a la responsabilidad penal internacional en la que había incurrido o la causa no fue tramitada con la debida diligencia.[7]

La primacía de los TPIY y TPIR es resultado de su creación mediante resolución del Consejo de Seguridad actuando conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Ambos fueron establecidos *ex post facto* y *ad hoc* como instrumentos de *ultima ratio* para el restablecimiento de la paz y seguridad internacional en situaciones de crisis determinadas[8] y su primacía sobre las jurisdicciones nacionales ha jugado un papel tan importante para garantizar su eficacia que ya en 1995 la Sala de Apelaciones enfatizaba la necesidad de otorgar primacía a los tribunales internacionales sobre las jurisdicciones nacionales.[9]

A diferencia de los tribunales *ad hoc* la Corte es una institución permanente que tiene como fin acabar con la impunidad de los autores de los delitos que menoscaban más gravemente los valores superiores sobre los que se construye la comunidad internacional.[10] A los efectos de garantizar mejor su carácter permanente e independencia frente a otras entidades políticas como los Estados o los órganos

6. MORRIS, V.; SCHARF, M. P. *An insider's guide to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*... cit.

7. Sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* por el TPIY, ver *Decision (Trial Chamber) on* non bis in idem, The Prosecutor *v.* Dusko Tadic. Case n. IT-94-1-T, 14.11.1995. Sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* in the ICTR, ver *Decision (Trial Chamber) on the application by the prosecutor for a formal request for deferral*, The Prosecutor *v.* Bagasora, Case n. ICTR-96-7-D, 17.05.1997, párrafo 33; y *Decision (Trial Chamber) on the formal request for deferral presented by the Prosecutor*, The Prosecutor *v.* Alfred Musema. Case n. ICTR-95-5-D, 12.03.1996, párrafo 12.

8. Consejo de Seguridad, Resolución 827, UN Doc. S/RES/827 (1993), 25.05.1993; y Consejo de Seguridad, Resolución 955, UN Doc. S/RES/855 (1994), 08.11.1994.

9. *Decision (Appeals Chamber) on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, The Prosecutor *v.* Dusko Tadic, ICTY Case IT-94-1-T, 02.10.1995 (en adelante *Decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic*) párrafos 55-60.

10. Párrafos 4 y 5 del preámbulo del ER y arts. 1 y 5 ER.

de las Naciones Unidas, la Corte ha sido creada por un tratado internacional en lugar de una resolución del Consejo de Seguridad.[11] El distinto origen de la Corte y de los tribunales *ad hoc* ha provocado que sus relaciones con los Estados se rijan por principios diferentes. Así, la relación entre la Corte y los Estados se rige por el llamado principio de complementariedad, previsto en los arts.1, 17, 18, 19 y 20 ER,[12] cuyo fundamento es un sistema de soberanía compartida entre la Corte y las jurisdicciones nacionales que constituye una nueva manifestación del fenómeno de jurisdicciones concurrentes.[13]

Conforme al principio de complementariedad, la Corte constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que solo puede, primero activarse, y posteriormente ejercitarse, ante la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. De esta manera se consagra el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales.[14] Pero al mismo tiempo, los Estados partes, a través del ER, ha conferido a la Corte el poder para decidir sobre el alcance de su potestad jurisdiccional, lo que incluye el poder para decidir sobre la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales, o, lo que es lo mismo, su primacía material sobre estas últimas, en lo que constituye sin duda

11. Desde el inicio del proceso de negociación se aceptó la idea de que la creación de la Corte a través de una resolución del Consejo de Seguridad habría convertido a aquélla en un órgano subsidiario del Consejo, que podría haber sido disuelto en cualquier momento mediante resolución del Consejo y cuya jurisdicción estaría limitada a aquellas situaciones declaradas por el Consejo como amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

12. HOLMES, J. T. The principle of complementarity. In: LEE, R. S. (Coord.). *The International Criminal Court*. The making of the Rome Statute. Kluwer Law International, 1999, p. 41-78, p. 73.

13. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional. In: GARCÍA ARÁN, M.; LÓPEZ GARRIDO, D. (Coord.). *Crimen internacional y jurisdicción universal* (el Caso Pinochet). Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 225-273, p. 257.

14. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional... cit., p. 258. See also, WILLIAMS, S. A. Article 17. Issues of admissibility. In: TRIFFTERER, O. (Coord.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 383-394, p. 384.

la transferencia más importante de soberanía realizada a través del ER.[15] De esta manera, se puede afirmar que el principio de complementariedad está compuesto de los elementos principales: la primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la Corte y la primacía formal de la Corte sobre aquéllas.[16]

Cada uno de estos dos elementos se encuentra estrechamente relacionado con una de los dos fines básicos del principio de complementariedad. Por un lado, el principio de primacía material de las jurisdicciones nacionales pretende promover a nivel nacional las investigaciones y los enjuiciamientos de los "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto"[17] con pleno respeto a los principios de justicia recogidos en el ER.[18] Por otra lado, el principio de primacía material de Corte se dirige a extirpar el llamado virus de la impunidad en aquellos supuestos en que haya conseguido impedir la investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables de dichos delitos por las jurisdicciones nacionales.[19]

Debido a que el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la Corte únicamente impide la actuación de esta última en el caso de aquéllas lleven a cabo investigaciones o enjuiciamientos, el primer supuesto

15. OLÁSOLO, H. *Corte Penal Internacional:* ¿Dónde investigar? Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 228-230

16. La misma opinión es sostenida por ESCOBAR HERNANDEZ, C., *supra* n. 13, p. 260; ALCAIDE FERNANDEZ, J. La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de *ingeniería jurisdiccional*? In: CARRILLO SALCEDO, J. A. (Coord.). *La criminalización de la barbarie:* La Corte Penal Internacional. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 383-433, p. 416-417; RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional.* Jornadas sobre Fuerzas Armadas y Derechos Humanos, Sevilla, 1999, p. 1-14; y JIMÉNEZ GARCÍA, F. Hacia una jurisdicción internacional obligatoria en el siglo XXI: El Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado en Roma el 17.07.1998. Studia Carande. *Revista de ciencias sociales y jurídicas*, n. 3, 1999, p. 120-122.

17. Article 1 RS.

18. The same view is held by BROOMHALL, B. The International Criminal Court: a checklist for national implementation. In: BASSIOUNI, M. C. (Coord.). *ICC ratification and national implementing legislation.* Nouvelles études pénales, v. 13 quarter. Érès, 1999, p. 113-159, p. 159. Ver también ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *supra* n. 13, p. 261.

19. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *supra* n. 13, p. 261; y HOLMES, J. T., *supra* n. 12, p. 73-74.

de admisibilidad se produce cuando las jurisdicciones nacionales permanecen inactivas en relación con los delitos recogidos en el ER que se hayan producido en la situación o caso de que se trate. Además, cabe distinguir entre supuestos de inacción *a priori*, que tienen lugar cuando las jurisdicciones nacionales afectadas no han iniciado actuaciones con respecto a los delitos de que se trate, y supuestos de inacción *a posteriori*, que se producen cuando las actuaciones nacionales se interrumpen por razones distintas de aquéllas de carácter técnico previstas en las leyes procesales penales de los Estados afectados.[20]

Pero incluso cuando las jurisdicciones nacionales afectadas estén actuando, o hayan actuado, con respecto a los delitos presuntamente cometidos en la situación o caso de que se trate, la Corte podría también actuar sí las aquéllas no tienen la capacidad o la disposición para llevar realmente a cabo sus actuaciones. Por lo tanto, la falta de capacidad o de disposición de las jurisdicciones nacionales afectadas constituye el segundo supuesto de admisibilidad.

El artículo 17(3) ER define los supuestos de *incapacidad* como aquéllos en las jurisdicciones nacionales afectadas no pueden hacer comparecer al acusado, no disponen de las pruebas y de los testimonios necesarios o no se encuentran en condiciones de llevar a cabo el juicio debido "al colapso total o sustancial de su administración de justicia o al hecho de carecer de la misma".[21] Como varios autores han señalado, los supuestos de incapacidad se refieren a supuestos excepcionales como puede ser el caso de la ausencia de un gobierno central o

20. Por ejemplo como resultado de la aprobación de una ley de amnistía general o de la llegada al poder de un gobierno que se opone a al investigación o enjuiciamiento de este tipo de delitos a nivel nacional. Una breve discusión del concepto de inacción *a posteriori* puede encontrarse en AGUIRRE, X.; CASSESE, A.; FIFE, R. E.; FRIMAN, H.; HALL, C. K.; HOLMES, J. T.; KLEFFNER, J.; OLÁSOLO, H.; RASHID, N. H.; ROBINSON, D.; WILMSHURST, E.; ZIMMERMANN, A. Informal experts paper: the principle of complementarity in practice, 2003. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/complementarity.pdf>, 2003, n. 26, p. 20.

21. El art. 15(2) del proyecto de estatuto preparado enviado por el Comité Preparatorio a la Conferencia Diplomática de Roma en 1998 se refería a un *colapso total o parcial*. Sin embargo, numerosas declaraciones insistieron durante la Conferencia Diplomática que la expresión *colapso parcial* establecía un listón demasiado bajo. De ahí que el adjetivo *parcial* fuera finalmente reemplazado por el adjetivo *sustancial*. Ver a este respecto, HOLMES, J. T., *supra* n. 12, p. 54-55.

del acaecimiento de una guerra civil o de un desastre natural que provoque un colapso total o sustancial en la administración de justicia.[22]

Finalmente, los artículos 17(2) y 20(3) ER definen los supuestos de falta de disposición como aquellos casos en los que, a la luz de los principios de un proceso con todas las garantías reconocidas por el derecho internacional, se puede afirmar que las actuaciones nacionales: (a) se llevan a cabo con el "propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte"; (b) sufren una demora injustificada que es incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; y (c) no son sustanciadas de manera independiente o imparcial ni son compatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

2. La determinación nacional de las penas como objeto del análisis de admisibilidad

Como se ha puesto de manifiesto recientemente en el contexto de las actuaciones desarrolladas por los órganos judiciales ruandeses y el TPIR, los líderes políticos y militares que puedan ser considerados como los responsables últimos de los delitos que más gravemente atentan contra los valores superiores de la comunidad internacional terminan siendo enjuiciados por tribunales internacionales donde la pena de muerte no es aplicable, mientras que los autores materiales se exponen con frecuencia a la imposición de la pena de muerte por los tribunales nacionales.

Sin embargo, esto no significa que el enjuiciamiento a nivel nacional conlleve necesariamente el estar expuesto a la imposición de una pena superior. Por el contrario, es perfectamente posible que se produzca el fenómeno inverso, como lo demuestran los supuestos de responsabilidad de los superiores jerárquicos por el incumplimiento de ciertos deberes, que al ser considerados por algunos sistemas nacionales como delitos de omisión pura llevan aparejadas

22. WILLIAMS, S. A., *supra* n. 14., p. 394; and HOLMES, J. T., *supra* n. 12, p. 54-55.

penas que pudieran parecer relativamente leves. Por lo tanto, en última instancia, la exposición a una pena superior o inferior a resultas del enjuiciamiento por tribunales nacionales o internacionales dependerá en gran medida de los principios generales del sistema de justicia penal de que se trate.

La relación existente en todo sistema de justicia penal entre los principios generales que lo informan y su sistema de penas, así como el hecho de que el análisis de admisibilidad previsto en el ER incluye tanto las actuaciones procesales como la determinación de la pena a nivel nacional, puede provocar que la Corte tenga indirectamente un papel relevante en la definición de los principios generales sobre los que se construyen los sistemas nacionales de justicia penal a los efectos de evitar la imposición de penas crueles, desproporcionadas, o excesivamente leves.

En este sentido hay que señalar que la determinación nacional de las penas es sólo relevante en el marco del análisis de admisibilidad desde la perspectiva de la falta de disposición de las jurisdicciones nacionales para llevar realmente a cabo sus actuaciones. Así, la determinación nacional de las penas es irrelevante en relación con el primer supuesto de admisibilidad que, como hemos visto, tiene lugar cuando las jurisdicciones nacionales permanecen inactivas en relación con los delitos previstos en el ER que hayan sido presuntamente cometidos en la situación o caso de que se trate. Esto es así porque, por su propia naturaleza, los supuestos de inacción *a priori* o *a posteriori* tienen lugar antes de que se produzca la imposición de una pena. Del mismo modo, la determinación nacional de las penas es irrelevante en los supuestos de falta de capacidad de las jurisdicciones nacionales para llevar realmente a cabo sus actuaciones puesto que en dichos supuestos no es posible superar todas las etapas procesales que preceden a la emisión de una sentencia de condena y a la imposición de la pena.

Por lo tanto, la determinación nacional de las penas es únicamente un factor relevante para el análisis de admisibilidad en tanto en cuanto puede ser indicativo de la falta de disposición de las jurisdicciones nacionales afectadas para llevar realmente

a cabo sus actuaciones.[23] Así, de acuerdo con los artículos 17(1)(c) y (2) y 20(3) ER, la sentencia final dictada por los tribunales nacionales no surtirá efecto de cosa juzgada en relación con la Corte, y, por lo tanto, no será aplicable el principio *ne bis in idem*, si, a la luz de los principios de un proceso con todas las garantías reconocidos por el derecho internacional, concurre uno de los dos siguientes supuestos:

(a) La pena impuesta responde "al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte";[24]

(b) La pena no fue impuesta de manera independiente o imparcial y es incompatible con la intención con la intención de someter al acusado a la acción de la justicia.[25]

Sin embargo, al mismo tiempo que se puede afirmar que la determinación nacional de las penas constituye un factor relevante para el análisis de admisibilidad, hay que reconocer que su papel se limita a aquéllos supuestos en los que la pena impuesta al condenado es manifiestamente insuficiente a la luz de la gravedad de los delitos cometidos y de la forma de participación por la que el acusado ha sido condenado.[26] Además, como veremos en los siguientes apartados, son numerosas las razones que aconsejan ser prudente y respetar en la mayor medida posible los principios generales que inspiran los sistemas nacionales de justicia penal.

23. Además, de la lectura combinada de los art. 17 y 20(3) ER se deduce que la emisión de una sentencia condenatoria en la que se impone una pena no subsana la falta de disposición en que los tribunales nacionales hayan podido incurrir en el desarrollo de sus actuaciones. Ver a este respecto OLÁSOLO, H., *supra* n. 15, p. 219-220.

24. Sobre el contenido de este supuesto ver entre otros ARBOUR, L.; BERGSMO, M. Conspicuous absence of jurisdictional overreach. In: VON HEBEL, H.; LAMMERS, J. G.; SCHUKKING, J. (Eds.). *Reflections on the International Criminal Court.* Essays in honour of Adriaan Bos. T. M. C. Asser Press, 1999, p. 129-140, p. 131; BROOMHALL, B., *supra* n. 18, p. 145; WILLIAMS, S. A., *supra* n. 14, p. 393; HOLMES, J. T., *supra* n. 12, p. 50 y OLÁSOLO, H. *The triggering procedure of the International Criminal Court.* Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 150-154.

25. Sobre el contenido de este supuesto ver entre otros HOLMES, J. T., *supra* n. 12, p. 50; WILLIAMS, S. A., *supra* n. 14, p. 394; y OLÁSOLO, H., n. 24, p. 150-154.

26. BROOMHALL, B., *supra* n. 18, p. 153. Ver también *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court.* United Nations General Assembly Official Records, Fifty-First Session. UN Doc. A/51/22, Suppl. n. 22, 1996, v. 1, párrafo 173.

En este sentido, es importante distinguir cuando el análisis de admisibilidad se centra en la determinación nacional de las penas y cuando tiene principalmente como objeto otros factores, que, si bien no dejan de tener un impacto en la pena, no forman propiamente parte del proceso de determinación de la misma. Entre estos últimos se encuentran los siguientes:[27]

(a) El hecho de que las diligencias de investigación practicadas por la autoridades nacionales sean manifiestamente insuficientes a la luz de la práctica nacional en casos de semejante complejidad;

(b) El hecho de que los delitos y las formas de participación imputadas sean manifiestamente inadecuadas a la luz de los resultados de las diligencias de investigación practicadas. Este fenómeno se producirá si:

(i) Se califican los hechos imputados como constitutivos de delitos que de acuerdo con la legislación nacional conllevan penas notablemente mas leves;

(ii) Se califican los hechos imputados como constitutivos de delitos ordinarios cuando también son constitutivos de delitos internacionales expresamente incluidos en la legislación nacional;

(iii) Se imputa la comisión imprudente del delito cuando existen elementos fundados para imputar la comisión dolosa;

(iv) Se imputa una forma de participación en la comisión de un delito por una tercera persona que lleva aparejada una pena notablemente más leve (por ejemplo se imputa una complicidad no necesaria cuando existen elementos fundados para imputar una autoría mediata o una coautoría);

(v) Se imputa la tentativa del delito cuando existen elementos fundados de que el delito fue finalmente consumado.

(c) El hecho de que la prueba presentada durante el juicio oral contra el acusado sea manifiestamente insuficiente a la luz de los elementos de prueba recogidos durante la práctica de las diligencias de investigación;

27. OLÁSOLO, H., n. 24, p. 164-168.

(d) El hecho de que la prueba presentada durante el juicio oral sea valorada de manera manifiestamente inadecuada y que ello resulte en:

(i) La absolución del acusado por falta de pruebas de los hechos imputados o por la concurrencia de una eximente de la que no se presentó elemento de prueba alguno durante el juicio oral;

(ii) La condena del acusado por un delito menos grave o por un delito ordinario;

(iii) La condena del acusado por la comisión imprudente del delito imputado;

(iv) La condena del acusado por una forma de participación en la comisión de un delito por una tercera persona que lleva aparejada una pena notablemente más leve;

(v) La condena del acusado por la mera tentativa del delito.

El proceso de determinación nacional de la pena comienza con la determinación *a priori* por el legislador nacional del grado de pena correspondiente a cada delito previsto en el ER e integrado en la legislación nacional, y se extiende en el tiempo hasta la conclusión de la fase de ejecución de la pena.

Este proceso está compuesto por tres etapas principales. En primer lugar se encuentra la fase de determinación legislativa de la pena. En esta etapa inicial, el legislador nacional determina el tipo de pena y el grado que de la misma (particularmente en relación con las penas de privación de libertad y de multa) debe corresponder a cada delito. Además, el legislador nacional puede establecer criterios de obligatoria aplicación para la determinación judicial de la pena dentro del grado que corresponda. En este sentido, e importante subrayar que las leyes nacionales difieren notablemente en la amplitud de los grados de las penas privativas de libertad y en la definición de los criterios que sirven de base para la determinación judicial de la pena.

En segundo lugar se encuentra la fase de determinación judicial de la pena. En esta etapa, los tribunales nacionales determinan la pena que corresponde al condenado dentro del grado que la ley prevé para el delito de que se trate y siguiendo

los criterios que el legislador haya podido establecer. Se puede distinguir entre una determinación cualitativa que se produce cuando el órgano judicial competente elige entre varios tipos de pena, y una determinación cuantitativa del tiempo de privación de libertad que debe servir el condenado o del monto de la multa que debe pagar dentro de los límites marcados por la ley.

En tercer y último lugar aparece la fase de determinación ejecutiva de la pena. Durante esta etapa las autoridades penitenciarias pueden modificar de hecho la pena impuesta mediante la aplicación de ciertas disposiciones que permiten, entre otras cosas, reducir el tiempo que el condenado debe permanecer en prisión, autorizar su excarcelación durante el día (el llamado *tercer grado*) o incluso concederle la libertad condicional. Como veremos más adelante, la determinación ejecutiva de la pena será sólo relevante para el análisis de admisibilidad si se entiende que la aplicación del principio de complementariedad de la Corte *vis-a-vis* las jurisdicciones nacionales se extiende también a la fase de ejecución de pena.

3. La determinación legislativa de las penas como objeto del análisis de admisibilidad

3.1 Determinación a priori *de la pena aplicable a un delito concreto*

Las normas penales pueden ser vistas como normas determinativas, como normas valorativas o como una combinación de ambas. Quienes las consideran como normas determinativas entienden las normas penales como mandatos o prohibiciones que pretenden influenciar a los ciudadanos para que desarrollen o dejen de desarrollar una cierta conducta.[28] Para quienes adoptan esta posición, la función de las normas penales es proteger los valores

28. LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de derecho penal.* Parte general. Madrid: Universitas S. A., 1999, p. 64.

superiores de la sociedad mediante la prevención de aquellos actos que más seriamente los menoscaban.[29]

Para conseguir este objetivo, se atribuyen a la pena tres diferentes tipos de funciones. En primer lugar, la pena cumple una función de prevención general, que se entiende como la probabilidad de que el castigo del infractor influya en que otros delincuentes potenciales se abstengan de llevar a cabo en el futuro ese mismo tipo de conducta. En segundo lugar, la pena cumple una función de prevención especial entendida como la probabilidad de que la imposición de una pena influirá en que la persona sometida a la misma no reincidirá en actividades delictivas tras su puesta en libertad. En tercer lugar, íntimamente unidad a la anterior se encuentra la función de resocialización conforme a la cual la pena se dirige también a permitir su futura reintegración en la vida social en condiciones de igualdad con el resto de sus miembros.[30] Como resultado, para una concepción determinativa de la norma penal, la retribución juega, como mucho, un papel meramente secundario.

Una concepción valorativa de la normas penales considera que dichas normas son exclusivamente juicios de valor negativos sobre determinadas conductas humanas que son lo suficientemente graves como para justificar la imposición de una pena. Sin embargo, de acuerdo con esta concepción, las normas penales no contienen ningún mandato o prohibición dirigido a influenciar a los ciudadanos para que lleven a cabo, o se abstengan de realizar, ciertas conductas. Para los seguidores de esta posición, la función principal de las normas penales es la retribución en cuanto que la pena es entendida como una expresión de la valoración negativa de una determinada conducta.[31] En otras palabras, lo que hace justa la pena, con independencia de los beneficios que para la sociedad se puedan

29. LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de derecho penal...* cit., p. 68. Ver también FLETCHER, G. P. *Rethinking criminal law.* Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 414.

30. Ver a este respecto por ejemplo el art. 25 (1) de la Constitución Española.

31. LUZÓN PEÑA, D. M., *supra* n. 28, p. 68.

derivar de la misma, es la necesidad de articular una respuesta social adecuada a la comisión del delito.[32]

La concepción de las normas penales y las funciones de la pena adoptadas por los sistemas nacionales de justicia penal tienen un impacto directo en la definición de las penas aplicables y, en menor medida, en la determinación cuantitativa del grado de pena previsto el legislador para cada delito. Por ejemplo, la pena de muerte es incompatible con la resocialización de la persona condenada en cuanto fin de la pena. Del mismo modo, cuanto mayor es el énfasis puesto en la función retributiva de la pena, mayor tiende a ser el grado de pena previsto para un mismo delito.

La determinación en los sistemas nacionales de las penas por crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio no es ajena a este fenómeno, y, por ello, se encuentra inexorablemente unida a los principios generales sobre los que se asienta el sistema nacional de que se trate.

Entre estos principios destaca el principio de la intervención mínima del derecho penal. De acuerdo con este principio, las normas penales son un instrumento de *ultima ratio* que debe utilizarse de una manera limitada y con pleno sometimiento al imperio de la ley para proteger los valores superiores de una sociedad frente a aquellas conductas que más seriamente los menoscaban.[33] Las manifestaciones más importantes de este principio son el principio de la retroactividad *pro reo* en la aplicación de las normas penales y los principios de humanidad y proporcionalidad en la determinación de las penas.

La idea que sirve de base a esta forma de entender el derecho penal se resume en la máxima de que, en tanto en cuanto se garantice la restauración del orden legal, se debe dar preferencia a las penas más leves sobre aquéllas más graves. En este contexto, el principio de humanidad requiere el reconocimiento de que, por un lado, la persona condenada, con independencia del delito que haya podido cometer, es un

32. FLETCHER, G. P., *supra* n. 29, p. 415.

33. MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal.* Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 78.

ser humano y como tal tiene el derecho a ser tratado humanamente, y, por otro lado, dada la dimensión social de todo ser humano, tiene el derecho a ser reintegrado en la sociedad en condiciones de igualdad con el resto de sus miembros.[34] Igualmente, el principio de proporcionalidad requiere que, a los efectos de asegurar que la pena sea proporcional a la gravedad del delito, dicha gravedad debe ser exclusivamente analizada a la luz de la importancia de los valores de la sociedad que se han visto afectados por la conducta típica así como de la manera en la que dichos valores se han visto menoscabados.[35] Aquellos sistemas penales nacionales que están fundados sobre una concepción minimalista del derecho penal protegen con un cuidado particular el principio de proporcionalidad de las penas y rechazan cualquier endurecimiento de las penas como resultado del aumento de la criminalidad.

En consecuencia, cualquier análisis de admisibilidad que estudie la determinación legislativa de las penas por crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio tendrá que llevarse a cabo teniendo en cuenta la concepción de las normas penales, los principios generales de derecho penal que desarrollan dicha concepción y las funciones de la pena acogidas por el sistema nacional de justicia penal de que se trate.

Pero al mismo tiempo, dicho análisis no puede obviar el hecho de que el ER solo incluye aquellas conductas que más gravemente menoscaban los valores superiores sobre los que se asienta la comunidad internacional,[36] que en opinión de numerosos autores se encuentran tipificadas por normas de *ius cogens*.[37] Este proceso de selección por razón de gravedad se extendió a los delitos específicos

34. MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal*... cit., p. 92.

35. MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal*... cit., p. 93.

36. Párrafos 3 y 4 del preámbulo del ER y arts. 1 y 5 (1) ER. Ver también a este respecto ZIMMERMANN, A. Article 5. Crimes within the jurisdiction of the Court. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*... cit., p. 97-106, p. 98-100.

37. BASSIOUNI, M. C. International crimes: *ius cogens* and *obligatio erga omnes. Law and contemporary problems*, 1996, p. 59 et seq; MORRIS, M. High crimes and misconceptions: The ICC and non-party States. *Law and contemporary problems*, 2000, p. 57 et seq; y HENRAD, K. The viability of National Amnesties in view of the increasing recognition of individual crimi-

incluidos dentro de las categorías generales de crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra,[38] lo que resultó en que ciertas conductas (como por ejemplo el retraso injustificado en la repatriación de prisioneros de guerra y de civiles al final de un conflicto armado) no fueran incluidas en el ER a pesar de generar responsabilidad penal conforme al derecho internacional.[39] A lo que hay que añadir que los elementos contextuales de los delitos recogidos en el ER atribuyen a los mismos una especial gravedad en cuanto que han de producirse:[40] (i) "en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar contra ese grupo" o sea de tal magnitud que pueda por sí misma causar la destrucción total o parcial del grupo afectado (genocidio);[41] (ii) "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque" (crímenes contra la humanidad);[42] o (iii) "como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes" (crímenes de guerra).[43]

nal responsibility at international law. *DCL Journal of international law*, v. 9. Michigan State University, 1999, p. 595 et seq, p. 645.

38. VON HEBEL, H.; ROBINSON, D. Crimes within the Jurisdiction of the Court. *The International Criminal Court*... cit., p. 79-126, p. 104.

39. En concreto, los tres criterios siguientes fueron utilizados por los redactores del ER para determinar *a priori* qué infracciones del derecho internacional humanitario merecían ser incluidas en el ER y cuáles otras debían ser excluidas: (i) que con independencia de su posible origen convencional, la norma afectada hubiese alcanzado la condición de costumbre internacional y por tanto vinculase a todos los Estados miembros de la comunidad internacional; (ii) que al margen de las consecuencias previstas en los instrumentos internacionales donde dicha norma se recogiese, su violación diera lugar a responsabilidad penal de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario; y (iii) que dicha violación entrañase *a priori* la gravedad suficiente. Ver VON HEBEL, H.; ROBINSON, D., *supra* n. 38, p. 104.

40. OLÁSOLO, H. Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Revista española de derecho militar*, n. 86. Escuela militar de estudios jurídicos, abr. 2005, en prensa, sección 2.

41. See elements of the crime of genocide (article 6(a) to (e) RS) in the Elements of the Crimes.

42. Article 7(1) RS.

43. Si bien el art. 8(1) ER, que utiliza la expresión "la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes", introduce más bien una condición objetiva de procedibilidad que un elemento contextual del tipo objetivo. Ver a este respecto, PIGNATELLY Y MECA, F. *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español.* Madrid:

Además, la reciente decisión de la SCP I de 10.02.2006 en el caso de Thomas Lubanga Dyilo ha establecido que todo caso resultante de la investigación de una situación de crisis, además de imputar uno o varios delitos sobre los que la Corte tiene jurisdicción, debe cumplir con los siguientes tres requisitos para que tenga la gravedad suficiente como para poder ser admisible ante la Corte: (i) la hechos presuntamente constitutivos de delito imputados deben tener un carácter sistemático o generalizado, si bien en la aplicación de este criterio se tendrá en cuenta también la alarma social que despierten los mismos; (ii) la persona imputada debe ser uno de los líderes de más alto nivel de uno de los grupos involucrados en la situación bajo investigación; y (iii) la persona imputada debe ser considerada como uno de los líderes de más alto nivel sospechosos de ser los responsables últimos de la actividad criminal ocurrida en la situación bajo investigación.[44]

Ahora bien, esto no significa que el desvalor de los distintos delitos previstos en el ER deba ser necesariamente el mismo, y ello a pesar de que algunos hayan afirmado que todos los delitos recogidos en el ER afectan a la existencia misma de la comunidad internacional.[45] Así, no es necesario un estudio particularmente exhaustivo para comprobar que el delito de saqueo de localidades enemigas,[46] aunque sea llevado a cabo como parte de una política para compensar a quienes toman parte en la campaña militar de que se trate, no tiene la misma gravedad que

Ministerio de Defensa, 2002, p. 74-75; y OLÁSOLO, H. *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 301-304 (en prensa).

44. La versión pública de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 10.02.2006 se encuentra en el anexo I (párrafo 63) a la decisión de la SCP I de 24.02.2006 titulada *Decision concerning Pre Trial Chamber's I decision of 10 February 2006 and the incorporation of documents into the record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo.* Ver en particular el párrafo 63 de dicho anexo I.

45. Incluso aquellos sistemas nacionales de justicia penal, como el español, en los que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra están incluidos en un capítulo aparte bajo el encabezamiento de delitos contra la comunidad internacional porque se considera que todos ellos afectan a los valores superiores de la comunidad internacional, prevén para cada tipo de delito un grado de pena distinto. Ver a este respecto los arts. 407 a 416 del Código Penal Español. Ver también PIGNATELLY Y MECA, F, *supra* n. 43, p. 41.

46. Art. 8(2)(b)(xvi) y (e)(v) ER.

el delito de imponer medidas dirigidas a prevenir el nacimiento de bebés dentro de un determinado grupo étnico a los efectos de diezmar así su población en una sola generación. En consecuencia, nadie debería sorprenderse de que las penas impuestas a los autores de tales delitos difieran sustancialmente.

En este contexto, es necesario tener en cuenta que las declaraciones de admisibilidad de una situación o de un caso dictadas por la Corte como consecuencia del carácter inapropiado de las penas previstas para el delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra en la legislación nacional pueden provocar indirectamente que el estado afectado tenga que revisar la concepción de la normas penales, los principios generales de derecho penal y las funciones de la pena acogidas en su ordenamiento jurídico.

Este fenómeno puede producirse tanto con respecto a aquellos sistemas nacionales que adoptan una concepción valorativa de la norma penal y se decantan por la retribución como principal función de la pena (como ocurren con aquellos sistemas en los que se prevé la pena de muerte) como en relación con aquellos otros sistemas que se construyen sobre el principio de intervención mínima del derecho penal. Además, el riesgo es todavía mayor para los sistemas consuetudinarios de derecho penal que están basados en la tradición oral y que, por lo tanto, no han sido plenamente desarrollados por escrito.

La pregunta que se plantea es aquélla relativa a si la Corte debe jugar algún tipo de función en la definición de los principios informadores de los sistemas nacionales de justicia penal, o, si por el contrario, debe respetar en la medida de lo posible las opciones elegidas por los legisladores nacionales aun cuando las penas previstas para el delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra se pudieran considerar: (i) como inhumanas y desproporcionadas desde la perspectiva del principio de intervención mínima del derecho penal; o (ii) como injustificadamente leves desde una perspectiva estrictamente retributiva por la comisión de los "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto".

La respuesta a este pregunta debe partir del propio preámbulo del ER. Éste se refiere en su párrafo primero al delicado mosaico de pueblos existentes en el mundo, cuyas culturas constituyen un patrimonio común de la humanidad. Además, en su párrafo tercero se afirma que el ER recoge únicamente aquellos delitos que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad y que, por lo tanto, pueden afectar al patrimonio común formado por las culturas de los distintos pueblos del mundo. Por lo tanto, el ER está fundado sobre el reconocimiento de las diferencias culturales entre los distintos pueblos del mundo, lo que necesariamente incluye algo tan vinculado a los valores superiores de una sociedad como son los principios en los que se asienta su sistema de justicia penal.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que el objeto y fines del ER, tal y como han sido definidos en su preámbulo, requieren el mayor respeto posible por los principios generales que informan los distintos sistemas nacionales de justicia penal. Sólo en el caso excepcional de que tales principios se presenten como manifiestamente contrarios a aquellos valores superiores de la comunidad internacional que el ER protege, la Corte podrá jugar, siempre de manera indirecta, un cierto papel en la redefinición de dichos principios mediante sus decisiones de admisibilidad de la situación o caso de que se trate.

Esto podría ocurrir, por ejemplo, si un determinado sistema nacional considerase que, al margen de los supuestos de coacción o de error de prohibición, el mero hecho de tener la intención de implementar una política estatal mediante la comisión de los delitos previstos en el ER conlleva automáticamente un menor desvalor de la conducta, y, por lo tanto, justifica la imposición de una pena inferior en grado.

En este sentido, conviene señalar que el sistema de penas en el ER se limita a una mera definición genérica de los tres tipos de penas previstos en el mismo:[47] (a) la privación de libertad hasta un máximo de 30 años, a no ser que la extrema

47. LIROLA DELGADO, I.; MARTÍN MARTÍNEZ, M. *La Corte Penal Internacional.* Justicia versus impunidad. Barcelona: Ariel, 2001, p. 236-238

gravedad de los de hechos y las circunstancias personales del condenado justifiquen una condena a cadena perpetua; (b) la multa con arreglo a los criterios previstos en la Reglas de Procedimiento y Prueba (*RPP*); y (c) el decomiso del producto, los bienes y los haberes directa o indirectamente obtenidos del delito sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Además, la regla 145 RPP establece una lista abierta de circunstancias agravantes y atenuantes, así como una serie de factores adicionales que deben ser tenidos en cuenta para la individualización de la pena de acuerdo a las circunstancias personales del condenado.[48]

Sin embargo, ni el ER ni las RPP establecen el grado de pena que corresponde a cada uno de los delitos previstos en el ER, ni tampoco prevén reglas que regulen la aplicación de las circunstancias agravantes y atenuantes. Como resultado, dados los poderes discrecionales atribuidos a la Corte y la ausencia de vínculos entre los principios generales de derecho penal recogidos en el ER y su sistema de penas, se reafirma la necesidad de que la Corte respete los principios generales que informan los sistemas nacionales de justicia penal.

El art. 80 ER constituye una especie de corolario de la posición aquí defendida en cuanto que prevé expresamente que nada en el sistema de penas previsto en el ER "se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte". Esta disposición precisa que los Estados Partes pueden continuar aplicando penas que no se recogen en el ER, tales como la pena de muerte, la inhabilitación o la pérdida de derechos electorales entre otras. Además, despeja cualquier duda sobre la ausencia de toda obligación de los Estados Partes para introducir en sus respectivos ordenamientos jurídicos aquellas penas, como por ejemplo la cadena perpetua, previstas en el ER.[49] De ahí que se pueda afirmar que el ER se encuentra redactado en el entendimiento de que los principios generales

48. Rule 145(1)(c) RPP.

49. FIFE, R. E. Article 80. Non-prejudice to national application of penalties and national laws. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*... cit., p. 1.009-1.014, p. 1.014.

que informan los sistemas nacionales de justicia penal, tal y como se reflejan en sus sistemas de penas, deben ser respetados por la Corte en la medida posible.

En consecuencia, cualquier análisis de las penas previstas a nivel nacional para el delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra debe tener un carácter intrasistémico que se centre en la comparación de dichas penas con aquéllas otras previstas en el sistema nacional de que se trate para delitos de similar gravedad. Además, cualquier comparación con otros sistemas nacionales o internacionales de justicia penal deberá partir de la premisa del respeto máximo a los principios generales que informan el sistema nacional analizado.

3.2 Variación del grado de la pena dependiendo del tipo subjetivo

Si bien las categorías utilizadas para definir el tipo subjetivo tienen sus propias características en cada uno de los sistemas nacionales de justicia penal, se puede observar que un número importante de sistemas nacionales contienen reglas que prevén diferentes grados de pena dependiendo de la comisión dolosa o imprudente del delito.[50] Surge, por tanto, la cuestión de si estas reglas son relevantes a los efectos de un análisis de admisibilidad que incluya el estudio de la determinación nacional de las penas.

La respuesta a esta pregunta se encuentra íntimamente ligada a la definición del elemento general del tipo subjetivo de los delitos y de las formas de participación previstos en el ER. Así, el art. 30(1) ER exige que "los elementos materiales del crimen se reali[ce]n con intención y conocimiento", estableciendo de este modo el dolo como elemento general del tipo subjetivo para los delitos recogidos en el ER. Ello incluiría tanto el llamado dolo directo de primer grado, entendido como la voluntad de producir precisamente el resultado prohibido (o de realizar la acción u omisión prohibida en los delitos de mera actividad o de omisión pura), como el

50. Si bien los sistemas de *Common Law* utilizan una categoría intermedia denominada *recklessness*. Ver a este respecto, FLETCHER, G. P., *supra* n. 29, p. 443 et seq.

dolo directo de segundo grado donde el autor no desea la producción del resultado prohibido pero admite el mismo como una consecuencia necesariamente unida a la realización de su propósito principal.

En opinión del autor también el dolo eventual –entendido como aquellos supuestos en los que el autor se representa el resultado prohibido como de probable producción y aunque su propósito no es que acaezca, acepta el hecho de que pueda producirse y sigue adelante con su actuación– se encuentra incluido en el elemento general del tipo subjetivo previsto en el art. 30(1) ER.[51] Así, el apartado segundo de dicha disposición se refiere a que el autor sea consciente de que el resultado prohibido "se producirá en el curso normal de los acontecimientos", lo que implica que la persona conoce que hay una alta probabilidad de causar el resultado prohibido y que, por lo tanto, de seguir adelante con su actuación se presume que acepta su producción.

No parece, sin embargo, que el elemento general del tipo subjetivo previsto en el art. 30 ER incluya la categoría anglosajona de la *recklessness* (ya sea en su modalidad subjetiva ya sea en su modalidad objetiva) ni tampoco la imprudencia. La llamada *recklessness* subjetiva presupone el conocimiento del riesgo de producir el resultado prohibido.[52] Dependiendo del sistema nacional de que se trate el nivel de riesgo exigido puede variar entre la mera posibilidad[53] y la probabilidad.[54] Se exige además la

51. También entienden que el dolo eventual estaría incluido en la formulación del art. 30 ER, RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. Los principios generales del derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Revista española de derecho militar*, n. 75. Escuela militar de estudios jurídicos, enero-junio 2000, p. 381-441, p. 417; y PIRAGOFF, D. K. Article 30. Mental element. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*... cit., p. 527-535, p. 534.

52. Como FLETCHER, G. P., *supra* n. 29, p. 443, ha señalado: "Recklessness is a form of culpa– equivalent to what german scholars call *conscious negligence*. The problem of distinguishing *intention* and *recklessness* arises because in both cases the actor is aware that his conduct might generate a specific result".

53. El conocimiento de la mera posibilidad de producir el resultado prohibido es suficiente, al menos en relación con el homicidio, en países como Sudáfrica (ver SNYMAN, C. R. *Criminal law*. 3. ed. Durban: Butterworths Publishers, 1995, p. 169).

54. El conocimiento de la probabilidad de producir el resultado prohibido se requiere, al menos en relación con el homicidio, en Australia (The Queen *v.* Crabbe (1985) 156 C.L.R. 464. Ver

aceptación del riesgo, lo que es considerado como inherente al hecho de seguir adelante con la conducta prevista.[55] A diferencia del dolo eventual que requiere la aceptación del resultado, la *recklessness* subjetiva no requiere elemento intencional alguno puesto que la persona puede perfectamente llevar a cabo una actividad que entrañe un cierto riesgo confiando en que su pericia le permitirá evitar en todo caso que se produzca el resultado prohibido (esto ocurriría, por ejemplo, cuando a pesar de la posibilidad objetiva de que, dada la falta de precisión del mortero utilizado, el proyectil acabe impactando en un bloque de apartamentos donde no hay presencia militar del enemigo, el autor confía en que su pericia como artillero le permitirá limitar el punto de impacto al pequeño almacén de municiones que se encuentra enfrente del bloque de apartamentos). Por ello, la exigencia de que "los elementos materiales del crimen se reali[ce]n con intención y conocimiento" parece excluir por insuficiente la *recklessness* subjetiva.

Algunos podrían indicar que los párrafos segundo y tercero del art. 30 ER definen los conceptos de *intención* y de *conocimiento* de un modo amplio cuyo punto de referencia es el conocimiento de que el resultado prohibido "se producirá en el curso normal de los acontecimientos". Sin embargo, en opinión del autor, la ausencia de aceptación del resultado prohibido impide calificar la causación de dicho resultado como realmente intencional. Además, varios autores han señalado que la doble exigencia de *intención* y de *conocimiento* prevista en el art. 30(1) ER requiere la interpretación del elemento general del tipo subjetivo allí recogido de manera que se excluya la *recklessness* subjetiva del tipo subjetivo de los delitos previstos en el ER.[56] Esta interpretación es reforzada por la aplicación del principio *nullum crime sine lege*

también FISSE, B. Howard's criminal law. 5. ed. Sydney: Law Book Company, 1990, p. 59); Bahamas (secciones 311 y 11(2) del Código Penal de 1987); Kenya (secciones 203 and 206(b) del Código Penal de 1985); Malawi (secciones 209 y 212(b) del Código Penal); Sierra Leona (ver THOMPSON, B. *The criminal law of Sierra Leone*. University Press of America, 1999, p. 61); y Zambia (secciones 200 y 204(b) del Código Penal).

55. SIMOSNS, K. W. *Rethinking mental states*. Boston: Boston University Law Review, may 1992, p. 486.

56. Ven entre otros, PIRAGOFF, D. K., *supra* n. 51, p. 535 y ESER, A. Mental element-mistake of fact and mistake of law. In: CASSESE, A.; GAETA P.; JONES, J. R. W. D. (Coord.).

que, conforme al art. 22(2) ER, exige que los tipos penales recogidos en el ER sean interpretados de manera estricta y no se hagan extensivos por analogía.

Con mayor razón se puede afirmar que el elemento general del tipo subjetivo del art. 30 ER excluye también la llamada *recklessness* objetiva, entendida como la adopción objetiva de un riesgo elevado que supera los estándares de lo socialmente permitido sin que la persona sea ni siquiera consciente del riesgo que asume con su conducta.[57] Del mismo modo, y salvo los casos de responsabilidad de los superiores jerárquicos que serán analizados a continuación, queda también fuera del elemento general del tipo subjetivo del art. 30 ER la imprudencia, entendida como una falta del deber objetivo de cuidado en la realización de una conducta que termina causando la producción del resultado prohibido, ya sea porque el autor no era consciente de su deber al ignorar la situación de riesgo, ya sea porque aun siendo consciente de dicha situación de riesgo el autor no creyó previsible que el resultado prohibido pudiera producirse.[58]

The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 889-950, p. 898-899.

57. La conocida sentencia de la Cámara de los Lores en el caso Cadwell (Inglaterra y Gales) dio lugar a la llamada *inadvertent, objetive or Cadwell recklessness* en contraposición a la *advertent, subjective or Cunningham recklessness* (*Caldwell* 1982 AC 341).

58. Ver QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de derecho penal.* Parte general, 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2002, p. 354-355. El elemento general del tipo subjetivo del art. 30 ER no es, sin embargo, aplicable en relación con un reducido número de delitos para los que se prevé un tipo subjetivo específico. Entre ellos destacan aquellos crímenes de guerra que parecen requerir un dolo directo de primer grado como se manifiesta por el uso de las expresiones *intencionadamente* o *deliberadamente*. Sin embargo, conviene advertir que el uso de tales expresiones en el ER no es unívoco, y que por lo tanto habrá que analizarlas cuidadosamente a la luz de los otros elementos del tipo de que se trate. Así, por ejemplo, la expresión *deliberadamente* exige efectivamente un dolo directo de primer grado en el caso del crimen de guerra de "causar deliberadamente grandes sufrimientos" (art. 8.2(a)(iii) ER y sus correspondientes EC), mientras que, por el contrario, parece referirse al elemento general del tipo subjetivo del art. 30 ER en el crimen de "dirigir intencionalmente ataques" contra bienes "dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o las beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos" (art. 8.2(b)(ix) y (e)(iv) ER y sus correspondientes EC).

Finalmente, existen también delitos que además de requerir el dolo del art. 30 ER como elemento general del tipo subjetivo, exigen un elemento subjetivo adicional consistente en un propósito o finalidad particular por la que la conducta típica debe haber sido cometida. Este elemento

De esta manera, se puede afirmar que, en principio, aquellas normas penales nacionales que prevén grados de pena distintos dependiendo de la comisión dolosa o imprudente del delito no tienen relevancia alguna en el marco de un análisis de admisibilidad. Esto se debe a que por regla general, el ER, excepto en aquellos casos de responsabilidad de los superiores jerárquicos, sólo tipifica la comisión dolosa de los delitos recogidos en el mismo.[59]

La excepción principal a la no tipificación de la comisión imprudente de los delitos recogidos en el ER se recoge en el art. 28 ER que regula la responsabilidad de los superiores militares por el incumplimiento de sus deberes de prevenir la comisión de delitos por sus subordinados y de castigar, en su caso, a estos últimos. En este sentido, el art. 28(a)(i) ER requiere que el superior militar "hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento hubiera debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos". Con ello parece excepcionarse la exigencia general de comisión dolosa recogida en el art. 30 ER para admitirse la comisión imprudente ("hubiera debido conocer"), de manera que los superiores jerárquicos serán penalmente responsables por la falta de cuidado en el

subjetivo adicional, conocido en el sistema romano-germánico como *dolus specialis* y en el derecho anglosajón como *ulterior intent*–que no debe confundirse con la categoría anglosajona de *specific intent* que equivale al dolo directo de primer grado en el sistema romano-germánico– se recoge mediante el empleo de expresiones tales como *con la intención* o *con el propósito* en la definición de ciertos delitos, entre los que se pueden citar el genocidio (art. 6 ER y sus respectivos EC), la persecución como crimen de lesa humanidad (art. 7(2)(g) ER y sus respectivos EC), el apartheid como crimen de lesea humanidad (art. 7(2)(i) ER y sus respectivos EC), así como ciertos crímenes de guerra como la toma de rehenes (art. 8.2(a)(viii) y (c)(iii) y sus respectivos EC), la tortura (art. 8.2(a)(ii) y (c)(i) y sus respectivos elementos EC), la declaración de que no habrá cuartel (art. 8.2(b)(xii) y (e)(x) ER y sus respectivos EC), el saqueo (art. 8.2(b)(xvi) y 8.2(e)(v) ER y sus respectivos EC), la prostitución forzada (art. 8.2(b)(xxii) y (e)(vi) ER y sus respectivos EC), la utilización de personas protegidas como escudos humanos (art. 8.2(b)(xxiii) ER y sus respectivos EC) y la utilización del hambre como método de guerra (art. 8.2(b)(xxv) ER y sus respectivos EC).

59. Solamente de manera sumamente excepcional, se prevé la comisión imprudente de algún que otro crimen de guerra como es el caso, por ejemplo, del delito de reclutamiento o alistamiento en las fuerzas armadas, o de utilización en operaciones militares, de niños menores de 15 años, donde es suficiente que el autor "debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años" (art. 8.2(b)(xxvi) y (e)(vii) ER y sus respectivos EC).

cumplimento de sus obligaciones.[60] En otras palabras, el ER considera penalmente relevante el hecho de que el superior militar afectado no haya puesto la diligencia exigible a un superior militar medio en sus mismas circunstancias para informarse de las actividades de sus subordinados a los efectos de poder cumplir con sus deberes de prevenir y, en su caso, castigar los delitos cometidos por los mismos.[61]

Sorprende, sin duda, que uno de los ejemplos más sobresalientes en los que el ER admite la comisión imprudente sea un delito de omisión pura como es el incumplimiento del superior militar del deber de castigar a sus subordinados. No se puede olvidar a este respecto que en los delitos de omisión pura la imprudencia no es normalmente punible.[62] En cualquier caso, hay que subrayar que el superior militar puede incurrir en imprudencia punible por no actuar con el cuidado exigido de un superior militar medio en sus mismas circunstancias a la hora de: (i) apreciar que sus subordinados han cometido un delito previsto en el ER (imprudencia en la apreciación de la situación típica); (ii) apreciar las medidas a su alcance para cumplir con su deber de castigar (imprudencia en la apreciación de las posibilidades de intervención); o (iii) la falta de cuidado en la aplicación de dichas medidas.

Pero lo que resulta singularmente llamativo es que el art. 28(a)(i) ER admita en el caso de los superiores militares la comisión por omisión imprudente del deber de prevenir cualquiera de los delitos previstos en el ER cuando, como regla general, el art. 30 ER únicamente considera penalmente relevante su comisión dolosa. En nuestra opinión, no se comprende bien el porqué de esta regulación

60. AMBOS, K. Superior responsibility. *The Rome Statute of the International Criminal Court*: a commentary... cit., p. 823-872, p. 867.

61. En todo caso, hay que señalar que entre las especialidades recogidas en el art. 28(2) ER con respecto a los superiores jerárquicos no militares destaca la exclusión de la comisión imprudente en cuanto que requiere que el superior jerárquico "hubiera tenido conocimiento o deliberadamente hubiera hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponía cometerlos". Ver a este respecto, FENRICK, W. J. Article 28. Responsiblity of commanders and other superiors. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*... cit., p. 515-522, p. 520-522; y AMBOS, K., *supra* n. 60, p. 870-871.

62. MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., *supra* n. 33, p. 270.

cuando el desvalor de la comisión imprudente de la inmensa mayoría de los delitos previstos en el ER no ha sido considerado lo suficientemente grave como para que sea penalmente relevante. Además, y a pesar de que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* en este punto indica lo contrario,[63] entendemos que en aquellos delitos que exigen en el tipo subjetivo un propósito específico o *dolus specialis* sólo cabrá hablar de comisión por omisión del deber de prevenir del superior militar si éste último incumple tal obligación con el propósito específico requerido.

Ni tan siquiera la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que por lo demás es bastante menos restrictiva con la responsabilidad de los superiores militares que los arts. 86 y 87 PA I, apoyan la opción adoptada por los redactores del ER. De hecho, el art. 28(a)(i) ER extiende la responsabilidad de los superiores militares al hacer caso omiso de los límites repetidamente establecidos por las sentencias de apelación en los casos Celebici, Bagilishema, Krnojelac y Blaskic. Así, en estas sentencias: (i) se rechaza la equiparación entre los estándares "tenía razón para conocer" y "hubiera debido conocer" realizada por la sentencia de primera instancia en el caso Blaskic;[64] y (ii) se afirma que el estándar "tenía razón para conocer" es

63. *Decision on Interlocutory Appeal.* Prosecutor *v.* Radoslav Brdjanin. Caso n. IT-99-36-A, 19.03.2004, párrafos 5-7.

64. Las razones dadas por la sentencia de primera instancia en el caso Blaskic para equipar los estándares "hubiera debido conocer" y "tenía razón para conocer" son las siguientes: "If a commander has exercised due diligence in the fulfilment of his duties yet lacks knowledge that crimes are about to be or have been committed, such lack of knowledge cannot be held against him. However, taking into account his particular position of command and the circumstances prevailing at the time, such ignorance cannot be a defence where the absence of knowledge is the result of negligence in the discharge of his duties: this commander had reason to know within the meaning of the Statute" (ver Prosecutor *v.* Blaskic. Judgement. Caso n. IT-95-14-T, 03.03.2000, párrafo 332).

Por su parte, la sentencia de apelación en el caso Celebici esgrime las siguientes razones para rechazar tal equiparación: "Article 7(3) of the Statute is concerned with superior liability arising from failure to act in spite of knowledge. Neglect of a duty to acquire such knowledge, however, does not feature in the provision as a separate offence, and a superior is not therefore liable under the provision for such failures but only for failing to take necessary and reasonable measures to prevent or to punish. The Appeals Chamber takes it that the Prosecution seeks a finding that *reason to know* exists on the part of a commander if the latter is seriously negligent in his duty to obtain the relevant information. The point here should not be that knowledge may be presumed if a person fails in his duty to obtain the relevant information of a crime, but that it

más exigente puesto que no castiga la mera falta de diligencia en el cumplimiento del deber de informarse, sino que exige que el superior militar tenga como mínimo a su disposición información que le hubiera debido alertar sobre la necesidad de poner en marcha una investigación.[65]

En el contexto particular de la responsabilidad de los superiores militares, aquellas normas penales nacionales que establecen distintos grados de pena dependiendo de la comisión dolosa o imprudente del delito sí son relevantes a los efectos del análisis de admisibilidad. De hecho, el estudio de estas normas constituirá un aspecto importante del análisis de admisibilidad de aquellos casos que tienen por objeto el incumplimiento por superiores militares de sus deberes de prevenir o castigar.

El punto de partida será determinar si la pena impuesta por los tribunales nacionales al superior militar afectado corresponde a una condena por incumplimiento doloso o imprudente de sus deberes de prevenir o de castigar. Si la aplicación de una pena inferior en uno o más grados es el resultado del carácter imprudente del incumplimiento, será necesario analizar si el carácter más leve de la pena impuesta podría estar justificado por el menor desvalor de la conducta imprudente. Si la respuesta es afirmativa, el paso siguiente consistirá en analizar si el establecimiento de penas inferiores en grado para las

may be presumed if he had the means to obtain the knowledge but deliberately refrained from doing so. The Prosecution's argument that a breach of the duty of a superior to remain constantly informed of his subordinates actions will necessarily result in criminal liability comes close to the imposition of criminal liability on a strict or negligence basis. It is however noted that although a commander's failure to remain apprised of his subordinates' action, or to set up a monitoring system may constitute a neglect of duty which results in liability within the military disciplinary framework, it will not necessarily result in criminal liability" (ver Prosecutor *v.* Zejnil Delalic et al. Appeals Judgement. Caso n. IT-96-21-A, 20.02.2001, párrafo 226).

65. Ver las sentencias de apelación en los casos Celebici (Prosecutor *v.* Zejnil Delalic et al. Appeals Judgement. Caso n. IT-96-21-A, 20.02.2001, párrafo 241), Bagilishema (Prosecutor *v.* Bagilishema. Judgement. Caso n. ICTR-95-01A-A, 03.07.2002, párrafo 42), Krnojelac (Prosecutor *v.* Milorad Kunarac. Judgement. Caso n. IT-96-23 and 23/1-A, 12.06.2002, párrafo 151) y Blaskic (Prosecutor *v.* Blaskic. Judgement. Caso n. IT-95-14-A., 29.06.2004, párrafo 62). Ver también la sentencia de primera instancia en el caso Strugar (Prosecutor *v.* Pavle Strugar. Judgement. Caso n. IT-01-42-T, 31.01.2005, párrafo 399) y su comentario por CARNERO ROJO, E.; LAGOS POLAS, F. The Strugar case before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *Journal of international law of peace and armed conflict*, v. 2, 2005, p. 140-142.

conductas imprudentes constituye o no una regla de carácter general dentro del sistema nacional de justicia penal de que se trate, y si, por lo tanto, se trata de una manifestación de la concepción de las normas penales, de los principios generales del derecho penal y de las funciones de la pena que se encuentran en la base de dicho sistema; o si, por el contrario, se trata de un fenómeno único dentro del sistema nacional analizado que únicamente se aplica cuando los delitos previstos en el ER son cometidos por superiores militares. En opinión del autor, sólo en este último supuesto pudiera estar justificada una declaración de admisibilidad.

Por otra parte, debido a que los errores de tipo son normalmente tratados en los sistemas de tradición romano-germánica como supuestos de comisión imprudente, lo que acabamos de señalar es también aplicable en buena medida a los mismos.[66] Con carácter general, se habla de error de tipo cuando el error del autor recae sobre uno de los elementos del tipo objetivo. Por ejemplo, un cazador dispara contra un granjero que recoge frutos silvestres entre la maleza creyendo que se trata de un jabalí salvaje. En sistemas como el español o el alemán, este tipo de error excluye el dolo (o intención de matar) del autor. Como resultado, si el error del cazador se debe a la falta del cuidado que le era exigible en la determinación de la naturaleza de su objetivo, el cazador podrá ser como mucho responsable de un homicidio imprudente. Además, si el cazador incurrió en su error a pesar de actuar con el cuidado que le era exigible, el cazador no podrá ser considerado penalmente responsable por la muerte del granjero.[67]

Este tratamiento del error de tipo tiene su origen en lo que constituye una de las piedras angulares de este grupo de sistemas nacionales de justicia penal y que consiste en que cada elemento del tipo objetivo debe ser cubierto por el

66. La definición de lo que constituye un error de tipo (o de cualquier otra circunstancia que pueda atenuar o eximir la pena) en el sistema nacional de justicia penal de que se trate queda fuera del alcance de nuestro estudio.

67. MUÑOZ CONDE, F.; GARCIA ARÁN, M., *supra* n. 33, p. 308.

tipo subjetivo del delito de que se trate. De manera que, en tanto en cuanto el tratamiento de los errores de tipo arriba descrito no se prevea exclusivamente para los delitos recogidos en el ER si no que tenga un alcance general en el sistema nacional de que se trate, la Corte deberá respetarlo. En consecuencia, como el ER solo admite la comisión dolosa de dichos delitos, la imposición de una pena más leve por los tribunales nacionales como resultado de una condena por comisión imprudente debido a la concurrencia de un error de tipo, no debería ser parte del análisis de admisibilidad. Por el contrario, en este tipo de supuestos, la Corte debería, a lo sumo, limitar su revisión a la comprobación de que durante el juicio oral se presentó algún elemento de prueba que no hiciera manifiestamente injustificada la declaración por los tribunales nacionales de la concurrencia de un error de tipo, lo que de acuerdo a la legislación nacional vigente resultó en la absolución por la comisión dolosa del delito.[68]

68. Un tanto diferente el problema que plantean los errores de prohibición o los errores sobre los presupuestos legales de las causas de justificación. Estos son supuestos en los que el autor no es consciente de que su conducta es constitutiva de delito bien porque desconoce la existencia de la norma penal infringida bien porque actúa en la creencia de que su conducta se encuentra justificada. En los sistemas de *Common Law* este tipo de errores son normalmente irrelevantes para el derecho penal. En este sentido, FLETCHER, G. P., *supra* n. 29, p. 691, señala que "[t]he maxim that mistakes of law do not excuse specifies a category of irrelevant mistakes even though a mistake about the legality of one's conduct bears on whether one can be fairly blamed for violating the law. Mistakes are sometimes genuinely irrelevant to a just determination of liability and sometimes, as in many cases of mistake of law, they are deemed irrelevant for practical or utilitarian reasons. We'll shall refer to the latter cases, where mistakes are ignored even though they bear on culpability as instances of strict liability" (FLETCHER, G. P., *supra* n. 29, p. 691). Por su parte, en los sistemas romano-germánicos, los errores de prohibición y los errores sobre los presupuestos legales de las causas de justificación atenúan la responsabilidad del autor si tienen un carácter vencible (es decir, si el autor los puede evitar actuando con el cuidado que le es exigible).

Además, este tipo de errores pueden incluso constituir circunstancias eximentes de la responsabilidad penal del autor si se trata de errores invencibles (de manera que el autor no puede evitarlos ni aunque actúe con el cuidado que le es exigible). En cualquier caso, como, salvo por un sector minoritario de la doctrina, este tipo de errores no son considerados como supuestos de comisión imprudente, sino como circunstancias que atenúan la pena (MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., *supra* n. 33, p. 428-432), se les puede aplicar lo dicho sobre el papel de las circunstancias agravantes y atenuantes en el análisis de admisibilidad *infra* en la sección 4.

3.3 Variación del grado de la pena dependiendo de la participación a título de autor o de partícipe en la comisión del delito

Ciertos sistemas nacionales de justicia penal prevén un grado superior de pena para los autores y los coautores del delito al ser considerados como directamente responsables por la violación de las normas penales, y un grado inferior de pena para quienes simplemente participan en la comisión de un delito por una tercera persona (como los cómplices o los instigadores) al tener su responsabilidad penal un carácter accesorio.

El fundamento de esta distinción ha sido criticado abiertamente por un buen número de autores, como es el caso de Fletcher que se pregunta "why should it matter whether one is a perpetrator or an accomplice and, even more discriminatingly, whether one is a perpetrator, instigator, accessory or perpetrator by means?"[69] En realidad, son numerosos los sistemas nacionales de justicia penal (por ejemplo el francés o la mayoría de los anglosajones) que han adoptado el principio de que autores y partícipes deben ser castigados de la misma manera porque asistir a un tercero en la comisión de un delito convierte a la persona de que se trate en un cómplice, y ser cómplice de un delito significa simplemente ser responsable del mismo.[70]

Sin embargo, ciertos sistemas nacionales de tradición romano-germánica, como es el caso de España[71] o de Alemania,[72] han adoptado el principio de que autores y partícipes (o al menos cooperadores no necesarios) merecen una pena diferente. Esta distinción encuentra su fundamento en el principio de que la pena debe ser proporcional al desvalor de la conducta y al grado de culpabilidad del imputado.[73] De esta manera, si bien el desvalor de la conducta del autor establece

69. FLETCHER, G. P., *supra* n. 29, p. 649.
70. FLETCHER, G. P., *supra* n. 29, p. 650.
71. Artículo 63 del Código Penal Español.
72. Sección 27(2) del Código Penal Alemán.
73. FLETCHER, G. P., *supra*, n. 29, p. 651.

a priori el grado máximo de la pena que ha de imponerse por el delito, el desvalor de la conducta de los partícipes no ha de ser necesariamente tan grave y por lo tanto puede ser merecedor de una pena más leve. A lo que hay que unir que cada una de las personas involucradas en la comisión del delito debe ser castigada de acuerdo a su propia culpabilidad.

Como consecuencia, en estos ordenamientos jurídicos, las normas que determinan cuál es el grado de la pena que es aplicable a las distintas formas de autoría o de participación en la comisión del delito tienen un impacto directo en la pena que será impuesta en última instancia, y, por lo tanto, son relevantes para el análisis de admisibilidad por la Corte.

Sin embargo, es importante distinguir entre este tipo de normas y aquellas otras que definen los conceptos de autoría mediata y coautoría a los efectos de distinguir entre autores y partícipes cuando una pluralidad de personas se encuentra involucrada en la preparación y la ejecución del delito. Esto segundo tipo de normas, a pesar de su importancia en el marco de los delitos previstos en el ER,[74] no forma parte de un análisis de admisibilidad que se centre en la determinación nacional de las penas.

74. Una lectura cuidadosa del art. 25(3) ER permite hacerse una idea de la importancia de estas normas y de los principios que las informan. Esta disposición comienza por regular la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata (art. 25(3)(a) ER). A continuación recoge varias formas de participación en la comisión del delito por terceras personas (art. 25(3)(b) y (c) ER). Finalmente se refiere a otras formas menores de participación en la ejecución de un plan criminal común (art. 25(3)(d) ER) que normalmente no darían lugar a responsabilidad penal pero que se convierten en penalmente relevantes como consecuencia de ser llevadas a cabo: (i) con la intención de ejecutar el plan criminal común; o (ii) con el conocimiento de que se está asistiendo a la ejecución del plan criminal común. Por lo tanto, se puede afirmar que el art. 25(3)(d) ER constituye una especie de disposición residual que hace penalmente relevantes ciertas formas de participación que normalmente no darían lugar a responsabilidad penal porque, objetivamente, no juegan un papel sustantivo en la comisión del delito. De esta manera, el ER se aparta de la jurisprudencia del TPIY conforme a la cual cualquier participante en la ejecución de un plan criminal común es considerado como coautor con independencia del nivel objetivo de su contribución. Ver a este respecto la reciente decisión de la decisiòn de la SCP I de 10.02.2006, *supra* n. 44, que en su párrafo 78 señala lo siguiente: "accordingly, in the Chamber's view, the term *committed* in article 58(1) of the Statute includes: (i) The Commission *stricto sensu* of a crime by a person as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible; (ii) any other forms of accessory, as opposed to principal, liability provided for in article 25(3)(b) to (d) of the Statute; (iii) an attempt to commit any of the

Al margen de que la jurisprudencia de la Corte se decante o no finalmente por reflejar la distinción entre autores y partícipes en términos de pena, es importante subrayar que el análisis de admisibilidad debería, en todo caso, centrarse en un estudio intrasistémico a los efectos de determinar si se trate éste de un fenómeno que se aplica de manera general en el sistema nacional de justicia penal analizado, o, si, por el contrario, se aplica únicamente con respecto a aquellos delitos recogidos en el ER. Además, la Corte deberá ser particularmente cuidadosa en evitar que aquellos problemas de imputación o de prueba, que puedan resultar en sentencias manifiestamente leves en las que no se refleje la participación real del autor en la comisión del delito, sean tratados como problemas de determinación de la pena.

Del mismo modo, en supuestos de imposición a superiores jerárquicos de penas manifiestamente leves por el incumplimiento del deber de castigar a aquellos subordinados que hayan cometidos delitos recogidos en el ER, la Corte debería prestar particular atención a si la levedad de la pena se debe en realidad a la conceptualización del incumplimiento como

crimes provided for in articles 6 to 8 of the Statute; (iv) direct and public incitement to commit genocide (the only preparatory act punishable under the Statute); and (v) the responsibility of commanders and other superiors under article 28 of the Statute".

Ver también, OLÁSOLO, H.; PEREZ CEPEDA, A. The notion of control of the crime in the jurisprudence of the ICTY: the Stakic case. *International criminal law review*, v. 4. Brill Academic Publishers, 2004, p. 474 et seq, p. 476-478; así como Prosecutor *v.* Dusko Tadic. Appeals Chamber Judgement. Caso n. IT-94-1-A, 15.07.1999, párrafos 227-228; Prosecutor *v.* Anto Furundzija. Appeals Chamber Judgement. ICTY Caso n. IT-95-17/1-A, 21.07.1998, párrafo 118; Celebici. Appeal Judgement, *supra* n. 64, párrafos 365-366; Krnojelac. Appeal Judgement, *supra* n. 64, párrafo 29; Prosecutor *v.* Miroslav Kvocka et al. Appeals Chamber Judgement, ICTY Caso n. IT-98-30/1-A, 28.02.2005, párrafos 81-86, 91 and 97); Prosecutor *v.* Zoran Kupreskic et al. Trial Chamber Judgement. ICTY Caso n. IT-95-16-T, 14.01.2000, párrafo 772; Prosecutor *v.* Dario Kordic and Mario Cerkez. Trial Chamber Judgement. ICTY Caso n. IT-95-14/2-T, 26.02.2001, párrafo 397; Prosecutor *v.* Radislav Krstic. Trial Chamber Judgement. ICTY Caso n. IT-98-33-T, 02.08.2001, párrafo 601; Prosecutor *v.* Miroslav Kvocka et al. Trial Chamber Judgement. ICTY Caso n. IT-98-30/1-T, 02.11.2001, párrafo 265; Prosecutor *v.* Milorad Krnojelac. Trial Chamber Judgement. ICTY Caso n. IT-97-25-T, 15.03.2002, párrafo 81; Prosecutor *v.* Mitar Vasiljevic. Trial Chamber Judgement. ICTY Caso n. IT-98-32-T, 29.11.2002, párrafo 65; Prosecutor *v.* Milomir Stakic. Judgement. Caso n. IT-97-24-T, 31.07.2003, párrafo 431; and Prosecutor *v.* Blagoje Simic, Miroslav Tadic and Simo Zaric. Trial Chamber Judgement. ICTY Caso n. IT-95-9-T, 29.10.2003, párafo 149. Ver también. Prosecutor *v.* Milan Milutinovic, Nikola Šainovic and Dragoljub Ojdanic. Decision on Dragoljub Ojdanić's motion challenging jurisdiction-joint criminal enterprise. Appeals Chamber. Caso n. IT-99-37-AR72, 21.05.2002, párrafo 20 et seq.

un delito de omisión pura que excluye toda responsabilidad penal del superior por los delitos cometidos por los subordinados. Esta posición, que, sin ir más lejos, ha sido acogida por la sección 14 del Código Alemán de Crímenes contra el Derecho Internacional,[75] resulta en la previsión legislativa de penas sustancialmente más leves y se encuentra en clara contradicción con la posición adoptada por los tribunales *ad hoc*, de acuerdo con la cual los superiores son castigados como responsables de los delitos cometidos por sus subordinados.[76]

En este sentido, es importante subrayar que no puede haber vínculo de causalidad alguno entre la omisión del superior jerárquico y la previa comisión del delito por su subordinado[77] puesto que el castigo que el superior pudiera haber impuesto al subordinado no hubiera de ninguna manera evitado la comisión del delito. Por lo tanto, en opinión del autor, no cabe la comisión por omisión del superior, y la única manera de hacerlo responsable por el delito cometido por su subordinado es admitir que la figura de la responsabilidad de los superiores jerárquicos constituye un *tertium genus* que tiene sus raíces en el derecho internacional y que se distingue de los conceptos penales tradicionales de omisión pura o propia y omisión impropia o comisión por omisión.

Sólo la aplicación de este *tertium genus* permitiría declarar la responsabilidad de los superiores por los delitos cometidos por sus subordinados a pesar de la inexistencia

75. Conforme a la sección 14(1) del Código Alemán de Crímenes contra el derecho internacional, todo comandante militar o superior civil que omita informar inmediatamente de los delitos recogidos en dicho código que hayan sido presuntamente cometidos por sus subordinados al organismo responsable para la investigación y enjuiciamiento de los mismos será castigado con una pena de privación de libertad de hasta cinco años. Además, conforme al art. 13(a) a (d) del Código Alemán de Crímenes contra el derecho internacional, el incumplimiento por los comandantes militares o por los superiores civiles de su obligación de prevenir la comisión de delitos por sus subordinados constituye también un delito de omisión pura que es castigado con una pena no superior a cinco años si la omisión es intencional y no superior a tres años si la omisión es imprudente.

76. Esta posición se encuentra íntimamente relacionada con el hecho de que los tribunales *ad hoc* no requieran ningún vínculo de causalidad entre la omisión de los superiores jerárquicos y los delitos cometidos por sus subordinados para considerar a aquéllos como penalmente responsables por los delitos cometidos por estos últimos. Ver, Blaskic. Appeal Judgement, *supra* n. 64, párrafo 77.

77. Hipotéticamente, este vínculo de causalidad debería consistir en la probabilidad de que la conducta típica hubiera sido evitada si el superior jerárquico hubiera castigado a aquellos subordinados que cometieron el delito.

de un vínculo de causalidad entre tales delitos y la omisión de los superiores.[78] De otra manera, la omisión de los superiores debería ser considerada como un delito de omisión pura, de manera que los superiores serían únicamente responsables por el incumplimiento de su deber de castigar y no por los delitos cometidos por sus subordinados. De hecho, en opinión del autor, esta última calificación de la conducta de los superiores es la que mejor se ajusta a las exigencias del principio de culpabilidad que requiere, entre otras cosas, la determinación, con la mayor especificidad posible, del desvalor de la conducta de cada individuo y la modulación de la pena en virtud del mismo.

En cualquier caso, con independencia de la posición finalmente adoptada por la jurisprudencia de la Corte, esta última debería ser respetuosa, en la medida de los posible, con los principios sobre los que se asientan los sistemas nacionales de justicia pena, y, en particular, con un principio tan importante en los sistemas de tradición romano-germánica como es el principio de culpabilidad. Por lo tanto, sólo cabría pensar en una posible declaración de inadmisibilidad si el sistema nacional afectado limitase el uso de la categoría de los delitos de omisión pura a los supuestos de incumplimiento por los superiores del deber de castigar a aquellos subordinados que hayan cometido delitos previstos en el ER.

3.4 Variación del grado de la pena dependiendo de la tentativa o consumación del delito

En ciertos sistemas nacionales de justicia penal, la tentativa y la consumación del delito se castigan con la misma pena puesto que se considera que el autor tiene la

78. Como la Sala de Apelaciones ha señalado recientemente en el caso Blaskic en relación con el incumplimiento del deber de prevenir: "The Appeals Chamber is therefore not persuaded by the Appellant's submission that the existence of causality between a commander's failure to prevent subordinates' crimes and the occurrence of these crimes, is an element of command responsibility that requires proof by the Prosecution in all circumstances of a case. Once again, it is more a question of fact to be established on a case by case basis, than a question of law in general" (Blaskic. Appeal Judgement, *supra* n. 64, párrafo 77). Lógicamente, este argumento es aplicable *ad magiorem* en los supuestos de omisión del deber de castigar en los que la omisión se produce siempre después de la comisión del delito por los subordinados.

misma intención de cometer el delito cuando éste se consuma que cuando el mismo no llega a consumarse por causas independientes a su voluntad.[79] Esta posición ha sido adoptada no sólo por aquellos sistemas nacionales que acogen una concepción valorativa de las normas penales, sino también por algunos ordenamientos jurídicos que se decantan más bien por una concepción determinativa de las mismas. Estos últimos consideran que, dado que las normas penales constituyen mandatos o prohibiciones dirigidos a la conciencia de los ciudadanos, el desvalor ocasionado por su infracción es el mismo con independencia de que se consume o no el delito.[80]

Sin embargo, existen también algunos sistemas nacionales[81] que prevén una pena màs leve para la tentativa que para la consumación puesto que, si bien el análisis aislado de la acción u omisión del autor pudiera llevar a la conclusión de que su desvalor es el mismo en los supuestos de tentativa y de consumación, es evidente que el daño finalmente causado por dicha acción u omisión es inferior cuando el resultado típico no se ha producido. Por lo tanto, cuando se analiza en su contexto, no cabe afirmar que el desvalor de la acción u omisión del autor sea el mismo en los casos de tentativa que en los casos de consumación.

Además, ciertos ordenamientos jurídicos justifican la imposición de una pena más leve en casos de tentativa desde una perspectiva estrictamente objetiva porque el riesgo objetivo generado por la misma para el bien jurídico protegido por la norma penal afectada es siempre inferior que el daño ocasionado a dicho bien jurídico como consecuencia de la consumación del delito.[82]

En todo caso, con independencia de la posición finalmente adoptada por la jurisprudencia de la Corte, es importante subrayar la necesidad de que la Corte respete en la medida de lo posible los principios generales que informan los sistemas

79. QUINTERO OLIVARES, G., *supra* n. 58, p. 591

80. QUINTERO OLIVARES, G., *supra* n. 58, p. 592.

81. Ver, por ejemplo, la sección 30(1) del Código Penal Alemán o el art. 62 del Código Penal Español.

82. QUINTERO OLIVARES, G., *supra* n. 58, p. 592.

nacionales de justicia penal, y ello aunque ello pueda resultar en la imposición por los tribunales nacionales de penas más leves en caso de tentativa. Por lo tanto, todo análisis de admisibilidad que ponga su énfasis en la determinación nacional de las penas debería centrarse en estudiar desde un punto de vista intrasistémico si la mayor levedad de la pena en caso de tentativa se aplica de manera general en el sistema nacional analizado o si, por el contrario, se trata de un fenómeno exclusivamente circunscrito a los delitos recogidos en el ER.

3.5 El concurso de delitos

El problema de la determinación legislativa de las penas es particularmente complejo en aquellos supuestos en los que una acción causa más de un delito o en los que una sola persona comete varios delitos.[83] Numerosos sistemas nacionales consideran que si la persona que menoscaba uno de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal es merecedora de una pena, quien afecta a varios de estos bienes jurídicos debe estar sujeto a una pluralidad de penas. Además, si, como ocurre con la privación de libertad, no es posible cumplir más de una pena al mismo tiempo, el autor debería cumplir primero la pena más grave y posteriormente el resto. Por su parte, ciertos ordenamientos jurídicos entienden que no es razonable ni útil mantener a un individuo en prisión indefinidamente y, por ello, aceptan el establecimiento de ciertos límites a la acumulación de penas.

El concurso de delitos constituye en última instancia una manera de resolver un problema de determinación legislativa de la pena. Tradicionalmente, se ha distinguido entre los supuestos en los que un sola acción provoca una pluralidad de delitos y aquellos otros casos en los que una misma persona comete una pluralidad de delitos mediante la realización de varias acciones u omisiones. Una variante adicional del concurso de delitos se puede encontrar en la noción de delito

83. MUÑOZ CONDE, F.; GARCIA ARÁN, M., *supra* n. 33, p. 511-512; y QUINTERO OLIVARES, G., *supra* n. 58, p. 747-748.

continuado, que no es sino una ficción jurídica originalmente creada para beneficiar al condenado mediante el tratamiento como un único delito de una pluralidad de delitos cuyas penas hubieran en principio debido haberse acumulado.[84]

Las reglas sobre el concurso de delitos, además de resolver un problema de determinación legislativa de la pena, se encuentran íntimamente ligadas a ciertos principios generales que informan los sistemas nacionales de justicia penal. De hecho, la necesidad de establecer ciertos límites a la acumulación indefinida de las penas es un imperativo derivado de la función resocializadora de la pena, que ve como irracional e inútil el mantenimiento en prisión de un individuo de manera indefinida. En consecuencia, cualquier análisis de admisibilidad que estudie las normas sobre el concurso de delitos debería centrarse en un análisis intrasistémico de su aplicación que permita respetar en la medida de los posible los principios generales que constituyen el fundamento último de dichas normas.

4. La determinación judicial de las penas como objeto del análisis de admisibilidad

En la fase de determinación judicial de la pena, el órgano judicial competente concreta la pena que impone al autor dentro del grado previsto por la legislación nacional vigente. Es en esta fase cuando el poder discrecional de los órganos judiciales entra en acción, a lo que hay que añadir las importantes implicaciones de política criminal que tienen las decisiones adoptadas en esta etapa puesto que toda decisión que haga hincapié en la función retributiva, preventiva o resocializadora de la pena tiene claras implicaciones ideológicas.

84. En principio, el concepto de delito continuado requiere que se cumplan al menos los tres requisitos siguientes: (i) la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones típicas, cada una de las cuales constituye en sí misma considerada un delito; (ii) la existencia de un plan o el hecho de que el autor se aprovechara de ciertas circunstancias similares para cometer los delitos y (iii) la sucesiva violación de una misma norma penal o de varias normas penales que protegen bienes jurídicos homogéneos (MUÑOZ CONDE, F.; GARCIA ARÁN, M., *supra* n. 33, p. 519-520).

El recurso a la discreción judicial en la determinación de la pena es algo inevitable y constituye una característica común de los distintos sistemas nacionales de justicia penal. Sin embargo, al margen del alcance de la discreción conferida a los órganos judiciales competentes, lo que realmente varía entre los distintos ordenamientos jurídicos son los principios que informan el ejercicio de dicha discreción, los cuales se encuentran estrechamente vinculados a las opciones de política criminal sobre la que se construyen los respectivos sistemas.

Por ejemplo, en un buen número de sistemas nacionales, la discreción judicial se encuentra sujeta al principio de proporcionalidad, que opera no sólo en la determinación legislativa de la pena sino también en la determinación judicial de la misma dentro de los grados establecidos por la ley.[85] Además, ciertos ordenamientos jurídicos prohíben la agravación de la pena por razones de prevención general o especial. En consecuencia, las condiciones personales del condenado, sus antecedentes penales o cualquier otra característica que pueda revelar un cierto grado de peligrosidad por encima de la media, si bien pueden impedir la atenuación de la pena o la aplicación de penas alternativas, no pueden justificar un incremento de la pena.[86]

Entre el conjunto de principios que informan el ejercicio de la discreción judicial destaca como elemento común a numerosos sistemas nacionales el establecimiento de circunstancias agravantes y atenuantes de la pena, que normalmente consisten, bien en circunstancias contextuales que rodean la comisión del delito, bien en circunstancias que influyen en la condición del autor en el momento de su comisión.

Si bien no siempre se manifiesta con nitidez, los fundamentos de las circunstancias agravantes y atenuantes se encuentran estrechamente vinculados con los principios generales que informan los sistemas nacionales de justicia penal puesto que se refieren a circunstancias que, sin alterar la existencia del delito, afectan a la gravedad del delito o a la culpabilidad del autor. Así, en buen número de ordenamientos jurídicos su definición y valor jurídico se encuentra íntimamente

85. QUINTERO OLIVARES, G., *supra* n. 58, p. 715.
86. QUINTERO OLIVARES, G., *supra* n. 58, p. 714-715.

vinculado al principio de proporcionalidad, el cual no sólo es aplicable en la fase de determinación legislativa de la pena sino también en la fase de determinación judicial de la misma. Además, la definición y el valor jurídico de las circunstancias agravantes se encuentra también directamente relacionado con las distintas posiciones adoptadas por los sistemas nacionales con respecto al incremento de la pena por razones de prevención general o especial.

Como resultado del establecimiento de principios que informan el ejercicio de la discreción judicial, el papel que corresponde a la motivaciones personales de los jueces en la determinación de las penas se ve notablemente reducido. Esto no quiere decir, sin embargo, que las mismas no tengan función alguna, si bien su influencia varía en virtud de la especificidad y del carácter vinculante de los principios informadores establecidos por el legislador. Además, cada sistema nacional tiene sus propios mecanismos para minimizar los riesgos derivados del papel conferido a las motivaciones personales de los jueces en la determinación de las penas. Estos mecanismos pueden ir desde el establecimiento de rigurosos procesos de revisión de las penas impuestas a los condenados hasta la definición de grados de pena menos amplios y la previsión de criterios vinculantes para la determinación judicial de la pena dentro del grado que corresponda.

En opinión del autor, cualquier análisis de admisibilidad que haga hincapié en la determinación judicial de las penas a nivel nacional debería ser particularmente respetuoso con aquellos criterios vinculantes en el ejercicio de la discreción judicial que se encuentran íntimamente ligados con las opciones últimas de política criminal adoptadas por el ordenamiento jurídico de que se trate.

Sin embargo, lo no mismo no puede afirmarse en relación con el papel que las motivaciones personales de los jueces juegan en la determinación judicial de las penas. Es precisamente en este ámbito donde, en opinión del autor, el análisis de admisibilidad debiera poner su acento y donde, en consecuencia, el margen de apreciación atribuido a los órganos jurisdiccionales nacionales debería ser más limitado. En consecuencia, se puede afirmar que aquellas sentencias en las que, a

la luz de la práctica jurisprudencial del sistema nacional afectado, las motivaciones personales de los jueces parezcan haber jugado un papel inusualmente destacado, son sin duda las principales candidatas para ser el objeto de una declaración de admisibilidad por parte de la Corte.

En realidad, son precisamente los argumentos utilizados para sustentar este tipo de sentencias los que mejor pueden ser analizados a la luz criterios previstos en los arts. 17(1)(c) y (2) y 20(3) ER, es decir: (i) que la pena impuesta responda "al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte"; y (ii) que la pena no haya sido impuesta de manera independiente o imparcial, ni sea compatible con la intención de someter a la persona de que se trate a la acción de la justicia.

5. La irrelevancia de la determinación ejecutiva de las penas a los efectos del análisis de admisibilidad

Como hemos señalado, durante la fase de ejecución de la pena, las penas impuestas por los tribunales nacionales pueden sufrir ciertas modificaciones por las decisiones tomadas por las autoridades penitenciarias. Este fenómeno, denominado determinación ejecutiva de las penas, se produce mediante la aplicación de una serie de disposiciones legales que permiten reducir el tiempo que ha de permanecerse en prisión, autorizar la excarcelación diurna o conceder la libertad condicional. Entre estas medidas, sin duda, la más extrema y al mismo tiempo la más controvertida, es la concesión de perdones administrativos.

La cuestión que se plantea es aquélla relativa a la relevancia de la determinación ejecutiva de las penas en el análisis de admisibilidad de la Corte. La respuesta a esta pregunta depende de si la aplicación del principio de complementariedad se extiende o no a la fase de ejecución de la pena.

Desde una perspectiva temporal, los negociadores tuvieron que decidir entre una configuración estática y una configuración dinámica del principio de complementariedad. Según la configuración estática, el principio de

complementariedad solamente operaría hasta el momento en que bien las jurisdicciones nacionales, bien la Corte, comenzasen sus actuaciones sobre una situación de crisis o caso determinado. Por lo tanto, dada la definición negativa de los supuestos previstos en el art. 17(1)(a) a (c) ER, la Corte y las jurisdicciones nacionales se encontrarían en pie de igualdad, y quien primero iniciase sus actuaciones adquiriría jurisdicción exclusiva sobre la situación de crisis o caso del que se tratase.

Frente a esta configuración estática aparecía la configuración dinámica del principio de complementariedad, conforme a la cual su ámbito de aplicación podría extenderse mientras las jurisdicciones nacionales o la Corte ejercitaran sus respectivas potestades de investigación, ejercicio de la acción penal, declaración de la responsabilidad penal individual derivada del ER y ejecución de la pena.

La solución finalmente adoptada por los negociadores en los arts. 15(4), 17, 18, 19 y 20 y 53(1) ER recoge una configuración dinámica del principio de complementariedad que se extiende a las actividades de investigación, ejercicio de la acción penal y declaración de la responsabilidad penal individual derivada del ER desarrolladas tanto por las jurisdicciones nacionales como por la Corte, pero que excluye la fase de ejecución de la sentencia firme condenatoria. En consecuencia, pronunciada sentencia firme por la Corte, esta última asume jurisdicción exclusiva sobre su ejecución e impide toda actuación de las jurisdicciones nacionales sobre los delitos objeto la misma (Art. 20.2). Asimismo, pronunciada sentencia firme en un Estado, este adquiere también jurisdicción exclusiva sobre su ejecución, siempre y cuando la Corte no declare la concurrencia de alguna de las alguna de las circunstancias previstas en el art. 20(3) ER.

La solución adoptada por el ER en este punto nos parece la más adecuada. Así, la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución hubiera provocado inevitablemente problemas de *ne bis in idem*. Así, o la extensión de la configuración dinámica del principio de

complementariedad a la fase de ejecución iba acompañada del reconocimiento automático de las sentencias dictadas por las jurisdicciones nacionales a los efectos de su ejecución por la Corte, o la Corte debería proceder a un nuevo enjuiciamiento de los hechos objeto de las sentencias firmes dictadas por las jurisdicciones nacionales (y en las que además no concurren ninguna de las circunstancias previstas en el art. 20.3 ER) antes de proceder a la ejecución de la sentencia firme dictada por la propia Corte. De esta manera, unos mismos hechos serían enjuiciados en dos ocasiones y podrían dar lugar a dos sentencias firmes contradictorias (una dictada por los tribunales nacionales y otra por la Corte).

En este sentido hay que señalar que es cierto que el principio *ne bis in idem* contenido en el art. 14(7) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos ha sido tradicionalmente interpretado como limitado a las actuaciones penales desarrolladas en una misma jurisdicción. Pero también es cierto que el grado de garantías que el principio *ne bis in idem* ofrece en el art. 10 del Estatuto del TPIY, el art. 9 del Estatuto y el art. 20 ER es superior al tradicionalmente ofrecido por el art. 14(7) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.[87]

Pero además, la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución hubiera provocado que la actividad de la Corte de ejecución de sus sentencias firmes se hubiera visto archivada provisionalmente como consecuencia de las investigaciones y enjuiciamientos de los Estados con respecto a los hechos objetos de las sentencias firmes de la Corte. En este sentido, no podemos olvidar que el carácter dinámico del principio de complementariedad actúa en un doble sentido en cuanto que no sólo afecta a las actuaciones de las jurisdicciones nacionales sino también a las de la Corte.

Finalmente, hay que tener también en cuenta que la potestad de indultar forma parte del contenido más íntimo de la soberanía de un Estado y que, además, la

87. Ver a este respecto JONES, J. R. W. D. The practice of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia y Rwanda. 2. ed. Irvington-on-Hudson (Nueva York): Transnational Publishers, 2000, p. 151-154 y 504-505.

extensión del carácter dinámico del principio de complementariedad a la fase de ejecución sería de muy difícil aplicación práctica. Téngase en cuenta a este respecto, que sólo una minoría de Estados autorizan el juicio en ausencia con respecto a crímenes de la gravedad de los previstos en el ER. Por lo tanto, es de suponer que el Estado que dicte sentencia firme y posteriormente indulte a sus autores sea el Estado en cuyo territorio se encuentran los mismos. De esta manera sería difícil que este Estado, aunque estuviera obligado a ello por ser un Estado parte del ER, estuviera dispuesto a entregarlos a la Corte, máxime no previéndose en el ER sanción alguna para los casos de incumplimiento de sus obligaciones de cooperación con la Corte.

Por estas razones, creemos que la mejor manera de abordar el problema de los indultos a los autores de los "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional" es mediante el establecimiento en el propio ER, por un lado, de una inequívoca obligación de ejecución de las condenas firmes dictadas por las jurisdicciones nacionales contra los autores de estos delitos, y, por otro lado, de un régimen de sanciones para el caso de su incumplimiento similar al previsto en el art. 112.8 ER para los supuestos de incumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones de financiación de la Corte (suspensión automática de sus derechos políticos en la organización internacional Corte).

Distinto es el supuesto de las Leyes de Amnistía que, por su misma naturaleza, resultarían, bien en la inacción absoluta de las jurisdicciones nacionales cuando no fueren acompañadas de una Comisión de la Verdad, bien en su inacción *a posteriori* tras completarse la investigación que se pueda desarrollar a través de una Comisión de la Verdad. Por lo tanto, en nuestra opinión, las Leyes de Amnistía que no sean acompañadas del establecimiento de Comisiones de la Verdad no impedirán, de ninguna manera, la actuación de la Corte sobre la situación de crisis a que se refieran.

Por su parte, en el caso de las Leyes de Amnistías acompañadas del establecimiento de Comisiones de la Verdad, el inicio de las investigaciones por dichas Comisiones de la Verdad sólo impediría la actuación de la Corte si se considera que: a) su desarrollo no está motivado por el propósito de sustraer a las personas de que

se trae de su responsabilidad penal; y b) son sustanciadas de manera independiente o imparcial o de una forma compatible con la intención de hacer comparecer a las personas de que se trate ante la justicia. Además, en todo caso, terminada la investigación por las Comisiones de la Verdad, y presentado su informe, desaparecería todo impedimento derivado del principio de complementariedad para la actuación de la Corte, en cuanto que, habiendo sido obtenidos indicios razonables de culpabilidad contra los presuntos autores de los delitos previstos en el ER, las Leyes de Amnistía impedirían a las jurisdicciones nacionales proceder a su enjuiciamiento.

Otra cosa sería que la promulgación de una Ley de Amnistía acompañada de la creación de una Comisión de la Verdad pudiera evitar la actuación de la Corte sobre la situación de crisis objeto de la misma porque, conforme al art. 53(1)(c) ER y la regla 104 RPP, dicha actuación no redundaría en el interés de la justicia. Ahora bien, en este caso, nos encontraríamos con el ejercicio del principio de oportunidad política por el órgano competente de la Corte, y nada tendría que ver con el principio de complementariedad.

En cualquier caso, a los efectos de nuestro estudio, es importante subrayar que, al no extenderse la aplicación del principio de complementariedad a la fase de ejecución de la pena,[88] se puede afirmar que la determinación ejecutiva de las penas a nivel nacional es irrelevante desde la perspectiva del análisis de admisibilidad.

6. *Adendum:* el distinto enfoque en el estudio de la determinación nacional de las penas en los análisis de admisibilidad de situaciones y de casos

La Corte ejercita su primacía material sobre las jurisdicciones nacionales, y por tanto lleva a cabo análisis de complementariedad, en las distintas actuaciones procesales previstas en el ER.

88. JONES, J. R. W. D. The practice of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia y Rwanda... cit. Ver también OLÁSOLO, H., *supra* n. 24, p. 162-163.

Esto conlleva que sean situaciones de crisis definidas en abstracto por parámetros temporales, territoriales y/o personales[89] (como por ejemplo el conflicto armado que asoló el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991 o la situación de crisis provocada por las graves violaciones del derecho internacional humanitario que se produjeron en el territorio de Ruanda y de sus Estados fronterizos a partir del 06.041994 y hasta principios de julio de ese mismo año) las que sean objeto de aquellos análisis de admisibilidad realizados: (i) en el marco del proceso de activación (también conocido como de apertura de una investigación) conforme a los arts. 15(3) y (4), 18(2), 53(1) y 82(1)(a) ER,[90] o durante la fase de investigación de una situación de acuerdo con los arts. 19(11) y 53(2)(b) ER.[91]

Por su parte, serán casos definidos por incidentes concretos en los que aparentemente se hayan cometido uno o varios delitos recogidos en el ER (como por ejemplo el ataque de las fuerzas bosnio-croatas contra las aldeas de mayoría bosnio-musulmana ubicadas en el valle del río Lasva en Bosnia Central entre el 16 y el 20 de abril de 1993, o los abusos contra la población civil realizados por miembros del Frente Unido Revolucionario durante la toma de Freetown el

89. Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 and VPRS-6, emitida por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 17.01.2006. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101_tEnglish-Corr.pdf>, párrafos 65-66. Ver también OLÁSOLO, H., *supra* n. 24, p. 125-126.

90. BASSIOUNI, M. C. Introduction to international criminal law. New York: Transnational Publishers, 2003, p. 518-519; SCHABAS, W. A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 125-126; HALL, C. K. Article 19. Challenges to the jurisdiction of the Court or the admissibility of a case. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*... cit., p. 405-418, p. 407; EL ZEIDY, M. M. The Ugandan government triggers the first tests of the complementarity principle: an assessment of the first state's party referral to the ICC. *International criminal law review*, v. 5, 2005, p. 83 et seq., p. 110; y OLÁSOLO, H. The triggering procedure of the International Criminal Court. Procedural treatment of the principle of complementarity, and the role of office of the Prosecutor. *International criminal law review*, v. 5, 2005, p. 121 y s, p. 123.

91. Como HALL, K. C., *supra* n. 90, p. 418, ha señalado: "Paragraph 11 appears to address a voluntary deferral by the Prosecutor of an investigation based on article 18 para. 2 or a suspension of an investigation pursuant to paragraph 7 after an admissibility challenge".

01.01.1999) los que sean el objeto de los análisis de admisibilidad que tendrán lugar una vez que se inicia formalmente el proceso penal ante la Corte mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia.[92]

Por otro lado, si bien los art. 17 y 20(3) ER prevén la aplicación de los mismos criterios para realizar los análisis de admisibilidad de situaciones y de casos, la manera en que se apliquen estos criterios no puede ser la misma cuando el énfasis del análisis de admisibilidad se pone en la determinación nacional de las penas en relación con los delitos presuntamente cometidos en una determinada situación de crisis, que cuando dicho énfasis se concentra en la determinación nacional de las penas en un caso concreto. De hecho, si bien el estándar de revisión no tiene porqué ser necesariamente distinto,[93] el nivel de escrutinio de las actuaciones nacionales en el análisis de admisibilidad de casos será sustancialmente superior.

Este fenómeno se reconoce mediante el uso de la expresión *preliminar* en el encabezado del art. 18 ER. En opinión del autor, con el uso de esta expresión se viene a reconocer que, como el objeto del análisis de admisibilidad en el art. 18 ER es una situación de crisis, el escrutinio de la determinación de las penas impuestas a nivel nacional en relación con los delitos cometidos en dicha situación no puede ser tan detallado como cuando el análisis de admisibilidad se centra en un *caso* concreto. En otras palabras, hipotéticamente, el escrutinio de la pena(s) impuesta(s) por los tribunales croatas en relación con los delitos presuntamente cometidos por Darío Kordic en el marco del ataque bosnio-croata contra las aldeas bosnio-musulmanas del valle del río Lasva (Bosnia Central) entre el 16 y el de 20 de abril de 1993 no puede ser el mismo cuando:

(i) El objeto del análisis de admisibilidad se extiende a todas las penas impuestas por los tribunales croatas con respecto a delitos presuntamente cometidos

92. OLÁSOLO, H., *supra* n.15, p. 112-113.

93. AGUIRRE, X. et al, *supra* n. 20, p. 16. Ninguna disposición del ER prevé el estándar de revisión aplicable al analizar la admisibilidad de una situación o de un caso. Por lo tanto, corresponderá a la Sala de Cuestiones Preliminares y a la Sala de Apelaciones determinar cuál es el estándar aplicable.

en la situación de conflicto armado existente en la antigua Yugoslavia entre 1991 y 1995; que cuando

(ii) El objeto del análisis de admisibilidad se extiende únicamente a la pena(s) impuesta(s) a Darío Kordic por los tribunales croatas por los delitos presuntamente cometidos durante el ataque bosnio-croata en el valle del río Lasva entre el 16 y el 20 de abril de 1993.[94]

En este sentido, es importante subrayar que un análisis de admisibilidad que pone el énfasis en la determinación nacional de las penas en relación con una determinada situación de crisis exigirá como mínimo la revisión de las penas impuestas a los últimos responsables de la comisión sistemática o generalizada en dicha situación de delitos previstos en el ER. Así, conforme a la reciente decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 10.02.2006, esto significaría fiscalizar las penas impuestas a los líderes del más alto nivel de cualquiera de los grupos involucrados en la situación bajo investigación que sean sospechosos de encontrarse entre los máximos responsables de la actividades criminales cometidas en dicha situación como consecuencia de su participación personal, así como la del grupo que dirige, en las mismas.[95]

Por su parte, a los efectos de llevar a cabo un análisis de admisibilidad centrado en la determinación nacional de las penas en relación con un determinado caso, la Corte deberá limitar su actuación a revisar la pena(s) impuesta(s) contra la persona afectada por los hechos que se le imputan en el proceso penal abierto contra el mismo ante la Corte.

94. El diferente objeto del análisis de admisibilidad de una situación y del análisis de admisibilidad de un caso, así como el diferente nivel de escrutinio de las actuaciones nacionales exigido por dichos análisis, impide que las decisiones sobre la admisibilidad de una determinada situación produzcan eficacia de cosa juzgada en relación con la admisibilidad de cualquiera de los casos derivados de su investigación. Ver sobre esta cuestión, OLÁSOLO, H., *supra* n. 24, p. 44-45.

95. Ver el Anexo I (párrafo 63) a la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 24.02.2006 titulada *Decision concerning Pre Trial Chamber's I Decision of 10.02.2006 and the incorporation of documents into the record of the case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo*. Ver también, OLÁSOLO, H., The triggering procedure of the International Criminal Court. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 183.

7. Bibliografía

AGUIRRE, X.; CASSESE, A.; FIFE, R. E.; FRIMAN, H.; HALL, C. K.; HOLMES, J. T.; KLEFFNER, J.; OLÁSOLO, H.; RASHID, N. H.; ROBINSON, D.; WILMSHURST, E.; ZIMMERMANN, A. Informal experts paper: the principle of complementarity in practice. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/complementarity.pdf>, 2003, n. 26, p. 20.

ALCAIDE FERNANDEZ, J. La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de *ingeniería jurisdiccional*? In: CARRILLO SALCEDO, J. A. (Coord.). *La criminalización de la barbarie:* La Corte Penal Internacional. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

AMBOS, K. Superior responsibility. In: CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES; J. R. W. D. (Coord.). *The Rome Statute of the International Criminal Court*: a commentary. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ARBOUR, L.; BERGSMO, M. Conspicuous absence of jurisdictional overreach. In: VON HEBEL, H.; LAMMERS, J. G.; SCHUKKING, J. (Eds.). *Reflections on the International Criminal Court.* Essays in honour of Adriaan Bos. T. M. C. Asser Press, 1999.

BASSIOUNI, M. C. International crimes: *ius cogens* and *obligatio erga omnes*. *Law and contemporary problems*, 1996.

_____. Introduction to international criminal law. New York: Transnational Publishers, 2003.

BROOMHALL, B. The International Criminal Court: a checklist for national implementation. In: BASSIOUNI, M. C. (Coord.). *ICC ratification and national implementing legislation.* Nouvelles études pénales, v. 13 quarter. Érès, 1999.

CARNERO ROJO, E.; LAGOS POLAS, F. The Strugar case before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *Journal of international law of peace and armed conflict*, v. 2, 2005.

EL ZEIDY, M. M. The Ugandan government triggers the first tests of the complementarity principle: an assessment of the first state's party referral to the ICC. *International criminal law review*, v. 5, 2005.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional. In: GARCÍA ARÁN, M.; LÓPEZ GARRIDO, D. (Coord.). *Crimen internacional y jurisdicción universal* (el Caso Pinochet). Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ESER, A. Mental element-mistake of fact and mistake of law. In: CASSESE, A.; GAETA P.; JONES, J. R. W. D. (Coord.). *The Rome Statute of the International Criminal Court:* a commentary. Oxford: Oxford University Press, 2002.

FENRICK, W. J. Article 28. Responsiblity of commanders and other superiors. In: TRIFFTERER, O. (Coord.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court.* Baden-Baden: Nomos, 1999.

FIFE, R. E. Article 80. Non-prejudice to national application of penalties and national laws. In: TRIFFTERER, O. (Coord.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court.* Baden-Baden: Nomos, 1999.

FISSE, B. Howard's criminal law. 5. ed. Sydney: Law Book Company, 1990.

FLETCHER, G. P. *Rethinking criminal law.* Oxford: Oxford University Press, 2000.

HALL, C. K. Article 19. Challenges to the jurisdiction of the Court or the admissibility of a case. In: TRIFFTERER, O. (Coord.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court.* Baden-Baden: Nomos, 1999.

HENRAD, K. The viability of National Amnesties in view of the increasing recognition of individual criminal responsibility at international law. *DCL Journal of international law*, v. 9. Michigan State University, 1999.

HOLMES, J. T. The principle of complementarity. In: LEE, R. S. (Coord.). *The International Criminal Court.* The making of the Rome Statute. Kluwer Law International, 1999.

JIMÉNEZ GARCÍA, F. Hacia una jurisdicción internacional obligatoria en el siglo XXI: El Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado en Roma el 17.07.1998. *Studia Carande*. Revista de ciencias sociales y jurídicas, n. 3, 1999.

JONES, J. R. W. D. The practice of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia y Rwanda. 2. ed. Irvington-on-Hudson (Nueva York): Transnational Publishers, 2000.

LIROLA DELGADO, I.; MARTÍN MARTÍNEZ, M. *La Corte Penal Internacional*. Justicia versus impunidad. Barcelona: Ariel, 2001.

LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de derecho penal*. Parte general. Madrid: Universitas S. A., 1999.

MORRIS, M. High crimes and misconceptions: The ICC and non-party States. *Law and contemporary problems*, 2000.

MORRIS, V.; SCHARF, M. P. *The International Criminal Tribunal for Rwanda*. Irvington-on-Hudson (Nueva York): Transnational Publishers, 1998.

_____; _____. *An insider's guide to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*: a documentary history and analysis. Irvington-on-Hudson (Nueva York): Transnational Publishers, 1995.

MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal*. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

OLÁSOLO, H. *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. *The triggering procedure of the International Criminal Court*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

_____. The triggering procedure of the International Criminal Court. Procedural treatment of the principle of complementarity, and the role of office of the Prosecutor. *International criminal law review*, v. 5, 2005.

_____. *Corte Penal Internacional:* ¿Dónde Investigar? Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Revista española de derecho militar*, n. 86. Escuela militar de estudios jurídicos, abr. 2005.

_____; PEREZ CEPEDA, A. The notion of control of the crime in the jurisprudence of the ICTY: the Stakic case. *International criminal law review*, v. 4. Brill Academic Publishers, 2004.

PIGNATELLY Y MECA, F. *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español.* Madrid: Ministerio de Defensa, 2002.

PIRAGOFF, D. K. Article 30. Mental element. In: TRIFFTERER, O. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court.* Baden-Baden: Nomos, 1999.

QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de derecho penal.* Parte general, 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2002.

RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional.* Jornadas sobre Fuerzas Armadas y Derechos Humanos, Sevilla, 1999.

_____. Los principios generales del derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Revista española de derecho militar*, n. 75. Escuela militar de estudios jurídicos, enero-junio 2000.

SCHABAS, W. A. *An introduction to the International Criminal Court.* Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SIMOSNS, K. W. *Rethinking mental states.* Boston: Boston University Law Review, may 1992.

SNYMAN, C. R. *Criminal law.* 3. ed. Durban: Butterworths Publishers, 1995.

THOMPSON, B. *The criminal law of Sierra Leone.* University Press of America, 1999.

VON HEBEL, H.; ROBINSON, D. Crimes within the Jurisdiction of the Court. In: LEE, R. S. (Ed.). *The International Criminal Court.* The making of the Rome Statute, Kluwer Law International, 1999.

WILLIAMS, S. A. Article 17. Issues of admissibility. In: TRIFFTERER, O. (Coord.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court.* Baden-Baden: Nomos, 1999.

ZIMMERMANN, A. Article 5. Crimes within the jurisdiction of the Court. In: TRIFFTERER, O. (Coord.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court.* Baden-Baden: Nomos, 1999.

2. Processo Penal

Lei 11.464/2007 no tempo: sua (ir)retroatividade

Amilton Bueno de Carvalho
Desembargador do TJRS.

Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro Machado
Bacharel em Direito – PUC-RS.

Sumário: 1. O tema – 2. O garantismo como pressuposto teórico – 3. O princípio da legalidade e a execução da pena – 4. Pequeno histórico: a vedação da progressão de regime aos autores de crimes ditos hediondos à Lei 11.464/2007 – 5. Enfrentando o tema: a irretroatividade da Lei 11.464/2007 ao estabelecer prazos diversos para progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos – 6. Ao concluir – 7. Bibliografia.

Resumo: A Lei 11.464/2007 veio a estabelecer prazos diversos – mais amplos – para progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. A defesa da retroatividade da referida alteração pelos "saudosistas do regime integral fechado", desde uma perspectiva garantista e democrática, encontra óbice no princípio da legalidade.

Abstract: Act 11.464/2007 came to establish several terms – in broader angles – for the regime progression of those convicted of hideous crimes. The retroactivity defense of the referred alteration by the "integral closed regime of

the eulogizers of the past", from a guarantied to a democratic perspective, comes across obstacles in the principle of legality.

Palavras-chave: Execução penal – Progressão de regime carcerário – Delitos hediondos – Princípio da legalidade – Garantismo.

Keywords: Criminal execution – Imprisonment regime progression – Hideous crimes – Principle of Legality – Guarantism.

Área do Direito: Processo penal; Constitucional

1. O tema

O presente artigo busca discutir a Lei 11.464/2007, que modificou a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos): baniu a vedação da progressão de regime carcerário aos condenados pela prática de crimes hediondos e estabeleceu, como requisito objetivo, à concessão do benefício, o cumprimento de dois quintos da pena ao condenado primário e de três quintos aos reincidentes.

O tema é nebuloso principalmente porque o novo sempre causa algum "espanto" – diversos posicionamentos tomaram contorno desde a publicação da referida lei – e, a par das ponderações já feitas em sede judicial,[1] a análise aqui feita procura ampliar o debate, instigados que fomos por Salo de Carvalho.

1. Amilton Bueno de Carvalho – se disse – é magistrado e, em recente precedente, pontuou a matéria. Eis o julgado, que restou assim ementado (Ag em Execução Penal 70019189042, 5ª Câm. Crim., TJRS, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 16.05.2007):

"Agravo em execução penal. Progressão de regime. Crime hediondo. Possibilidade. Requisito temporal. Lei 11.464/2007. Garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

– As normas que disciplinam a progressão carcerária possuem um nítido caráter de direito material ao estarem intimamente ligadas à liberdade do cidadão-condenado.

– A Lei 11.464/2007, ao impor requisitos mais gravosos à progressão de regime – 2/5, se primário, e 3/5, se reincidente –, não pode retroagir – encontra óbice na legalidade –, somente tendo aplicabilidade a fatos praticados após sua vigência.

– Em se tratando de crimes hediondos, a discussão quanto a possibilidade ou não da progressão de regime restou suplantada com a recente alteração promovida pela Lei 11.464/2007.

À unanimidade, negaram provimento ao recurso ministerial."

2. O garantismo como pressuposto teórico

À abordagem que se desenvolverá não se pode prescindir de algumas considerações iniciais, tudo a clarificar o pano de fundo que marca as ponderações aqui feitas: a análise tem como pressuposto o comprometimento com um Direito Penal que se pretende democrático e humanista.

O Direito Penal possui, nas palavras de Ferrajoli, dupla função preventiva: "la prevención general de los delitos y la prenvención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas. Una refleja el interés de la mayoría no desviada; la outra, el interés del reo y de todo aquel del que se sospecha y es acusado".[2]

Assim é que o Direito Penal, enquanto monopólio do exercício da força pelo Estado, ambiciona se sustentar racionalmente na medida em que reduza a violência na sociedade, seja decorrente da vingança privada, seja do próprio exercício do poder estatal. A lei penal, nesta perspectiva, assume especial papel na busca da minimização da violência.

Então, a lei penal é a lei do mais fraco ("ley del más débil", ensina Ferrajoli), a proteção do frágil contra o mais forte: "del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con el".[3] Em suma, a lei penal assim encarada legitima, vez mais com Ferrajoli, o direito penal enquanto instrumento da tutela dos direitos e garantias fundamentais.[4]

2. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2001, p. 334.
3. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 335.
4. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 335.

Enfim, "a lei é limite ao poder desmesurado – leia-se, limite à dominação. Então, a lei – eticamente considerada – é proteção ao débil. Sempre e sempre, é a lei do mais fraco: aquele que sofre a dominação".[5]

Desta forma, o Direito Penal não mais pode ser simplesmente encarado como espaço do exercício (que tende sempre e sempre ao abuso) do poder punitivo do Estado. Ao revés, o Direito Penal – e o Processo Penal, instrumento deste –, comprometido com os direitos e garantias fundamentais, visa o máximo bem-estar possível dos "não-desviados" e o mínimo mal-estar necessário dos "desviados", numa perspectiva da máxima tutela dos direitos de uns e outros, da limitação das arbitrariedades e da minimização da violência na sociedade.[6]

Assim sendo, ao se conceber o Direito Penal nesta perspectiva, o compromisso de quem atua nesta área é com a máxima efetivação deste papel: a defesa intransigente dos direitos e garantias fundamentais presentes na Lei Maior, sempre na perspectiva da defesa do mais débil. A Constituição da República de 1988 definitivamente impõe um atuar nesta direção, ao elencar os direitos e garantias fundamentais e, inegavelmente, instaurar um Direito Penal democrático, garantista e humanista.

Neste contexto, insere-se a execução da pena privativa de liberdade. Desde uma perspectiva garantista, a pena é um mal em si mesmo – "(...) la pena, por su caráter aflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal"[7] – e somente se justifica "si (y sólo si) se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales y si (y sólo si) el condenado obtiene de ella el bién de que le sustrae a castigos informales imprevisibles, incontrolados y desproporcionado".[8]

5. CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: CARVALHO, Amilton Bueno e CARVALHO, Salo de. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15.
6. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 336.
7. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 337.
8. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 337.

Mal este que, na realidade brasileira, revela-se ainda indizivelmente maior, chegando, na maioria das vezes, a se tornar suplício gótico ao condenado. A desumana situação dos estabelecimentos prisionais é espetacular: pessoas vivem amontoadas, em espaços ínfimos, sem as mínimas condições de salubridade e de dignidade.[9]

Em sendo assim, o compromisso com um direito penal democrático e garantista impõe a defesa intransigente dos direitos e garantias fundamentais do débil que, na execução da pena, é o apenado (o humano-condenado).

3. O princípio da legalidade e a execução da pena

O princípio da legalidade expresso no art. 5.º, II, da CF/88 ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"), consubstancia uma das mais caras conquistas da humanidade, garantia contra o arbítrio estatal. Princípio, este, que é decorrência lógica e fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

Na esfera penal, a legalidade ganhou contornos próprios por meio das garantias inscritas no art. 5.º, XXXIX ("não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal") e XL ("a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"), da Constituição da República. Na lição de Nilo Batista, o princípio da legalidade, "base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da 'previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado', que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do "sentimento de segurança jurídica" que postula Zaffaroni. Além de assegurar possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei".[10]

9. Por todos, ver o relatório da II Caravana Nacional de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados.

10. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 2002, p. 67.

A legalidade penal-constitucional, portanto, diz com a exigência de lei prévia estabelecendo a figura delitiva e cominando pena, bem como a sua irretroatividade, salvo na hipótese de se tratar de lei penal mais favorável ao cidadão.[11]

Assim, "a proibição de retroatividade das leis representa uma conquista irrenunciável do processo racionalizador dos sistemas jurídicos enquadrados nas matizes ideológicas do Estado de Direito e que encontrou acolhida no célebre postulado do iluminismo jurídico: *Nullum crimem nulla poena sine lege*, constituindo uma decorrência básica e específica do princípio da segurança jurídica no sentido de que suas normas estabeleçam sempre conseqüências jurídicas *ex ante* e não *ex post facto*".[12] Mais do que isso, a referida garantia é corolário do princípio da "proteção da confiança de todos em que os limites da liberdade estejam marcados de antemão de um modo vinculante e possam ser lidos em qualquer momento nas leis".[13]

Elucidativa, também, a lição de Juarez Cirino dos Santos, ao afirmar que o princípio da legalidade "é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravação de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou punição de condutas e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais (art. 5.º, XL, CF/88)".[14]

Nilo Batista e Zaffaroni afirmam que a garantia da legalidade tem duplo sentido: "a) impedir que alguém seja apenado por um fato que na época de seu cometimento não era delito nem era punível ou perseguível; b) proibir que seja aplicada a quem cometer delito pena mais pesada que a legalmente prevista na

11. O Código Penal consagra tas garantias em seus arts. 2.º e 3.º.

12. SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 2000, p. 154.

13. SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal, p. 155.

14. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2007, p. 20.

época de seu cometimento. Porquanto este – e não outro – é o objeto da proscrição da lei *ex post facto*, o princípio da irretroatividade da lei penal reconhece uma importante exceção: o efeito retroativo da lei penal mais benigna".[15]

Aliás, o reconhecimento explícito pelo sistema da retroatividade da Lei Penal mais benigna é exemplo maior da proteção ao débil: aquele que sofre a perseguição! Ou seja, para causar mal não retroage; para causar menos mal ou deixar de causá-lo, então retroage.

Estas, pois, as expressões da garantia da legalidade no direito penal. Em sede de execução da pena, ela não toma contornos diversos, mas vem reafirmada (agora o débil é ainda mais débil – responde sanção carcerária: um mal em si).

Ora, a execução da pena é ápice mais doloroso e irracional da intervenção punitiva estatal e a sua jurisdicionalização implica tê-la como efetivo processo, permeado por todos os princípios que regem o processo penal democrático e garantista.[16] A tônica, portanto, é a do processo de execução como tutela dos

15. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 213.

16. Neste sentido:

"Execução penal. Jurisdicionalização. Nulidade do PAD: Realização de audiência de oitiva do apenado no mesmo dia da cientificação da imputação – Agressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

– A jurisdicionalização da execução da pena impõe uma nova postura diante do processo de execução penal, postura esta consentânea com os direitos e garantias fundamentais. Busca-se afastar o caráter 'administrativizado' da execução da pena, para se ter em foco um verdadeiro processo de execução, fulcrado nos princípios que regem um processo penal democrático e humanista.

– A ampla defesa impõe que se dê ciência ao acusado acerca da imputação em um prazo razoável entre esta notificação e a oitiva do mesmo perante a autoridade administrativa, pena de retorno ao medievo, em que a prática inquisitorial levava o acusado a julgamento sem que o mesmo tivesse conhecimento da acusação contra si pendente e sem prévio contato com seu defensor.

À unanimidade, deram provimento ao recurso."

(Agravo em execução 70015295314, 5ª Câm. Crim., TJRS, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 05.07.2006)

"*Habeas corpus*. Direito penitenciário. Nulidade em processo de execução criminal. *Sursis*. Revogação do benefício sem oitiva da defesa. Agressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

direitos e garantias fundamentais, como tutela do mais débil – ou seja, o apenado –, uma vez que "é na execução penal em que se verifica, ordinariamente, o maior déficit de proteção jurídica (menor grau de garantismo), tal é a relativização ou inexistência mesma das garantias (contraditório, defesa técnica por advogado etc.) que o informam. E onde há maior vulnerabilidade, maiores devem ser os níveis de tutela legal (maior grau de garantismo), conforme o princípio da proporcionalidade".[17]

Nesta esteira, afirma Juarez Cirino, ao abordar a proibição de retroatividade de lei penal, que tal vedação incide sobre a *norma de conduta* e sobre *a sanção penal*, de forma que "no âmbito da *sanção penal* abrange as penas (e as medidas de segurança), os efeitos da condenação, as condições objetivas de punibilidade, as causas de extinção da punibilidade (especialmente, os prazos processuais), os regimes de execução (incluindo os critérios de progressão e de regressão de regimes) e todas as hipóteses de excarceração".[18]

– A jurisdicionalização do processo de execução criminal imposta pela garantia dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, assegurados no art. 5.º, LV, da CF e consagrada, também, na própria LEP (art. 2.º), roga pela adoção de procedimentos que garantam a realização do Sistema Processual Acusatório.

– Entregar ao 'Leviatã' o direito de punir representa evolução da sociedade moderna, porém impõe limites processuais que visam impedir a transformação do poder constituído em catástrofe tirânica de forças incontroláveis!

– O magistrado, pelo dever de contribuir na construção de um Processo Penal, acusatório, democrático e garantista, deve se posicionar diante do conflito social como sujeito capaz de compreendê-lo, reconhecendo, para tanto, a existência de pluralidade de sujeitos processuais e interagindo dialeticamente com eles.

– Assim, imprescindível a manifestação da defesa em qualquer ato jurídico que importe em modificação da situação do apenado enquanto estiver sob a *manus* estatal, pena de nulidade da decisão.

– À unanimidade, concederam a ordem."

(*Habeas corpus* 70005269337, 5ª Câm. Crim., TJRS, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 27.11.2002)

17. QUEIROS, Paulo e VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. Disponível em: www.ibccrim.com.br, maio 2007.

18. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, p. 21.

Não é outra a lição de Nilo Batista, para quem "a abrangência do princípio inclui a pena *cominada* pelo legislador, a pena *aplicada* pelo juiz e a pena *executada* pela administração, vedando-se que critérios de aplicação ou regimes de execução mais severos possam retroagir".[19]

O próprio STF já consagrou a aplicação do referido princípio em sede de execução penal:

"A cláusula constitucional inscrita no art. 5.º, XL, da Carta Política – que consagra o princípio da irretroatividade da *lex gravior* – incide, no âmbito de sua aplicabilidade, unicamente, sobre as normas de direito penal material, que, no plano da tipificação, ou no da definição das penas aplicáveis, ou no da disciplinação do seu modo de execução, ou, ainda, no do reconhecimento das causas extintivas da punibilidade, agravem a situação jurídico-penal do indiciado, do réu ou do condenado."

(EDcl em AgRg no AgIn 177.313, rel. Min. Celso de Mello, j. 18.06.1996, *DJ* de 13.09.1996)

"Crimes hediondos. Reincidência específica impeditiva do livramento condicional. Inciso V inserido no art. 83 do Código Penal pelo art. 5.º da Lei 8.072/90. Irretroatividade da lei penal mais gravosa. Art. 5.º, XL da CF/88. Não-incidência do dispositivo quando o primeiro crime foi cometido antes do advento da Lei 8.072/90, em face do princípio constitucional em referência."

(RE 304.385, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.10.2001, *DJ* de 22.02.2002)

4. Pequeno histórico: a vedação da progressão de regime aos autores de crimes ditos hediondos à Lei 11.464/2007

A Lei 7.210/84 regulou o sistema progressivo da execução da pena no Brasil, do regime carcerário fechado ao aberto, passando, necessariamente, pelo semi-aberto. O discurso da Lei de Execução Penal (LEP) visa reintegrar o condenado

19. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 68.

à sociedade de forma gradual, com a mudança escalonada de regime mais severo a regime de maior liberdade.[20]

No ano de 1990 foi editada a Lei 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos) que, em seu art. 2.º, § 1.º, vedava a progressão do regime carcerário a condenados pela prática de crimes hediondos ao estabelecer que a pena deveria ser "cumprida integralmente em regime fechado".

Com isso, as disposições da LEP, quanto à progressividade da pena, não se aplicavam aos condenados por crimes hediondos. Todavia, diversas foram as vozes que se opuseram à vedação legal, sustentado sua inconstitucionalidade por agressão ao mandamento constitucional da individualização da pena (art. 5.º, XLVI da CF/88).

Em 1997 foi editada a Lei 9.455 que disciplinou os crimes de tortura e estabeleceu, em seu art. 1.º, § 7.º, que os condenados pela prática de tais delitos cumpririam a pena em regime *inicial* fechado. Assim, para parte da doutrina e da jurisprudência, como a Lei dos Crimes Hediondos havia estabelecido o cumprimento da pena em regime integral fechado inclusive para o delito de tortura (art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90), a nova legislação, ao fixar o regime *inicial fechado* para cumprimento da pena, teria revogado a disposição da Lei dos Crimes Hediondos.[21]

A Suprema Corte, entretanto, não corroborou tal entendimento, tendo, inclusive, editado uma Súmula no sentido de que a possibilidade da progressão de regime dos crimes de tortura não se estende aos demais crimes hediondos (Súmula 698 do STF).

A questão tomou contornos diversos com a (recente) decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 82.959-7/SP (rel. Min. Marco Aurélio Mello,

20. Remete-se o leitor a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

21. Neste sentido: "Progressão de regime prisional. Alcance da Lei 9.455/97 aos fatos praticados antes de sua vigência, mesmo que com sentença trânsita em julgado. Revogação do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, pelo art. 1.º da Lei n.º 9.455/97 e interpretação do parágrafo único do art. 2.º do CP" (Agravo em Execução Penal 698.217.536, 5ª Câm. Crim., TJRS, rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura).

j. 23.02.2006), que, em seu plenário, declarou inconstitucional a disposição da Lei dos Crimes Hediondos que vedava a progressão de regime carcerário:

"Pena – Regime de cumprimento – Progressão – Razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

Pena – Crimes hediondos – Regime de cumprimento – Progressão – Óbice – Art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90 – Inconstitucionalidade – Evolução jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena – art. 5.º, XLVI da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90."

Como se vê da ementa colacionada, a Corte Suprema declarou inconstitucional o art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90, entendendo que tal dispositivo viola o princípio constitucional da individualização da pena.

No particular, nova polêmica foi gerada, porquanto a declaração de inconstitucionalidade se deu nos autos de um *habeas corpus*, ou seja, no bojo do controle difuso de constitucionalidade, de modo que o dispositivo legal continuaria válido até a comunicação do Senado Federal, nos termos do art. 52, X da CF/88, a quem compete "suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Tal discussão, todavia, não se justifica na medida em que o próprio STF conferiu inegável efeito *erga omnes* à decisão proferida no julgado, apenas ressalvando as penas já extintas.[22] O STF, em realidade, moldou os efeitos da declaração

22. Eis o extrato do julgado, extraído do site do STF: "Decisão: o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os senhores Min. Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Min. Nelson

de inconstitucionalidade, fazendo apenas uma restrição – penas já extintas –, tudo em consonância com os ditames da Lei 9.868/99.[23]

Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o presidente. Plenário, 23.02.2006."

Na direção ora defendida colaciona-se o seguinte precedente:

"Agravo em execução. Progressão de regime. declaração incidental de inconstitucionalidade, pelo STF, da vedação de progressão de regime aos delitos hediondos. Aplicação ao caso concreto.

– A declaração de inconstitucionalidade, que se deu *incidenter tantum* no julgamento do HC 82.959, pelo Supremo Tribunal Federal, tem aplicabilidade indistinta a todas as situações semelhantes.

– A necessidade de manifestação do Senado, para que tenha eficácia geral a decisão do STF, não passa de resquício histórico, que não mais se sustenta a partir do controle abstrato de normas. A resolução do Senado teria a função, apenas, de retirar a vigência da norma, porque a validade já restou afastada pela decisão do Órgão Supremo do Poder Judiciário (lições de Luiz Flávio Gomes, Luís Roberto Barroso e Gilmar Ferreira Mendes).

– Se 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (art. 102, *caput*, da CF), 'não parece razoável admitir que, declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo STF, o Senado venha a entender que aquela decisão só tenha validade para as partes litigantes (do caso *sub judice* analisado pelo STF)' (lição de Lenio Luiz Streck).

– Se a decisão proferida tivesse apenas efeitos inter partes, não precisava o STF, no HC 82.959, fazer referência às penas extintas, tampouco ao fato de que cabe ao magistrado apreciar, caso a caso, os demais requisitos para progressão de regime, posto que afastado o óbice do regime integral fechado.

– A extensão dos efeitos da decisão da Corte Suprema aos demais condenados por delito hediondo atende a postulado de justiça: isonomia, com a pacificação prisional onde se sabe que presos condenados por crimes ditos hediondos convivem uns em regime integral e outros em inicial fechado.

À unanimidade, negaram provimento."

(Agravo em Execução Penal 70014441281, 5ª Câm. Crim., TJRS, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 19.04.2006)

23. Lei que regula ADIn e ADC perante o STF, a qual autoriza a Corte moldar os efeitos da declaração de (in) constitucionalidade. Aqui um registro merece ser realizado: não se desconhece a discussão que se trava no STF nos autos da Reclamação 4.335, rel. Min. Gilmar Mendes, acerca dos efeitos da decisão prolatada no HC 82.959-7/SP. Todavia, o voto do Sr. Min. relator, acompanhado pelo Min. Eros Grau, foi no sentido da procedência do pedido para definir a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade, restando pendente resultado final do julgamento. A doutrina, todavia, clama por coerência da Suprema Corte, postulando pela extensão dos efeitos do julgamento do STF – leia-se: GOMES, Luiz Flávio. Lei 11.464/07: Liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos. Disponível em: http://www.lfg.blog.br.03 abril. 2007; e SILVA, Ivan Luís Marques da. A problemática

Finalmente, sobreveio a Lei 11.464/2007, que alterou o art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos para permitir a progressão de regime, bem como estabelecendo prazos diversos para tanto. Assim, transformou os antigos §§ 2.º e 3.º em §§ 3.º e 4.º, respectivamente, e deu nova redação aos §§ 1.º e 2.º: "§ 1.º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado" e "§ 2.º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente".

Este, pois, o contexto. Agora, a questão polêmica diz com a aplicação dos novos prazos estabelecidos: se desde logo a fatos pretéritos; se somente a fatos praticados após a vigência da Lei; ou, ainda, se tão-somente a fatos praticados até a decisão do STF de declaração de inconstitucionalidade.

5. Enfrentando o tema: a irretroatividade da Lei 11.464/2007 ao estabelecer prazos diversos para progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos

A impossibilidade da retroação da Lei 11.464/07 que estabelece prazos diversos para progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos tem o seguinte pressuposto: é norma de direito material, com a conseqüente incidência da garantia constitucional específica (art. 5.º, XL, da CF/88: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu").

A progressão do regime carcerário diz diretamente com o *status libertatis* do humano-condenado, ao regular seu gradual retorno ao convívio social. Assim é que as normas que a disciplinam, por tais características, possuem nítido caráter de direito material: estão intimamente ligadas à liberdade.

criminal do julgamento da reclamação 4.335 pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.ibccrim.com.br, maio de 2007.

A lição do Min. Marco Aurélio, ao analisar a retroatividade dos institutos da Lei 9.099/95, é definitiva:[24]

"(...)

A retroatividade da lei penal consubstancia garantia insculpida no artigo 5.º da Carta Política da República. Segundo o disposto no inciso XL, a lei penal não retroagirá salvo para beneficiar o réu. Por isso mesmo, analisando a aplicação, no tempo, da Lei 9.099, de 26.09.1995, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luis Flávio Gomes, na monografia *Juizados Especiais Criminais* – Editora Revista dos Tribunais – tiveram oportunidade de consignar que 'todos os novos institutos de caráter penal devem ser aplicados imediatamente após a vigência da lei'. Aludiram ao princípio do *favor rei, ressaltando que 'toda norma despenalizadora, em última análise, nada mais é que o desdobramento legislativo do direito fundamental da liberdade individual'. Na espécie, não cabe distinguir com base na dicotomia 'normas materiais e processuais'. Estas últimas, no que repercutem na liberdade do acusado, ganham contornos penais, devendo, assim, merecer a aplicação retroativa consagrada constitucionalmente.*" (grifei)

Portanto, todas as regras que dizem diretamente com a liberdade têm esta conotação: estão sob o manto da garantia constitucional da irretroatividade de lei penal mais gravosa e da retroatividade da lei penal mais favorável ao cidadão.

Assim, a ela não se aplica a teoria do *tempus regit actum* consagrada no art. 2.º, do CPP: não se cuida de norma de caráter processual!

Neste aspecto, a Lei 11.464/2007, repete-se, tem um nítido caráter de direito material, porquanto veio a modificar a sistemática (o tempo e o alcance) da progressão da pena a condenados pela prática de delitos hediondos.

No particular, Juarez Cirino afirma que as "leis de execução penal são leis penais em sentido estrito, porque a *execução da pena*, como objetivo concreto da *cominação* e da *aplicação* da pena, é o centro nuclear do *princípio da legalidade* e seus incondicionais derivados constitucionais, como a aplicação retroativa da *lei penal*

24. HC 73.837-1/GO, 2ª T., STF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 11.06.1996.

mais favorável aos fatos anteriores '*ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*' (art. 2.º, parágrafo único, CP)".[25]

Definitiva é a lição de Nilo Batista e Zaffaroni: "se a execução penal se traduz em uma limitação de direitos, ela não pode ficar fora da legalidade, por ser a própria punição ou sua manifestação mais importante".[26] Prosseguem, afirmando ser "hoje inadmissível a concepção da execução penal como 'especial relação de poder' que se exercia desreguladamente, ao sabor e orientação de objetivos e finalidades conjunturais. O *nulla poena sine lege* abarca a lei penal dessa natureza, que admita mais antecipadamente a excarceração, seja mais benigna que uma outra que a retarde e, por conseguinte, dê lugar a um exercício de poder punitivo de menor entidade, que forma parte da cominação que deve ser anterior ao cometimento do delito e que era a única que podia conhecer o agente naquele momento, que é a essência histórica da legalidade, circunstância que impõe sua aplicação retroativa".[27]

Não se pode olvidar, contudo, o caráter processual ao estabelecer *prazos*. Todavia, o que se destaca é seu caráter essencialmente material ao disciplinar um direito aplicável ao condenado que tem conexão direta com seu direito à liberdade.

Trata-se de norma com caráter misto, ou "norma processual penal material", na lição de Nucci, em que "podem existir reflexos incontestes no campo do Direito Penal".[28] Continua o autor, ao analisar o art. 2.º, do CPP, asseverando que "a aplicação imediata da norma processual penal, ainda que mais rigorosa, é a regra, desde

25. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, p. 54.

26. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, p. 221.

27. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, p. 221.

28. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: RT, 2006, p. 71.

que não envolva questão de direito material ou o *status libertatis* do indivíduo".[29] No mesmo sentido professam Tourinho Filho[30] e Cézar Bitencourt.[31]

Andrei Schmidt é, também, incisivo, "se a alteração legislativa prejudica direitos fundamentais do apenado, parece bastante razoável entendermos que a lei de execução penal aplicável é aquela em vigor durante a prática da ação ou da omissão delituosa. Ao contrário, se a mudança amplia a liberdade do apenado, possui ela aplicação retroativa, mas não em virtude de ser uma norma processual, e sim por tratar-se de uma *lex mitior*".[32]

Na mesma direção vão Alberto Silva Franco e Rui Stoco: "toda norma processual idônea a lesar direitos do acusado ou do recluso possui caráter substantivo e não pode ter aplicação em relação a situações processuais anteriores à sua vigência. O princípio da proibição da retroatividade da lei penal – que, servindo de garantia política contra a arbitrariedade legislativa, judicial ou penitenciária na função punitiva, tutela, portanto, a liberdade e os direitos fundamentais do cidadão – aplica-se a todo o direito repressivo".[33]

Não obstante tais ponderações, há vozes que pregam a irretroatividade da lei penal prejudicial, independentemente de seu caráter de lei penal ou processual penal.[34] Não haveria sentido em tal distinção, "uma vez que ambas cumprem a

29. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*, p. 72.

30. "Às vezes, numa determinada norma podem coexistir 'prevalentes caracteres de direito material'. Quando isso ocorre, aplicam-se os princípios atinentes à temporalidade das normas processuais" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22).

31. "Em qualquer caso em que uma lei dita processual, posterior à prática do crime, determine a diminuição de garantias ou de direitos fundamentais ou implique qualquer forma de restrição da liberdade, não terá vigência o princípio *tempus regit actum*, aplicando-se, nessas hipóteses, a legislação vigente na época do crime" (BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113).

32. SCHMIDT. Andrei Zenkner. A crise da legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 58.

33. FRANCO, Alberto; STOCO, Rui, *et al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2001, p. 81.

34. O entendimento ora levantado é, efetivamente, o que se mais se coaduna com o modelo garantista. Todavia, encerra um grande problema. É que ao se advogar a retroatividade de toda

mesma função político-criminal, de garantia do mais débil (o acusado) frente ao mais forte (o Estado), além do que o Direito é uno, não podendo, por isso, ser garantista num momento (penal) e antigarantista noutro (processual). Dito de outro modo: no que toca ao tema da retroatividade da lei, o que importa, numa perspectiva garantista, não é a natureza jurídica da norma – se penal, se processual penal –, mas o grau de garantismo que encerra".[35]

Para além disso, desde nosso olhar, a garantia constitucional não permitiria interpretação diversa. A Constituição, ao prever que "a *lei penal* não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", não faz qualquer ressalva/restrição/diferenciação entre lei penal material ou processual. Logo, impossível mirar o texto maior com restrição que ele não propõe. Assim, extrai-se da garantia constitucional a vedação da retroação da lei penal mais gravosa, independentemente da sua natureza.

Tal entendimento encontra eco na lição de autores antes referidos com base em dois argumentos:[36] (a) "Toda coerção processual penal é punitiva e a negação dessa sua natureza constitui uma perigosa confusão entre os planos normativo e fático, com o penoso efeito de ocultar a realidade e permitir a violação ilimitada do princípio de presunção da inocência"; e, (b) um fundamento "exegético e histórico", ao se referir às Constituições anteriores (com exceção das Cartas de 1937 e 1967), pois "todos os textos constitucionais brasileiros se valeram de uma fórmula sintética que mencionava a *forma* processual prevista em lei anterior", de modo que "esse dado histórico auxilia o intérprete a não descartar, desde logo,

norma processual mais favorável, faz-se imperioso o estabelecimento de marco à sua aplicação, sob pena de conduzir a problema insolúvel: sempre que sobrevenha alteração que seja mais favorável, todos os processos, inclusive os já com trânsito em julgado, ensejariam revisão criminal e, com isso, possibilidade de sua anulação. Paulo Queiroz e Antonio Vieira sustentam que tal marco poderia ser "o encerramento da instrução, ou mesmo, para ser mais garantista, o trânsito em julgado da sentença penal" (QUEIROZ, Paulo e VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. Disponível em www.ibccrim.com.br, maio 2007). O debate está posto; ressalte-se, apenas, que "a democracia tem custos" e, talvez, este seja um deles.

35. QUEIROZ, Paulo e VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. Disponível em www.ibccrim.com.br, maio 2007.

36. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, p. 219.

a proposta de que a expressão 'lei penal' (art. 5.º, XL da CF/88) possa abranger também a lei processual penal".

A despeito de tudo o que se disse, resta sedimentado o caráter essencialmente de direito material das normas que regem a execução da pena, bem como a submissão delas ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Com isto, passa-se a analisar a retroatividade ou não da Lei 11.464/2007.

No que atine à possibilidade da progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos, a retroatividade de nova legislação é notória. Em realidade, tal modificação veio apenas a corroborar a já firmada inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime pelo plenário da Suprema Corte, suplantando toda e qualquer discussão acerca da possibilidade de progredir ou não de regime.

O ponto nevrálgico, de fato, diz com a aplicação dos novos prazos estabelecidos pela lei. Neste aspecto, presente a irretroatividade.

De logo, rejeita-se, porque carecedor de sustentação lógico-jurídica, o entendimento no sentido de que a referida lei, quanto aos prazos, retroage até a decisão do STF. Ora, se o STF, nos autos do HC 82.959-7/SP, declarou inconstitucional o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que vedava a progressão de regime, é porque tal comando normativo é inconstitucional desde sua origem.[37]

Desta forma, não se sustenta o citado entendimento porquanto impossível a diferenciação proposta: ou o dispositivo legal é constitucional na medida em que a decisão do STF não tem efeitos *erga omnes*, e a Lei 11.464/2007 retroage; ou o dispositivo é inconstitucional desde sempre, com o que a Lei 11.464/2007 não pode retroagir, independentemente da data da decisão da Corte Suprema.

Restam, assim, dois entendimentos antagônicos: retroatividade ou não da Lei 11.464/2007.

Como se viu antes, chega-se ao presente panorama: com a decisão do STF, a vedação da progressão de regime foi extirpada do sistema; logo, o condenado

37. Como já afirmado, o STF moldou os efeitos da sua declaração de inconstitucionalidade, apenas não abarcando as penas já extintas.

pela prática de delito hediondo deve(ria) cumprir 1/6 da pena e ostentar bom comportamento carcerário (art. 112, da LEP); agora, com a Lei 11.464/2007, o condenado pela prática de tais delitos deve, além de ostentar bom comportamento carcerário, cumprir 2/5 da pena, se primário, e 3/5, se reincidente.

Constata-se que a alteração promovida pela Lei 11.464/2007 acabou por enrijecer o requisito objetivo (temporal) para progressão do regime carcerário. Do cumprimento de 1/6 da pena, passou-se a exigir 2/5 ou 3/5, conforme o caso, de modo que a alteração tornou mais gravosa a situação do condenado nesta hipótese.

Inarredável, portanto, a garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa na medida em que efetivamente mais amplos os requisitos objetivos exigidos à progressão do regime carcerário. Logo, a Lei 11.464/2007 não pode retroagir para atingir fatos praticados antes da sua vigência (29.03.2007), ou seja, somente aos delitos hediondos praticados após a vigência da alteração promovida são exigíveis os novos prazos.

Assim, porque vedada pelo princípio constitucional da legalidade, não pode a lei retroagir no específico. Em suma, "sendo mais benéfica a regra do regime de cumprimento da pena inicial, intermediário ou final, existente no momento da prática do crime, é esta que tem aplicação. Tal conclusão advém do fundamento limitador do *ius puniendi* do Estado, preconizado pelo princípio da legalidade o qual, por sua vez, veda a retroatividade de leis mais danosas aos indivíduos e também da garantia da individualização da sanção criminal".[38]

Para além do que se disse, a retroação implica agressão à legalidade (vedação da retroatividade), sendo que a tônica, no processo penal democrático e garantista, é a sua defesa intransigente quando favorável ao cidadão – "positividade de combate". A relativização da legalidade somente se admite na perspectiva de ampliação das liberdades, sempre na direção mais favorável ao débil.

38. GIACOMOLI, Nereu José. Processo de execução penal e a irretroatividade da Lei 11.464/07: requisitos temporais à progressão de regime nos "hediondos". *Revista da AJURIS*, ano 34, n. 106, p. 163, 2007.

Ademais, outros fundamentos, intimamente imbricados com o princípio da legalidade, estão a justificar a impossibilidade de retroação dos prazos estabelecidos pela nova lei.

Em um primeiro momento, a defesa da retroatividade da referida lei, salvo melhor juízo, está intimamente ligada à inconformidade com a possibilidade de progressão de regime nos delitos hediondos: os idólatras do antigo regime.

Estes, sempre e sempre, defenderam a constitucionalidade do regime integral fechado. Depois, com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, passaram a defender a exigência de prazos maiores para concessão da progressão do regime carcerário, havendo, inclusive, decisões judiciais que, a despeito de qualquer previsão legal, exigiam o cumprimento de lapsos mais rigorosos (ao invés de 1/6, exigiam 1/3 de cumprimento) e indeferiam pedidos de progressão com tal fundamento. Agora, os de sempre, querem que o novo lapso temporal mais gravoso tenha aplicabilidade a fatos pretéritos.

Isso deve ficar registrado para demonstrar que – seja para que lado for a mirada exegética – há sempre um momento anterior à interpretação: aquele que diz com a percepção que se tem do humano, o que se espera do poder, qual o sentido da humanidade.

Quer parecer que, neste momento de fúria persecutória apta a gerar incontida insatisfação com o afastamento da vedação da progressão de regime, parte dos operadores do direito passa defender o entendimento de que os novos prazos – repita-se, inegavelmente mais gravosos – devam retroagir para alcançar todos os condenados nesta situação. Trata-se, em realidade, de uma tentativa de, por vias reversas, dar sustentação aos anseios dos já "saudosistas do regime integral fechado".

Em um segundo momento, se a pena é "um mal em si mesmo", todas as possibilidades de mitigação do cárcere (redução dos danos que isto encerra) – democraticamente aceitáveis – devem ser buscadas pelo intérprete. Isso porque, não havendo ainda hoje alternativa à carceralização, o compromisso com um direito penal democrático e garantista implica buscar a redução das violências – e, aqui, a

violência estatal, representada pelas péssimas, precárias e desumanas situações da maioria de nossas casas prisionais –, de forma que a redução do tempo de privação da liberdade segue esta ótica.

Assim, a exigência de prazo menor para progressão de regime nos crimes hediondos – praticados antes da alteração legal –, além de respeitar a legalidade, insere-se nesta busca de minimização da violência, sempre na perspectiva do débil.

Finalmente, em um terceiro momento, se a liberdade "según sus definiciones clásicas, consiste en la certeza de las expectativas, en la inmunidad frente a intervenciones arbitrarias, en la facultad de poder hacer o pensar y, antes aún, de ser lo que se quiere sin temor a infringir la ley",[39] toda alteração legal que agrave a situação do cidadão e implique em restrição à liberdade não pode ter aplicabilidade imediata. É do próprio conceito de liberdade a possibilidade do agir sabendo que não se viola a lei, ou agir sabendo, mesmo querendo violá-la, quais as conseqüências de sua ação.

Neste sentido, a alteração da execução da pena no seu curso, em especial quando agravada a situação do cidadão, tem reflexos diretos no próprio direito à liberdade, em seu núcleo essencial, ao restringir os anseios de liberdade do condenado ao cárcere. Assim é que a incerteza da pena a ser cumprida[40] acaba por atentar contra a dignidade da pessoa do condenado, que passa a não vislumbrar alternativa e possibilidade de saída do sistema carcerário, acarretando, também, mais um fator de insatisfação no seio do (caótico) sistema penitenciário.

6. Ao concluir

Por tudo o que se disse é que se entende incabível a retroatividade da Lei 11.464/2007 no que atine aos novos prazos exigíveis à progressão de regime nos delitos hediondos. Certo é que há retroatividade da lei no pertinente à possibi-

39. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón*, p. 409.

40. Quanto a "determinação da pena na fase executiva e o princípio da certeza, recomenda-se a leitura de Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho e razón*, pp. 406 e ss.), ao analisar as funções "exemplar" e "disciplinária" da execução da pena, ambas incompatíveis com o modelo garantista.

lidade da progressão de regime carcerário (nova redação do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90), decorrência do princípio constitucional da legalidade.

Todavia, a lei "em sua parte prejudicial (*novatio legis in peius*) só alcançará os delitos ocorridos de 29.03.2007 em diante. Em outras palavras: o tempo diferenciado de cumprimento da pena para o efeito da progressão (2/5 ou 3/5) só tem incidência nos crimes praticados a partir daquela data".[41]

7. Bibliografia

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: CARVALHO, Amilton Bueno e CARVALHO, Salo de. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2001.

FRANCO, Alberto, STOCO, Rui, *et al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2001.

GIACOMOLI, Nereu José. Processo de execução penal e a irretroatividade da Lei 11.464/2007: Requisitos temporais à progressão de regime nos "hediondos". *Revista da AJURIS*, ano 34, n. 106, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Lei 11.464/2007: Liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos. Disponível em: http://www.lfg.blog.br.03, abril. 2007.

41. GOMES, Luiz Flávio. Lei 11.464/07: Liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos. Disponível em: http://www.lfg.blog.br.03 abril. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: RT, 2006.

QUEIROS, Paulo e VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. Disponível em www.ibccrim.com.br, maio 2007.

SANGUINÉ. Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2007.

SILVA, Ivan Luís Marques da. A problemática criminal do julgamento da reclamação 4.335 pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.ibccrim.com.br, maio de 2007.

SCHMIDT. Andrei Zenkner. A crise da legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

A argumentação jurídica como garantia constitucional no processo penal

Denis Sampaio
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.
Mestre em Ciências Penais pela UCAM,
Professor Colaborador do Mestrado
em Ciências Penais da UCAM,
Professor de Direito Processual Penal
da Escola Superior da Defensoria Pública.

"A verdade é como a luz ou como o silêncio, os quais compreendem todas as cores e todos os sons; mas a física tem demonstrado que a nossa vista não vê e os nossos ouvidos não ouvem mais que um breve seguimento da gama das cores e dos sons; estão aquém e além da nossa capacidade sensorial as infra e ultracores, como os infra e ultra-sons" – FRANCESCO CARNELUTTI.

Sumário: 1. Breve nota introdutória – 2. Critério aproximativo da lógica formal – 3. Formação próxima da lógica jurídica – 4. A motivação das decisões como argumentação jurídica – 5. Através da fundamentação estrutura-se uma decisão legítima – 6. Nota conclusiva – 7. Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho versa sobre a aplicação da argumentação jurídica no processo penal focalizada através fundamentação da decisão judicial levando ao controle das garantias fundamentais. Para tanto, tentou-se afastar uma lógica formal do direito que se aproximaria do discurso utópico de verdades reais. Por outro lado, buscou-se uma convergência com uma lógica jurídica para a legitimação

da argumentação jurídica. A pretensão ainda ficou reservada na tentativa de demonstração da real natureza jurídica do processo penal como garantia fundamental resumindo na necessidade de busca de uma verdade processual.

Abstract: The present work examines the application of the legal allegation in the criminal process focused on the grounded judicial decision, taking it to the control of the fundamental guaranties. For this, there was a tentative to move away from a formal law logic which would come close to a utopic speech of real truths. On the other hand, a convergency with a legal logic was sought for the legitimacy of the legal allegation. The pretension was still reserved in the tentative to demonstrate the real legal nature of the criminal process as a fundamental guaranty, summarizing it as the need to find the procedural truth.

Palavras-chave: Lógica jurídica – Argumentação processual – fundamentação das decisões judiciais – processo e garantias fundamentais.

Keywords: Legal logic – Procedural allegation – Grounded judicial decisions – fundamental guaranties and process.

Área do Direito: Penal; Constitucional; Processo penal

1. Breve nota introdutória

O presente trabalho não possui a ambição de exaurimento do tema ofertado, mas tão somente, uma simples construção de idéias sobre a fundamentação das decisões e sua presença na construção da teoria da argumentação jurídica.

Para tanto, foi necessário o apontamento de conceitos básicos sobre a lógica formal e sua aproximação com a verdade real. Não obstante o discurso falacioso desta modalidade de verdade no processo penal, podemos afirmar que sua ausência é a simples constatação da incongruência da lógica formal com a dialética processual.

Assim, objetivando a adequação de uma lógica na dinâmica processual, buscamos a aproximação da teoria da argumentação em Perelman, formando, com seus conceitos e prescrições, uma lógica (argumentativa) jurídica. Neste sentido, a

motivação das decisões judiciais servirá como fator preponderante na argumentação jurídica, a partir do ponto em que expõe todo o raciocínio jurídico traçado pelas partes no processo, bem como pela síntese prolatada pelo julgador.

No entanto, a simples fundamentação da decisão judicial não perfaz apenas a formação da lógica jurídica, mas sim haverá verdadeira corporificação da legitimidade processual a partir da sua função política, somada a observância de todas as garantias fundamentais. Portanto, a função da motivação das decisões judiciais espelha a natureza jurídica do processo penal como garantia fundamental, quando resguarda a mostragem e o exercício das normas expressas na nossa Carta Constitucional como orientadoras da edição e aplicação de todo o ordenamento jurídico.

Não pretendemos uma conclusão perfeita, até porque seria verdadeiro contra-senso com os argumentos expostos, já que haveria a demonstração de um enunciado (muito próximo da lógica formal). Como estamos diante de um estudo jurídico, haverá apenas a tentativa de focalizar um item e dele extrair algumas discussões e idéias. Nesse sentido, o raciocínio a ser seguido será sempre da construção através da dúvida (e não da certeza) e da argumentação (e não da enunciação).

2. Critério aproximativo da lógica formal

"A lógica formal estuda o pensamento em sua estrutura formal, ou seja, o pensamento enquanto forma que pode ser preenchida por qualquer conteúdo oriundo da experiência. Essa estrutura formal, não existe por si mesma, é apenas destacável mediante uma abstração onde desprezamos momentaneamente o conteúdo para por em relevo apenas a forma, de modo artificial."[1]

Assim, lógica formal, estrutura-se pelo pensamento sem conteúdo. A demonstração pressupõe um dado experimental,[2] que não exaure, porém, nesta

1. ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica:* pensamento formal e argumentação. Elementos para o discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 83.

2. Baseando-se na Teoria da Argumentação de Perelman o Professor Paulo Mendoça traça importante diferenciação entre a demonstração e argumentação, que facilmente se adequa ao estudo em questão, aproximando aquela da lógica formal, enquanto esta, muito mais adequada

forma demonstrativa, mas que também não se distancia. A razão não forma a sua estrutura até porque a revelação empírica já fornece elementos suficientes para sua conceituação. Os símbolos são precisos e transparentes, denotando todo seu aspecto sintático, o que afasta fatores de opiniões individuais e principalmente sociais, uma vez que prescinde de anuência daqueles que recebem os enunciados.

A ausência de juízo de valor aproxima de uma verdade absoluta, levando a desnecessidade de argumentação, posto que exibida de forma perfeita, através de simples dedução, por um procedimento certo; por um saber que se supõe científico. Nesta linha, mesmo que haja justificação no enunciado, o modelo de racionalidade será sempre dedutivo.[3]

A dinâmica social de aplicação das normas jurídicas a fatos concretos afasta, por si só, uma lógica formal na seara de aplicação do direito,[4] visto que aquela reserva verdadeira força algébrica, que não se coaduna com a necessidade dialética do direito.

Mostra-se interessante uma passagem pela lógica formal, que retrata, ou pelo menos retratava – face ao relativismo científico atual – uma verdade identificável como real ou substancial para, desde já, afirmarmos que somente há que se

à argumentação jurídica. Assim, afirma que "a demonstração é típica de uma lógica formal, que adquiriu grande projeção no século XIX, com a ascensão do paradigma positivista, que defendia a adoção, no estudo das ciências sociais e humanas, do mesmo método utilizado nas ciências naturais e exatas". MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 58.

3. "Segundo essa orientação, a estrutura lógica da decisão judicial pode ser assimilada à de um silogismo no qual a premissa maior corresponde à norma a ser aplicada, enquanto a premissa menor é representada pelo fato apurado na instrução probatória, extraindo-se daí a necessária conclusão, que é a decisão da causa. Esse esquema, que pareceu ser demasiado simples a seus próprios defensores, não retratando evidentemente a complexidade do procedimento decisório, foi depois aperfeiçoado, afirmando-se então que a atividade decisória comportaria uma série de silogismos parciais, cujas conclusões representariam, por sua vez, as premissas de um silogismo final." GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões judiciais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 119. Por conseguinte, este modelo segue a orientação da Escola da Exegese, onde o juiz possuiria uma simples função de "boca da lei", retratando aquilo que teoricamente deveria ser considerado uma afirmação perfeita estatuída pelo legislador.

4. "O Direito é parte integrante da experiência histórica do homem em sociedade e, como tal, relaciona-se com o plano da ação. Ou seja, o Direito não é uma forma/pensamento pura e abstrata que se sustenta a partir de suas próprias conexões lógico-sistemáticas internas." MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e a nova retórica.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 150.

falar em verdade real no direito quando estivermos diante de situações matemáticas de aplicação das normas jurídicas. Como tal fato se torna impossível, a primeira e tranqüila conclusão é que pela ausência de aplicação da lógica formal no direito, não existirá uma verdade cartesiana.

Como veremos, a *própria necessidade de motivação das decisões judiciais como manifestação de argumentação jurídica afasta a lógica formal.* E por conseqüência, já que estaremos diante de argumentação exposta pelo julgador, reduz-se na afirmação de que a decisão judicial (motivada) não se aproxima de qualquer verdade real, mesmo que sua intenção seja pela sua busca, mas não como realidade, e sim como discurso. Neste sentido, não haverá espaço a um silogismo judicial, posto que o método dedutivo retrataria uma subordinação hierárquica (fria) entre a lei e o aplicador do direito.

Ainda que estejamos diante de situações rotineiras, inicialmente de aplicação fácil das normas jurídicas e ainda que em relação à interpretação sobre os fatos, a situação processual merece respeito ao ponto de não se entregar a um silogismo jurídico,[5] pois, caso contrário, observaríamos um aspecto utilitarista do processo que pode chegar até mesmo numa arbitrariedade judicial. Merece, portanto, em qualquer situação levada a juízo um raciocínio e a justificação racional e razoável para a aplicação da norma (com ênfase à norma repressiva). Formação de um modelo dedutivo, acompanhado pela lógica formal, baseado, tão somente, na letra da lei, esquecendo a criatividade do juiz, resume-se na redução da aplicação do processo penal, o que não podemos concordar.

A lógica formal, diante de um silogismo jurídico, pode estabelecer juízos descritivos,[6] como algo verdadeiro, o que não coaduna com a ciência

5. Numa outra visão, aponta Gomes Filho a possibilidade de aplicação de uma modelo de dedução silogística quando estivermos diante dos *easy cases*. Neste sentido, ver GOMES FILHO. *A motivação das decisões judiciais*, op. cit, p. 123.

6. Por outro lado podem-se observar os juízos prescritivos que não são registrados pela marca da verdade, sendo apenas orientados por critérios de validade normativa. Ver TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 55-56. Porém não poderemos apenas vincularmos a aplicação normativa pelo critério de validade, formado pelo modelo prescritivo, mas ainda há a necessidade de vinculação à legitimidade da

jurídica.[7] Assim, presunções legais podem levar à correspondente inadequação com toda a estrutura sistemática do direito e, até mesmo, com a determinação constitucional, como era observado, de forma exemplificativa, pela anterior vedação legal da liberdade provisória diante de um suposto crime hediondo.[8] Neste exemplo, havia verdadeira demonstração de necessidade (absoluta) da permanência da privação da liberdade do acusado, mesmo que ainda inocente. Retratava-se, portanto, um modelo dedutivo onde a premissa maior (o impedimento legal da liberdade provisória) somada à premissa menor (imputação de um delito elencado como hediondo), formava-se uma conclusão nefasta: a necessidade genérica da prisão do suposto autor de um delito considerado hediondo. Esta lógica formal, por ser meramente descritiva, tentava estabelecer uma verdade absoluta, a partir do momento em que todas as prisões cautelares correspondentes a delitos elencados como hediondos seriam necessárias.[9]

A legalidade da norma revogada já se mostrava discutível – na realidade a inconstitucionalidade espelhava-se flagrante.[10] Contudo, a valorização de um processo penal de cunho emergencial[11] face a atual criminalidade vulgarizada estabelecia(e)

norma: para nosso estudo, tal fato deve ser observado pela proteção do indivíduo através de normas formadoras de valores constitucionais.

7. "Trata-se aqui, unicamente de reconhecer que o tratamento dos problemas relativos à conduta humana é impossível de ser pensado de acordo com a lógica formal, que neste caso apresenta resultados inservíveis. A supervalorização da lógica formal que enxerga a sentença como um silogismo produziu na jurisprudência conseqüências funestas, por não considerar importantes aspectos axiológicos, típicos da realidade humana." TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*, op. cit., p. 85.

8. O art 2.º da Lei 8.072/90 restou modificado pela Lei 11.464, de 28.03.2007 suprimindo a proibição normativa da liberdade provisória.

9. "O que está em jogo, entretanto, é determinar se uma norma é ou não adequada para fundamentar uma decisão correta em face de um caso concreto. Atendendo-se à proposta de Klaus Günther, entende que uma norma será adequada a uma determinada situação quando empregada de tal modo que possa compreender todas as circunstâncias dessa situação e possa ser apreciada, alternativamente, em comparação com outras normas. Ocorre que esse simples procedimento não garante a correção da decisão, que deverá ser alcançada por meio de princípios que orientam o discurso jurídico, o qual não se confunde nem com o discurso moral nem com o discurso prático." TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 81.

10. O que restou confirmada pela declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 21 do Estatuto do Desarmamento (*ADIn 3.112-1)*.

11. Para tanto ver CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

lógicas formais que influenciavam (e influenciam) tribunais[12] e legisladores,[13] estabelecendo como verdadeiras e válidas essas normas inconstitucionais.

O que se deveria retratar neste caso exemplificado, seria justamente o contrário: a demonstração da verdade absoluta de que a pessoa sujeita a uma investigação ou a uma ação penal, deve ser considerada inocente quando ainda diante de uma situação processual (sem que haja qualquer decisão condenatória transitada em julgado). A única verdade real – a presente lógica formal – é da sua inocência, pois assim descreve o art. 5.º, LVII, da CF/88, o que não pode ser contrariada por normas infra-constitucionais (inconstitucionais).[14]

12. "É incabível a concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos (Lei 8.072/90, art. 2.º, II). Com esse entendimento, a Turma manteve decisão proferida pelo STJ, que restabelecera a prisão do paciente por entender incabível, na espécie, a concessão de liberdade provisória antes de proferida a sentença, tendo em vista que ele fora preso em flagrante e denunciado pela prática de homicídio duplamente qualificado (Lei 8.072/90, art. 1.º, I). Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que deferia o *habeas corpus*, por entender que o STJ não poderia abandonar as premissas do acórdão recorrido e concluir pela hediondez do crime, ou seja, não poderia proceder ao exame da prova". (STF, HC 79.386-AP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa, 05.10.1999).

13. Basta ver Projeto de Lei 831/2003 do Deputado José Divino onde acrescenta o inciso IX no art. 1.º da Lei 8.072/90 afirmando que: *"São considerado hediondos os seguintes crimes: IX – crime de receptação"*. Da mesma forma o Projeto de Lei 166/2003 do Deputado Alberto Fraga através do qual estabelece algumas lógicas formais. Assim, para este legislador, deveria o art. 2.º da Lei 8.072/90 ser alterado para incluir as seguintes pérolas: § 2.º Nos processos por crimes previstos neste artigo é *obrigatória* a decretação da prisão preventiva por ocasião do recebimento da denúncia, se o acusado estiver em liberdade. *Não é aplicável* nos processo referente a esses delitos, o art. 316 do CPP. § 3.º. A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei 7.690, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, devendo o juiz, ao prorrogá-la, *determinar que se transforme automaticamente em prisão preventiva, quando de seu término.* § 4.º. Nos processos por crimes previstos neste artigo, não se aplica o art. 366 do Código de Processo Penal... (grifamos). Material colhido no sítio da Câmara dos Deputados. Não transcreveremos a justificativa do presente PL, já que seria por demais absurdo a perda do nosso (e para os que lerão o presente trabalho) escasso tempo.

14. "Para além do sonho narcíseo da dogmática processual penal de alcançar a 'verdade substancial' a Constituição, ao normatizar a presunção de inocência, estabeleceu uma atitude deontológica aos sujeitos processuais: aceitar, tomar como verdadeira a inocência do acusado enquanto não houver robusta prova em contrário." CARVALHO, Salo. As presunções no direito processual penal (estudo preliminar do 'estado de flagrância' na legislação brasileira). *Processo penal:* leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 206.

No entanto, nosso ordenamento processual e material (penal) ainda se mostra arraigado de lógicas formais que seria por demasiado elencá-las neste trabalho, pois deveríamos estar diante de outro campo de raciocínio, não havendo espaço para exaurimento desse debate. Merece apenas alusão à presença dessas normas que distanciam toda a aplicação do sistema processual penal democrático, com invenções inverídicas de verdades reais, destituídas de qualquer valor jurídico e constitucional.

3. Formação próxima da lógica jurídica[15]

Contrariando toda a lógica formal,[16] que não possui qualquer espaço nas ciências humanas, a lógica argumentativa ganha campo[17] a partir do fracasso do positivismo[18] do século XIX. Essa se funda através da ausência de verdades demonstradas, e sim pelo conjunto de opiniões com adesão[19] do receptor da exposição do argumento. Haverá, portanto, um *discurso argumentativo*, através de um raciocínio jurídico, que pressupõe o desacordo (efetivado em âmbito processual através do contraditório) e não um enunciado verdadeiro, como preleciona a lógica formal. Para haver, portanto, um raciocínio jurídico, afastado de um modelo cartesiano, torna-se indispensável e oportuna a presença da controvérsia, porque sem a alusão a uma batalha argumentativa, afastaria toda a função de um processo dialético que realiza um liame jurídico entre às partes.

15. Também denominada por Perelman como lógica da controvérsia. PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. GALVÃO, Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 540.

16. "O papel da lógica formal consiste em tornar a conclusão solidária com as premissas, mas o papel da lógica jurídica é demonstrar a aceitabilidade das premissas. Esta resulta da confrontação dos meios de prova, dos argumentos e dos valores que se defrontam na lide; o juiz deve efetuar a arbitragem deles para tomar a decisão e motivar o julgamento." PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. PUPI, Vergínia K. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 242.

17. Podemos, porém, afirmar que a retórica clássica que originou toda a crítica da atuação das ciências exatas nas vertentes sociais.

18. O positivismo jurídico afasta juízos de valores, a partir do momento em que considera o direito como um fato e não como valor, interpretando e aplicando as normas jurídicas da mesma forma que o cientista aplica e interpreta as leis naturais.

19. Ver MENDONÇA. *A argumentação nas decisões judiciais*, op. cit., p. 90.

Também se deve observar todo um aspecto semântico do discurso, imprescindindo de interpretação da linguagem exposta[20] sem que haja uma situação auto explicativa. Reserva como ponto crucial, a presença de juízos de valores.

Urge observarmos que a aplicação das normas jurídicas e sua adequação aos fatos indicados na situação processual pela argumentação, não afasta uma estrutura legalista; não se pretende uma aversão à normatividade jurídica, tão somente uma identificação social e racional da sua aplicação.[21] Há, portanto, necessidade de interpretação, uma vez que o dinamismo jurídico impõe a incerteza da aplicação pragmática de sua estrutura. A razão prática[22] mostra-se indispensável, mas condicionada à argumentação regulamentada, seja através da época, do aspecto social, da aplicabilidade proporcional das normas jurídicas e da interpretação casuística, sem minimizar uma lógica jurídica.

E é justamente através da estruturação de uma lógica argumentativa pela criação e seguimento necessário de uma lógica jurídica, que demandará toda a estrutura formadora em decorrência dos valores sociais e daqueles inseridos nos discursos das

20. Importante ressaltar que não estamos nos filiando na posição de Perelman ou Habermas sobre a Teoria da Argumentação, já que não é esse o objeto do estudo. Na verdade, esta teoria apenas nos convida à crítica sobre o discurso passado e moderno sobre a existência de uma verdade real no processo. Como teremos a oportunidade de expor, estaremos sim, diante de uma verdade processual, que se refere, tão somente, aos argumentos expostos pelo julgador, que não se mostra real, nem mesmo justa, mas sim condicionante às partes do processo, à época, ao aspecto social e o resumo dirigido ao discurso ético do processo como garantia fundamental.

21. Assim, a Teoria da Argumentação que fundamenta a aplicação normativa aduz que "a norma 'justa' é aquela aceita institucionalmente, a partir de um processo dialético. Isto se justifica, porque no campo da argumentação pode-se verificar a prevalência de uma retórica eficiente ou não; mas nunca a existência de idéias 'corretas', as quais são próprias do universo da demonstração." PERELMAN. *Tratado da argumentação*, op. cit., p. 80. Essas premissas partem de argumentos dialéticos objetivando a aceitação pela sociedade (comunidade jurídica) como possivelmente verdadeiras (verossímeis), necessitando de confrontação em um procedimento crítico através da instauração de diálogos entre diversas posições confrontadas. Ou seja, não se mostra estático, mas sim dinâmico pelo próprio impulso através de argumentos.

22. Enquanto a razão teórica insere-se no âmbito da prova, a razão prática imprescinde de aprovação. "Assim, a filosofia tem por objeto a verdade, enquanto que a Teoria da Argumentação é o terreno do opinável. A tradição racional cartesiana abandonou a razão prática e sua problemática, enquanto que a Nova Retórica pretende resgatar o estudo dos mecanismos não-formais do pensamento. Por tudo isso, pode-se dizer que o papel da argumentação se liga ao da razão prática." MONTEIRO. *Teoria da argumentação jurídica e a nova retórica*, op. cit., p. 152.

partes na situação processual, bem como pelo julgador, como receptor natural das orações interessadas e exposição da argumentação imparcial e independente.

Na lógica jurídica, não estaremos diante de determinações conceituais, que afastam qualquer fator de opinião. Há, na verdade, uma aproximação da lógica argumentativa, onde a decisão será o ponto crucial de formação do conjunto de saberes do julgador sobre o fato e sobre a aplicação do direito. Haverá necessidade de construção de juízo de valores diante do material probatório e processual disponibilizado, esquivando-se ao máximo, da presença de dimensões sintáticas sobre aplicação da norma ao caso concreto; pelo contrário, a pretensão aqui exposta é justamente a existência do aspecto semântico que estabiliza o sentido que a norma jurídica buscará através da sua interpretação. Esta interpretação, por seu turno, deverá percorrer um viés argumentativo, para afastar uma simplória demonstração entre a premissa maior e a premissa menor.

Contudo, os argumentos expostos pelo aplicador da ciência jurídica (argumentativa) não devem somar uma quebra da imparcialidade e total independência para proferir uma decisão, no mínimo legítima, socialmente útil e razoável. Diferente da lógica formal, onde não há juízo de valor, sendo apenas necessária sua presença, onde a demonstração de seus efeitos não necessita quiçá de anuência; na lógica jurídica, a imparcialidade deve basilar toda sua estrutura, pois não estaremos diante de fatores pré-determinados, ou simbolicamente demonstrados, mas sim, diante de critérios semânticos que estruturarão toda uma explicação da valoração fática.

Como efeito desta lógica jurídica, afirma Perelman, numa singela conclusão que "na medida em que o direito é concebido como uma técnica que visa a proteger simultaneamente vários valores, às vezes incompatíveis, a lógica jurídica se apresenta essencialmente como uma argumentação destinada a motivar decisões judiciárias, para fazê-las beneficiar-se de um consenso, o das partes, das instâncias superiores e, enfim, da opinião pública esclarecida".[23]

23. PERELMAN. *Ética e direito*, p. 541. Na verdade não podemos concordar com esta conclusão a partir do momento em que não se estabiliza uma situação jurídica apenas pela força

Não estaremos também afastados de valores políticos e sociais,[24] posto que toda argumentação jurídica sobre um fato demanda afirmação de poder para dirimir eventuais conflitos sociais. Porém, devem-se somar diretrizes objetivando o afastamento da insegurança jurídica que originaria por simples quebra da imparcialidade do julgador. Ou seja, valores outros daqueles mesclados da situação processual estarão presentes, obviamente, mas não deverão subtrair do julgador sua completa independência (que estrutura todo um Estado de Direito originado principalmente na separação dos poderes idealizada por Montesquieu) e imparcialidade (formada através da inamovibilidade dos juízes, impossibilidade de criação de tribunais especiais, e aproximação ativa dos argumentos) para julgamento a partir de discussões promovidas pelas partes. Os valores (e não pré-valores) deverão estar presentes.

A importância da lógica jurídica como ruptura natural da lógica formal eleva-se pelo simples fato de que a argumentação prevista em decisões pretende resguardar uma discussão ética (entre as partes e levadas ao julgador, para exercício primário de sua função), que não pode ser recebida por pré-conceitos formados antes mesmo da pretensão acusatória. Assim, indo ao encontro aos ensinamentos de Perelman e acompanhando suas angústias, deve-se indagar: "o juiz deverá ou

decisória. A aplicação da "justiça" não está inserida apenas no poder judiciário. Precedente à decisão deve-se indagar pela existência de uma justiça social, principalmente no nosso caso, onde a discussão dá-se pelo desvalor de uma conduta que na maioria das vezes esbarra em valores patrimoniais. Mas também após a decisão judicial e o cumprimento de eventual sanção penal, já que a mácula desta repressão resguardará feridas eternas. Assim, a argumentação jurídica exposta pelo julgador, não pode ser destinada apenas às partes, e principalmente à opinião pública esclarecida, mas numa visão mais ampla onde toda a sociedade não deverá fazer parte da discussão enfocada num processo (penal). Não podemos reduzir o campo de aplicação social do processo, que merece uma extensa visão democrática.

24. "Toda a argumentação, seja ela qual for, que vise obter ou aumentar a adesão de um auditório às teses que se apresentam ao seu assentimento, funciona num contexto psicossocial, pois implica a existência de um contato das mentes, a utilização de uma linguagem comum, a observação de certo número de costumes, de práticas e de hábitos que regem o uso do discurso. Mas o que fica vago e indeterminado, quando se trata de práticas socialmente aceitas, é muito mais regulamentado quando se trata de práticas jurídicas, em especial judiciárias." PERELMAN. *Ética e direito*, op. cit., p. 539. Neste sentido, a regulamentação do discurso jurídico deve se dar pelo princípio do devido processo legal. Somente a partir daí, resguardar-se-á o apoio social para a lógica jurídica formada por uma decisão judicial.

não levar em conta conseqüências sociais, econômicas ou políticas de sua decisão? Deverá ficar fiel à máxima pereat mundus, fiat justitia? Quais são as considerações que devem prevalecer aos seus olhos? Será a segurança jurídica, a fidelidade à lei, será um cuidado de equidade, deverá ele conciliar essas suas exigências quando elas parecerem conduzir a decisões divergentes?"[25]

Perpassando pelo caráter semântico da lógica argumentativa, chega-se à situação pragmática da lógica jurídica que será demonstrada pelos valores apontados na decisão judicial. Valores estes, como exporemos, devem estar resguardados diante da contradição exercida pelos sujeitos processuais,[26] sob pena de ferir o devido processo legal substancial, bem como a segurança jurídica formada pelo processamento dos argumentos expostos. Claro, porém, que todas as garantias fundamentais já resguardam determinados valores processuais, jurisdicionais e sociais que tentam aproximação da aplicação de um processo democrático, com aplicação imediata na situação processual, independentemente de aproximação dos argumentos empregados na disputa processual, devendo ser ponderado pela síntese através e para a formação da sua motivação.

4. A motivação das decisões como argumentação jurídica

"O Direito, equilibra uma dupla exigência: a primeira é a *sistemática*, concernente à valorização da coerência do próprio sistema; e a segunda é a *pragmática*,

25. Ibdem, p. 537-538.

26. Com força filosófica, esta estrutura argumentativa pode ser denominada de princípio da discussão que se enuncia da seguinte forma: "Só podem pretender à validade as normas que possam receber a concordância de todos os interessados, enquanto que participantes numa discussão prática. É um princípio moral por ser, antes de tudo, um princípio de participação abrangente: todos os interessados têm o direito de participar na discussão que elabora as decisões ou as normas. É um princípio de descentralização em relação aos interesses imediatos. (...) É preciso associar o princípio da discussão ao princípio da publicidade dos debates. Os debates que não são públicos têm muito menos valor porque as decisões não envolvem os protagonistas." FERRY, Jean – Marc. As virtudes da discussão. *A sociedade em busca de valores.* Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Trad. FETO, Luís M. Coucetro. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 215-216. E, por conseguinte, a principal ofensa será contra a democracia.

definida como a aceitabilidade das decisões".[27] Portanto, já podemos afirmar que a motivação das decisões[28] não nasce com o direito, nem a ela se torna exclusiva. Durante longo espaço de tempo, a aplicação do direito misturava-se às crenças religiosas e o próprio costume. O direito reservava-se a órgãos pré-determinados que legislavam e julgavam, havendo uma verdadeira mesclagem entre suas funções, na medida em que o sistema jurídico era pouco elaborado e não havia uma participação ativa da sociedade. As decisões proferidas por aqueles que julgavam quiçá eram levadas ao conhecimento do público.

A mudança substancial teve sua origem pela Revolução Francesa, com a proclamação do princípio da separação dos poderes, somada a publicação de um conjunto de leis codificadas impondo ao juiz a adequação das suas funções às regras estruturadas através de código. Por conseguinte, estabelece-se a obrigação, para o juiz, de motivar suas decisões com referências à legislação em vigor.[29]

Ultrapassando séculos, permanece a retidão como marca registrada de toda decisão judicial, e será revelada por sua fundamentação. Na verdade, os argumentos despendidos pelo julgador deverão dar base à síntese das questões argüidas pelas

27. MONTEIRO. *Teoria da argumentação jurídica e a nova retórica*, op. cit., p. 146.

28. "Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É desse modo, obrigar quem a toma a tê-las. É afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de 'maldizer os juízes'. Ela é que o ajuda a decidir se deve recorrer, ou, se for o caso, a dirigir-se à Cassação. Ela é que permite não colocar-se novamente em uma situação que faria nascer um segundo processo. Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las e extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras. Sem ela não teríamos 'ementários', e esta publicação não seria o que é. A necessidade da motivação entrou de tal modo em nossos costumes que em geral ultrapassa os limites do domínio jurisdicional e vai-se impondo, pouco a pouco, a decisões simplesmente administrativas, cada vez mais numerosas.

"A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma *tentativa de persuasão*. Desempenha, desta forma, no que poderíamos chamar de equilíbrio jurídico e moral do país, um papel absolutamente essencial." SAUVEL, T. Histoire du jugement motivé. *Rev. Dr. Publ.*, 1955, pp. 5-6, apud PERELMAN. *Lógica jurídica*, pp. 210-211.

29. PERELMAN. *Lógica jurídica*, op. cit.,p. 183 e ss. Ver ainda GOMES FILHO, cap. II.

partes, que necessariamente trarão ao juiz elementos para formação desta fundamentação. A lógica jurídica, que pressupõe o afastamento de um funcionamento puramente formal da prestação jurisdicional (havendo um claro rompimento com a lógica formal), deve se adequar à formação de argumentos úteis à solução de conflitos, ou mesmo poderes e deveres. Argumentos estes que deverão aderir aos anseios das partes (uma vencida e outra vencedora – também em seus argumentos),[30] bem como socialmente útil, já que a pretensão da lógica argumentativa (jurídica) se funda justamente na ligação do aspecto estritamente legal ao social, formando a legitimidade entre o Direito e a sociedade. A partir daí estabelece-se um processo que se pretende democrático. Assim, o auditório[31] receptor do argumento jurisdicional, torna-se o mais amplo possível, justamente porque esse argumento não se dirige apenas aos sujeitos processuais,[32] mas sim a todo um aspecto extrínseco da situação

30. Na pesquisa da verdade no sistema da prova judiciária feudal, trata-se de uma espécie de jogo de estrutura binária, o que de certa forma, atualmente devemos repristinar na formação argumentativa. Assim, ilustra Foucault que "a sentença consiste na enunciação, por um terceiro, do seguinte: certa pessoa tendo dito a verdade tem razão, uma outra tendo dito uma mentira não tem razão. A sentença, portanto, não existe; a separação da verdade e do erro entre os indivíduos não desempenha nenhum papel; existe simplesmente vitória ou fracasso" em seus argumentos. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.* Trad. MACHADO, Roberto Cabral de Melo e MORAIS, Eduardo Jardim. Rio de Janeiro: NAU, 2002, p. 61.

31. Sobre o auditório como construção do orador ver PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação:* a nova retórica. Trad. GALVÃO, Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Seguindo a orientação sobre a direção da motivação e o auditório, ilustra Perelman: "A motivação se adaptará ao auditório que se propõe persuadir, a suas exigências em matéria de direito e de justiça, à idéia que ele se forma do papel e dos poderes do juiz no conjunto das instituições nacionais e internacionais. Como essa concepção varia conforme as épocas, os países, a ideologia dominante, não há verdade objetiva a tal respeito, mas unicamente uma tentativa de adaptação a uma situação. "O direito é, simultaneamente, ato de autoridade e obra de razão e de persuasão." PERELMAN. *Ética e direito*, op. cit., p. 570.

32. Acompanhando o raciocínio de Perleman, afirma Gomes Filho que "num sistema em que esta realiza apenas uma função *endoprocessual*, permitindo-se tã-só um controle de tipo burocrático sobre as decisões, esse auditório é limitado, formado basicamente pelos juízes das eventuais impugnações; ao contrário, quando se pensa na motivação como garantia política – que possibilita o controle democrático sobre a atuação judicial – o auditório é mais amplo, constituído potencialmente por todos os membros da comunidade política, em nome da qual a decisão é pronunciada." GOMES FILHO. *A motivação das decisões judiciais*, op. cit., p. 118.

processual. Consequentemente a fundamentação da decisão deve buscar, ou mesmo se aproximar, daquilo que é trazido aos autos, interpretado (sejam as normas, bem como os fatos) e aplicado de forma racional.

A motivação (também reservada como verdadeira justificação)[33] não se mostra simples cálculo aritmético, mas sim, forma de argumentação jurisdicional. Somente a partir deste material processual, possuirá o juiz condições de decidir através dos argumentos expostos pelas partes e auxiliares na situação processual. A motivação, neste sentido, possui a natureza de um discurso justificativo da decisão judicial,[34] o seu próprio argumento, pois o julgador deverá se pautar nas normas jurídicas e aplicá-las, quando coerente com o caso concreto, mas adstrita à determinação constitucional, assim como os fatos retratados na discussão processual.

Não há espaço, na lógica jurídica, de fundamentação baseada em intuições pessoais do julgador, posto que não argumentadas pelas partes na situação processual. Também não há reserva para formação de valores pré-concebidos que afastaria a imparcialidade do julgador. Claro que o julgador não é um boneco de pano que apenas expõe a letra da lei! Tem ele suas intuições, convicções, conceitos e pré-conceitos.[35] O que não há espaço é para inclusão direta ou indireta, mesmo que fundamentada, dessas questões estritamente subjetivas, pois retrataria verdadeira arbitrariedade judicial. A fundamentação das decisões, com palavras escorreitas que incluem – de forma implícita – esses viés pessoais, também merece qualificação de arbitrária, justamente porque

33. Justificar é fornecer boas razões através da persuasão razoável ou mesmo racional. Cuida-se de um procedimento argumentativo que estabelece juízos de valores, sem haver espaço para determinações de "verdades". Assim, justificar pode ser visto como uma formação de um discurso argumentativo.

34. GOMES FILHO. *A motivação das decisões judiciais,* op. cit., p. 116.

35. Assim, resulta na constatação de Adauto Suanes onde "é absolutamente irreal pretender que o julgador interrogue um pretenso *serial killer* com a mesma tranquilidade com que toma o depoimento pessoal do senhorio em uma ação de despejo. Por menos que o desejasse, suas limitações humanas fazem dele algo mais do que um mero espectador ou, na melhor das hipóteses, alguém comprometido com os aspectos puramente formais do processo. Basta ler os termos de muitas decisões concessivas de prisão preventiva para concluir que a instrução penal em tais processos será, por vezes, mera formalidade. Há de haver, pois, no processo algum instrumento que pelo menos minore as consequências desse inevitável envolvimento emocional." SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 152-153.

a situação processual impõe um contato das partes com as questões normativas e fáticas para a formação de um efetivo contraditório.

Assim, podemos afirmar com tranqüilidade, que a lógica argumentativa jurídica impede que o julgador traga aos autos do processo elementos que não foram obtidos através da discussão entre as partes, visto que a subjetividade deste recurso extravasaria sobremaneira toda a estrutura do sistema processual vigente, bem como a lógica jurídica. A função da motivação das decisões judiciais, portanto, serviria como controle a estes pré-valores, a partir do momento em que as partes podem impugnar as decisões, e controlar a própria origem do convencimento do juiz. Funcionaria, portanto, como controle da racionalidade dos argumentos expostos, sejam jurídicos ou morais.[36]

O enfoque reservado à motivação das decisões merece alcance amplo, não mais se resumindo na função de justificação do juiz por sua decisão aos legisladores, que foi, na verdade, o objetivo máximo desta imposição pela Revolução Francesa; bem como não estaremos apenas diante de uma técnica processual de mera afirmação dos atos processuais praticados. Há que se ampliar seu curso. A partir da sua função política,[37] impõe-se que haja demonstração da adequação das descrições normativas à realidade fática, bem como constitucionais, consubstanciada pela função de aplicação das garantias e direitos fundamentais.

Pela função política, podemos afirmar que a fundamentação das decisões judiciais não se restringe apenas ao controle entre as partes (endoprocessual), mas também pela possibilidade da sociedade exercer o controle da prestação judicial ou até mesmo na equidade buscada pelo exercício do poder pelo Estado. A prestação jurisdicional também merece cunho democrático e será através da opinião pública sobre as decisões

36. Desta forma ilustra o Professor Aury Lopes Jr. "A fundamentação das decisões, a partir dos fatos provados (cognoscitivismo) refutáveis e de argumentos jurídicos válidos é um limitador (ainda que não imunizador) dos juízos morais. Esse é um espaço impróprio da subjetividade que sempre estará presente (não existe juiz neutro), mas que o sistema de garantias deve buscar, constantemente, desvelar e limitar." LOPES Jr. Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista).* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 272.

37. Sobre a natureza política da motivação das decisões judicias ver GOMES FILHO, cap. III.

judiciais que haverá o exercício direto da democracia no poder de julgar pelo Estado (visto que, no nosso país, o juiz não é eleito pelo voto popular). Assim, a responsabilidade de qualquer decisão judicial deve ser avaliada pelos sujeitos processuais (o acusado, seu defensor, o Ministério Público e juízes superiores) – formando uma responsabilidade jurisdicional (endoprocessual) – e pela própria sociedade através da sua opinião sobre as decisões judiciais – estabilizando uma responsabilidade social (extra-processual).

Também será pela função política da fundamentação das decisões judiciais que se controlará a própria legalidade dos atos processuais: a adequação formal e substancial da função de julgar com a previsão normativa instituída pelo Poder Legislativo. Óbvio que esta adequação merece balizamento com a dinâmica social – o juiz não é apenas um repetidor das palavras da lei, como já ressaltado. Será ele um interpretador da lei ao caso concreto, não podendo se esconder pelo que o legislador disse ou quis dizer quando divergente do anseio social (quando este estiver também respaldado na aplicação dos dispositivos constitucionais). A lei servirá ao juiz como ponto inicial ao caminho percorrido (pelos simples fato de nos encontrarmos diante de um Estado de Direito), mas não precisa impor uma chegada determinada, até porque a dimensão semântica das normas jurídicas poderá formar outros afluentes para serem desenvolvidos.

O controle da legalidade – inclusive constitucional[38] – dos atos produzidos no processo (penal) poderá ocorrer, como já ressaltado, pelas partes ou pela opinião pública e, este aspecto político não impõe a efetividade do controle, mas apenas a possibilidade do seu exercício (principalmente pela sociedade) retratando o anseio democrático do processo.[39]

38. Vale lembrar que não mais há espaço para um Estado de Direito tradicional (estritamente legalista), onde a Constituição serve como mera estrutura orientadora do legislador infraconstitucional, que a ela merece respeito. Pelo contrário, através do nosso Estado Constitucional toda a estrutura legislativa deve ser balisada e estruturada a partir das normas constitucionais. A Constituição deve ser vista como fonte de deveres e obrigações legislativas e também dos operadores do direito.

39. Para tanto, afirma Ferrajoli, este controle e responsabilização dos juízes requer uma série de pressupostos, sociais e institucionais. Assim, os pressupostos sociais "são a democracia em geral: a maturidade civil e política dos cidadãos em torno das questões da justiça; a sua atenção e participação constante na via pública; a sua conflitividade social e sua solidariedade civil e política com os direitos lesados; a completude, a independência e a correção da informação

O principal objetivo, portanto, da fundamentação das decisões judiciais é justamente a mostragem e controle da função de adequação constitucional do julgador. Estruturada no nosso Estado Democrático de Direito (Constitucional), a fundamentação das decisões judiciais, focaliza um controle exercido pelas partes e em âmbito social da decisão judicial,[40] com a fiscalização da aplicação da estrutura constitucional (exercício das garantias e direitos fundamentais) daquele que julga.

Todo poder merece controle, para que não se invada um grau de arbitrariedade. Da mesma forma o poder de decidir. Neste sentido, toda a argumentação exposta pelo julgador, deve estar condigna com uma realidade processual e social, com aplicação de todas as garantias fundamentais reservada às partes na situação processual, o que resultará numa legitimidade jurídica.

Para que haja coerência com a aplicação do direito aos fatos levados à inércia jurisdicional, deve-se observar que a decisão judicial não pretende um mero enfrentamento de demonstrações jurídicas, que aproximaria de uma visão lógica formal, uma verdade normativa, que deve ser combatida pelo dinamismo social; e sim pela aplicação de argumentos que a torne aproximada da realidade dos fatos em conjunto com as normas. A fundamentação das decisões judiciais, ao invés de afirmação de verdades, que retiraria, por completo seu valor, visto seu conteúdo ilusório, como já ressaltado, deve estar adequada à aplicação de direitos e garantias processuais e sociais, para resguardar sua legitimidade (em âmbito jurídico, como social).

O processo (principalmente o penal) não deve buscar apenas a aplicação do direito material.[41] Seria por demais minimizada sua função. Também não estaremos

judiciária por parte da imprensa; o empenho civil e o costume de oposição da cultura jurídica." FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. ZOMER, Ana Paula e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 481.

40. "O juiz dirige-se na motivação de suas sentenças, ao consenso de um auditório universal; ele quer convencer o conjunto hipotético de seres razoáveis de que está cumprindo os ditames de justiça socialmente aceitos". MONTEIRO. *Teoria da argumentação jurídica e a nova retórica*, op. cit., p. 195-196.

41. Entende de forma diferente Carnelutti onde afirma que o processo penal consiste no conjunto de atos em que se resolve o castigo do réu. "O processo penal e, portanto, uma

apenas diante de decisão justa, que se traduziria em verdadeira[42] (como já afirmado, com certo teor romântico), mas deve-se resguardar limites ao poder repressivo exercido pelo Estado. E, acompanhando o raciocínio, será a fundamentação das decisões judiciais o momento oportuno de saber se o Estado exerceu seu poder (de punir ou de libertar) apenas com conceitos racionais,[43] razoáveis[44] e legítimos e não com pré-conceitos demonstráveis, porém mascarados por alguns escritos que não respaldam a função do processo.

5. Através da fundamentação estrutura-se uma decisão legítima

O objetivo exercido pelo processo penal (podendo corresponder à sua natureza jurídica) como limite do exercício do poder de punir do Estado, deve

parte ou uma fase, mais exatamente a segunda parte ou a segunda fase, do que se costuma chamar de fenômeno penal, o qual é constituído pela combinação do delito e da pena. (...) O Direito Penal material tem, portanto, como objeto o delito; o Direito Processual Penal, tem como objeto, por outro lado a pena. Um e outro, juntos, formam o Direito Penal". CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal.* v. 1. Trad. BRUNO, Francisco José Galvão. Campinas: Bookseller, 2004, p. 67.

42. Esta vem sendo a afirmação emblemática do discurso sobre a necessidade da busca da verdade real. Neste sentido, faz-se oportuna a colação desta ilustração: "Seja no processo civil, seja no penal, não é suficiente a tutela formal, resultante da simples aplicação das normas legais, mas se requer mais do juiz: dedicação, empenho, persistência na busca da Justiça. Justiça que concede ou que nega, que condena ou que absolve, que autoriza ou que proíbe, mas sempre Justiça, qualificada e não meramente formal." LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo* 35/28, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

43. "Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo penal democrático. Nessa linha, estará expressamente consagrada no art. 93, IX da CB" LOPES Jr. *Introdução crítica ao processo penal*, op. cit., p. 253.

44. "Uma decisão razoável não corresponde ao mero subjetivismo ou à paixão, mas a um outro tipo de racionalidade, intersubjetiva, que se utiliza da técnica argumentativa e se define pelo consenso. Muito embora o ideal de ciência, característico do mundo moderno, tenha excluído do campo da lógica o pensamento opinativo, não significa que esse tipo de pensamento seja intuitivo ou irracional. O pensamento opinativo é aquele formulado em torno de opiniões comuns e amplamente aceitas em determinada comunidade; idéias, portanto, admitidas como prováveis na qualidade de verossímeis porque podem ser tomadas como verdade para efeito de raciocínio." CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação:* uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 189-190.

estar em consonância com todas as garantias materiais e processuais, para a reserva democrática da sua existência. Não se ressalva apenas a necessidade de um Estado de Direito, com o princípio da legalidade como alicerce determinante, que também exerce importante função de controle do poder (de punir) do Estado, através do limite previsto em Lei.[45] Mas também exprime necessidade de valores democráticos para adequarmos os anseios sociais às aplicações normativas. Para tanto, um Estado de Direito deve ser *Democrático*, e só o será com a observância prática de todas as garantias fundamentais. O processo penal não requer apenas a aplicação do direito material, como se fosse somente o instrumento de sua aplicação. Haveria verdadeira redução à sua natureza e função, mas também não podemos indicar unicamente o processo como aplicação de garantias e direitos individuais: o processo penal é uma verdadeira *garantia fundamental*[46] *conglobante*, tendo como valor supremo o controle, fiscalização e limite de qualquer imposição de medidas repressivas, servindo, portanto, como real limitador ao poder punitivo do Estado, principalmente a partir da ênfase prescrita no art. 8.º da Convenção

45. Para Ferrajoli o termo 'Estado de direito' é sinônimo de garantismo. "Designa, por esse motivo, não simplesmente um 'Estado Legal' ou 'regulado pelas leis', mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhe disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para leis, ou juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdades e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária" A primeira, destas duas condições representa a fonte de legitimação formal de qualquer poder e a segunda fonte de legitimação substancial. FERRAJOLI. *Direito e razão*, op. cit., p. 687-688.

46. Ilustra com seu ensinamento coerente Aury Lopes Jr.: "O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como *efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais*, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa etc." LOPES Jr. *Introdução crítica ao processo penal*, op. cit., p. 37.

Interamericana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica e pela expressão máxima do art. 5.º da CF/88.[47] Da mesma forma, com afirmação coerente ilustra Suannes a incompatibilidade entre o processo penal e a verdade real, já que sua finalidade é, antes e acima de tudo, assegurar ao acusado a preservação da sua liberdade e a manutenção do seu estado de inocência até a demonstração, pelo Estado, a necessidade de determinação de prescrição sancionatória.[48]

Assim, a decisão judicial reservará caráter democrático, autorizando a exposição do poder exercido, quando resguarda pela aplicação aos direitos e garantias fundamentais, com ênfase ao devido processo legal,[49] ao efetivo contraditório e principalmente ao amplo e irrestrito exercício da defesa, o que deve ser demonstrado pela sua fundamentação. Daí a exposição simples e ilustrativa de Ferrajolli apontando que a fundamentação das decisões judiciais, na verdade deve ser considerada como garantia das garantias, já que será através desta garantia (explícita nos arts. 5.º, LXI e 93, IX da CF/88) que haverá a exposição e o controle da aplicação de outras garantias fundamentais.

Também a publicidade dos atos processuais, e aqui com ênfase às decisões judiciais, reserva um cunho de legitimidade a partir do momento em que deverão ser submetidas a um controle processual (pelos sujeitos na situação processual) e social.[50] E mais, para fomentar a legitimidade das decisões judiciais, há necessidade

47. "A conscientização sobre a importância das *garantias processuais*, como expressão desses valores fundamentais de civilidade que devem informar as atividades de aplicação jurisdicional do direito, representa talvez o traço mais saliente da cultura processual contemporânea, chegando-se mesmo a afirmar a fecunda expressiva idéia de um *jusnaturalismo processual.*" GOMES FILHO. *A motivação das decisões judiciais*, op. cit., p. 31.

48. SUANNES. *Os fundamentos éticos do devido processo legal*, op. cit., p. 163.

49. Ver BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

50. "Evoluiu a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões. Antes, entendia-se que se tratava de garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais: proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para poder impugnar a decisão; permitir que os órgãos judiciários se segundo grau pudessem examinar a legalidade e a justiça da decisão. Agora, fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por consequência a própria Justiça, decide com

de adequação ao sistema acusatório (ao menos foi esta a pretensão da Lei Constitucional) através da sua publicidade. Assim, são as palavras do Professor Geraldo Prado quando afirma que a publicidade também se insinua como característica do sistema acusatório, na medida em que o segredo é incompatível, como regra geral, exclusivamente com regime autoritários e processos penais inquisitórios.[51] Por conseguinte, será a publicidade das decisões judiciais fator importante de controle exercido pela sociedade em face da argumentação jurídica, já que não estaremos diante de uma simples demonstração fática e aplicação normativa que redundaria na visão lógica formal do processo, mas sim em atributos de valoração razoável quanto aos argumentos expostos na decisão judicial.

O que se pretende no processo penal é a aplicação de uma *decisão justa.* Quando estivermos diante desta decisão, observaremos um processo justo. Mas qual justiça se almeja na decisão e no processo? Quando estaremos diante de uma decisão e um processo justo? De certo não será a decisão verdadeira,[52] pois inexistente![53] Ousaremos responder que é aquela na qual deve se alicerçar pela

imparcialidade e com conhecimento da causa. É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional. Ainda, às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois através dela, evidencia a sua atuação imparcial e justa." FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 119.

Ver ainda, CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material:* teoria da prova. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 44 e ss. Sobre o dever de colaboração e a prova.

51. E continua sua exposição, ilustrando esse pequeno estudo: "Cumpre dizer, em abono ao acima mencionado, que a publicidade tanto pode ser analisada como decorrência da necessidade de participação do público na gestão da coisa pública, inclusive, evidentemente, na gestão das decisões judiciais sobre os casos penais, como pode ser vista na condição de dar ao público, na qualidade de espectador, satisfação a respeito da maneira pela qual os agentes do Estado exercem suas funções." PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 175-176.

52. Assim ensina o Processo Juarez Tavares quando afirma que "na teoria do discurso, ao contrário, a decisão é verdadeira desde que possa ser tida como adequada ao caso concreto, e será verdadeira se atendidas as condições estabelecidas para o discurso ideal, que são aquelas anteriormente fixadas, como a força do melhor argumento ou as condições de imparcialidade aventadas por Klaus Günther." TAVARES. *Teoria do injusto*, op. cit., p. 78.

53. Tanto a verdade quanto a Justiça são valores relativos, que dependerão de situações subjetivas de apreciação. Assim, uma decisão talvez seja justa, porém falsa; ou mesmo a verdade e justiça

aplicação de garantias fundamentais supra referidas. Por conseqüência, fácil retratar um processo justo,[54] quando este exerce sua função básica de proteção do indivíduo face a intervenção do Estado, através do controle exercido contra qualquer medida repressiva.

Por coerência ao raciocínio, a fundamentação das decisões judiciais não serve apenas para demonstração da autoria e materialidade delitiva, ou sua ausência, no caso de decisões absolutórias; mas também para a exposição da prática dos atos processuais exercidos pelas partes e pelo próprio julgador. O anseio pela legitimidade da decisão deve ser amplo, a partir do ponto crucial em que se limita, pelo processo, o poder Estatal, mas também o extravasa quando ilustra o *ius puniendi e ius libertatis* (muito mais adequado seria o poder de punir e o dever de libertar exercido também pelo Estado).

Além da legitimidade (processual e social) pretendida pela decisão através da sua fundamentação, o Professor Aury Lopes Jr. entende, e devemos concordar, que a fundamentação da decisão também serve como controle da racionalidade da decisão judicial.[55] Porém, insta esclarecer que a fundamentação como espaço da argumentação jurídica, deve servir como formação de sua legitimidade e não apenas como controle. O controle a ser realizado pelas partes (não só no aspecto endoprocessual) estará na estrutura razoável de formação da exposição dos conceitos fáticos e normativos, bem como na racionalidade da própria decisão.

A fundamentação das decisões não busca a demonstração de uma verdade absoluta, na medida em que está afastada, como aludido, de realidade racional, mas apenas a exposição de dados fáticos e jurídicos que se adaptam à construção da decisão judicial[56] democrática. Esta adequação ocorrerá através da construção da

não será a mesma para a acusação e para o acusado, e quiçá para a vítima). Assim, a justiça da decisão (e do processo) não deve ser pautada pela suposta verdade.

54. SUANNES. *Os fundamentos éticos do devido processo legal*, op. cit., p. 147 e ss.

55. LOPES Jr. *Introdução crítica ao processo penal*, op. cit., p. 254.

56. Note-se que não é o momento oportuno para indagarmos se a decisão busca a realidade, ou apenas pretende a demonstração de juízos de valores pré-concebidos, seja anterior à situação processual, seja através mesmo de atos processuais produzidos pelos julgadores para alicerçar

argumentação jurídica sempre pautada na função do processo: como esclarecedor, aplicador e reserva aos direitos e garantias fundamentais.

6. Nota conclusiva

Não obstante toda a estrutura normativa do modelo em nível constitucional, objetivando a criação de parâmetros de racionalidade, de justiça e legitimidade, na prática jurídica, observamos justamente uma contradição, ao ponto de leis e decisões estabelecerem um super-valor às questões práticas, de utilidade processual em detrimento de interesses garantistas.

Na verdade, nosso processo se observado conforme os preceitos normativos da nossa Constituição, merece aplausos diante do elevado nível, caso consideremos os princípios e garantias a ele reservado, mas, por outro lado, possui nível rasteiro, quando observada a prática efetiva.

Tornando presente na nossa cultura jurídica, pode-se afirmar, assim como fez Ferrajoli, que se mensuramos a adequação de um sistema constitucional, sobretudo pelos mecanismos de invalidação e de reparação idôneos, de modo geral, a assegurar efetividade aos direitos normativamente proclamados: uma Constituição pode ser muito avançada em vista de princípio e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de *garantias* – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.[57] Mas para tanto, não podemos esperar apenas um determinismo constitucional; deve-se sim criar, criticar e tornar a aplicação da ciência jurídica uma função mais coerente com nosso Estado Democrático (Constitucional) de Direito, apontando o processo – aqui devemos nos restringir, diante do espaço que propusemos – como exercício máximo de garantias do débil nesta relação jurídica.

o seu convencimento. Este momento será melhor exposto quando criticarmos a existência de uma "verdade" diante do processo penal.

57. FERRAJOLI. *Direito e razão*, op. cit., p. 684.

Assim, e acompanhando o objetivo de legitimação do processo (penal), não há espaço para demonstrações superficiais de atributos jurídicos permanentes e construções claras para adequação entre a norma e o fato. Ensina, mais uma vez Ferrajoli que "em contraste com as imagens edificantes dos sistemas jurídicos oferecidos a partir de suas representações normativas, e com a confiança *a priori* difusa da ciência jurídica na coerência entre normatividade e efetividade, a perspectiva garantista requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações e, ainda, a consciência do caráter em larga medida ideal – e, em todo caso não realizado e a realizar – de suas mesmas fontes de legitimação jurídica".[58]

Este atributo não merece apenas corporificação normativa (e constitucional), mas por outro lado, operacional. E a partir daí, deve-se rechaçar, por completo, toda a lógica formal no direito, uma vez que destituída de valor e por conseqüência cristalizada como verdadeira ilegitimidade. Mas sim, serve a argumentação jurídica para dar ênfase ao modelo dialético da estrutura jurídica, sempre pautada e originada pelas reservas constitucionais.

Numa ilação superficial, podemos afirmar que a fundamentação das decisões judiciais possui função (política) primordial no processo penal, não apenas como reserva fundamental (na verdade, garantia das garantias); como controle dos atos jurisdicionais; indo além, como imposição da necessidade de uma formação argumentativa judicial, afastando desde já, a falácia de verdades reais construídas no processo. A sua simples presença impõe a construção de juízos de valores que não se coadunam com a lógica formal, por estar afastada, de forma absoluta, da dialética processual. Assim, haverá também a desnecessidade de formalização do binômio verdade e falsidade nas discussões processuais, posto que a partir da presença da motivação das decisões judiciais existirá a imposição de recepção de argumentos – processualmente válidos – expostos pelas partes para a legitimidade (Constitucional e social) de qualquer decisão judicial, o que transporta, ao máximo, a uma *verdade processual.*

58. FERRAJOLI. *Direito e razão*, op. cit., p. 685.

7. Bibliografia

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação.* Elementos para o discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação:* uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal.* 5. ed. Trad. CARDINALLI, José Antônio. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. *Lições sobre o processo penal.* v. 1. Trad. BRUNO, Francisco José Galvão. Campinas: Bookseller, 2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e (em face da) Constituição.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo. As presunções no direito processual penal (estudo preliminar do 'estado de flagrância' na legislação brasileira). *Processo penal:* leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material:* teoria da prova. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. ZOMER, Ana Paula e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRY, Jean-Marc. *As virtudes da discussão.* A sociedade em busca de valores. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Trad. FETO, Luís M. Coucetro. Lisboa: Instituto Piaget. 1996.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *A motivação das decisões judiciais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.* Trad. MACHADO, Roberto Cabral de Melo e MORAIS, Eduardo Jardim. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista).* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES, João Batista. *Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional.* Revista de Processo, v. 35, São Paulo, jul.-set., 1984.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e a nova retórica.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito.* Trad. GALVÃO, Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Lógica jurídica.* Trad. PUPI, Vergínia K. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação:* a nova retórica. Trad. GALVÃO, Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PLEBE, Armando e EMANUELE, Pietro. *Manual de retórica.* Trad. BRANDÃO, Eduardo. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

El uso de la videoconferencia en el proceso penal español

Juan Carlos Ortiz Pradillo
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Castilla-La Mancha, España.

Sumario: 1. Introducción – 2. La utilización de las nuevas tecnologías en el proceso penal – 3. El uso de la videoconferencia en el proceso penal: 3.1 Definición de la videoconferencia; 3.2 Marco normativo: 3.2.1 Regulación internacional; 3.2.2 Derecho comparado; 3.2.3 Derecho español; 3.3 Incidencia del uso de la videoconferencia en los principios rectores del juicio oral: 3.3.1 Publicidad y oralidad; 3.3.2 Contradicción y derecho de defensa; 3.3.3 Inmediación – 4. Ámbito de aplicación: 4.1 Ámbito material; 4.2 Ámbito personal: 4.2.1 Testigos; 4.2.2 Peritos; 4.2.3 Imputados – 5. Presupuestos: 5.1 Legalidad; 5.2 Excepcionalidad; 5.3 Proporcionalidad; 5.4 Especial motivación – 6. Requisitos formales y procedimentales: 6.1 Comunicación bidireccional e interactiva; 6.2 Autenticidad e integridad; 6.3 Innecesidad de transcripción de las grabaciones – 7. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo aborda el estudio de la regulación legal, así como de la admisibilidad en los juicios del empleo de la videoconferencia y de los reconocimientos y declaraciones grabadas en video en el proceso penal español, de acuerdo con el derecho a un proceso debido y público. Particularmente, el trabajo analiza la videoconferencia como mecanismo especial para asistir a los peritos y a testigos vulnerables o susceptibles de intimidación en sus declaraciones en procesos criminales, así como también como instrumento técnico para permitir al acusado presenciar el juicio desde un lugar fuera de la sala y participar en el examen de testigos en su contra, en aquellos casos en los que el acusado obstaculice la válida continuación de la sesión oral.

Abstract: The present work undertakes the study of the regulation and admissibility at trial of live TV link and video recorded cross examinations and interviews in Spanish criminal trials, according to the right to a due process and a public hearing. In particularly, the work analyzes the live TV link as special measure to assist the Experts and vulnerable and intimidated witnesses to testify more effectively in criminal proceedings, and also as technical instrument to allow the accused to observe the trial from outside the courtroom and examine the witnesses against him or her, when the accused tries to disrupt the trial.

Palabras-clave: Proceso penal – Juicio oral – Exploraciones grabadas – Videoconferencia.

Keywords: Criminal action – Oral proceedings (presentation of evidence in a criminal prosecution) – Video-recorded cross-examination – CCTV live link.

Área do Direito: Processo penal; Penal

1. Introducción

En España, se tiene por asumido que el triple fundamento de la legalidad del Estado de Derecho debe descansar sobre tres principios indispensables para la imposición de la pena en el proceso penal: *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, y *nulla poena sine iudicio* o *sine previo legali indicio*. Ese juicio previo ha de regirse por una serie de principios de entre los cuales destaca, en primer lugar, los de publicidad y oralidad. La razón de ser del derecho a un juicio oral y público no es otra que la posibilidad de que el funcionamiento de los Tribunales sea de conocimiento público y pueda ser sometido al control de los justiciables, de manera que puede afirmarse que un juicio con todas las garantías no lo es del todo si no se realiza en público, porque de la misma manera que el juez juzga en nombre de la sociedad, la sociedad hace lo mismo que el juez: juzgar al Derecho y a la Justicia.

Tal y como recuerda Verger Grau,[1] la publicidad de los juicios era una constante en la Alta Edad Media, aunque por influencias ajenas al derecho romano. En los juicios penales era prueba ordinaria el duelo judicial, en donde todo se hacía de palabra y la escritura no tenía ninguna utilidad. Incluso la apelación y la prueba de testigos eran luchas dialécticas y públicas con igualdad de armas entre dos particulares. Sin embargo, con la aparición del proceso inquisitivo romano, allá por el siglo XIII, desaparece la publicidad del juicio en lo más esencial: la práctica de la prueba. Además, la institucionalización de tribunales permanentes con magistrados profesionales, así como la utilización del latín, conducen a una supresión de la publicidad de los juicios, pues desde dicho momento el público no podía entender ya nada de lo que se trataba en el juicio.

En Europa, la mayoría de los ordenamientos adoptaron esta idea inquisitiva del secreto en el proceso penal, hasta que con la Ilustración se comenzó a implantar el juicio penal oral y acusatorio, si bien la instrucción previa en el proceso penal seguía manteniéndose sin publicidad.

En España, el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 disponía lo siguiente:

(Art. 10) "Desde la confesión en adelante [entendida la confesión como el acto en que se hacían cargos al reo y se le leían íntegramente las declaraciones y documentos en que se fundaran aquellos, con los nombres y señas de los testigos] *será público el proceso*, y ninguna pieza, documento ni actuación en él se podrá nunca reservar a las partes. Todas las providencias y demás actos en el plenario, inclusa principalmente la celebración del juicio, serán siempre en audiencia pública, excepto aquellas causas en que la decencia exija que se vean a puerta cerrada; pero en unas y otras podrán siempre asistir los interesados y sus defensores, si quieren."

1. VERGER GRAU, J. Derecho a un proceso público. Derechos procesales fundamentales. *CGPJ*, n. 22, 2004, p. 374.

A este Reglamento Provisional de 1835 le sucedieron dos importantes leyes, de 15.09.1870 y 22.12.1872, que aunque introdujeron evidentes mejoras en el proceso penal, no alteraron su índole inquisitiva. Según nos advierte Alonso Martínez en su loable exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (LECrim), tales reformas establecieron el juicio oral y público, pero mantuvieron el principio *inquisitivo* y el carácter *secreto* del procedimiento en el periodo de instrucción, a lo que se añade el hecho de que era costumbre arraigada que los jueces y magistrados otorgaran escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio a partir de las diligencias realizadas durante el sumario, las cuales se habían formado a espaldas del acusado y de su defensor:

"(...) Nuestros jueces y magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos, convertida en vana formalidad; que, *en ausencia del inculpado y su defensor*, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que pueden favorecerle (...)."

Ante tal situación, Alonso Martínez plantea la necesidad de instaurar la oralidad del juicio y la intervención del procesado en todas las diligencias del sumario, una vez el juez estime que dicha publicidad de las actuaciones no compromete la causa pública, ni estorba el descubrimiento de la verdad. Esto es, se trataba de incorporar el sistema acusatorio también al sumario, para que se comunicasen al acusado todos los autos y éste pudiera intervenir, nombrando un defensor para que le asistiera en todos los reconocimientos judiciales e inspecciones oculares, autopsias, análisis químicos, así como en todas aquellas diligencias periciales que se decretaran y que pudieran influir en la determinación de la índole y gravedad del delito.

En España, la publicidad del proceso penal posee rango constitucional, y no sólo por venir recogida en los principales Textos internacionales –la Declaración

Universal de los Derechos del Hombre, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, o el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de Nueva York–, sino también por estar recogida, no sólo en uno, sino en dos preceptos de nuestra Carta Magna. De un lado, el art. 120.1 de la Constitución Española (CE) advierte que "las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento", y el apartado segundo recuerda que "el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal". Y de otro lado, el art. 24.2 CE consagra como derecho fundamental el derecho a un "proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías".

Se trata, por tanto, de un derecho fundamental referido a que el juicio al que todo acusado tiene derecho ha de ser público, pero no sólo para el mismo, sino también para todos los miembros de la sociedad que quieran asistir a su realización, pues el derecho a un proceso público constituye también un instrumento de seguridad de los ciudadanos contra el arbitrio judicial y contra las irregularidades susceptibles de cometerse bajo el manto protector del secreto procesal.

Pero, además, la importancia del juicio oral y público reside en que es en él donde debe desarrollarse con amplitud la prueba, bajo los principios de publicidad, oralidad, inmediación, concentración, contradicción, e igualdad de armas, y donde el Tribunal ha de formar su convicción para pronunciar su verdecito, a partir de las pruebas practicadas en el juicio, de manera que la fase instructora, sin perjuicio de su importancia para el efectivo *ius puniendi* del Estado, ha de entenderse como una mera preparación del juicio. Las únicas pruebas de cargo que pueden ser valoradas en la sentencia son las practicadas en el juicio oral, bajo los principios anteriormente mencionados, mientras que las diligencias practicadas en la fase de instrucción son solamente medios de investigación que permiten preparar la decisión sobre la apertura del juicio oral e identificar y asegurar los medios de prueba. Así, la convicción del Tribunal encargado de dictar sentencia sobre los hechos enjuiciados debe alcanzarse *en contacto directo* con los medios aportados a tal fin por las partes, y si bien dicha regla general admite, sin embargo,

excepciones en las que puede llegar a atribuirse valor probatorio a determinadas diligencias sumariales, tales excepciones han de ser interpretadas restrictivamente, e incorporadas debidamente al plenario.[2]

2. La utilización de las nuevas tecnologías en el proceso penal

Constituye un hecho indiscutible la importancia que los avances científicos y las nuevas tecnologías han adquirido en la sociedad actual, y la Administración de Justicia no puede permanecer ajena a tales avances científicos. Hoy son realidad nuevas figuras jurídicas, como por ejemplo, la contratación electrónica, pero también nuevos delitos relacionados con lo que se ha venido a denominar *cibercrimen*, surgidos a partir de la implantación y desarrollo de las redes de telecomunicaciones e *Internet*.

Por ello, al igual que el derecho penal debe ser actualizado para cubrir todos esos delitos de nuevo cuño relacionados con el empleo de las nuevas tecnologías, el proceso penal no puede quedar al margen de dicha evolución, a través del establecimiento de nuevos métodos de investigación y prueba apropiados para el enjuiciamiento de esos delitos. Así por ejemplo, al amparo del concepto amplio de documento a efectos penales previsto en el art. 26 del Código Penal (CP),[3] se admiten como medios de prueba, más allá del clásico documento en soporte de papel, desde una fotografía, una cinta magnetofónica, un disquete, un CD o un DVD, hasta toda clase de imágenes y filmaciones en cualquier soporte, analógico o digital, tanto si se trata de filmaciones realizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como por cámaras de seguridad de edificios, de vigilancia de tráfico, o

2. SSTC 217, de 21.09.1989; 161, de 19.10.1990; 303, de 25.10.1993; 200, de 03.12.1996; 40, de 27.02.1997; 2, de 14.01.2002; y 12, de 28.01.2002.

3. Art. 26 CP: "A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica".

realizadas por particulares o por medios de comunicación.[4] De hecho, el Tribunal Supremo, en su Sentencia (STS) de 05.02.1988, ya afirmaba que "las innovaciones tecnológicas –el cine, el vídeo, la cinta magnetofónica, los ordenadores electrónicos etc.– pueden y deben incorporarse al acervo jurídico procesal en la medida en que son expresiones de una realidad que el Derecho no puede desconocer".

En España, la primera mención a la posibilidad de utilizar las nuevas tecnologías para la documentación de los actos procesales se establecía en el art. 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que en su redacción originaria, decía lo siguiente:

"Podrán utilizarse en el proceso cualesquiera medios técnicos de documentación y reproducción, siempre que ofrezcan las debidas garantías de autenticidad. La ley regulará los requisitos y formas de su utilización."

Posteriormente, por medio de la Ley Orgánica (L.O.) 16/1994, de 8 de noviembre, dicho artículo vino a quedar regulado de la siguiente manera:

"1. Los juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la L.O. 5/1992 de 29 octubre, y demás leyes que resulten de aplicación.

2. Los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. (...)"

La reforma legislativa de 1994 tenía como fin la modernización de la Administración de Justicia, mediante la utilización de medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos para la tramitación y documentación de las actuaciones judiciales, permitiéndose, a su vez, que los ciudadanos pudieran relacionarse con la Administración de Justicia a través de medios técnicos. Esto es, se trataba de

4. Vid. SANCHÍS CRESPO, C. El soporte informático de escritura como prueba en el proceso penal (pasado y futuro de la prueba documental). *Estudios jurídicos*. Ministerio fiscal, 1998-VIII, p. 643; SUÁREZ-QUIÑONES FERNÁNDEZ, J. C. Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, n. 2.024, 2006, p. 4.517.

reconocer la posibilidad de utilizar programas, aplicaciones y sistemas informáticos que permitieran a los ciudadanos comunicarse de manera telemática con los órganos judiciales, y a éstos otorgar validez a los documentos emitidos, cuando pudiera garantizarse la identificación del órgano, así como la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos de acuerdo con los derechos y garantías establecidos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

En la misma dirección, el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, firmado entre los dos principales partidos políticos españoles el 28.05.2001, también destacaba como uno de los fines de dicha reforma la modernización, informatización y *ofimatización* de la Oficina Judicial, a través de la implantación de manera generalizada del uso de las nuevas tecnologías, "pasando de la *posibilidad* de uso de los medios informáticos y telemáticos a la *obligatoriedad* de la implantación y uso de estos sistemas en todos los Órganos jurisdiccionales y entre quienes profesionalmente se relacionan con la Administración de Justicia".

3. El uso de la videoconferencia en el proceso penal

A pesar de lo mencionado con respecto a la reforma de la LOPJ de 1994, y a lo pretendido en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, resulta posible afirmar que el uso de la videoconferencia en el proceso penal, más allá de servir como *símbolo de modernización de la Administración de Justicia*, tiene sus orígenes en la necesidad de dotar de una mayor protección los derechos de las víctimas.

En este sentido, podemos destacar diversas declaraciones y documentos internacionales dirigidos a potenciar la protección y ampliación de los derechos de las víctimas, entre los que cabe mencionar la Convención Europea 116 del Consejo de Europa, de 24.11.1983, la Recomendación R (85) 11, del Comité de Ministros de los Estados miembros, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal, adoptada por el Comité de Ministros el 28.06.1985, o la Declaración de Principios Básicos de Justicia a favor de las

víctimas del delito y el abuso de poder, adoptada el 29.11.1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.[5]

De los diversos documentos e informes internacionales referidos a la posición de la víctima en el proceso penal, hay que destacar la Recomendación R (97) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 10.09.1997, en la que se reconoce a los testigos la posibilidad de testificar con la utilización de métodos alternativos que les protejan contra todo riesgo de intimidación resultante de la confrontación cara a cara con el acusado, como pudiera ser el caso, por ejemplo, de tomarles declaración en una habitación separada, en ausencia del imputado.

En un primer momento, en España se consideró que la posibilidad de permitir que la víctima declarase en ausencia del acusado era contraria a los requisitos de publicidad y del derecho de defensa del imputado, pues el art. 6.3.d) del Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH) garantiza al imputado la posibilidad de estar presente en la declaración de los testigos de cargo y a interrogarlos o hacerlos interrogar. Por ello, se rechazó el carácter de prueba de cargo al testimonio prestado bajo tales circunstancias al estimar que los principios de publicidad, contradicción y defensa exigían que las pruebas testificales se practicasen bajo la presencia de los acusados, para que éstos pudieran conocer los cargos que contra ellos se esgrimen y pudieran en ese mismo acto preguntar o repreguntar sobre las acusaciones o manifestaciones vertidas.[6]

Sin embargo, posteriormente se han admitido los denominados *testimonios ocultos*, diferenciándolos de los testimonios anónimos en que se conoce la identidad del testigo pero no su aspecto físico, porque el testigo que presta su declaración en el juicio oral lo hace en unas condiciones físicas tales que imposibilitan la confrontación visual con el imputado. Así, para el Tribunal Constitucional, la declaración de la víctima de manera oculta respetaba los principios de publicidad, contradicción

5. Un estudio específico sobre la victimología y los distintos textos internacionales referidos a ella puede verse en FERREIRO BAAMONDE, X. La víctima en el proceso penal. Madrid: La Ley, 2005, p. 62 y ss.

6. SSTS, sala 2ª, de 20.02.1989, 21.06.1990 y 17.09.1990.

e inmediación, pues el juicio se celebra en la sede del Tribunal y se documenta en la correspondiente Acta, sin que consten restricciones de acceso a su celebración o de obtener o difundir información acerca del mismo, ni tampoco se limita la contradicción, ni la igualdad de armas procesales y ejercicio del derecho de defensa, pues el acusado puede interrogar a los testigos, pese a que no los vea.[7]

La plasmación legislativa de dicha posibilidad tuvo lugar con la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales, a través de la cual se facultó al Juez o Tribunal para adoptar aquellas medidas legales de protección que considerase necesarias, previa ponderación de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, y referidas a preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, así como también se estableció expresamente la posibilidad de que tales sujetos pudieran comparecer para la práctica de cualquier diligencia *utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.*

Desde entonces, se ha admitido jurisprudencialmente el empleo de todo tipo de medios para facilitar la declaración del testigo oculto como, por ejemplo, la distorsión de la voz, la colocación de biombos, cortinas, la colocación del testigo a espaldas del imputado, o incluso mediante la utilización de un pasamontañas o hasta un casco de motorista.[8] Sin embargo, desde la doctrina se ha cuestionado el empleo de la técnica del pasamontañas o del biombo entre el acusado y la víctima por ser un sistema que, además de poder resultar incluso vejatorio o degradante para el testigo,[9] favorece escasamente la tranquilidad anímica y disminuye muy poco la intimidación que el testigo pueda tener cuando sabe que detrás de esa mampara o biombo está el acusado o la persona que atentó contra ella, cuando el declarante

7. STC 64, de 28.02.1994.

8. SSTS, sala 2ª, de 08.07.1994, 14.02.1995, 09.03.1999, 05.02.2001, 30.04.2002, o 05.10.2006.

9. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.; FERREIRO BAAMONDE, X. La protección de la víctima en la vista del juicio oral. *VV.AA.*: Investigación y prueba en el proceso penal. Madrid: Colex, 2006, p. 296.

es la víctima. Vemos, por tanto, como la utilización de medios audiovisuales que permitan al testigo, no sólo no ser reconocido, sino no tener que declarar cerca ni en confrontación con el agresor, merecen una acogida positiva.[10]

A pesar de todo lo anterior, la regulación genérica del uso de medios telemáticos establecida en el art. 230 LOPJ suscitaba posiciones encontradas entre la doctrina y la jurisprudencia a la hora de determinar si el uso de las nuevas tecnologías, y en particular la videoconferencia, contaba con suficiente cobertura legal para aplicarse en el proceso penal.

Desde la doctrina se consideraba que se trataba de una auténtica regla general de autorización suficiente.[11] Y sin embargo, la Fiscalía General del Estado se mostró reacia en un primer momento (Instrucción FGE 1/2002, de 7 de febrero) a la posibilidad de la celebración de juicios orales en materia penal a través de videoconferencia, por falta de la debida cobertura legal, pues opinaba que lo previsto en el art. 230.1 LOPJ se refería al envío de escritos y documentos por medios telemáticos. Y además, entendía que la celebración de un juicio oral por videoconferencia podía afectar a los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción.

Por el contrario, en su Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, la Fiscalía General cambia de parecer y admite la posibilidad de realizar actos procesales a través de

10. Mediante la L.O. 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas, se reformaron los arts. 448 y 707 LECrim para evitar la confrontación visual entre los testigos o víctimas menores de edad y el procesado, "utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba". En este sentido, DAMIÁN MORENO, J. Un juicio sin miedo. *La ley*, n. 6.269, 2005, p. 1; MAGRO SERVET, V. La victimización secundaria de los menores en el proceso penal. *La ley*, 2005-III, p. 1.948.

11. DE LA MATA AMAYA, J. La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales. *Actualidad penal*, v. 3, 2002, p. 1.271; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal. *Actualidad jurídica Aranzadi*, n. 526, 2002, p. 9; MAGRO SERVET, V. Las nuevas tecnologías en el proceso penal. En particular, el uso de la videoconferencia. *Estudios de derecho judicial*, n. 58, 2004, p. 177 y ss.; VELASCO NÚÑEZ, E. La videoconferencia llega a los juzgados. *La ley*, n. 5.481, 2002, p. 2; TIRADO ESTRADA, J. La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal. Especial referencia a su compatibilidad con el ordenamiento jurídico interno español. *Estudios jurídicos*. Ministerio fiscal, 2003-III, p. 404.

videoconferencia, con carácter excepcional, eso sí, y salvo en los casos de posible afectación de derechos fundamentales.

Ante tal variedad de opiniones, así como también para fomentar el uso de las videoconferencias por las fiscalías y tribunales, desde la Dirección General de Modernización de la Administración se promovió la oportuna reforma de la LOPJ y su LECrim, y así, a través de la L.O. 13/2003, se reformaron diversos preceptos orgánicos y procesales para regular de un modo más exhaustivo el ámbito de aplicación de la videoconferencia en el proceso penal. En concreto, el art. 229.3 LOPJ establece ahora lo siguiente:

"1. Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación.

2. Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley.

3. Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.

En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo."

3.1 Definición de la videoconferencia

La videoconferencia puede ser definida como un sistema de comunicación a distancia capaz de transmitir, en tiempo real y a la vez, la imagen, el sonido y los datos,

entre personas situadas en dos o más lugares distintos, a través de la línea telefónica, fibra óptica, o vía satélite. En cada punto de conexión se utiliza un equipo compuesto por un televisor o monitor de alta resolución capaz de reproducir la imagen y el sonido, y un equipo de transmisión, de modo que se establece entre los distintos grupos de partícipes una comunicación bidireccional plena en tiempo real de un acto al que asisten personas que se encuentran en lugares diferentes, como si dicho acto tuviere lugar en la misma sala. Además, cabe la posibilidad de colocar en cada punto de conexión un *joystick* o mando a distancia mediante el cual se puede manejar la cámara situada en la sala, o bien establecer en uno solo de los puntos un mando a distancia capaz de controlar de manera remota las cámaras situadas en los otros puntos de conexión. Por ello, este sistema supera a la instalación de cámaras y micrófonos fijos, pues permite a la persona que controla el sistema realizar tomas completas de la sala, seguimiento automático de movimientos o desplazamientos en la sala, acercar el zoom a la persona que toma la palabra, e incluso permite la visualización de documentos o la reproducción de grabaciones de manera simultánea en los distintos puntos de conexión, por lo que resulta un sistema sumamente versátil para adaptarse a las diferentes necesidades que sean impuestas en la práctica de los distintos actos procesales.[12]

3.2 Marco normativo

3.2.1 Regulación internacional

El principal instrumento internacional con que cuenta España y que regula la utilización de la videoconferencia en el proceso penal es el Convenio de la Unión Europea relativo a la asistencia judicial en materia penal de 29.05.2000,[13] cuyo

12. TIRADO ESTRADA, J. La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal... cit., p. 385.

13. DOUE C 197, de 12.07.2000. Su aplicación provisional fue publicada en el BOE 247, de 15.10.2003, y su entrada en vigor para España fue el 23.08.2005 (publicado en el BOE 258, de 28.10.2005). Vid. también el Informe explicativo del Convenio, aprobado por el Consejo el 30.11.2000 (DOCE C 379, de 29.12.2000).

art. 10 prevé la posibilidad de audición por videoconferencia del testigo o perito, e incluso del imputado que se halle en el territorio de otro Estado miembro, cuando no sea oportuno o posible que dicha persona a la que se deba oír comparezca personalmente en el territorio del Estado miembro requirente.

Con anterioridad, en otros textos europeos también se hacía mención al empleo de la videoconferencia. Así por ejemplo, una de las recomendaciones de la Resolución del Consejo de 23.11.1995,[14] relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional, se refiere a la posibilidad de declarar en un lugar distinto de aquél en el que se encuentra la persona objeto de la diligencia, recurriendo, en caso necesario, a procedimientos audiovisuales y de conformidad con el principio de audiencia contradictoria. En la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 20.12.1996,[15] relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada, se invita a los Estados miembros a que adopten medidas de protección adecuadas respecto a los testigos, sus padres, hijos y otras personas allegadas a ellas, así como a las personas que, por el hecho de estar dispuestas a cooperar con el proceso judicial, estén expuestas a peligro grave e inmediato o pudieran estarlo, para lo cual se recomienda tener en cuenta lo previsto en la Resolución del Consejo de 23.11.1995. Y la Acción Común 97/154/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños,[16] preveía que los Estados miembros adoptaran las medidas necesarias para asegurar la protección de los testigos que faciliten información sobre tales hechos delictivos, empleando para ello los medios tecnológicos que permitan su declaración de forma segura en el acto del juicio.

14. DOUE C 327, de 07.12.1995.
15. DOUE C 10, de 11.01.1997.
16. DOUE L 63, de 04.03.1997.

De otra parte, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, de 15.03.2001,[17] dispone en su art. 11, respecto de las víctimas residentes en otro Estado miembro, que las autoridades de cada Estado deberán recurrir en la mayor medida posible para la audición de las víctimas residentes en el extranjero a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica previstas en los arts. 10 y 11 del Convenio de 29.05.2000. Es decir, dicho Convenio no se aplica solamente a testigos, peritos y acusados, y sino también a las víctimas.

Y por último, otras normas internacionales que prevén el uso de la videoconferencia son las Reglas de Procedimiento y Prueba aprobadas para los Tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, en las que se dispone que las declaraciones testificales puedan manifestarse mediante videoconferencia (Reglas 71 (D) y 71 *bis*), o que el testimonio de víctimas y testigos especialmente vulnerables puedan realizarse a través de un circuito cerrado de Televisión. En el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998,[18] sus arts. 68 y 69 permiten que puedan presentarse pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales, así como también es posible que el testigo preste testimonio "por medio de una *grabación* de video o audio". Y respecto del acusado, su art. 63.2 señala la posibilidad de que si el acusado perturbare continuamente el juicio, la sala pueda ordenar que el acusado salga de la misma y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación, si bien esta medida se adoptará únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario. Dicha posibilidad también se previó en su momento para los Tribunales internacionales para la

17. DOUE L 82, de 22.03.2001.

18. Aprobado en Roma el 17.07.1998, y ratificado por España mediante L.O. 6/2000, de 4 de octubre (BOE n. 239, de 5 de octubre).

antigua Yugoslavia y Ruanda (Regla 80), pero en aquel momento no se previó la posibilidad de que el acusado expulsado de la sala de vistas pudiera seguir el curso de las actuaciones a través de la videoconferencia.

3.2.2 Derecho comparado

En los EE.UU., la *Criminal Justice Act de 1988* (section 32) introdujo la utilización de circuitos cerrados de TV (*live CCTV*) para la declaración de niños testigos en casos referidos a ofensas sexuales, mediante la conexión en directo a través de televisión o a través de otro mecanismo en el que el testigo, a pesar de su ausencia de la sala del órgano judicial o de otro lugar en el que está teniendo lugar el juicio, pueda ver y oír a una persona allí y puede ser visto y oído por el tribunal o el jurado, los representantes legales de las partes, y cualquier otro intérprete o persona designada para asistir al testigo. Tras la reforma de dicha norma por la *Criminal Justice Act de 1991* (section 54), se incorporó una Sección 32ª que permitía la grabación en vídeo de la entrevista a un menor, entrevista que podía ser dirigida por la policía o por un asistente social en los comienzos de la investigación, para ser posteriormente introducida como prueba en sustitución de la exploración del menor en el juicio. Finalmente, la *Youth Justice and Criminal Evidence Act de 1999* (YJCE) ha implementado las medidas para proteger y asistir a los testigos vulnerables y susceptibles de intimidación ante los tribunales penales, y además de permitir la grabación de las entrevistas o la utilización de circuitos cerrados de TV, también se permite la utilización de biombos, exploraciones grabadas (*video-recorded cross-examination*), la utilización de intermediarios, o el mandato de despejar la sala pública cuando vaya a declarar un menor.

En Europa, el país pionero en regular el uso de la videoconferencia en el proceso penal fue Italia, en donde el uso de la videoconferencia en el marco del proceso penal fue utilizada por primera vez en 1992, mediante ley de 7 de agosto, en los atentados cometidos por la mafia contra los magistrados Falcone y Borsalino. Posteriormente, la Ley 11, de 07.01.1998 reguló detalladamente su utilización en

el procso penal. Y finalmente, con la Ley 367, de 05.10.2001, de ratificación de la ejecución del Convenio entre Italia y Suiza para completar el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal de 20.04.1959, se ha introducido un art. 205 *ter* en el Código Procesal Penal italiano que prevé el uso de la videoconferencia con países extranjeros, en defecto de acuerdos internacionales, para la audición de testigos y peritos, así como de imputados detenidos en el extranjero que no puedan ser transferidos a Italia, siempre y cuando el imputado preste su consentimiento y el Estado extranjero asegure la posibilidad de presencia de un abogado defensor en el lugar donde se realice la videoconferencia.

En Francia, las Leyes 2001-1062, de 15.11.2001 y 2002-1138, de 09.09.2002, han reformado el Código Procesal Penal francés en orden a permitir que determinadas personas puedan declarar sin que su identidad y dirección aparezcan en el sumario del procedimiento. En concreto, el art. 706-61 del CPP francés permite que la declaración del testigo sea tomada, conforme a lo previsto en el art. 706-58 (es decir, sin que se refleje su identidad y dirección), por medio de la utilización de un dispositivo técnico que permita la audiencia del testigo a distancia, así como también se permite que el imputado pueda pedir que se interrogue al testigo a través de su abogado utilizando estos mismos medios técnicos. También se establece expresamente que la voz del testigo sea oída de forma no identificable, utilizando para ello los mecanismos técnicos adecuados.

En Alemania, la utilización de la videoconferencia o de métodos de reproducción de la imagen y el sonido ya se había utilizado por los tribunales mucho antes de la oportuna habilitación legal.[19] En 1998, la Ley de Protección de Testigos (*ZSchG*)[20]

19. El *Landgericht* de Mainz acordó en 1995 la declaración del testigo desde otra sala separada de la sala de vistas y su transmisión directa a esta última mediante la reproducción de la imagen y el sonido, cuya técnica pasó a denominarse *Mainzer Modell*, por no estar previsto legalmente (publicado en *NJW* 1996, p. 208).

20. Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte. (Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes; Zeugenschutzgesetz – ZSchG), de 30.04.1998. En vigor desde 1 de diciembre de ese mismo año. Véase también la Ley de Armonización para la protección

reformó varios preceptos del Código Procesal Penal alemán (*StPO*) de manera que ahora se prevé que, durante la fase de investigación, se tome declaración al testigo a través de métodos de reproducción de la imagen y el sonido (§ 168e StPO), así como también se establece, durante el juicio oral, la posibilidad de que el Tribunal acuerde la salida del acusado de la sala de vistas durante el interrogatorio del testigo (§ 247 StPO) o bien que éste preste su declaración fuera de la sala de vistas, incluso a través de métodos audiovisuales, o sin confrontación visual con el acusado, o que se acuerde la exclusión de la publicidad de la vista (§ 247a StPO), así como también se permite la sustitución de la declaración del menor en el juicio oral por la lectura de las declaraciones prestadas en la fase de instrucción, cuando ésta haya quedado registrada en soporte audiovisual (§§ 251 y 255a StPO), lo cual, aunque referido a los menores de 16 años, también se ha ampliado a otros supuestos de testigos que merecen protección para evitar una confrontación real ante el acusado, a través de diversos mecanismos de preservación de su identidad, entre los que cabe señalar la videoconferencia,[21] posibilidad que también resulta aplicable cuando el testigo se encuentra en el extranjero y su presencia en el juicio oral resulta imprescindible.[22]

3.2.3 Derecho español

En España, la regulación actual del empleo de la videoconferencia proviene de la reforma operada en virtud de la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, que además de modificar la LECrim en materia de prisión provisional, se reformaron diversos preceptos orgánicos y procesales para regular de un modo más exhaustivo el ámbito de

de testigos en caso de peligro de muerte (Gesetz zur Harmonisierung des Schutzes gefährdeter Zeugen. ZeugenschutzHarmonisierungsgesetz (ZSHG), de 11.12.2001.

21. WEIGEND, T. Schutzbedürftige Zeugen im Strafverfahren. *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht.* Berlin: Duncker & Humbolt Verlag, 1998, p. 1.481 y ss.; Ídem en Tendenzen und Konfliktbereiche im deutschen Strafverfahrensrecht. *Studi in onore di Giorgo Marinucci.* Milano: Giuffrè, 2005 (separata), p. 2.869; RANFT, O. *Strafprozessrecht.* 3. Auflage. Richard Boorberg Verlag, 2005, p. 197 y ss.

22. KÜHNE, H. H. *Strafprozessrecht.* 7. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2006, p. 482.

aplicación de la videoconferencia en el proceso penal. Así, junto con lo dispuesto en el art. 229.3 LOPJ –ya mencionado anteriormente–, el art. 306 LECrim posibilita que el fiscal pueda intervenir en la actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia para acordar o no la prisión provisional del detenido, mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido. Durante la fase de instrucción, el art. 325 LECrim permite al juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, o de especial gravosidad, que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición, se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 LOPJ. Y lo mismo se dispone en el nuevo art. 731 bis LECrim, para la fase del juicio oral, artículo recientemente modificado por la L.O. 8/2006, de reforma de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, y en virtud de la cual se ha incluido expresamente, como supuesto de aplicación de la videoconferencia, el hecho de que el interviniente sea menor de edad.

3.3 Incidencia del uso de la videoconferencia en los principios rectores del juicio oral

El uso de la videoconferencia no vulnera *per se* ningún principio referido a la publicidad, la contradicción, la oralidad o la inmediación, pues no deja de ser un instrumento técnico que permite que la prueba acceda al proceso, como nueva modalidad de práctica de la misma, de modo que será la forma en que se acuerde su práctica o se lleve a cabo su ejecución la que podría, en todo caso, resultar contraria a alguno de estos principios.[23]

23. DE LA MATA AMAYA, J. La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales... cit., p. 1.273.

3.3.1 Publicidad y oralidad

La transparencia que conlleva la realización de manera pública de las actuaciones procesales tiene una doble finalidad, dentro del derecho a un proceso con todas las garantías. De una parte, el juicio oral supone dar a las partes que intervienen la plena posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos. Para el acusado en particular, en el juicio oral se manifiesta especialmente su derecho de defensa, al comunicarle plenamente la acusación de que es objeto y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa que considere oportunos. La segunda finalidad es que el Tribunal disponga de todos los elementos de juicio necesarios para dictar su sentencia "(...) apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados (art. 741 LECrim)".

Si tomamos los argumentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1994, de 28 de febrero –referida a la validez de los testimonios ocultos–, observamos como el Tribunal Constitucional entendió que "la publicidad del proceso no resultó vulnerada porque el juicio se celebró en la sede del Tribunal y se documentó en la correspondiente acta, sin que consten restricciones de acceso a su celebración o de obtener o difundir información acerca del mismo". Lo mismo puede afirmarse con respecto al uso de la videoconferencia, pues se realiza en las mismas condiciones de publicidad mediata o inmediata, absoluta o relativa, que puedan darse en el desarrollo de cualquier acto procesal que se realizara de la forma tradicional (la declaración de un testigo en fase sumarial, la vistilla con el Fiscal para acordar o no la prisión provisional etc.). Y de igual modo, ninguna restricción se produce con relación al principio de oralidad, pues por la propia naturaleza de la videoconferencia, ésta siempre se desarrollará de manera oral.

3.3.2 Contradicción y derecho de defensa

La vigencia efectiva del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo. El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en su práctica y, en lo que se refiere concretamente a la defensa, le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos que a su juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio. Cuando se trata de pruebas personales, tal principio se manifiesta en el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes declaran en contra del acusado, según se prevé en el art. 6.1 del CEDH. Por lo tanto, como regla, la privación del ejercicio de este derecho tiene que estar especialmente justificada y motivada.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio, pues conforme a las exigencias dimanantes del art. 6.3, d) del CEDH, el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso,[24] si bien ha reconocido que tal principio puede tener excepciones.

El uso de la videoconferencia no mengua ni debilita la contradicción necesaria que ha de existir conforme a lo previsto en el art. 6.3, d) del CEDH, pues a pesar de que el testigo no se encuentre físicamente en la misma sala en la que se encuentran el acusado y su abogado defensor, la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos resultan respetados –tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado–,

24. SSTEDH caso Unterpertinger c. Austria, de 24.11.1986; caso Kostovsky c. Holanda, de 20.11.1989; caso Windisch c. Austria, de 27.09.1990; caso Luca c. Italia, de 19.02.1991; caso Lüdi c. Suiza, de 15.06.1992, y A. M. c. Italia, de 14.12.1999; caso Isgro c. Italia, de 20.09.1993; caso Saïdi c. Francia, de 27.02.2001.

pues cualquiera de ellos puede intervenir y efectuar preguntas o solicitar las aclaraciones que estime oportunas, así como también se posibilita que el acusado pueda contradecir las argumentaciones contrarias con aportaciones propias.[25]

3.3.3 Inmediación

La publicidad y oralidad del juicio penal están indiscutiblemente unidas a la inmediación, hasta el punto de poder afirmar que, si se defiende la oralidad, lo que precisamente se está buscando es lograr la inmediación, esto es, la presencia física del juzgador en el desarrollo de la fase probatoria y en contacto directo con las fuentes personales de prueba.[26]

Es cierto que los tribunales han *hipervalorado* este principio, entendiéndolo como el único modo de valoración de la prueba personal, de manera que "lo visto y oído" por el juez en ese encuentro con sus fuentes de información es de imposible fiscalización por quien no ha participado. Ni siquiera aun en el caso de que se registrase literalmente el interrogatorio, pues no podrían incluirse los aspectos gestuales de la comunicación (el rostro, los ojos, el movimiento, el tono de voz, el modo de decir, los silencios...) de los cuales el juez abría sido espectador privilegiado y exclusivo.[27] Es más, se ha llegado a declarar que "la convicción que, a través de la inmediación, forma el tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y *hasta intuición*, que no son expresables a través de la motivación".[28] Por ello, se concluye que la publicidad, la contradicción y, sobre todo la inmediación, representan las ventajas del proceso celebrado a presencia de los jueces que ven y oyen lo que ya después

25. Vid. DE LA MATA AMAYA, J. La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales... cit., p. 1.279.

26. Sánchez Parellada, J. El acta del juicio oral en el proceso penal y las nuevas tecnologías. *Actualidad penal*, n. 13, 2003, p. 361.

27. Andrés Ibáñez, P. Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, n. 46, 2003, p. 59 y ss.

28. STS, sala 2ª, de 12.02.1993.

otros ojos y oídos no percibirán, como es el caso de la valoración en la vista de los gestos, las actitudes, las turbaciones y las sorpresas de cuantos intervienen en el plenario, todo lo cual permite a los jueces de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de las respectivas declaraciones.[29]

Esta inmediación exigible no resulta afectada tampoco por el uso de la videoconferencia, tal y como ha reconocido nuestro Tribunal Supremo, incluso antes de la actual regulación, en su Sentencia de 05.10.2001, declarando que "hoy existen procedimientos técnicos, como la video-conferencia, que permiten conectar la sala donde se celebra el juicio con otro lugar diferente donde se encuentran los testigos y así las partes pueden formular directamente las preguntas y escuchar las respuestas como si el testigo estuviera allí físicamente presente, con lo cual la inmediación quedará también satisfecha".

En la misma línea, la Instrucción 3/2002 de la FGE se muestra partidaria de recurrir al empleo de la videoconferencia en cuanto al auxilio judicial, tanto nacional como internacional, porque *la utilización de esta nueva tecnología permite incluso un mayor cumplimiento de las exigencias del principio de inmediación por cuanto posibilita que el Juez o Tribunal que conoce del asunto presencie personalmente la práctica de la prueba*. Incluso se ha defendido que en la comunicación a distancia a través de videoconferencia, la percepción del juez puede llegar a ser considerada como mejor y mayor en cuanto a los detalles que pueden darse en una vista oral física, pues dicho mecanismo permite planos generales, seguimientos, planos cercanos, o aplicaciones de zoom respecto de determinados detalles.[30]

Así, al igual que el Tribunal Supremo ha declarado, con respecto al uso de las videocámaras y su valor como diligencia de investigación, que la grabación videográfica *no supone una prueba distinta a la percepción visual, y que en realidad sólo se perpetúa ésta al quedar fijada una secuencia de imágenes y sonidos*, puede afir-

29. STS, sala 2ª, de 24.05.1996.

30. TIRADO ESTRADA, J.: "La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal. Especial referencia a su compatibilidad con el ordenamiento jurídico interno español". *Estudios jurídicos...* cit., p. 407.

marse que la videoconferencia posibilita una percepción visual y sonora, directa y recíproca, y en tiempo real, entre el juzgador y los demás intervinientes, lo que constituye la esencia de la inmediación.[31] Así por ejemplo, en la STS de 16.06.2005 afirma expresamente que "la técnica audiovisual de la videoconferencia, permite una comunicación en ambos sentidos, de tal manera que es posible afirmar la necesaria inmediación, así como la oralidad y contradicción, a pesar de encontrarse el testigo en otro lugar, y por tanto no haber un contacto visual directo". En la STS de 26.01.2006, referida a un caso en el que varias testigos protegidas declararon por videoconferencia, el Tribunal Supremo afirma que "la defensa *pudo ejercitar en las mismas condiciones que la acusación la contradicción sobre la testigo,* por lo que, consecuentemente, no puede estimarse que se le haya deparado perjuicio alguno en las posibilidades defensa de la parte recurrente". Pero además, se afirma expresamente que el tribunal instancia "ha otorgado credibilidad a las testigos por encontrar sólida y firme su declaración, *en uso de la facultad de apreciación directa e inmediata de la prueba*". Es decir, califica la prueba por videoconferencia como apreciación directa e inmediata, por lo que la videoconferencia cumple con los requisitos de inmediación, y en un sentido similar se pronuncia en su STS de 05.10.2006, respecto a una prueba anticipada desarrollada mediante videoconferencia, al declarar que "la celebración de la declaración en videoconferencia no sólo no supuso ninguna vulneración de los derechos de la defensa, sino que ésta vio, oyó y pudo contrainterrogar. Existió inmediación, oralidad y contradicción".

4. Ámbito de aplicación

A la hora de analizar el ámbito de aplicación de la videoconferencia en el proceso penal, es preciso diferenciar entre ámbito material de aplicación (es decir, las distintas actuaciones que pueden realizarse a través de este sistema de comu-

31. SSTS, sala 2ª, de 14.05.1994, 05.05.1997 y 27.02.1996. Vid. SUÁREZ-QUIÑONES FERNÁNDEZ, J. C. Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal... cit., p. 4.534.

nicación) y ámbito personal o subjetivo de aplicación (por razón del sujeto que interviene como personaje central en dicha actuación, y que puede ser un testigo, la víctima, un perito, o el propio imputado).

4.1 Ámbito material

De acuerdo con la amplitud de supuestos previstos en el tenor literal del art. 229.2 LOPJ ("declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas") y con la genérica mención de los arts. 325 y 731 *bis* LECrim sobre los motivos legales que amparan el empleo de la videoconferencia ("utilidad, seguridad o de orden público, y cuando se trate de una comparecencia particularmente gravosa o perjudicial –oportunidad"), podría afirmarse que casi cualquier intervención que deba hacerse durante el proceso penal por medio de la palabra es susceptible de poder realizarse a través de la videoconferencia.

Sin embargo, las posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia al respecto resultan diferentes. Desde la doctrina[32] se ha interpretado de manera amplia los supuestos en los que resulta útil el mecanismo de la declaración por videoconferencia, en virtud de las múltiples ventajas que ofrece, por lo que se han señalado como supuestos todos aquellos en los que se pueda llegar a conseguir alguna de las siguientes mejoras:

– agilización de la actividad jurisdiccional: permite a tiempo real la realización de actuaciones judiciales con puntos diversos y distantes en el espacio y tiempo de la sede del órgano judicial, que de hacerse pro conducto ordinario tardaría días o meses (ej.: las comisiones rogatorias nacionales e internacionales);

32. Vid. el folleto *Sistema de videoconferencia de la Administración de Justicia*, elaborado por el Ministerio de Justicia dentro del Plan de implantación del sistema de videoconferencia. Disponible en: <www.mju.es/videoconferencia.pdf>; la Instrucción FGE 3/2002, de 1 de marzo, así como DE LA MATA AMAYA, J. La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales... cit., p. 1.279; MAGRO SERVET, V. Las nuevas tecnologías en el proceso penal... cit., p. 183; GARRIDO CARRILLO, F. J. El secretario judicial, clave en el nuevo modelo de oficina judicial tecnológicamente avanzada. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 8, 2005, p. 91; TIRADO ESTRADA, J. La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal... cit., p. 385.

– mayor seguridad: al evitarse el traslado de reclusos y presos preventivos a los órganos judiciales, disminuyendo así los riesgos de fuga y accidentes de tráfico;

– menores perjuicios para los testigos, al protegerse la libre y espontánea declaración de personas, para evitar en la medida de lo posible la denominada *victimización secundaria*, sobre todo en las infracciones penales contra la libertad e indemnidad sexual o en supuestos de violencia doméstica grave;

– reducción de desplazamientos: al poder intervenir en las actuaciones judiciales peritos, testigos y partes con domicilio o residencia fuera del partido judicial del Juzgado o Tribunal actuante, así como también se reducen los traslados desde Centros penitenciarios, cuando el interno deba comparecer ante un Juzgado o Tribunal, para la práctica de algún acto procesal;

– mejor organización del trabajo en los órganos judiciales, al evitar aplazamientos o demoras en los señalamientos de las diferentes actuaciones judiciales por motivos de distancia física. También se mejoraría el rendimiento de los organismos e institutos nacionales encargados de los informes periciales, pues los peritos podrían centrarse en su jornada laboral en sus diversas actividades, sin tener que desplazarse fuera de la sede;

– reducción de costes. Se evita el pago de dietas a peritos y testigos, y los gastos de custodia y traslado de presos. También los cuantiosos gastos derivados de la comparecencia como testigos de policías destinados en ese momento en otra comunidad autónoma o provincia.

Por el contrario, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauteloso y reservado a la hora de señalar los supuestos en los que sí resulta admisible el empleo de la videoconferencia, sobre todo en lo que se refiere a la comparecencia virtual del imputado, en cuyo caso ha rechazado cualesquiera alusiones a planteamientos de índole funcional, como el ahorro de gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparecencias, o incluso motivos de seguridad por razón de la elevada peligrosidad del acusado.[33]

33. STS, sala 2ª, de 16.05.2005.

Para el Tribunal Supremo, y tratándose del acusado, las razones que justificarían el empleo de tales medios tecnológicos vendría justificado sólo por motivos de "absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado", lo cual tendrá lugar en casos muy excepcionales (por ejemplo, una enfermedad del acusado que le imposibilite abandonar el hospital o acudir al tribunal), así como aquellos otros supuestos "como en los que el Tribunal se haya visto obligado a replicar a una conducta perturbadora con la expulsión del desobediente, en los que, precisamente, la posibilidad de que siga su Juicio a través de medios electrónicos desde un lugar externo a la sala, como acontece en procedimientos de los que conocen ciertos Tribunales supranacionales, se erige en el más eficaz y garantista sucedáneo de la presencia física de quien ha forzado, de manera inevitable, esa situación".

Por lo tanto, en cuanto al ámbito de aplicación de la videoconferencia en el proceso penal, y especialmente en el juicio oral, la clasificación no debe venir impuesta por razón del acto a realizar, sino por razón de la persona que deba ser objeto de dicha videoconferencia, y diferenciar así entre las declaraciones de testigos, peritos, e imputados.

4.2 Ámbito personal

4.2.1 Testigos

Las aludidas razones legales de oportunidad o utilidad son perfectamente aplicables a la declaración por videoconferencia de aquellos testigos que se encuentren en circunstancias personales tales como su avanzada –o corta– edad, la larga distancia entre la sede judicial y su lugar de residencia, o el padecimiento de alguna enfermedad que motive que el tener que desplazarse hasta la sede del tribunal sería perjudicial para su salud. Así por ejemplo, el Convenio Europeo de asistencia judicial en material penal de 29.05.2000 permite la declaración por videoconferencia de testigos y peritos en aquellos casos en que "no sea *oportuno* o *posible* que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente", y en el

Informe explicativo de dicho Convenio se aclara que el concepto de *oportuno* resultaría aplicable a los casos en que el testigo sea especialmente joven, de edad muy avanzada o no goce de buena salud, mientras que el concepto de *posible* podría aplicarse a los casos en que el testigo corra un grave riesgo si comparece en el Estado miembro requirente.[34]

Además, la utilización de la videoconferencia en las declaraciones de los testigos en el proceso penal puede resultar un instrumento muy eficaz y conveniente a la hora de poder lograr los siguientes objetivos:

a) garantizar la declaración de testigos protegidos:

En ocasiones, la declaración de un único testigo directo puede resultar vital para lograr la condena penal del acusado. Por ello, al igual que se ha admitido jurisprudencialmente la colocación de unos biombos o cualquier otro método de separación visual entre los testigos y los acusados, que impida a estos últimos reconocer físicamente a los primeros, no hay ningún obstáculo en permitir la declaración de testigos mediante el mecanismo tecnológico de la videoconferencia, cuando se trate de testigos protegidos, lo cual, unido a otros artificios como la distorsión de su voz o la ocultación de su rostro, se convertiría en un medio ideal para lograr una mayor seguridad para dicho testigo, que declararía, bien desde otra sala de las dependencias judiciales, o bien desde cualquier otro lugar secreto, tal y como se menciona en las Resoluciones del Consejo de la Unión Europea de 23.11.1995 y 20.12.1996.

b) permitir al tribunal valorar el testimonio directo de testigos y víctimas menores de edad:

El Tribunal Supremo ha admitido las declaraciones o testimonios de menores de edad como prueba de cargo para destruir la presunción de inocencia,[35] pero ha concretado que, cuando se trata de menores de muy corta edad, debido al desarrollo aún muy inmaduro de su personalidad y a la reducida capacidad cog-

34. Informe explicativo del Convenio, de 29.05.2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (Texto aprobado por el Consejo el 30.11.2000). DOUE C n. 379, de 29.12.2000, p. 7-29.

35. SSTS, sala 2ª, de 05.04.1994, 12.06.1995 o 11.10.1995.

noscitiva y léxica en dicho periodo, pueden incurrir en fabulaciones o inexactitudes que exigen del órgano judicial un examen cuidadoso de su credibilidad, por la elevada posibilidad de que el recuerdo pueda verse inferido por conocimientos, emociones o influencias posteriores a los sucesos.

En tales supuestos, la prueba pericial psicológica se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de una menor, sobre todo en los supuestos referidos a delitos de naturaleza sexual. Hasta el punto de que se admite como prueba sustitutiva de dicha declaración, la grabación y visionado en el juicio oral de las entrevistas efectuadas al menor, junto con el correspondiente informe psicológico y su posterior ratificación, con contradicción entre las partes, en el juicio oral ante el Tribunal.[36]

No obstante, existe cierta línea jurisprudencial que, aunque minoritaria, entiende que es preciso que el propio Tribunal valore el testimonio del menor, no ya mediante el visionado de las grabaciones de la entrevista del psicólogo con el menor, sino mediante la declaración testifical de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, al considerar que el llamamiento judicial de un menor que se supone ha sido víctima de un delito, para que se someta a las preguntas de la Defensa del acusado, "no es una interferencia especialmente gravosa, a tenor de los intereses contrapuestos en conflicto, puesto que está en juego que a éste se le declare culpable o inocente y, por otra parte, su derecho a interrogar tiene rango constitucional, sin perjuicio de las cautelas que tiene previstas el mismo legislador, dirigidas a evitar la confrontación visual del testigo con el inculpado, especialmente cuando el testigo sea menor de edad". El Tribunal Supremo ha entendido que "Los principios de protección del menor

36. SSTS, sala 2ª, de 16.05.2003, 24.02.2005, 02.03.2005, 09.11.2005 y 31.10.2006. En su Sentencia de 02.07.2002, caso S.N. c. Suecia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) admitió la posibilidad de realizar grabaciones de las declaraciones del menor, con la presencia del abogado defensor del acusado, y presentar dichas grabaciones al juicio oral, al entender que: "El art. 6.3 CEDH no puede ser interpretado en el marco de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales contra menores, como una exigencia de que, en todos los casos, las preguntas sean planteadas directamente por el acusado o su abogado, mediante repreguntas u otros medios".

víctima han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que resulta compatible su testimonio directo con la preservación de su privacidad, y con la disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la revictimación o victimización secundaria, que todo proceso lleva consigo".[37]

Por lo tanto, observamos como la tendencia jurisprudencial es la de de garantizar al máximo la efectividad plena del derecho de contradicción y defensa del acusado, promoviendo la declaración personal de la víctima, aunque sea menor, y aunque sea a través de cualquier recurso tecnológico, para evitar tener que acudir a los testimonios de referencia, al exigirse que en la práctica de la prueba testifical se garantice el principio de contradicción, tanto si se realiza en el juicio oral (SSTC 101/1985 y 137/1988), como de forma anticipada (STC 97/1999), pues los derechos del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, así como la exigencia de que el proceso penal se realice públicamente, imponen acordar para el acusado una ocasión adecuada y suficiente para contestar un testimonio de cargo y para interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (SSTC 153/1997 y 174/2001).

c) evitar la declaración de testigos de referencia:

De acuerdo con lo anterior, el empleo de la videoconferencia en la declaración testifical constituye un instrumento muy útil para trasladar directamente al proceso las declaraciones de la víctima o testigo, y evitar así, en la medida de lo posible, acudir a los denominados *testigos de referencia*.

En España se ha reconocido la validez de los testimonios de referencia como prueba de la acusación, al entender que, aunque es cierto que la regulación de la ley responde al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste, "ello no significa que deban rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencia, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos casos puede devenir imposible".[38]

37. SSTS, sala 2ª, de 21.05.2004 y 14.03.2006.
38. SSTC 217, de 21.12.1989; 79, de 14.03.1994; 131, de 15.07.1995; 155, de 22.07.2002.

No obstante, y de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, resulta contrario al art. 6 del CEDH la sustitución del testigo directo por el indirecto *sin causa legítima* que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, pues ello priva al tribunal sentenciador de la posibilidad de formar su juicio confrontando el testimonio directo con el indirecto.[39] En concreto, nuestro Tribunal Constitucional tiene declarado que incorporar al proceso declaraciones testificales a través de testimonios de referencia conlleva dos importantes consecuencias. De un lado, implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad. Y de otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, reconocido, asimismo, en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo.[40]

Por lo tanto, cuando existan testigos presenciales o que de otra manera haya percibido directamente el hecho por probar, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia, pues la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral.[41] Así por ejemplo, para el Tribunal Constitucional, la circunstancia de que el testigo directo resida en el extranjero no es un motivo que deba calificarse, sin más, de *imposibilidad absoluta* para que el tribunal obtenga la

39. SSTEDH Delta c. Francia, de 19.12.1990; Isgro c. Italia, de 19.02.1991; o Ludi c. Suiza, de 15.06.1992, así como las SSTC 131, de 25.07.1997 y 97, de 31.05.1999.

40. STC 155, de 22.07.2002, y en el mismo sentido, SSTC 97, de 31.05.1999; 217/1989, de 21 de diciembre; 79, de 14.03.1994; 35, de 06.02.1995 y 7, de 08.02.1999.

41. SSTC 303, de 25.10.1993 y 131, de 15.07.1997.

declaración del testigo directo,[42] máxime si a ello añadimos los avances tecnológicos y los instrumentos normativos con los que se cuenta actualmente.

En definitiva, la videoconferencia constituye un instrumento eficaz para trasladar directamente al proceso las declaraciones de la víctima o de testigos, y evitar en la medida de lo posible los testimonios de referencia, pues la sustitución de la prueba testifical directa por la de referencia, sin antes justificar motivadamente la imposibilidad material de que el testigo directo comparezca en el juicio oral, es susceptible de llegar a vulnerar la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa y el derecho a la celebración de un proceso con todas las garantías, a tenor de la posibilidad del art. 325 LECrim, así como del art. 731 bis LECrim, de que el juez acordara la comparecencia del testigo a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la LOPJ.[43]

4.2.2 Peritos

La videoconferencia se muestra también como una valiosa herramienta para la ratificación en el juicio oral de los informes periciales, cuando la comparecencia de los peritos en la sede del órgano judicial pueda resultar gravosa para aquéllos por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, o por las propias circunstancias personales del perito. Así por ejemplo, cuando se trata de peritos que colaboran frecuentemente con la Administración de Justicia, como es el caso de los Médicos Forenses, los destinados en el Instituto Nacional de Toxicología, o en las Comisarías Generales de la Policía Científica (Balística, Dactiloscopia etc.), el empleo de dicho recurso técnico evita que estos peritos tengan que desplazarse a otros puntos del territorio nacional para ratificar su informe pericial, con el riesgo, además, de que se llegue a un acuerdo que evite la celebración del

42. SSTC 35, de 06.02.1995 y 94, de 22.04.2002.
43. STS, sala 2ª, de 14.03.2006.

juicio oral o éste sea suspendido por cualquier circunstancia, con las consiguientes molestias personales y laborales que ello produce, pues de esta manera los peritos pueden aprovechar su jornada laboral de forma más eficiente centrándose en la elaboración material de los dictámenes.

En el procedimiento abreviado, tanto en las diligencias previas como en el juicio oral resulta posible la elaboración y prestación del informe pericial por un solo perito. De hecho, a partir de la entrada en vigor de la L.O. 9/2002, de 10 de diciembre, se reformó el apartado 3º del art. 788 LECrim para permitir que tuvieran carácter de prueba documental "los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas".

En el proceso ordinario, la regla es que todo informe pericial se realice por dos peritos (art. 459 LECrim). Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que, cuando se trata de equipos técnicos correspondientes a laboratorios oficiales o de Gabinetes Técnicos de la Policía Científica, o cuando hay varias pericias en la misma causa, lo dispuesto en el art. 459 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es condición inexcusable del informe pericial, que puede ser válido, en algunos casos, aun prestado por un solo perito, pues respecto a los informes emitidos por laboratorios oficiales, son elaborados por equipos de profesionales altamente cualificados, dotados de los medios y preparación técnica suficientes para el cumplimiento de sus fines.[44]

Además, también es doctrina reiterada el que no toda impugnación del informe pericial obliga a la ratificación del mismo en la vista oral. Así por ejemplo, cuando se trata de una impugnación oral y sorpresiva, e incluso extemporánea, o también cuando se efectúa una genérica impugnación sin una concreta queja, o no se expresan los motivos de impugnación, se admite que "tal impugnación no

44. SSTS, sala 2ª, de 06.06.2002, 03.12.2002, 17.10.2003 o 30.03.2006. Además, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Penal del TS de 21.05.1999 ha considerado que cumplen la exigencia del artículo 459 aun cuando aparezcan suscritos por un solo perito (vid. SSTS, sala 2ª, de 07.12.2000, 30.05.2003, 13.06.2003, 24.09.2004 y 20.09.2005).

puede *sic et simpliciter* privarle de validez ni eliminar su fuerza probatoria, aunque no haya comparecido al plenario su autor para ratificarlo, evitándose de este modo que, con tales solicitudes intempestivas e injustificadas, se degrade la presencia de los peritos a mera ratificación de lo realizado sin cuestionamiento concreto de ninguno de los extremos del informe, lo que convierte la presencia en juicio de tales profesionales de la investigación criminal en un formalismo que no salvaguarda ningún derecho fundamental del inculpado".[45]

4.2.3 Imputados

La utilización de la videoconferencia para las declaraciones del imputado y el seguimiento por aquél del juicio oral ha sido interpretada de manera restrictiva y excepcional por el Tribunal Supremo, debido principalmente a la necesidad de garantizarle intervenir activamente en el desarrollo del juicio, en el ejercicio de su propio derecho de Defensa, pues es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional la especial proyección que tiene la exigencia de asistencia letrada en el proceso penal por la complejidad técnica de las cuestiones jurídicas que en él se debaten y por la relevancia de los bienes jurídicos que pueden verse afectados,[46] de modo que la asistencia letrada también es una "garantía del correcto desenvolvimiento del proceso" y un "instrumento coadyuvante para una efectiva tutela judicial en cualquier fase del proceso".[47]

Por ello, en la conocida sentencia del *motín de Fontcalent* –STS, sala 2ª, de 16.05.2005–, el Tribunal Supremo declaró que los únicos supuestos en los que se admitiría la intervención virtual del propio acusado deben reducirse a dos situaciones excepcionales: aquellos supuestos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado, motivo por el cual se han defendido en el plano internacional otras posibilidades, antes de acudir al uso de la videoconferencia, como pudieran

45. SSTS, sala 2ª, de 16.04.2000, 05.06.2000, 30.05.2000, 23.06.2000, 03.10.2000, 07.03.2001, 05.02.2003 y 31.10.2003.

46. SSTC 18, de 24.01.1995; 233, de 01.12.1998; 162, de 27.09.1999.

47. SSTC 29, de 06.02.1995; 105, de 14.06.1999 y 60, de 24.03.2003.

ser el traslado temporal del acusado de un país a otro con fines de investigación, tal y como prevé el art. 9 del Convenio de asistencia judicial de 29.05.2000, o bien los traslados y las detenciones o entregas que posibilita la *Euroorden* en el ámbito europeo.[48] Y aquellos supuestos en los que el Tribunal sentenciador se haya visto obligado a expulsar de la sala al acusado, por una conducta reiterada de perturbación del normal desarrollo de las sesiones del juicio oral.

Este segundo supuesto se refiere a los denominados *Juicios de ruptura*, en los que el acusado o acusados persisten en perturbar continuamente el desarrollo del juicio. La posibilidad de expulsar al acusado de la sala por persistir en una conducta obstruccionista, a pesar de haber sido apercibido de que dicha conducta le pueda merecer su expulsión de la sala de vistas, ya se previó en su momento para los Tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, aunque nada se mencionaba respecto de la posibilidad de que el acusado expulsado pudiera seguir el curso de las actuaciones a través de la videoconferencia. El art. 63.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional así lo prevé expresamente, al señalar lo siguiente:

"Si el acusado, estando presente en la Corte, perturbare continuamente el juicio, la sala de Primera Instancia podrá disponer que salga de ella y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación. Esas medidas se adoptarán únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario."

En el derecho interno español, la ley atribuye al presidente de la sala las denominadas *funciones de policía de vistas*, para conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al Tribunal y a los demás poderes públicos, y en particular, el art. 687 LECrim prevé:

48. TIRADO ESTRADA, J. La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal... cit., p. 393. Como estudios críticos sobre el empleo de la denominada *euroorden*, vid. PENÍN ALEGRE, C. Problemas ante la emisión de una orden europea. *VV.AA.*: Nuevos retos del derecho y la Justicia penal en el siglo XXI. Libro Homenaje a Antonio González-Cuéllar González. Madrid: Colex, 2006, p. 1.081-1.107; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. La *euroorden*: hacia una Europa de los carceleros. *La ley*, n. 6.619, 2006, p. 1-5.

"Cuando el acusado altere el orden con una conducta inconveniente y persista en ella a pesar de las advertencias del Presidente y del apercibimiento de hacerle abandonar el local, el Tribunal podrá decidir que sea expulsado por cierto tiempo o por toda la duración de las sesiones, continuando éstas en su ausencia."

Nada dice respecto a la posibilidad de que el acusado siga las sesiones en otra sala, a través de videoconferencia y pueda comunicarse con su defensor, de acuerdo con los avances técnicos existentes en la actualidad, pero así debe entenderse, como un plus garantista adicional, para evitar una afección desproporcionada a su derecho de defensa y de asistencia letrada durante el juicio oral.

En la referida sentencia, el Tribunal Supremo rechaza la posibilidad de juzgar virtualmente al acusado, incluso en los supuestos en los que se esgriman razones de seguridad por razón de la elevada peligrosidad del acusado, al considerar que "existen medios más que suficientes para neutralizar ese peligro, sin necesidad imperiosa de suprimir derechos fundamentales de los imputado",[49] y así, por ejemplo, en los enjuiciamientos de individuos acusados de pertenencia a organizaciones terroristas, bandas armadas u otros supuestos semejantes, ha señalado que "a pesar de su indudable peligrosidad potencial, no por ello se les restringe su derecho a estar presentes en la Sala de Audiencia, sino que se adoptan las medidas oportunas, incluso mediante la especial adecuación de la sala, para la celebración del acto con

49. Cfr. MUÑOZ CUESTA, J. Celebración del juicio oral sin la presencia física de los acusados, declarando por videoconferencia. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 16.05.2005 (RJ 2005, 6.586). *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 2005, p. 21.675 y ss.), para quien también podrían constituir supuestos de intervención virtual del imputado aquellos casos de peligrosidad extrema del acusado con antecedentes de fuga, razones de pura conveniencia del acusado por su residencia muy distante geográficamente, con conformidad de todas las partes, o los supuestos en los que haya conformidad con la acusación en cuanto al delito y la pena. DE LA MATA AMAYA, J. (La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales... cit., p. 1.275) también admite la posibilidad de juzgar al acusado por videoconferencia en los casos de extrema peligrosidad de algunos reclusos, en riesgo de fuga o en problemas de orden o seguridad pública. Y para LLORENTE FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, A. (Sobre el estado actual de las nuevas tecnologías en el proceso penal y algunas propuestas de reforma. *Actualidad Jurídica Aranzadi,* n. 554, 2002, p. 1 y ss.), también podría emplearse para enjuiciar a presos peligrosos o a varios acusados que se encuentren en centros penitenciarios en distintos lugares.

su asistencia al mismo" (por ejemplo, la instalación de cristales antibalas, aumento de las medidas de seguridad en la zona donde se ubique la sala etc.).

A la hora de justificar su interpretación restrictiva de los supuestos de intervención virtual del acusado, el Tribunal Supremo fundamenta su decisión en la importancia de la asistencia letrada y de la necesaria proximidad o contacto que debe tener el acusado con su abogado defensor, al declarar que "(...) Mientras que otros elementos probatorios, como los testimonios y las pericias, tan sólo ofrecen una posición pasiva, que permite la posibilidad de su correcta percepción a pesar de la distancia, el acusado no sólo puede ser *objeto* de prueba, a través del contenido de sus manifestaciones, sino que también representa un papel de *sujeto* activo en la práctica de las actuaciones que se desarrollan en el acto de su propio Juicio. (...) Y, para ello, adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él, como también la posibilidad constante de comunicación directa con su letrado que, de otro modo, podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia".

Este último argumento del Tribunal Supremo (acerca de la posibilidad constante de comunicación directa del acusado con su letrado) sólo tiene lugar en los procesos ante el Tribunal del Jurado, y por mandato expreso de la LOTJ. En el resto de procesos penales, tal comunicación directa o constante no existe en la práctica, y defender tal exigencia obligaría, hoy por hoy, a anular todos los juicios penales por falta del debido respeto al Derecho de Defensa del imputado. El ejemplo citado por el Tribunal Supremo, referido a la posibilidad de que el contenido de la declaración de un testigo sea susceptible de provocar una necesidad de instantáneo intercambio de información entre el letrado y su defendido, solicitando en tales casos autorización al presidente de la sala para que se acceda a esa comunicación, tampoco tiene lugar en la práctica.

Por ello, el argumento referido a la necesaria cercanía y contacto directo del acusado con su letrado defensor es un razonamiento de poco peso por varias razones. En primer lugar, porque en España cabe incluso la posibilidad de juzgar a una persona en ausencia cuando se trate de un juicio de faltas y el Juez, una vez constate que se le citó con las formalidades prescritas legalmente, no crea necesaria

la declaración de aquél (art. 971 LECrim), o cuando el acusado hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona que designó en su primera comparecencia personal ante el Juez, y el Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años (art. 786.1 LECrim), así como también es posible dispensar al acusado de acudir al acto del juicio de faltas cuando resida fuera de la demarcación del Juzgado, pudiendo apoderar a un abogado o procurador que presente en aquel acto las alegaciones y las pruebas de descargo que tuviere (art. 970 LECrim). Y en segundo lugar, porque el propio Tribunal apunta dos posibilidades de cara al futuro. De una parte, reitera su posición a favor de reformar la situación de las partes en la sala para que se sitúe al acusado junto con su letrado, en aras a conseguir una asistencia jurídica más efectiva que se vería potenciada por la propia cercanía física, tal y como se prevé en la Ley del Tribunal del Jurado, cuyo art. 42.2º LOTJ si prevé dicha inmediata comunicación del acusado con su defensor. De otra, plantea la posibilidad de articular algún sistema técnico que permitiera una comunicación, al menos auditiva, independiente, directa y constante entre el Defensor y su defendido, algo ya previsto, por ejemplo, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, o en el Código Procesal Penal italiano (CPP). El art. 2 de la ley italiana de 07.01.1998 prevé la posibilidad de que, bien el abogado defensor, bien un ayudante o sustituyo suyo, se encuentre junto al imputado, y el otro abogado defensor presente en la Sala de Audiencia pueda comunicarse reservadamente con el imputado por medio de cualquier instrumento técnico idóneo, y de igual modo, el art. 205 *ter* CPP exige, cuando se trate de una videoconferencia con un país extranjero en donde se encuentre el imputado, que el Estado extranjero asegure la posibilidad de presencia de un abogado defensor en el lugar donde se realice la videoconferencia.[50]

50. Para DE LA MATA AMAYA, J. (La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales... cit., p. 1.286) la solución para garantizar el derecho de defensa letrada pasaría por

El Convenio de la Unión Europea de asistencia judicial en materia penal, de 29.05.2000, también diferencia según se trate de la audición por videoconferencia de un testigo o perito, o de la audición de un imputado. Es cierto que en ambos casos se exige que la celebración de dicha audición respete, no sólo los principios fundamentales del Derecho interno de ambos países (Estado requirente y Estado requerido), sino también los derechos individuales y los principios contenidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH), pero cuando se trata del acusado, es preciso además el consentimiento del acusado para que dicha audición pueda llevarse a cabo, además del preceptivo acuerdo de los Estados miembros de que se trate, y siempre que en su celebración se respeten los derechos de los acusados.

5. Presupuestos

5.1 Legalidad

El primer presupuesto para que las declaraciones de víctimas, testigos, peritos, e incluso imputados, puedan celebrarse por videoconferencia y no a través de su presencia física en la sala, es que dicha posibilidad se halle establecida legalmente.

En el plano internacional, no obstante, el Convenio de la Unión Europea relativo a la asistencia judicial en materia penal especifica que "El Estado miembro requerido deberá autorizar la audición por videoconferencia siempre que el uso de la videoconferencia no sea contrario a los principios fundamentales de su derecho nacional y que disponga de medios técnicos para llevar a cabo la audición por videoconferencia. Si el Estado miembro requerido no dispone de los medios técnicos necesarios para una videoconferencia, el Estado miembro requirente podrá ponerlos a su disposición previo acuerdo mutuo (art. 10.2)". Dicho precepto

habilitar mecanismos paralelos a la videoconferencia que garanticen una comunicación efectiva e inmediata entre acusado y defensor, así como la colocación de un abogado colaborador situado junto al acusado, en el punto de conexión remoto.

ha sido interpretado en el sentido de que el Estado requerido no puede denegar una solicitud de videoconferencia por la mera razón de que en su ley nacional no se prevea la audición por videoconferencia, o de que, con arreglo a la legislación nacional, no se cumplan una o más condiciones de detalle para realizar este tipo de audiciones, sino que es necesario que la práctica de la videoconferencia resulte contraria a los principios fundamentales del derecho interno del Estado requerido.[51] Esto no significa, en modo alguno, obviar el requisito de legalidad, pues la utilización de tal recurso se encuentra expresamente recogida en dicho Convenio Europeo. Sólo se trata de evitar que, por falta de desarrollo legislativo interno de uno de los Estados parte de dicho Convenio internacional, la utilización de la videoconferencia no pueda ser llevada a la práctica.

5.2 Excepcionalidad

La regla general ha de ser la presencia física del testigo, perito o imputado en la sala, de la misma manera que la regla general es que las actuaciones judiciales se realicen en audiencia pública. No obstante, al igual que cabe la posibilidad de limitar la publicidad de las actuaciones bajo determinadas circunstancias, también se debe permitir, con carácter excepcional, la utilización de la videoconferencia o cualquier otro sistema de comunicación interactiva, bidireccional y simultánea. Por tanto, el criterio general para el uso de la videoconferencia en las actuaciones procesales ha de ser el de *posibilidad*,[52] es decir, no puede ser una norma de *deber*, sino una norma de *poder*, pues una norma susceptible de afectar un derecho fundamental no puede ser de adopción automática, tal y como advirtió el Tribunal Supremo, en la mencionada sentencia de 16.05.2005, al advertir que "las posibilidades del juicio mediante videoconferencia deben ser entendidas desde planteamientos rigurosamente restrictivos". Para ello, basta recordar los requisitos previstos en el

51. TIRADO ESTRADA, J. La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal... cit., p. 388.

52. Instrucción FGE 3, de 01.03.2002.

Estatuto de la Corte Penal Internacional para acordar la expulsión del acusado de la sala, que requieren para la adopción de dicha medida que se trate de una *circunstancia excepcional*, que no haya *otras posibilidades razonables y adecuadas*, y que su duración sea la estrictamente necesaria.

5.3 Proporcionalidad

En tercer lugar, y como consecuencia de su carácter excepcional, el uso de la videoconferencia en el proceso penal ha de ser valorado desde la óptica de la proporcionalidad. Debe resultar una medida idónea, cuya aptitud para la consecución del fin pretendido resulte objetiva y empíricamente constatable. Así por ejemplo, no cabe duda de que la lejanía de la sede judicial con respecto al domicilio de quien ha de intervenir como testigo en la causa no significa un motivo de imposibilidad material que impida que dicho testigo acuda a juicio, y sin embargo, su declaración mediante videoconferencia se muestra como una medida igualmente eficaz, pues tanto el tribunal como las partes podrán interrogar al testigo como si éste se hallase en la propia sala.

Además, la utilización de la videoconferencia será admisible cuando resulte necesaria por no existir otras medidas que puedan alcanzar los mismos resultados con una eficacia similar, y se muestre además como la alternativa menos gravosa. De acuerdo con el ejemplo citado y referido a la lejanía del domicilio con respecto a la sede judicial, el uso de la videoconferencia resulta menos gravoso y molesto para el testigo, sobre todo si se trata de un órgano judicial centralizado como es el caso de la Audiencia Nacional.

Y en cuanto a la interpretación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, una vez admitida la idoneidad y necesidad de la videoconferencia, el órgano jurisdiccional debe desechar tal medida cuando suponga una afección de los intereses particulares por resultar éstos superiores o preponderantes al interés estatal que se trata de salvaguardar, para lo cual deberá ponderar dichos intereses

según las circunstancias del caso concreto.[53] Así por ejemplo, el art. 306 LECrim permite al fiscal intervenir mediante videoconferencia en las actuaciones de cualquier procedimiento penal. Y sin embargo, ello no puede ser interpretado en el sentido de permitir que el Fiscal realice todas sus comparecencias y actuaciones (incluidas todo tipo de solicitudes de medidas de investigación) a través de dicho recurso tecnológico, pues el hecho de que tal modo de comparecer se permita no significa que pueda realizarse un uso indiscriminado de dicho recurso tecnológico, sino que habrá que valorar la aptitud y conveniencia de la videoconferencia para la obtención del fin perseguido en cada supuesto, ponderando de manera razonada el necesario equilibrio que ha de existir entre el resultado buscado y las renuncias a las condiciones normales de celebración del acto.

5.4 Especial motivación

La vigencia la proporcionalidad como patrón de medida a la hora de admitir la práctica de una determinada comparecencia mediante una presencia virtual, que no física, nos conduce a la exigencia de una motivación expresamente referida a dicha circunstancia, pues no cabe duda de que, a mayor trascendencia y excepcionalidad de la decisión, mayor exigencia debe predicarse respecto de la motivación.

La motivación significa la exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión judicial, de tal modo que la exigencia de motivación se satisface cuando, implícita o explícitamente, se puede conocer el conjunto de reflexiones que condujeron al Juez a tomar la decisión que tomó, por lo que resulta necesario que refleje en la resolución judicial el proceso intelectivo llevado a cabo, sobre la base de los hechos que concurran en el caso y la norma aplicable, ya que la exigencia de una motivación suficiente es sobre todo una garantía esencial del

53. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.* Madrid: Colex, 1990, p. 225

según las circunstancias del caso concreto.[53] Así por ejemplo, el art. 306 LECrim permite al fiscal intervenir mediante videoconferencia en las actuaciones de cualquier procedimiento penal. Y sin embargo, ello no puede ser interpretado en el sentido de permitir que el Fiscal realice todas sus comparecencias y actuaciones (incluidas todo tipo de solicitudes de medidas de investigación) a través de dicho recurso tecnológico, pues el hecho de que tal modo de comparecer se permita no significa que pueda realizarse un uso indiscriminado de dicho recurso tecnológico, sino que habrá que valorar la aptitud y conveniencia de la videoconferencia para la obtención del fin perseguido en cada supuesto, ponderando de manera razonada el necesario equilibrio que ha de existir entre el resultado buscado y las renuncias a las condiciones normales de celebración del acto.

5.4 Especial motivación

La vigencia la proporcionalidad como patrón de medida a la hora de admitir la práctica de una determinada comparecencia mediante una presencia virtual, que no física, nos conduce a la exigencia de una motivación expresamente referida a dicha circunstancia, pues no cabe duda de que, a mayor trascendencia y excepcionalidad de la decisión, mayor exigencia debe predicarse respecto de la motivación.

La motivación significa la exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión judicial, de tal modo que la exigencia de motivación se satisface cuando, implícita o explícitamente, se puede conocer el conjunto de reflexiones que condujeron al Juez a tomar la decisión que tomó, por lo que resulta necesario que refleje en la resolución judicial el proceso intelectivo llevado a cabo, sobre la base de los hechos que concurran en el caso y la norma aplicable, ya que la exigencia de una motivación suficiente es sobre todo una garantía esencial del

53. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.* Madrid: Colex, 1990, p. 225

justiciable para comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad.

Es cierto que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado. Sin embargo, el incumplimiento del deber de motivación puede hacer pensar que el órgano judicial no ha realizado el necesario contrapeso de los intereses enfrentados en el caso concreto, por lo que, ante su falta de fundamentación, la medida podría tacharse de desproporcionada. De ahí que la propia Instrucción 3/2002 FGE declare que "la exteriorización de las razones que avalan o justifican el empleo de videoconferencia constituye un modo de dar cabida expresa a la posibilidad de impugnación por cualquiera de las partes que estimen que ese modo de llevar a cabo la práctica de un determinado acto procesal, puede conllevar la merma de algunos de sus derechos fundamentales". Y como quiera que la resolución por la que se acuerde el uso de la videoconferencia tendrá un contenido variable en función del momento procesal en que se produzca, "habrá de expresar las razones que justifican la opción por el formato telemático, con indicación de las cautelas adoptadas para salvaguardar los derechos de cualquiera de las partes, en los casos en que puedan verse afectados".

6. Requisitos formales y procedimentales

6.1 Comunicación bidireccional e interactiva

El principal requisito para la validez de la actuación llevada a cabo mediante videoconferencia es que permita una comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre los sujetos intervinientes y asegure en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa (art. 229.3 LOPJ). Dicho con otras palabras, que permita a las personas que se hallen en ambos puntos de conexión verse y oírse,

así como también poder formular preguntas y recibir contestaciones en tiempo real, como si la comunicación tuviera lugar entre los presentes en una misma sala. Si tales requisitos se cumplen, no habrá vulneración alguna de la contradicción y del derecho de Defensa exigibles, pues el acusado podrá interrogar o hacer interrogar al testigo o perito, solicitarle las aclaraciones que estime oportunas, así como contradecir las argumentaciones contrarias con aportaciones propias.

6.2 Autenticidad e integridad

El ejercicio de la fe pública judicial corresponde con exclusividad y plenitud a los secretarios judiciales, quienes deben dejar constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias. Además, cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, corresponde al secretario judicial garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido (art. 453 LOPJ), de modo que la autenticidad e integridad de la actuación celebrada mediante videoconferencia ha de venir garantizada por la presencia del secretario judicial, bajo cuya fe se realizará dicha comunicación y acreditará la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia, así como la fecha y lugar, la composición del tribunal, la hora de inicio y fin de la actuación, y las condiciones técnicas o cualquier incidente que pueda haberse producido durante la celebración de la videoconferencia (pérdida de la imagen o del sonido durante algún lapso temporal etc.).

La fehaciencia e integridad del acto celebrado mediante videoconferencia, así como la constatación de la identidad de las personas intervinientes en la mismas desde ambos puntos de conexión, ha sido tan especialmente valorada por la doctrina y jurisprudencia que, a pesar de que la ley no lo exige, se ha defendido la necesidad de que se encuentre presente un secretario judicial en cada uno de los puntos de emisión. Es cierto que en la normativa europea, el art. 10 del Convenio Europeo de asistencia judicial en material penal exige que durante la audición esté presente una *autoridad judicial* del Estado requerido, asistida por un intérprete cuando sea

necesario, y dicha autoridad sea la responsable de identificar a la persona que deba ser oída, de velar por el respeto de los principios fundamentales del derecho interno del Estado miembro requerido, y de levantar acta de la declaración y remitirla a la autoridad competente del Estado miembro requirente.

Por el contrario, en el derecho español, el art. 229.3 LOPJ exige únicamente que el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida (es decir, de la sala donde se celebre el juicio oral) acredite, "*desde la propia sede judicial*, la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo".[54] Sin embargo, tanto en la instrucción FGE 3/002 como por la doctrina se ha defendido la intervención de fedatarios públicos en ambos lugares, para dar fe, por ejemplo, de la recepción de las preguntas que recibe el testigo, así como de que éstas son entendidas por el mismo.[55]

6.3 Innecesidad de transcripción de las grabaciones

Los tribunales han exigido tradicionalmente la transcripción en papel, y su atentificación por el secretario judicial, de toda prueba documental que fuera introducida en el proceso penal en cualquier otro soporte, como era el caso de las intervenciones telefónicas. Sin embargo, la transcripción de una declaración prestada por videoconferencia resulta una exigencia inútil, ya que no ofrece ninguna garantía añadida a la normal audición de una conversación telefónica o al visionado de una cinta de video. Sólo criterios de oportunidad o comodidad pueden justificar esa labor, pero con la certeza de que ello pone en peligro otros principios proce-

54. Por ejemplo, mediante la remisión de documentación, con anterioridad al juicio, con fotografía que permita identificarlo como el DNI, o por la exhibición directa de documentación en el mismo acto, por conocimiento personal, o, si el testigo acude a otro tribunal a testificar, el secretario de ese otro tribunal pueda dar fe de que dicho testigo es quien dice ser.

55. TIRADO ESTRADA, J. La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal... cit., p. 407; MAGRO SERVET, V. Las nuevas tecnologías en el proceso penal... cit., p. 189. En contra, cfr. DE LA MATA AMAYA, J. La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales... cit., p. 1.283.

sales, y aún incluso derechos fundamentales como es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Por lo demás, la dificultad de transcripción de una grabación audiovisual se expresa con toda claridad en la SAP de Bilbao de 10.01.1995, y es que "lo que se ve se puede describir, pero no transcribir".[56] Además, en la actualidad ya no resulta un requisito indispensable la transcripción de las grabaciones, y así, el Tribunal Supremo ha reconocido que la LECrim no exige que las intervenciones telefónicas hayan sido transcritas y consten en la causa en un soporte diverso del originario de las grabaciones, pues "la fuerza de convicción de estas pruebas no puede depender del sentido con el cual sean percibidas por los jueces", y añade que no es preciso que se efectúen transcripciones por el secretario de las cintas, cuando esté garantizada su custodia y sean oídas en directo por el tribunal,[57] lo cual se cumple en todo caso cuando se trata de una videoconferencia.

7. Bibliografía

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, n. 46, 2003.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A. Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal. *Actualidad jurídica Aranzadi*, n 526, 2002.

DAMIÁN MORENO, J. Un juicio sin miedo. *La ley*, n. 6.269, 2005.

DE LA MATA AMAYA, J. La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales. *Actualidad Penal*, v. 3, 2002.

FERREIRO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal.* Madrid: La ley, 2005.

GARRIDO CARRILLO, F. J. El secretario judicial, clave en el nuevo modelo de

56. Citada por SÁNCHEZ PARELLADA, J. El acta del juicio oral en el proceso penal y las nuevas tecnologías... cit., p. 370.

57. SSTS, sala 2ª, de 25.09.2000 y 25.05.2001.

oficina judicial tecnológicamente avanzada. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 8, 2005.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. La *euroorden*: hacia una Europa de los carceleros. *La ley*, n. 6.619, 2006.

_____. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

KÜHNE, H. H.: *Strafprozessrecht*. 7. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2006.

LLORENTE FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, A. Sobre el estado actual de las nuevas tecnologías en el proceso penal y algunas propuestas de reforma. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 554, 2002.

MAGRO SERVET, V. La victimización secundaria de los menores en el proceso penal. *La ley*, 2005-III.

_____. Las nuevas tecnologías en el proceso penal. En particular, el uso de la videoconferencia. *Estudios de derecho judicial*, n. 58, 2004.

MUÑOZ CUESTA, J. Celebración del juicio oral sin la presencia física de los acusados, declarando por videoconferencia. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 16.05.2005 (RJ 2005, 6.586). *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 2005.

PENÍN ALEGRE, C. Problemas ante la emisión de una orden europea. *VV.AA.*: *Nuevos retos del derecho y la Justicia penal en el siglo XXI*. Libro homenaje a Antonio González-Cuéllar González. Madrid: Colex, 2006.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.; FERREIRO BAAMONDE, X. La protección de la víctima en la vista del juicio oral. *VV.AA.*: Investigación y prueba en el proceso penal. Madrid: Colex, 2006.

RANFT, O. *Strafprozessrecht*. 3. Auflage. Richard Boorberg Verlag, 2005.

SÁNCHEZ PARELLADA, J. El acta del juicio oral en el proceso penal y las nuevas tecnologías. *Actualidad penal*, n. 13, 2003.

SANCHÍS CRESPO, C. El soporte informático de escritura como prueba en el proceso penal (pasado y futuro de la prueba documental). *Estudios jurídicos*. Ministerio fiscal, 1998-VIII.

Sistema de videoconferencia de la Administración de Justicia, elaborado por el Ministerio de Justicia dentro del Plan de implantación del sistema de videoconferencia. Disponible en: <www.mju.es/videoconferencia.pdf>.

SUÁREZ-QUIÑONES FERNÁNDEZ, J. C. Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, n. 2.024, 2006.

TIRADO ESTRADA, J. La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal. Especial referencia a su compatibilidad con el ordenamiento jurídico interno español. *Estudios jurídicos*. Ministerio fiscal, 2003-III.

VELASCO NÚÑEZ, E. La videoconferencia llega a los juzgados. *La ley*, n. 5.481, 2002.

VERGER GRAU, J. Derecho a un proceso público. Derechos procesales fundamentales. *CGPJ*, n. 22, 2004.

WEIGEND, T. Schutzbedürftige Zeugen im Strafverfahren. *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humbolt Verlag, 1998.

_____. Tendenzen und Konfliktbereiche im deutschen Strafverfahrensrecht. *Studi in onore di Giorgo Marinucci*. Milano: Giuffrè, 2005.

Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal

Roberto Delmanto Junior
Advogado, Mestre e Doutor em Direito pela USP.

Sumário: 1. Breve escorço histórico – 2. Garantismo, direito penal e reserva legal – 3. Garantismo, direito de execução penal e reserva legal – 4. Garantismo, direito processual penal e reserva legal – 5. Reserva legal e *substantive due process of law* – 6. Desdobramentos da regra da legalidade: 6.1 Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta; 6.2 Nullum crimen sine praevia lege; 6.3 Nullum crimen, nulla poena sine lege certa; 6.4 Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta – 7. A vedação de interpretação com efeitos extensivos em prejuízo da liberdade – 8. Bibliografia.

Resumo: O artigo trata da história da garantia da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*), sua incidência no direito penal e na execução penal. Aborda, ainda, a vedação de interpretação da lei penal com efeitos extensivos em prejuízo a liberdade.

Abstract: The article cares about the history of the guarantee of legality (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*), its relation with penal law and penal execution. It is analyzed, also, the prohibition of extensive interpretation of the penal law in jeopardy of freedom.

Palavras-chave: Garantismo – Legalidade – Interpretação – Analógica – Extensiva – Reserva legal.

Keywords: Guaranties – Legality – Interpretation – Guarantee.

Área do Direito: Penal; Constitucional; Processo penal

1. Breve escorço histórico

O art. 1.º do CP estampa, com clareza, a elementar regra de que não há crime sem lei anterior que o defina e tampouco pena sem prévia cominação legal (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*).

Dada a sua relevância, e não obstante a doutrina penal de todo o mundo já tenha, à exaustão, tratado deste tema, nunca é demais voltar a enfrentá-lo, sobretudo diante de novas situações práticas na qual o direito penal tem enfrentado, sobretudo no que diz respeito à conciliação entre *taxatividade* e *interpretação*.

Esse verdadeiro princípio de direito penal encontra-se insculpido, também, no art. 5.º, XXXIX, da CF/88, bem como no art. 15. I, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (promulgado pelo Dec. 592, de 06.07.1992), e no art. 9.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (promulgada pelo Dec. 678, de 06.11.1992).

Nas palavras do jurista francês Julliot de la Morandière (De la règle *nulla poena sine lege*. Thèse. Paris, 1910, in *Dalloz répertoire de droit criminel et de procédure pénale*. Paris: Dalloz, 1953, t. I, verbete *Droit Criminel*, p. 854), a regra da legalidade é "uma das mais preciosas garantias da liberdade individual contra o arbítrio da repressão" ("l'une des plus précieuses garanties de la liberté individuelle contre l'arbitraire de la répression").

Segundo esse fundamental postulado, nenhum comportamento pode ser considerado crime sem que uma lei anterior à sua prática (e não apenas ao seu julgamento) o defina como tal.

A lei penal faz uma definição mediante a descrição de um comportamento ilícito, ao qual prevê certa sanção. Assim, ao definir, por exemplo, o crime de homicídio, o legislador não declara simplesmente a norma "é proibido matar". Ele diz "matar alguém: pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos", fórmula com que, primeiramente, define a conduta ilícita, e, depois, impõe os limites (mínimo e máximo) de pena que a prática daquele comportamento virá acarretar ao seu autor.

Trata-se de postulado indispensável à segurança jurídica e à garantia da liberdade de todas as pessoas, impedindo que alguém seja punido por um comportamento que não era considerado delituoso à época de sua prática, bem como que a pena aplicada seja arbitrária, ao impor limites.

O embrião do regramento expresso no brocardo *nulla poena sine praevia lege*, postulado de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, como referimos, remonta à segunda fase do direito penal romano, ou seja, do procedimento acusatório (*accusatio*), que vigorou no final da república romana. Durante a sua vigência, tribunais permanentes denominados *quaestiones perpetuae* eram competentes para julgar crimes (*crimina*) definidos por leis (*leges*), as quais, por vezes, além de instituírem o próprio tribunal (*quaestio*), estabeleciam o procedimento acusatório a ser seguido. Em outras palavras, a lei definia tudo: o tribunal, o crime e o procedimento, conforme já tivemos a oportunidade de salientar em outro momento, em nosso *Inatividade no direito processual penal brasileiro.* São Paulo: RT, 2004, p. 82-83. Cf., nesse sentido, também, Rogério Lauria Tucci. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: RT, 2002, p. 163; de mesma autoria: *Lineamentos do processo penal romano.* São Paulo: José Bushatsky/USP, 1976, p. 138; Franz von Liszt. *Tratado de derecho penal.* Trad. para o espanhol da 18. ed. alemã. 2. ed. Madrid: Editorial Reus, 1926, t. I, p. 78).

Abrindo páginas negras no processo penal, o procedimento acusatório das *quaestiones perpetuae* acabou suprimido com o surgimento da *cognitio extra ordinem* (cognição extraordinária), que vigorou no principado, até a queda do império, quando o procedimento passou a ser totalmente arbitrário, permitindo-se, inclusive, interpretação extensiva e até mesmo analogia *in malam partem* em matéria penal, bem como pena irrogada *ad exemplum legis*, na lição de Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v.1. t. I, p. 37).

No procedimento acusatório das *quaestiones perpetuae* encontram-se, portanto, as remotas raízes da regra insculpida nos primeiros artigos dos Códigos Penais de praticamente todo o mundo, a qual inspirara, segundo Maurach (*Tratado de derecho penal.*

Barcelona: Ediciones Ariel, 1962. v. 1, p. 114), na Inglaterra, o art. 39 da *Magna Charta Libertatum* de 1215 (*nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terrae*).

Foi do direito romano, outrossim, o fundamento da doutrina de Anselm von Fuerbach, em seu clássico *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, publicado na primeira metade do século XIX, o qual, ressalta Francesco Antolisei (*Manuale di diritto penale:* parte generale. 30. ed. atual. por Luigi Conti. Milão: Giuffrè, 1994, p. 62), consolidou a idéia liberal da taxatividade da lei penal com a terminologia que conhecemos atualmente: *nulla poena sine lege.*

2. Garantismo, direito penal e reserva legal

Para compreender o alcance da garantia da reserva legal, faz-se imprescindível, assim, abordar a inegável, e necessária, *função garantista da lei penal*, atrelada ao *conteúdo garantista do direito penal.*

Isto porque o direito penal, ao lado de buscar a manutenção da paz social mediante a ameaça, a imposição e a execução de forma individualizada de punição em razão da prática de condutas ilícitas que ofendam bens juridicamente relevantes como a vida, a liberdade, a dignidade e o patrimônio dos cidadãos, o meio ambiente, o sistema financeiro, os direitos do consumidor, como também a existência do próprio Estado, das suas instituições, a arrecadação tributária etc., tem uma função de garantia, como bem ressalta Reinhart Maurach em seu clássico *Tratado de derecho penal* (cit., p. 110-111).

E não há paradoxo qualquer já que, ao Estado, a punição dos culpados por práticas criminosas, a fim de proteger a harmonia do tecido social, é tão-importante quanto a proteção dos inocentes e a imposição de limites claramente fixados ao poder-dever de punir, posto ser incompatível com o Estado Democrático de Direito o arbítrio. São interesses estatais (o *ius puniendi* e o *ius libertatis*, isto é, a garantia da sociedade contra a prática de atos penalmente relevantes, por um lado, e a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, de outro) que, na lição de Rogério Lauria Tucci se justapõem (*Teoria do direito processual penal...*, p. 171).

Nesse sentido, aliás, a afirmação de Franz von Liszt, lembrada por Juan Bustos Ramírez (*Introducción al derecho penal.* 3. ed. Bogotá: Temis, 2005, p. 159), de que "el Código Penal es la Magna Carta del delincuente. No protege el orden jurídico nem a comunidade, senão ao indivíduo que contra esta ha obrado. Dispone para él el derecho a ser castigado solo si concurren los requisitos legales y dentro de los límites establecidos por la ley (...)".

De fato, a constatação de que a índole do direito penal é garantista, por mais paradoxal que possa à primeira vista parecer em função da previsão de crimes e penas, exsurge claramente da própria tipificação das condutas consideradas delituosas (devendo-se a evolução do *tipo penal*, como o conhecemos, a Carlo Binding), bem como as espécies e os limites de suas penas, evitando-se a surpresa, o arbítrio e a desproporcionalidade.

3. Garantismo, direito de execução penal e reserva legal

A função garantista da lei penal irradia na Lei de Execução Penal.

Com efeito, o direito de execução penal, que tem como uma de suas regras norteadoras proporcionar "a harmônica integração social do condenado e do internado", ao lado da efetivação da sentença condenatória ou impositiva de medida de segurança, está sujeito à regra da legalidade.

Isto porque, por meio da Lei de Execução Penal, impõe-se limites à forma (e daí a função garantista) como se dá a execução penal, definindo em lei, por exemplo, o que é falta grave, as hipóteses de progressão e regressão de regime etc. Com precisão, Anabela Miranda Rodrigues, lembrando Bettiol, assevera que a regra da legalidade "assegura o núcleo de garantias da pessoa face ao poder punitivo estadual, encontrando-se consagrado na generalidade dos códigos penais, a *garantia penal* ficaria incompleta sem a *garantia executiva*. Para utilizarmos as palavras de Bettiol, o princípio da legalidade *vive* na execução penal" (*Novo olhar sobre a questão penitenciária.* Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 66).

Bem é de ver que, atualmente, e em razão de um insensato furor legislativo, a Lei de Execução Penal tem sido desvirtuada, prejudicando o seu objetivo ressocializador com vistas à reintegração ou reinserção do condenado à sociedade, por meio da individualização da pena, do tratamento digno, do ambiente salubre etc.

Assim ocorreu com a criação do nefasto regime disciplinar diferenciado, o qual, a par de ser absolutamente irracional e desproporcional, ofende a garantia constitucional do devido processo penal substantivo (substantive due process of law), que impõe não só o correto processo de elaboração legislativa, mas também que a lei seja razoável, proporcional e não discriminatória.

Mas não é só. Além da irrazoabilidade, do tratamento degradante e cruel que implica, o próprio tratamento legal do indigitado regime disciplinar diferenciado, dado a mais absoluta vagueza e imprecisão dos §§ 1.º e 2.º do art. 52 da Lei de Execução Penal, também ofende a garantia da reserva legal, que possui, como dissemos, uma função garantista que não pode ser desvirtuada mediante a elaboração de tipos demasiadamente abertos.

4. Garantismo, direito processual penal e reserva legal

A garantia da legalidade dos crimes e das penas irradia-se, ademais, ao direito processual penal, completando, assim, a sua incidência a todo o sistema penal.

Afinal, como ensina Marcello Caetano, ex-Primeiro Ministro português, "o valor supremo a sociedade política é a liberdade, consistindo a autoridade num sistema de restrições só admissível na medida estritamente indispensável à coexistência das liberdades individuais". (Direito constitucional. In: João Melo Freanto;Herlander Antunes Martins. *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 374-377).

Nesse contexto, nas palavras de Rogério Lauria Tucci, é inexorável a conclusão de que o direito processual penal, que abrange não só as ações de conhecimento (declaratórias, constitutivas e condenatórias), mas também da ação de execução

penal, tem como fundamento o *ius libertatis* do cidadão, ou seja, a tutela de sua liberdade jurídica, lembrando Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

O processo, nas palavras de Tucci, exsurge como um instrumento técnico, público, político, ético e justo de distribuição de Justiça (*Teoria do direito processual penal...*, p. 169 e 182), mediante o qual viabiliza-se, legitimamente, que o Estado busque a verdade, minimizando, ao máximo, os erros judiciários.

O direito processual penal, enfim, tem a preocupação de evitar que inocentes sejam processados e condenados (*nulla poena sine iudicio*); preocupa-se, outrossim, com a devida execução da pena, sem excessos ou desvios. Busca-se evitar a ilegalidade do abuso de poder e a injustiça do erro judiciário, este, nas palavras de Sérgio Marcos de Morais Pitombo em suas aulas de pós-graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, um dos *fantasmas* do processo penal, ao lado de outros, como a presunção de culpa e a tortura policial, além da corrupção, permitindo-nos acrescentar.

A garantia da reserva legal no direito processual penal, é, sem dúvida, inafastável. Daí falar-se em tipicidade processual penal e *procedural due process of law*.

Lembramos, aqui, as palavras de Jorge de Figueiredo Dias ao tratar da regra da legalidade: "só que o princípio deve agora ultrapassar, numa dupla direcção, o seu conteúdo tradicional: deve, em certa medida, estender-se à matéria do processo penal; e deve, no que aqui sobretudo interessa, abarcar no seu âmbito a definição das medidas de segurança e das condições da sua aplicação: tanto no plano das fontes formais, como no da proibição de retroactividade e do recurso à analogia *contra reo*" (*Direito penal português*. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 71-72).

5. Reserva legal e *substantive due process of law*

A simples existência prévia de lei incriminadora não afasta, por outro lado, a verificação da correta elaboração do diploma legal (obedecendo-se o rito constitucionalmente previsto para a sua criação), bem como a verificação de sua necessária razoabilidade, sob pena de afronta à garantia constitucional do devido processo legal, visto sob o prisma substantivo.

Como lembra Rogério Lauria Tucci, o devido processo legal "determina a imperiosidade, num Estado Democrático de Direito, de (...) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana)" (*Constituição de 1988 e processo*, em co-autoria com José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 15).

Com precisão, Francisco Clementino de San Tiago Dantas há muito já defendia o controle, pelo Judiciário, da constitucionalidade de normas editadas pelo Poder Legislativo, com fundamento na garantia do devido processo legal.

Isto, atentando para a necessidade de que "a diferenciação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária ou caprichosa", abrindo-se "ao Poder Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa" (*Problemas de direito positivo* – estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 46-47), "repelindo, como *undue process of law*, a lei caprichosa, arbitrária no diferenciar tratamento jurídico dado a uma classe de indivíduos", e complementa: "o tribunal faz o cotejamento da lei especial com as normas gerais do direito, e repele o direito de exceção que não lhe parece justificado".

Em suma, não é qualquer lei que satisfaz a exigência do art. 1.º do CP; é necessário que a lei esteja em consonância com a garantia constitucional do devido processo legal substantivo (CF/88, art. 5.º, LIV).

6. Desdobramentos da regra da legalidade

Por meio da garantia da reserva legal, salienta Maurach, impõe-se "a clara regulação da inequívoca lei escrita, não suscetível de ser estendida"; e conclui: "tradicionalmente (e de modo restritivo) se considera que tão-somente neste trabalho de deslinde radica a própria função de garantia da lei penal, a função de garantia individual das cominações penais (*tipos*)", concluindo: "mais acertado seria transformar este princípio na *nulla poena sine lege 'scripta et stricta'*" (Ob. cit., p. 112-113).

O pensamento de Maurach foi, ademais, bem resumido por Francisco de Assis Toledo (*Princípios básicos de direito penal.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 22), o qual salienta que essa função garantista da lei penal possui os seguintes desdobramentos: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; e d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, ou seja, não há crime nem pena sem lei prévia, escrita, estrita e certa.

Esses mesmos quatro desdobramentos são repristinados por Claus Roxin. (*Derecho penal:* parte general. 2. ed. Madri: Civitas, 1997 (reimpressão 2006), p. 140-141)

6.1 Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta

Da regra da legalidade resulta que somente a lei, elaborada na forma que a Constituição permite, pode determinar o que é crime e indicar a pena cabível. Deve, portanto, ser lei federal, oriunda do Congresso Nacional.

Mas não é só. A lei deve ser proporcional e razoável, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *substantive due process of law*.

Em outras palavras, a simples existência prévia de lei incriminadora, como referido no art. 1.º do CP, não afasta a verificação da correta elaboração do diploma legal (obedecendo-se o rito constitucionalmente previsto para a sua criação), bem como a verificação de sua necessária razoabilidade, sob pena de afronta à garantia constitucional do devido processo legal, visto sob o prisma substantivo.

Como lembra Rogério Lauria Tucci, o devido processo legal "determina a imperiosidade, num Estado Democrático de Direito, de (...) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana)" (*Constituição de 1988 e processo*. Cit., p. 15).

Veda-se, portanto, a punição, ou o agravamento das penas previstas em lei, com base no direito objetivo (que abrange os usos e costumes, ou seja, o direito consuetudinário), mas somente com fundamento no direito positivo, ou seja, objeto de lei (*ius positum*), lembrando-se a máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (não há crime nem pena sem lei escrita).

Isto não impede, contudo, que *a favor da liberdade* possam os usos e costumes influenciar a resposta penal, chegando a afastar, por vezes, a própria subsunção da conduta ao tipo penal, ao afastamento da antijuridicidade, ou, ainda, da culpabilidade.

A propósito, Claus Roxin, é expresso ao tratar da "prohibición de derecho consuetudinario para *fundamentar y para agravar* la pena", escrevendo: "do teor literal e do sentido do princípio da legalidade se segue necessariamente que em direito penal está proibida a aplicação do direito consuetudinário em prejuízo do réu" (Ob. cit., p. 159).

O contrário, todavia, não é verdadeiro, como anota o próprio Roxin, ao afirmar que o direito consuetudinário, para "efeito de atenuar e eximir a responsabilidade" é admissível sem restrições, de forma "exatamente igual à analogia favorável ao réu" (ob. cit., p. 161).

Podem, assim, os usos e costumes vir a afastar a tipicidade (adequação social) ou a antijuridicidade do fato (causas supralegais de exclusão da antijuridicidade).

Com efeito, o denominado *princípio da adequação social*, foi referido pelo próprio Hans Welzel no sentido de que "as ações que se movem de acordo com os padrões das regras sociais, nunca estão compreendidas dentro dos tipos de delito, mesmo quando elas poderiam se subsumir em um tipo interpretado literalmente; são as chamadas ações socialmente adequadas" (*Derecho penal*, parte general, Buenos Aires: Depalma, 1956, pp. 63-66; livre tradução), ou seja, atividades que se desenvolvem em consonância com os preceitos ético-sociais da vida em sociedade, estabelecidos através da história. Restringe-se, assim, o alcance literal dos tipos da Parte Especial, excluindo deles aqueles comportamentos que resultam *socialmente adequados*. Ao contrário do princípio da insignificância, em que a

conduta é relativamente tolerada por sua escassa gravidade, no princípio da adequação ela recebe *total aprovação social* (Santiago Mir Puig. *Derecho penal.* Barcelona: PPU, 1990, pp. 567-570). O fundamento, aqui, não é necessariamente atrelado ao direito positivo (*ius positum*) – como ocorre na teoria da *tipicidade conglobante* – mas abrange aspectos atrelados a valores ético-sociais enraizados de forma inquestionável no seio social. Cite-se como exemplo a aprovação social da circuncisão na religião judaica diante do art. 129 do CP e a conduta daquele que faz aposta no chamado *jogo do bicho* em face do art. 50 da LCP (o que não abrange, evidentemente, a prática de ilícitos como a sonegação fiscal, a lavagem de dinheiro etc.).

Por sua vez, a doutrina vem reconhecendo a existência de *causas supralegais de exclusão da antijuridicidade*. Com efeito, na lição de Reinhart Maurach, a tipicidade seria um "indício do injusto", ou seja, um indício da antijuridicidade da conduta, abrindo-se espaço à indagação: se a ação, apesar de adequada ao tipo é, no caso concreto, excepcionalmente conforme o direito", e complementa: "o indício da tipicidade resultará desvirtuado pela presença de causas de justificação. Desse modo deve-se extrair da totalidade do ordenamento jurídico, tanto do direito escrito como do consuetudinário" (*Tratado de derecho penal.* Barcelona: Ariel, 1962, pp. 173-174). Desse modo, não obstante posições em contrário (Hungria. *Comentários ao código penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, t. II, pp. 23-24), podem existir outras causas de exclusão da antijuridicidade, denominadas causas *supralegais*, uma vez que "o legislador não é onisciente, não lhe sendo dado o dom de prever todas as hipóteses e casos que a vida social possa apresentar nos domínios do Direito Penal" (José Frederico Marques, *Tratado de direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2, pp. 106-107). Seriam "situações verdadeiramente legítimas que o legislador não previu de modo explícito" (Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires: Losada, 1952, t. IV, p. 634), nas quais deve haver uma valoração entre os bens ou interesses violados e os que o agente buscava proteger, de acordo com as "*normas de cultura*". Assim, não seria antijurídica a conduta de uma mulher que registra como seu recém-nascido que lhe foi entregue por uma parteira, cuja verdadeira mãe iria abandoná-lo (*idem*, pp. 642-643).

Cumpre, todavia, fazer uma ressalva quanto ao teor da lei incriminadora, escrita e certa, e a aplicação dos usos e costumes. Isto porque, quando se trata dos *elementos normativos do tipo*, como ocorre com o termo *indevidamente* no art. 151 do CP, ou, ainda, do emprego, pelo legislador, de conceitos variáveis, como o de *ato obsceno* previsto no crime do art. 233 do CP, o recurso aos usos e costumes para determinar o alcance do tipo (restando muito aproximados os conceitos de tipicidade e antijuridicidade) são expressamente permitidos pelo legislador.

Ainda sobre a exigência de todo o crime ser previsto em *lei*, alguns comentários devem ser feitos em relação às chamadas *leis penais em branco*.

São assim chamadas as leis que não possuem definição integral, necessitando ser complementadas por outras leis, decretos ou portarias.

Nas clássicas palavras de Carlo Binding (*Compendio di diritto penale.* Prefácio, notas e trad. da 8. ed. alemã por Adelmo Borettini. Roma: Atheneaeum, 1927, p. 116), essas leis são como "corpi erranti, che cercano la loro anima" (corpos errantes que procuram a sua alma). Costumam ser divididas em: a) *homogêneas* (ou normas em branco em sentido lato), quando são complementadas por normas originárias da mesma fonte ou órgão, ou seja, tratando-se de tipo penal aberto, quando o complemento é encontrado em outra lei editada pelo próprio Poder Legislativo; b) *heterogêneas* (ou normas em branco em sentido estrito), quando seu complemento provém de fonte ou órgão diverso, ou seja, nas hipóteses em que o complemento da lei penal provém de outra esfera, como na Lei de Tóxicos (Lei 11.343/2006) em que é o Ministério da Saúde, por meio de Portaria, é quem define o rol das substâncias entorpecentes proibidas.

A propósito dessas últimas, é interessante consignar o entendimento de M. Cobo del Rosal e de T. S. Vives Anton de que, por meio das leis penais em branco em sentido estrito se abandona, por vezes, a regulamentação da matéria penal ao Poder Executivo, o que pode "implicar uma clara infração do princípio da legalidade, posto que a reserva absoluta de lei impede a remissão normativa sendo em princípio contrária à Constituição" (*Derecho penal:* parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, p. 119).

Juan Bustos Ramírez, buscando contornar o perigo que essa técnica legislativa implica, mediante eventuais arbitrariedades das autoridades administrativas, defende que a norma complementadora "somente se encarregue de indicar condições, circunstâncias, limites e outros aspectos claramente complementários", mas nunca definir o que é proibido (desvalor da conduta) sob pena da garantia constitucional de que não há crime sem lei anterior que o defina reste clara e abertamente violada (Ob. cit., p. 69).

A nosso ver, as normas penais em branco, sobretudo aquelas complementadas por atos administrativos como portarias, que são uma realidade em todos os países, devem sempre ser vistas com cautela, admissíveis somente em matérias excepcionais cuja dinâmica dos fatores sociais imponha essa técnica legislativa.

6.2 Nullum crimen sine praevia lege

Do enunciado do art. 1.º do CP, decorre, também, a regra da anterioridade da lei penal.

Para que qualquer fato possa ser considerado crime, é indispensável que a vigência da lei que o define como tal seja anterior ao próprio fato. Por sua vez, a pena cabível deve ter sido cominada (prevista) também anteriormente, remontando ao brocardo *nullum crimen sine praevia lege* (não há crime nem pena sem lei prévia).

Como conseqüência da regra da anterioridade, tem-se que toda a lei penal seja editada para o futuro; as normas incriminadoras não podem ter efeito para o passado, a menos que seja para favorecer o agente, como, aliás, estatui o parágrafo único do art. 2.º do CP: "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

Há, contudo, uma única exceção a essa regra, em nosso diploma penal: trata-se do disposto no art. 3.º, que estatui: "a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência".

6.3 Nullum crimen, nulla poena sine lege certa

Do art. 1.º do CP decorre, também, a necessária taxatividade da lei penal, característica de sua função garantista.

Com efeito, as leis que definem crimes devem ser precisas, marcando exatamente a conduta que objetivam punir, remontando à parêmia *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (não há crime nem pena sem lei certa).

Evita-se, com esse postulado, ainda, a inflição de penas arbitrárias, mesmo porque, em nosso país – salvo raríssimas exceções em que não há definição de pena mínima (por exemplo, cf. arts. 289 a 321 da Lei 4.737/65 que institui o Código Eleitoral) –, todos os crimes possuem penas mínima e máxima já delimitadas no próprio tipo.

Assim, como decorrência da garantia da reserva legal, não pode ser aceitas leis vagas ou imprecisas, que não deixam perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar – os chamados tipos penais abertos (Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal* – parte general. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 223), bem como as penas aplicáveis.

O vício da imprecisão legislativa tem o condão de enodoar o dispositivo legal, por afronta à *Magna Carta* de 1988 (art. 5.º, XXXIX), tornando-o inaplicável.

Como exemplo, lembramos o crime de gestão temerária, previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, que trata dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, cujo tipo é demasiadamente aberto, violando-se a garantia da reserva legal (cf. nossa obra, em co-autoria com Roberto e Fabio Delmanto. *Leis penais especiais comentadas.* São Paulo: Renovar, 2006, p. 143-144).

6.4 Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta

Como decorrência da regra da legalidade, veda-se o emprego da analogia para punir ou aumentar a pena, ao contrário do que ocorre no direito processual penal, o qual admite, no art. 3.º do CPP, que 'a lei processual penal admitirá interpretação

extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito", desde que, aduzimos, não se imponha, com isso, restrições à liberdade não previstas na lei processual penal (tratando-se de regras processuais com conteúdo material). Daí defendermos a *tipicidade* da lei processual penal, lembrando, por exemplo, a taxatividade do tratamento dado à prisão preventiva (art. 312 do CPP).

Mas não é só, como demonstraremos nos próximos parágrafos, veda-se, tratando-se de direito penal, a interpretação com efeitos extensivos aumentando a incidência do preceito incriminador ou de uma causa de aumento de pena.

7. A vedação de interpretação com efeitos extensivos em prejuízo da liberdade

Vários são os métodos de interpretação da norma legal: gramatical (ponto de partida para qualquer processo interpretativo), lógico (ligada à inexistência de contraditoriedade e, portanto, de compatibilidade com as demais normas), sistemático (visando integrar a norma a todo o ordenamento), histórico-evolutivo (cotejando-se os objetivos do legislador quando da edição da norma em face da mutável realidade no momento de sua aplicação), teleológico (buscando-se interpretar a lei em razão dos seus fins) e sociológico (com ênfase à exigência de justiça, equidade e utilidade social) (cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986, p. 74-80; Paulo Dourado de Gusmão. *Introdução ao estudo do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 281; Alípio Silveira. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1968. v. 2, p. 21-22 e 126; Roberto Delmanto Junior. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 271-276).

Há autores que fazem alusão, ainda, à denominada interpretação por analogia (ou analógica), como um outro método exegético que se aproxima (para nós se identifica, sendo uma mesma coisa) dos métodos teleológico e lógico (cf. J. Raimundo del Río C. *Explicaciones de derecho penal*. Chile: Editorial Nascimento, 1945, t. I, p. 228).

A respeito, salienta Alípio Silveira que a "interpretação das leis não deve ser formal; deve ser, antes de tudo, real, humana, socialmente útil". Como decorrência de todos esses métodos, que se complementam e integram um único processo mental, conclui o autor: "a interpretação de uma norma pode ser declarativa, extensiva ou restritiva. É declarativa quando a letra se harmoniza com o significado obtido pelos outros métodos. É extensiva, se o significado obtido pelos outros métodos é mais amplo do que o literal (...); afinal, é restritiva, quando o significado literal é mais amplo do que aquele obtido pelos outros métodos" (Ob. cit., p. 21-22). E arremata: "a interpretação lógico-extensiva como aquela lógico-restritiva não passam de resultado eventual da aplicação dos métodos hermenêuticos" e salienta, com precisão, que não se pode estabelecer, obrigatoriamente, que a interpretação seja restritiva ou extensiva, posto que "não é possível impor um resultado eventual – que depende da natureza da situação ou relação regulada pela lei – ao intérprete".

A analogia não se confunde com a interpretação da lei com efeitos extensivos, mediante os diversos métodos (gramatical, lógico, sistemático, histórico-evolutivo, teleológico, sociológico e, para alguns, o analógico).

A analogia é aplicável quando existe uma efetiva lacuna do direito positivado em lei, ou seja, a hipótese não é prevista em dispositivo qualquer. Têm-se, assim, a *analogia legal*, quando o intérprete aplica ao caso não previsto uma regra jurídica já prevista em outro dispositivo legal, ao lado da *analogia jurídica*, na qual se aplica ao caso uma regra jurídica que se depreenda de vários preceitos, como esclarece Claus Roxin. (Ob. cit., p. 140)

Já na interpretação com efeitos extensivos, como visto acima, existe norma, e é ela interpretada de forma a abranger situações que, da sua simples e exclusiva análise gramatical, não restariam abrangidas: o legislador disse menos do que efetivamente queria (*minus scripsit quam voluit*) (cf. Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 214-215). Teria, assim, escolhido mal as palavras empregadas.

Tratando-se de direito penal, não procede, em nosso entendimento, a assertiva de que seria admissível, nesse âmbito, o emprego da interpretação com efeitos extensivos, denominada, por parte da doutrina, como *interpretação analógica.*

De fato, Francisco de Assis Toledo, admite que "o tema é controvertido" (*Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 27-28), ao passo que Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal comentado.* 6. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 55) afirma: "a interpretação, sendo um processo de descoberta do conteúdo da lei, não de criação de normas, é admitida em direito penal, tanto a extensiva, quanto a analógica".

Isto porque, temos convicção, a interpretação dos taxativos termos da lei penal há que ser exata, embasando-se em critérios técnicos e precisos. Taxatividade e exatidão, essas que, tratando-se de restrições a direitos individuais, insista-se, são incompatíveis com a parêmia *minus dixit quam voluit*, ou seja, de que as palavras empregadas (ou melhor, mal empregadas) pelo legislador, *ao incriminar uma conduta ou agravar uma pena*, dizem menos do que a sempre abstrata e indefinida *vontade da norma* ou de qual teria sido a subjetiva *vontade do legislador.*

A interpretação com efeitos extensivos, ampliando a incidência de uma norma incriminadora afigura-se, a nosso ver, totalmente inconciliável em um Estado Democrático de Direito, já que a ampliação do significado literal dos termos empregados no tipo penal implica, não temos dúvida, imprecisão e falta de segurança jurídica, o que nos faz lembrar as palavras de Miguel Reale (*Filosofia do direito.* São Paulo: Saraiva, 1956, p. 521): "a incerteza e arbítrio são incompatíveis com a vida jurídica".

Não se defende uma visão mecanicista do juiz, dele tolhendo a atividade interpretativa, como já foi sustentado por iluministas como Montesquieu com a célebre frase de que "os juízes nada mais são do que a boca que pronuncia as palavras da lei", ou Beccaria que defendia o juiz como um impessoal "autômato da subsunção" do fato à lei, na lembrança de Claus Roxin (Ob. cit., p. 148).

Aliás, como ensina o referido professor alemão, o juiz, na sua atividade interpretativa, deve ater-se ao significado mais próximo possível do *literal*, e não

de seus eventuais significados correntes, usuais; assim, uma interpretação que não se encontre abrangida pelo seu sentido literal, presumindo-se que o legislador saiba fazer uso correto da linguagem, será equivalente a uma analogia fundamentadora da pena e, portanto, inadmissível (Ob. cit., p. 149).

Citando vários exemplos de inadmissível ampliação do texto legal, lembra a hipótese de se buscar entender como *arma* o ácido clorídrico que é jogado pelo autor na vítima, já que, atualmente, existem as armas químicas, as quais são até mesmo mais perigosas do que a arma de fogo, Claus Roxin escreve:

"A vinculação da interpretação ao limite do teor literal não é em absoluto arbitrária, mas sim deriva dos fundamentos jurídico-políticos e jurídico-penais do princípio da legalidade (...) Com efeito: o legislador somente pode expressar com palavras suas prescrições; e o que não se depreenda de suas palavras, não está prescrito, não *rege*. Por isso, uma aplicação do direito penal que exceda do teor literal vulnera a auto-limitação do Estado na aplicação do poder punitivo e carece de legitimação democrática" (Ob. cit., p. 149-150).

Estamos, aqui, também, em total consonância com Manuel Cavaleiro de Ferreira (*Direito penal português:* parte geral. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1982. v. 1, p. 105) que, comentando o Código Penal lusitano afirma que ele não só proíbe "a analogia e, por isso, a aplicação das normas a casos omissos embora análogos, como também o emprego de meios que conduzam a uma interpretação extensiva (indução por paridade ou maioria de razão)".

Os preceitos da lei penal hão de ser interpretados de modo estrito, atendo-se o mais próximo possível de seu sentido literal; havendo dúvida, não se pode ampliar o texto em prejuízo da liberdade do cidadão, com fundamento, ademais, no princípio geral do direito do *favor libertatis*.

Em resumo, e como decorrência de todo o exposto. Desse modo, e fazendo alusão à expressão cunhada por Reinhart Maurach *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta et stricta* (não há crime nem pena sem lei escrita e estrita), não se admite margem de dúvida sobre a adequação típica da conduta imputada ao

acusado, vedando-se interpretação com efeitos extensivos da norma incriminadora, bem como o emprego de analogia *in malam partem*, sob argumentos fluidos de que os "fins da norma penal", a *ratio legis*, imporiam determinada interpretação mais ampla do que a literal.

Tamanha é a relevância deste postulado, que o renomado tratadista alemão salienta: foi justamente durante os anos de 1935 a 1945 da II Grande Guerra e do regime nazista, que houve, no território germânico, a mitigação da garantia da reserva legal, abrindo-se caminho à criação judicial do direito penal e, sobretudo, da punição e de sua fundamentação (Ob. cit., p. 113-115) (cf. ainda, nosso *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, cit., p. 271-290).

Ao contrário do que sucede com a vedação de interpretação extensiva para ampliar o alcance literal do tipo incriminador a uma situação fática que não se subsume a alguns dos sentidos das palavras que constam do tipo legal, bem como com a inadmissibilidade do emprego da analogia *in malam partem*, a analogia *in bonam partem*, ou seja, em favor da liberdade do cidadão não é só plenamente admitida em matéria penal, mas também inafastável em decorrência princípio geral de direito do *favor libertatis* e da necessária harmonia do direito.

E aqui, não há falar em indeterminação e insegurança jurídica; afinal como ensina mais uma vez Marcello Caetano: "o valor supremo a sociedade política é a liberdade, consistindo a autoridade num sistema de restrições só admissível na medida estritamente indispensável à coexistência das liberdades individuais" (*Direito constitucional*, cit., p. 399).

8. Bibliografia

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale:* parte generale. 30. ed. atual. por Luigi Conti. Milão: Giuffrè, 1994.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires: Losada, 1952, t. IV.

BINDING, Carlo. *Compendio di diritto penale.* Prefácio, notas e trad. da 8. ed. alemã por Adelmo Borettini. Roma: Atheneaeum, 1927.

CAETANO, Marcello. Direito constitucional. In: FREANTO, João Melo; MARTINS, Herlander Antunes. *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos.* Coimbra: Almedina, 1993, p. 374-377.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Problemas de direito positivo – estudos e pareceres.* Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DEL RÍO C., J. Raimundo. *Explicaciones de derecho penal.* Chile: Editorial Nascimento, 1945, t. I.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Inatividade no direito processual penal brasileiro.* São Paulo: RT, 2004.

_____; DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Fabio. *Leis penais especiais comentadas.* São Paulo: Renovar, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português.* Lisboa: Aequitas, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito penal português:* parte geral. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1982. v. 1.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1, t. I e 1978, v. 1, t. II. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal* – parte general. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal.* Trad. para o espanhol da 18. ed. alemã. 2. ed. Madrid: Editorial Reus, 1926, t. I.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal.* Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal.* Barcelona: PPU, 1990.

MORANDIÈRE, Julliot de la. De la règle *nulla poena sine lege.* Thèse. Paris, 1910. *Dalloz répertoire de droit criminel et de procédure pénale.* Paris: Dalloz, 1953, t. I.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado.* 6. ed. São Paulo: RT, 2006.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Introducción al derecho penal.* 3. ed. Bogotá: Temis, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* São Paulo: Saraiva, 1956.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária.* Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ROSAL, M. Cobo Del e ANTON, T. S. Vives. *Derecho penal:* parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. 2. ed. Madri: Civitas, 1997 (reimpressão 2006).

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro.* São Paulo: RT, 1968. v. 2.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 2. e 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986 e 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal:* jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: RT, 2002.

_____. *Lineamentos do processo penal romano.* São Paulo: José Bushatsky/USP, 1976.

_____; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo.* São Paulo: Saraiva, 1989.

WELSEL, Hans. *Derecho penal.* Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1956.

3. Crime e Sociedade

O sistema prisional: um debate necessário

Alessandra Teixeira
Advogada e mestre em sociologia pela USP.

Fernanda Emy Matsuda
Advogada e mestranda em sociologia pela USP.

Fernando Salla
Sociólogo, professor da Universidade São Francisco
e pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da USP.

Marcos César Alvarez
Sociólogo, professor do Departamento de Sociologia da USP
e pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da USP.[1]

Sumário: 1. Introdução – 2. O novo cenário da punição – 3. Prisão e punição: a construção de uma perspectiva crítica – 4. O sistema prisional no Brasil – 5. Pensar o sistema prisional brasileiro: a formação da Comissão sobre o Sistema Prisional – 6. Bibliografia.

Resumo: O artigo pretende recuperar os principais aspectos do debate sobre a prisão na contemporaneidade, com destaque para a substituição da punição

1. Os autores são membros da Comissão sobre o Sistema Prisional do IBCcrim.

para fins de correção, que prevalecia desde o Iluminismo, pelo modelo pautado na segregação, que se torna dominante na Europa e nos Estados Unidos a partir dos anos 70 e que acarreta desdobramentos nas políticas criminais brasileiras. Salienta-se a presença da punição como objeto de reflexão sociológica, com referência a autores que se debruçaram sobre o tema, e demonstra-se a importância da constituição de um espaço de discussão – a *Comissão sobre o Sistema Prisional* no âmbito do IBCcrim – diante da necessidade do resgate da história recente das políticas penitenciárias e de segurança pública empreendidas no Brasil.

Abstract: This article deals with the debate about prison and its most relevant aspects in contemporaneity, laying emphasis on the replacement of punishment with correctional purposes, which ruled since Enlightement, by the segregation-based model, that becomes prevalent in Europe and United States in the seventies and forth and which unfoldings affects Brazilian criminal policies. Punishment as an object of sociological reflexion is pointed out and the work of authors who have studied the subject is put in relief. It is also stressed the importance of having a place favourable to discussion, such as the *Comission on the Prisional System*, given the need to reconstruct the recent history of Brazilian penitentiary and public security policies.

Palavras-chave: Prisão – Punição – Penitenciária – Políticas penais – Regime disciplinar.

Keywords: Prison – Punishment – Penitentiary – Penal policy – Discipline.

Área do direito: Penal

1. Introdução

"...se há um desafio político global em torno da prisão, este não é saber se ela será ou não corretiva; se os juízes, os psiquiatras ou os sociólogos exercerão nela mais poder que os administradores e guardas; na verdade ele está na alternativa prisão ou algo diferente de prisão" (Foucault. *Vigiar e punir*, 1987, p. 268)

A configuração dos problemas que afetam a questão do crime e da punição na contemporaneidade é tributária de um encadeamento de acontecimentos que não podem ser vistos de forma estanque. Se por um lado anunciava-se, já no século XVIII, um modelo de punição que atribuía a cada membro da sociedade sua parcela de responsabilidade para com o criminoso, por outro, essa proposta não seria efetivada, havendo um expressivo distanciamento entre a teoria e a própria produção legislativa, e as práticas penais no período posterior, que acabaram por difundir a prisão. Marcada por inflexões, a finalidade da prisão foi sofrendo transformações, em conformidade com a pauta governamental em cujo bojo se inseria, sem que fosse imune a polêmicas. O papel exercido pela instituição prisional adentrou a esfera de investigação sociológica em diversos países e também no Brasil, ainda que tardiamente em comparação com outros fenômenos identificados como problemas sociais. A intenção deste artigo é destacar os aspectos mais relevantes no debate sobre a prisão, enfatizando-se a mudança do paradigma punitivo que se deu a partir da década de 1970 e na necessidade da construção da punição como objeto de reflexão crítica, e, por fim, apresentar a *Comissão sobre o Sistema Prisional do IBCcrim* e sua importância para a consolidação de um espaço de interlocução.

2. O novo cenário da punição

A década de 1970 desencadeou uma alteração profunda no perfil das políticas penais no mundo contemporâneo. Desde o Iluminismo, a idéia de que a punição deveria ser não um castigo cruel e, sim, um mecanismo de correção e recuperação foi uma diretriz-chave para as reformas das prisões e para a humanização das penas em inúmeros países do mundo. Tais concepções, de acordo com as quais a punição deveria estar atrelada a uma perspectiva não só de reparação e de recomposição das relações sociais, mas também de reintegração do indivíduo criminoso à sociedade, ganharam força e se transformaram em políticas penais concretas ao longo de grande parte do século XX. De diversas

formas, predominava nessas políticas o reconhecimento de que a sociedade tinha ampla responsabilidade sobre os crimes e os criminosos.

Já o novo padrão punitivo, que emerge nas últimas décadas do século XX, tem se mostrado mais intransigente e segregador, baseado sobretudo num discurso da necessidade de endurecimento das penas, sendo que as unidades especiais de encarceramento são as instituições exemplares desse novo paradigma punitivo, instituições que abandonam quase totalmente a perspectiva de recuperação do indivíduo criminoso para seu retorno à sociedade.

Simultaneamente a esse novo rigor punitivo, o Estado contemporâneo foi esmaecendo sua agenda protetora dos direitos dos cidadãos. Novas preocupações em termos de políticas de segurança deslocaram a pauta *welfarista*, ao menos onde esta era hegemônica, para uma pauta mais coercitiva, policial, penal, voltada especialmente para o controle social. Os efeitos dessa recomposição econômica e política têm se mostrado graves: a violência, a criminalidade, as questões gerais de segurança pública entraram na agenda das inquietações da população e das prioridades governamentais em detrimento de outros temas. O encarceramento, por sua vez, que chegou a ser visto como um mecanismo punitivo anacrônico no estado do bem-estar nos anos 1960, retomou suas forças na dinâmica social e política de controle. A partir dos anos 1970, as taxas de crescimento da população encarcerada não deixaram de ter ritmo acelerado.

Em 2005, por exemplo, havia nos Estados Unidos 2.320.359 pessoas encarceradas em diferentes tipos de estabelecimentos, como prisões federais e estaduais para adultos, cadeias municipais, locais para o controle de imigrantes, prisões militares e instituições para jovens, entre outros. Consideradas sob custódia – em prisões destinadas para adultos, estaduais e federais – eram 1.525.924 pessoas, mais 747.529 detidas nas cadeias locais. O total, portanto, de pessoas sob custódia alcançava 2.193.798 pessoas em 2005, com uma taxa de 737 presos por 100 mil habitantes. Em 1995, o total de pessoas sob custódia nos EUA era de 1.585.586, correspondendo à taxa de 601 presos por 100 mil

habitantes. O crescimento da população encarcerada, de 1995 a 2005, teve média anual de 3,3% e um acumulado de mais de 30%, portanto. Um em cada 136 norte-americanos residentes estava sob custódia, em 2005, numa prisão para adultos federal, estadual ou local.

O fenômeno do crescimento da população encarcerada nos EUA pode ser encontrado também em praticamente todas as regiões e países do mundo. Na Europa Ocidental, dentre os principais países que fogem a essa regra, a Alemanha, de 2000 a 2005, não teve crescimento de sua população encarcerada e a Suíça apresentou um decréscimo de encarcerados. No entanto, a maior parte dos países apresentou taxas expressivas de crescimento para o período: Holanda (48,6%), Polônia (28,1%), Áustria (28,6%), Espanha (24,9%), Dinamarca (24,2%), Suécia (22,1%), Inglaterra e Escócia (15,1%), França (14,6%), Noruega (14.0%), Itália (10,1%).[2]

De acordo com esse levantamento do Conselho da Europa, em 2005, os países escandinavos apresentavam as menores taxas de encarceramento: Islândia (40 por 100 mil habitantes), Suécia (78), ao passo que as taxas mais elevadas estavam nas antigas repúblicas que integravam a ex-União Soviética: Estônia (327,4 presos para cada grupo de 100 mil habitantes) e Letônia (313,4).

O Brasil não é uma exceção a essa tendência verificada em quase todo o mundo. Pelo contrário, o crescimento da população encarcerada vem sendo bastante intenso e trazendo reflexos consideráveis para o conjunto das instituições do sistema de justiça criminal.

Os dados da Tabela 1 mostram que, entre 1993 e 2005, a população em geral teve um crescimento acumulado de 18,5%, ao mesmo tempo em que o crescimento da população atrás das grades foi dez vezes maior.

2. AEBI, Marcelo F.B. & STADNIC, Natalia. Council of Europe – Space I, Survey 2005. Council of Europe Annual Penal Statistics. Disponível no site http://www.coe.int. Os autores apresentam uma análise mais detalhada dos dados deste survey no número de março de 2007 do informativo *Questions pénales*. http://www.cesdip.com.

Tabela 1

Crescimento da população em geral e da população encarcerada Brasil, 1993-2005

	1993	2005	Variação %
População em geral	151 546 289	179 576 925	18,5
População encarcerada	126 152	361 402	186,5

Fonte: IBGE e MJ

O que impulsiona esse impressionante crescimento da população encarcerada no Brasil e no mundo é um conjunto de medidas legislativas e de práticas nas instituições de internação e reclusão articuladas com políticas penais cada vez mais severas. Nos Estados Unidos, por exemplo, a adoção em vários estados de leis que seguem o princípio do *Three strikes and you're out;*[3] a proliferação das já citadas unidades especiais de confinamento, como as *supermax;*[4] e políticas como as de *tolerância zero* são reveladoras do sentido da punição adotado. São abandonados os princípios de requalificação do criminoso e de conseqüente utilização da pena de privação de liberdade para tanto; da mesma forma que a severidade punitiva, o rigor disciplinar no interior das prisões ganha centralidade em estabelecimentos que imobilizam presos de 22 a 23 horas na cela; a intransigência com o menor desvio é autoritária, ajusta crianças, jovens e adultos a normas, padrões de comportamento rígidos que nem mesmo podem ser questionados ou revistos.

3. Esse tipo de legislação foi aprovada inicialmente em 1993 no estado de Washington e logo em seguida, em 1994, no estado da Califórnia. Nos dois Estados, as leis foram aprovadas em reação a crimes cometidos por condenados que estavam em liberdade condicional. Em 1997, além desses dois estados, outros 24 haviam aprovado leis seguindo o princípio do 'three strikes and you're out', ou seja, a condenação à pena de prisão perpétua para os criminosos que cometam três quebras graves da lei (Austin, 1999).

4. Unidades prisionais especialmente destinadas à contenção de presos indisciplinados e violentos e com regimes disciplinares próprios surgiram nos EUA no início dos anos 1970, especialmente com a prisão de Marion, em Illinois. Em 1998, cerca de 20 mil presos norte-americanos estavam em *supermax*, ou alas especiais de penitenciárias para controle de presos violentos (King, 1999).

Esse conjunto de transformações no paradigma contemporâneo da punição tem recolocado em discussão o papel do sistema de justiça criminal diante das transformações do mundo contemporâneo e, em particular, o lugar da prisão como instituição de controle social. Na verdade, desde meados do século XX, diversos autores têm buscado analisar tal instituição para além das discussões estritamente jurídicas e problematizar o seu lugar como instituição-chave da punição moderna. Esses autores, e seus seguidores contemporâneos, têm ressaltado a necessidade de crítica do sistema prisional, o que pode viabilizar novas soluções que não necessariamente sigam a direção mais geral de punição severa e generalizada, cada vez mais presente no mundo contemporâneo.

3. Prisão e punição: a construção de uma perspectiva crítica

Se o tema da punição atraiu a atenção de inúmeros pensadores e reformadores modernos a partir do final do século XVIII e, posteriormente, das emergentes ciências sociais já no final do século XIX, apenas a partir de meados do século XX a instituição prisional será analisada de uma perspectiva mais crítica.

Em um livro pioneiro, publicado originalmente em 1939, Georg Rusche e Otto Kirchheimer (2004) analisaram como os sistemas penais se transformavam a partir de suas relações com as condições econômicas e sociais de determinados períodos históricos. Mais especificamente, ao tomar o mercado de trabalho como categoria econômica determinante para sua explicação, Rusche e Kirchheimer correlacionaram as mudanças no mercado de trabalho com as mudanças nas práticas de punição em diferentes momentos. Contra os historiadores tradicionais do direito, os autores realizavam uma outra descrição histórica, na qual diversas épocas se sucediam na história dos regimes das punições, sendo que em cada período ocorreria o predomínio de um tipo particular de pena.

Assim, e ainda de acordo com Rusche e Kirchheimer, castigo corporal e multa foram os principais modos de punição na alta Idade Média que serão substituídos, ao

longo da baixa Idade Média, por um sistema de punições corporais extremamente feroz. Esse sistema, por sua vez, dará lugar, a partir do século XVII, ao predomínio da pena privativa de liberdade. Finalmente, a tendência de racionalização das penas, que ganha força com o Iluminismo, perderá sua função com o advento da Revolução Industrial, que faz desaparecer a anterior penúria de mão-de-obra e constitui um exército industrial de reserva. As condições de encarceramento se deterioram de tal modo que a pena privativa de liberdade ganha novo poder dissuasivo, sempre de acordo com o princípio de que as condições da pena devem ser piores do que aquelas vivenciadas pelas camadas mais desprivilegiadas da sociedade.

O mérito da análise pioneira de Rusche e Kirchheimer foi justamente o de apontar que o sistema prisional poderia cumprir funções que não aquelas restritas ao combate ao crime. Ao tomar os sistemas punitivos concretos – e não as justificativas jurídicas que os legitimavam – os autores ressaltavam as funções econômicas dos sistemas punitivos. No caso da prisão moderna, a análise mostrava que tal instituição tornou-se a principal forma de punição no mundo ocidental apenas no momento em que mudanças econômicas assim o permitiram. As condições carcerárias, do mesmo modo, variavam mais de acordo com a situação econômica, em determinado momento histórico, do que devido a qualquer propensão reformadora e humanista. Assim, com a melhoria geral das condições de vida das classes subalternas, as condições carcerárias também melhoravam e vice-versa, já que a prisão buscava acima de tudo constranger essas mesmas classes subalternas ao trabalho "livre".

Apesar do evidente economicismo do argumento de Rusche e Kirchheimer, o livro abriu novas possibilidades de análise histórica e sociológica da punição, em geral, e da instituição prisional, em particular, embora durante décadas tenha sido praticamente ignorado no debate penológico e criminológico.

As análises de Michel Foucault, em parte inspiradas pelas trilhas de investigação abertas por Rusche e Kirchheimer, permitirão o estabelecimento de um novo patamar em termos de análise crítica do sistema prisional.

Num conjunto de conferências realizadas no Rio de Janeiro em 1973, Foucault já expõe esse novo conjunto de questões sobre a instituição prisional. Se a prisão moderna em grande parte era resultado da reorganização do sistema judiciário e penal nos diferentes países da Europa em fins do século XVIII e início do século XIX, o paradoxal era que originalmente ela não pertencia ao repertório dos grandes reformadores iluministas. Na reelaboração teórica da lei penal, empreendida pelos reformadores, o crime passa a ser visto como ruptura da lei e não mais como falta moral ou religiosa. Se a lei penal deve ser útil para a sociedade, deve basear-se igualmente numa definição clara e simples do crime, possibilitando a punição sobretudo a reparação da perturbação causada à sociedade pelo criminoso, considerado como uma espécie de inimigo social. Os quatro tipos de punição privilegiados pelos reformadores serão a deportação, a humilhação, o trabalho forçado e o talião.

Em contraposição a esse legalismo estrito, que subordinava o ato de punir à existência de uma lei explícita e que apontava para uma punição que teria como função reparar ou prevenir o dano causado pela infração à sociedade e cujo principal representante foi Beccaria, a prisão terá origem diversa da proposta dos reformadores e, todavia, acabará predominando em relação aos demais tipos de pena. Voltada para o controle e a reforma psicológica e moral das atitudes e comportamentos dos indivíduos, a prisão estará ancorada sobretudo na noção de periculosidade, ao tomar o indivíduo especialmente no plano de suas virtualidades. O objetivo estará não mais em punir as infrações dos indivíduos, mas em corrigir as suas virtualidades (Foucault, 1996: 85).

A prisão moderna estará assim menos no plano da lei e de suas garantias e mais no registro de um conjunto de novas instituições de vigilância e correção – como a polícia – que emergem ao longo do século XIX e ganham autonomia em relação ao Poder Judiciário.

Deste modo, em relação às formas de produção da verdade jurídica identificadas por Foucault – a prova e o inquérito, por exemplo – a prisão estará ancorada num outro princípio, o exame, e, em relação às formas de poder, num poder que

Foucault chamará de disciplinar – novo tipo de poder polimorfo, polivalente e produtivo, voltado para o controle do indivíduo e da população.

Foucault aprofundará suas análises polêmicas sobre a prisão em seu livro, *Vigiar e punir*, publicado em 1975. Ele define a prisão moderna como um aparelho disciplinar exaustivo que, em grande medida, funciona autonomamente em relação às instâncias judiciárias. Todo um regime de punições e recompensas se organiza no interior das prisões, regime esse voltado principalmente para as transformações dos indivíduos e para a formação de um saber clínico sobre o condenado. Essa forma de poder/saber, baseada nas disciplinas e no panoptismo,[5] heterogênea em relação ao legalismo estrito sonhado pelos iluministas, irá mesmo difundir seus mecanismos e efeitos ao longo de toda a justiça criminal.

Foucault apontará ainda que a crítica à prisão moderna e a seus métodos aparece muito cedo, no início do século XIX. Critica-se o fato de que a prisão não diminui a taxa de criminalidade, de que ela provoca reincidência, que favorece a organização dos criminosos, que fabrica indiretamente os delinqüentes ao fazer cair na miséria a família do detento etc. Foucault então questiona se esse pretenso fracasso da prisão não faria parte de seu próprio funcionamento, se a instituição-prisão não exerceria outras funções que aquelas explicitamente colocadas na lei. Paradoxalmente, ao fracassar, a prisão atingiria seu objetivo, que seria muito mais o de suscitar uma forma particular de ilegalidade, organizada num meio relativamente fechado, do que combater as práticas ilegais. A prisão seria a instituição-modelo que permitiria a difusão dos poderes disciplinares para muito além das fronteiras do direito penal, disseminando a técnica de poder própria da instituição no conjunto do corpo social.

O mérito das análises de Foucault consistiu em mostrar que a prisão moderna implicava em novas formas de controle social cujo alcance extrapolava seus muros, configurando assim uma verdadeira tecnologia de poder, e não apenas uma

5. O panoptismo pode ser definido como a utilização da visibilidade assimétrica, da vigilância constante como um mecanismo de controle dos indivíduos (cf. Foucault, 1977, p. 173-180).

forma de execução das penas. Os castigos físicos e psicológicos impostos na prisão, por sua vez, não seriam necessariamente formas mais humanizadas de punição e, por isso, seria preciso refletir se, na atualidade, a prisão não seria tão intolerável quanto foi o suplício no momento da queda do Antigo Regime.

Muitos autores, desde então, têm seguido a trilha aberta por trabalhos como os de Rusche e Kirchheimer e de Michel Foucault, mostrando os impactos e significados das políticas penais para muito além dos efeitos assumidos em termos de combate ao crime.

Zygmunt Bauman (1999), por exemplo, se situa mais próximo de explicações como a de Rusche e Kirchheimer, ao mostrar que o novo paradigma punitivo da atualidade poderia ser explicado a partir das transformações econômicas e sociais que estão redesenhando as próprias sociedades contemporâneas em âmbito global. Para Bauman, com a assim chamada globalização da economia, o horizonte da ética do trabalho, que havia definido o paradigma da correção prisional, entra em crise e com ele a prisão como instrumento de correção das classes trabalhadoras. Se o modelo da prisão no século XIX e na maior parte do século XX nunca deixou de ser a *workhouse* – casa de correção e trabalho, cujo objetivo era moldar o trabalhador disciplinado – na contemporaneidade a prisão torna-se um instrumento singular de imobilização e neutralização daqueles grupos sociais excluídos da nova economia globalizada.

Loïc Wacquant (2001a, 2001b) adota uma explicação mais política do que exclusivamente econômica. Se o ideal de recuperação, no âmbito das políticas penais, passa a ser paulatinamente abandonado em prol de um novo paradigma punitivo, voltado mais para a imobilização e neutralização dos criminosos do que para a correção e recuperação, tal redirecionamento coincide com a onda conservadora que, a partir da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos, redesenha o jogo político mundial, inclusive com uma crítica acentuada às conquistas do *Welfare State*. Assim, para Wacquant, é o Estado Penal – Estado que passa a encarcerar um número cada vez maior de indivíduos, a partir do endurecimento das políticas punitivas – que substitui

o Estado Social, já que a atrofia dos direitos sociais, por um lado, e a hipertrofia das políticas duras de controle social e o crescimento alarmante do encarceramento, por outro, são "transformações complementares e correlativas que fazem parte da instituição de um novo governo da miséria" (Wacquant, 2001a, p. 221).

David Garland, por sua vez, busca construir uma explicação mais sistemática em torno destas questões, colocando-se ao mesmo tempo como historiador da punição, ao traçar a história das políticas penais do *Welfare State* (Garland, 1985), como teórico da *Sociologia da punição*, ao reconstruir os argumentos dos principais autores que, no âmbito da teoria social, procuraram discutir o fenômeno da punição (Garland, 1993), e, finalmente, como analista das transformações contemporâneas, do novo paradigma punitivo (Garland, 2001). Ao analisar as mutações das políticas de controle do crime na modernidade tardia, Garland considera que, com as mudanças estruturais ocorridas a partir do início dos anos de 1970, entram em crise as políticas de bem-estar, que são substituídas por uma nova cultura do controle, a partir da qual o crime passou a ser visto não mais a partir de uma agenda de solidariedade e direitos, mas sobretudo como quebra da ordem.

Inúmeros outros autores podem ser citados, sendo que o que há em comum entre eles é a busca de novas formas de análise crítica das políticas punitivas que contribuam para o rompimento do consenso em torno das políticas de lei e de ordem e do novo paradigma punitivo que as sustenta. Em contrapartida, é preciso aprofundar a discussão pública das opções existentes em termos das práticas e políticas penais, tendo em vista as garantias do Estado de Direito, a afirmação dos direitos humanos e a expansão da cidadania no âmbito de uma humanidade globalizada, não apenas por mecanismos de controle e vigilância globais.

4. O sistema prisional no Brasil

Se a imagem atual do sistema prisional brasileiro é a de uma crise sem precedentes, de colapsos iminentes, na qual a idéia de legitimidade se vê abalada como nunca em razão da existência de organizações criminosas concebidas e

fortalecidas dentro do sistema, é certo, contudo, que só é possível compreendê-la e definir sua dimensão a partir de um quadro mais amplo que tenha por referência as práticas e os discursos punitivos adotados e vivenciados no país, em especial a partir da redemocratização.

Entretanto, quando se analisam os trabalhos e as reflexões que tiveram por objeto as políticas penitenciárias empreendidas no Brasil contemporâneo, o que se verifica, salvo importantes exceções (Adorno e Fisher, 1987; Góes, 1991), é a escassez e por vezes a ausência de estudos que levem em conta a perspectiva histórica na configuração do presente e que estabeleçam um esforço de análise ao reconhecimento dos marcos, das transformações e dos deslocamentos vivenciados nas últimas décadas e suas implicações para a política penal que se tem adotado mais recentemente. Prevalece, assim, na tentativa de explicação da permanente crise vivenciada pelo sistema prisional, uma interpretação linear, funcional e de matriz especialmente autoritária, a partir da extraordinária perversão da memória democrática do país e de suas implicações para a questão criminal.

É freqüente o argumento que atribui ou associa a crise da segurança pública e mais especificamente do sistema prisional às experiências e aos discursos que ocuparam o cenário das práticas criminais no país por um breve espaço de tempo, como a introdução da legislação criminal progressista da década de 80 e a política de humanização das prisões no mesmo período.[6] Além de simplista e muitas

6. Um exemplo importante desse "movimento" é associação feita às vezes pela mídia ou até por autoridades, ainda que sem explicitação da fonte, de que a origem do PCC (Primeiro Comando da Capital) remonte ao período das medidas de humanização dos presídios da gestão de José Carlos Dias na Secretaria de Justiça/SP, em especial em relação às *comissões de solidariedade*, previstas para atuarem como instância de representação e interlocução entre a sociedade, representantes do Estado e os presos. A única comissão de solidariedade de fato constituída, na Penitenciária do Estado, sofreu à época múltiplas formas de oposição, sendo a mais contundente a promovida pelo juiz corregedor dos presídios que afirmou sua criação confundir-se com a de uma organização criminosa denominada "serpentes negras", e, ainda que sua existência jamais tenha sido comprovada, a denúncia restou por desestabilizar, contudo, a política de Dias e provocou a dissolução da comissão de solidariedade (Góes, 1991). Muito embora os registros amplamente indiquem a criação do PCC no ano de 1993 a partir de uma violenta rebelião no Centro de Readaptação Penitenciária de Taubaté ("Piranhão"), é recorrente se encontrar na mídia essa outra versão para sua origem.

vezes ideologicamente comprometida, essa forma de interpretação dos fatos e eventos históricos furta-se à análise de processos sociais de maior complexidade, não deixando de refletir a permanência daquilo que Adorno (1996) denominou *autoritarismos sociais* no âmbito das representações sociais e da opinião pública e a permanente resistência à idéia de direitos humanos.

Reconhecer os desvios, as rupturas, os deslocamentos e as permanências vivenciadas pelo sistema prisional brasileiro é, assim, conhecer o percurso adotado por esse sistema, constituindo-se a chave interpretativa para os complexos fenômenos que o compõem, dos quais a existência de organizações criminosas é algo sintomático.

Na tentativa de recuperar, portanto, essa dimensão histórico-crítica, reconhece-se que o sistema penal brasileiro vivenciou, quando do período de restabelecimento democrático no país, um discurso de humanização e ressocialização da pena – e em certa medida sua tênue aplicação – que já era experimentado em nível internacional desde o pós-guerra por uma política de *bem-estar penal* (Garland, 2001) cujo marco foi a aprovação das Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Reclusos em 1955. No Brasil, a prevalência de um modelo centrado no *episteme* da privação na explicação do crime e na inserção do preso numa ordem social que também a ele atribuía direitos foi vivenciada no âmbito da legislação criminal garantista, de 1984, e das pontuais experiências humanizadoras no cárcere, das quais a política empreendida no governo Montoro pela gestão do então secretário de Justiça José Carlos Dias (1983-1986) foi a mais destacada.

A introdução dessas concepções na dinâmica do sistema penal brasileiro se deu, no entanto, num momento em que já se encontravam em decadência em boa parte do mundo e eram suplantadas por novas racionalidades sobre o crime e a prisão em muito relacionadas à predominância de uma nova ordem econômica e social a partir dos anos 1970 (Garland, 2001; Wacquant, 2001a, 2001b; Bauman, 1999). Esse fato, atrelado às particularidades do processo histórico do país, à inexistência de um modelo de atuação estatal que sequer se aproximasse

da social-democracia, impediu uma configuração mais precisa e consolidada do *welfarismo* penal – vez que esse teria se realizado como um braço do *Welfare State* nas nações que o experimentaram – e em muito pode também explicar a brevidade da experiência de um sistema penal mais "emancipatório", bem como suas múltiplas fontes de oposição e sua superação já no início dos 1990.

A partir de então, as promessas de uma política criminal mais progressista, que a década anterior prenunciara, começariam a ruir, dando margem a uma gradativa derrogação de direitos de acusados e condenados e a práticas que imprimiriam cada vez mais ao sistema carcerário brasileiro o sinal da barbárie.

De um lado, assim, a legislação criminal de urgência instituída a partir dos anos 90, da qual a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) permanece como o exemplo mais importante e, de outro, a intensificação da violência institucional, sobretudo a partir de 1987, tanto pelo incremento e valorização de práticas disciplinares centradas no arbítrio tradicionalmente prevalecente nesses espaços do *contradireito*, como por episódios que implicaram no extermínio de centenas de indivíduos encarcerados, sendo o emblemático episódio do Massacre do Carandiru, em 1992, o ponto máximo dessa política fortemente marcada pela exceção.

A partir de então, a tendência da política penitenciária, e da política penal em geral, passou a ser a de alinhamento a correntes neoconservadoras internacionalmente já predominantes, não apenas de maior intolerância ao crime e às menores ilegalidades, como na propagação de um modelo de punição de caráter particularmente expressivo, atendendo às expectativas de uma lógica predominantemente retributiva, em nada assemelhada, porém, ao paradigma clássico dos reformadores do século XVIII, enterrando, de modo decisivo, as apostas ressocializadoras que a normativa de 1984 e as experiências do período haviam prenunciado.

É nesse momento ainda que antigos e nunca superados discursos sobre a questão criminal passam a ganhar mais força, atuando como poderosos *consensos* que, excedendo os limites do senso comum, têm alcançado um domínio até então mais cientificamente isento, o dos intelectuais. Desse modo, a recolocação freqüente no

debate público da pena de morte como opção punitiva, da redução da maioridade penal, da adoção de sanções e medidas sempre mais severas e em detrimento de direitos de acusados e presos são ilustrativas do modo como essa tendência tem estado presente e mobilizado a pauta de discussões sobre a questão criminal no país.

Voltando ao âmbito mais específico do sistema prisional, em 2001, após a mega-rebelião em 18 de fevereiro envolvendo 27 unidades prisionais no estado de São Paulo, que deflagrou a existência do PCC e demonstrou sua força no amotinamento da massa carcerária e sua capacidade de mobilização, até então intramuros, uma mudança importante se daria no domínio das práticas e, enfim, da política disciplinar adotada. Sofisticando em verdade um aparato existente desde há muito no sistema prisional brasileiro, que é o da constituição de espaços de excelência disciplinar para operarem a execução de castigos à margem da previsão legal, a criação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) veio devidamente acompanhada de um novo invólucro capaz de converter o mesmo conteúdo de exceção e sobreprivação de direitos do obscuro modelo que o antecedia, numa aparência de eficiência e racionalidade garantidora de sua generalização para além do sistema penitenciário paulista (Teixeira, 2007).

O RDD entraria em vigor através da Resolução SAP/SP 26 de 04.05.2001 e, embora colidente com a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) e com a Constituição Federal, não foi objeto de qualquer decisão judicial que declarasse sua ilegalidade.[7] Em dezembro de 2003, a própria LEP seria então reformada através da Lei 10.792/2003, incorporando o RDD a partir daquele momento no ordenamento normativo da execução penal.

Contudo, além dessa dimensão legal, a dinâmica das prisões vai se constituindo cotidianamente cada vez mais como campo de imposição de penalidades extralegais. Os maus-tratos e a tortura são alguns exemplos, dentro de um

7. Somente em agosto de 2006 a justiça paulista se pronunciaria contrariamente ao RDD. Numa decisão bastante polêmica e contundente, a 1ª Câmara Criminal do TJSP declararia a inconstitucionalidade e a ilegalidade do RDD (Processo 978.305.3/0-00).

amplo espectro de práticas que hoje caracterizam as prisões brasileiras, como a superlotação, a quase total ausência de serviços para os presos e a precariedade dos alojamentos e da alimentação.

Desse quadro sinistro resultam dados mais incisivos que revelam algumas das principais facetas da violência nas prisões brasileiras como, por exemplo, o número de mortes por agressão. Um dos poucos dados publicados pelo Ministério da Justiça, em 1994, através do Censo Penitenciário, indicou que haviam ocorrido no Brasil 131 homicídios nas prisões brasileiras, o que representava a elevada taxa de 1,01 homicídio por grupo de mil presos. Segundo o *Census* de 1995,[8] nos EUA, ocorreram 82 homicídios no interior das prisões, para uma população encarcerada de cerca de um milhão de indivíduos, resultando numa taxa de 0,08 para cada grupo de mil encarcerados. A taxa brasileira era, portanto, 13 vezes superior à norte-americana.

A pesquisadora Julita Lemgruber[9] apurou que, em 2002, tinham ocorrido 303 homicídios nas prisões brasileiras, o que correspondia a uma taxa de 1,2 morte para cada grupo de mil presos. A média para todo o Brasil esconde cenários mais graves, como o de São Paulo, que em 1999 teve 117 mortes com a taxa de 2,2 presos mortos para cada grupo de mil, à medida que no ano de 2002 foram 97 os mortos, correspondendo a 1,1 preso por mil, uma vez que a população havia crescido consideravelmente no período.

Embora não existam dados de boa qualidade sobre as rebeliões e incidentes graves nas prisões brasileiras, a imprensa traz com relativa freqüência notícias sobre tais ocorrências que costumam evidenciar a baixa capacidade de as autoridades controlarem o cotidiano da prisão e evitarem fugas e motins. As intervenções de contenção por parte das forças policiais são muitas vezes violentas e agravam ainda mais a situação.

8. US Department of Justice – Bureau of Justice Statistics – www.ojp.usdoj.gov/bjs; Ministério da Justiça do Brasil – www.mj.gov.br

9. Lemgruber (2004), Arquitetura Institucional do SUSP – http://www.segurancahumana.org.br/home.htm.

Muitos dos principais problemas do sistema carcerário no país estão relacionados a um crônico déficit de vagas, fazendo com que boa parte da população encarcerada fique submetida a condições péssimas de habitabilidade. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional, em 2005, o déficit de vagas no Brasil era da ordem de 145.492, para uma população de 361.402 presos. Havia, portanto, apenas 215.910 vagas disponíveis distribuídas por estabelecimentos que não possibilitavam o pleno acesso do preso a serviços essenciais, como cuidados médicos, escolarização e assistência jurídica.

O significativo crescimento da população prisional brasileira e o intenso recrudescimento das estratégias de controle social e das políticas penitenciárias não foram capazes de fazer frente aos problemas relativos ao crime e às prisões. Pelo contrário, a crise se tornou ainda mais acentuada e sua expressão, antes adstrita ao interior das unidades prisionais, ganhou novas formas extramuros. Dessa maneira, entender a punição, e de modo mais específico a própria permanência da instituição prisional a despeito do fracasso de suas finalidades anunciadas, exige em algum grau a capacidade de invenção, para que outros diagnósticos, outras matrizes teóricas e outras perspectivas possam ser construídos.

5. Pensar o sistema prisional brasileiro: a formação da Comissão sobre o Sistema Prisional

Todas essas questões podem ser mais bem traduzidas enquanto inquietações que afetam aqueles que, de algum modo, dirigem seu *olhar* ao problema (teórico e prático) das prisões e estão na base da idéia de constituir um grupo, uma *Comissão sobre o Sistema Prisional*, que aqui se dá por iniciativa do IBCcrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Se romper *consensos* como os que se formaram em torno da questão criminal é tarefa por demais ambiciosa para o momento, contribuir para a paulatina desconstrução de seus postulados e paradigmas, oferecendo outras perspectivas, especialmente no que toca às prisões, é o objetivo mais geral dessa Comissão.

Para tanto, nossa proposta é fomentar o debate e a reflexão, agregando estudos, discussões de ativistas e intelectuais que têm refletido sobre o tema, indicando, sempre que possível, algumas direções de pesquisa, de análise e de ações.

Mais do que isso, o compromisso da Comissão é de contribuir com o resgate da história recente das políticas de segurança e especificamente das políticas penais empreendidas no Brasil, na medida em que ela diz respeito também à memória democrática do país. A tentativa de sua recuperação e preservação implicará necessariamente a construção de uma agenda de segurança pública que esteja atenta à lei, aos direitos humanos e, enfim, aos compromissos com a efetivação de um Estado de Direito.

6. Bibliografia

ADORNO, Sérgio; FISHER, Rosa Maria. *Análise do sistema penitenciário do Estado de São Paulo:* o gerenciamento da marginalidade social. São Paulo: Relatório de Pesquisa/ Cedec, 1987.

ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança.* Violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira. Tese apresentada para o concurso de livre-docência junto ao Departamento de Sociologia da FFLCH/USP, 1996.

AUSTIN, James; CLARK, John; HARDYMAN, Patricia & HENRY, D. Alan. The impact o 'three strikes and you're out'. Punishment & Society. *The International Journal of Penology*, 1(2), oct., 1999.

BAUMAN, Z. *Globalização:* as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir.* Petrópolis: Vozes, 1977.

_____. *A verdade e as formas jurídicas.* Rio de Janeiro: Nau, 1996.

GARLAND, David. *Punishment and Welfare*: a history of penal strategies. Burlington: Ashgate, 1985.

_____. *Punishment and modern society*: a study in social theory. Chicago: Oxford University Press, 1993.

_____. *The Culture of Control:* crime and social order in contemporary society. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

GOES, Eda Maria. *A recusa das grades:* rebeliões nos presídios paulistas, 1982-1986. Dissertação de mestrado em história. Assis: Unesp, 1991.

KING, Roy D. The rise and rise of supermax: an american solution in search of a problem? *Punishment and Society*, 1(2), 1999.

LEMGRUBER, Julita (coord.) Arquitetura Institucional do SUSP/Sistema Penitenciário. Firjan/Pnud, não publicado, 2004. Disponível no site http://www.segurancahumana.org.br/home.htm.

RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER. O. *Punição e estrutura social.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

TEIXEIRA, Alessandra. *Do sujeito de direito ao estado de exceção:* o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. Dissertação de mestrado em Sociologia. São Paulo: FFLCH/USP, 2007.

WACQUANT, L. *Os condenados da cidade:* estudo sobre marginalidade avançada. Rio de Janeiro: Revan, 2001a.

_____. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro: Zahar, 2001b.

Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia

Iberê Anselmo Garcia
Médico e advogado. Mestrando em Direito Penal da Faculdade de Direito da USP

Sumário: 1. Introdução – 2. Definições e classificação – 3. Eutanásia na teoria do delito – 4. Análise jurídica dos procedimentos eutanásicos – 5. Conclusões – 6. Bibliografia.

Resumo: A eutanásia é reconhecida como um dos temas mais difíceis em Direito Penal. Casos de grande repercussão pública incitam o debate sobre o assunto que se desenvolve entre posições antagônicas. Por outro lado, os pontos de vista médico e jurídico sobre a questão são, em muitos aspectos, divergentes. Para o médico, a decisão de não aplicar certas terapias em pacientes terminais não significa abandonar o paciente e interromper o tratamento, mas sim, contribuir para eliminar o sofrimento e a dor inúteis. Isto motivou o Conselho Federal de Medicina a baixar a Resolução 1.805/2006 autorizando a ortotanásia. À luz da legislação penal brasileira, essa prática pode, à primeira vista, parecer ilícita. A cuidadosa análise dos institutos doutrinários e legais sobre a questão, porém, não deixa dúvidas de que o tratamento do doente terminal proposto pelas associações médicas é lícito e tem amparo legal. Embora essa conclusão seja evidente diante dos institutos referidos, é desejável que a legislação nacional esclareça a questão de forma a aumentar a segurança jurídica.

Abstract: Euthanasia is considered one of the most difficult issues in jurisprudence. Every now and then, media brings up real life stories that excite vivid

discutions. Medical point of view is quite different from legal one. Doctors don't consider stopping some measures as equivalent to abbandon terminally ill patients. In Brazil, the Conselho Federal de Medicina (National Medical Counsel) by its Resolution 1.805/2006 approved orthothanasia as an ethical procedure. At first glance, brazilian law considers this practice an offence. But after careful analysis it is clearly an acceptable and lawful treatment approach. Nevertheless, it would be advisible to clear up the matter with specific laws.

Palavras-chave: Eutanásia – Ortotanásia – Suicídio assistido – Terminalidade da vida.

Keywords: Euthanasia – Orthothanasia – Assisted suicide – Terminally ill.

Área do Direito: Penal

1. Introdução

Em novembro de 2006, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução 1.805/2006, que autoriza o médico assistente de doentes terminais a suspender ou limitar o tratamento desses pacientes sempre que os procedimentos envolvidos significarem a mera protelação da morte. Para isso é obrigatório o consentimento do paciente ou de seus representantes legais. Nessa situação, no entanto, o médico deve continuar a oferecer o suporte terapêutico necessário para diminuir o sofrimento e promover o máximo de conforto ao paciente. Essa prática é conhecida como ortotanásia, em tradução literal, "morte correta". A resolução foi adotada após amplos debates promovidos pelas associações médicas de todo o país, debates que contaram com a participação de profissionais, de representantes de grupos religiosos e da sociedade em geral.[1]

1. Um exemplo foi o *Fórum sobre o Paciente Terminal* promovido pela Câmara Técnica de Bioética do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo em 04.05.2001, coordenado pelo Prof. Marcos Segre, que contou com a participação de debatedores de diversos centros e que analisou o resultado de três oficinas sobre o tema realizadas anteriormente em São Paulo, Campinas e Ribeirão Preto.

A ortotanásia tem sido praticada pelos médicos brasileiros há muito tempo, mas sempre de forma mais ou menos velada pelo temor das possíveis conseqüências legais. Essas conseqüências advêm da aplicação do "atrasado Código Penal", expressão utilizada em um dos referidos debates. Em passado recente, como será visto adiante, alguns projetos de lei não aprovados no Congresso Nacional procuraram regulamentar a prática da ortotanásia. Teme-se ainda, portanto, a incriminação por homicídio do médico que praticá-la.

A reação de parte da área jurídica à Resolução inicialmente reforçou esse temor. Representantes da OAB e do Ministério Público contestaram-na e lembraram que os médicos que agirem segundo os princípios nela previstos cometerão o crime previsto no art. 121 do CP. Essa posição contrastou com o apoio manifestado por entidades como a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, da Igreja Católica) e o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor). Os conselheiros do Conselho Federal de Medicina, no entanto, reconhecem que a resolução não tem força jurídica para impedir a responsabilização penal dos médicos que praticarem a ortotanásia, considerada juridicamente uma forma de eutanásia.[2]

Assunto polêmico, a eutanásia é reconhecida como um dos temas mais difíceis em Direito Penal.[3] Casos de grande repercussão pública, como os de Terry Schiavo e Piergiorgio Welby[4] incitam o debate que se desenvolve entre posições e valores inconciliáveis. Em certo sentido, como expõe Roxin, esse debate é um encontro de dois temores irracionais.[5] Os que defendem as medidas de interrupção do tratamento ou do apressamento da morte temem a possibilidade de ficarem na situação de cadáver vivo, "reduzido a um objeto da medicina de aparelhos". Aqueles

2. *Folha de São Paulo*. Médico pode limitar ajuda a doente terminal, 10.11.2006.

3. Claus Roxin. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 32/11, 2000.

4. Terry Schiavo permaneceu treze anos em coma vegetativo e teve interrompido seu suporte de vida a pedido do marido e com autorização legal em 2005, o que a levou à morte por inanição. Welby recebeu eutanásia a seu pedido e contra determinação judicial em dezembro de 2006 após estar completamente paralisado devido à doença degenerativa neurológica incurável.

5. Claus Roxin. Apreciação jurídico-penal da eutanásia, cit., p. 27.

que as combatem, temem a possibilidade de erros de diagnóstico ou, pior, a provocação de mortes por motivos levianos ou abusivos. Para os que crêem, o caráter sagrado da vida impõe a proibição de sua abreviação em qualquer circunstância.

O ponto de vista médico sobre a questão apresenta particularidades úteis à abordagem do problema. Explorar brevemente esses pontos de vista é o objetivo desse texto, procurando analisar juridicamente o pensamento médico. Para isso, serão definidas as práticas e os termos a serem empregados (II), a adequação destas na teoria do delito aceito pela legislação e jurisprudência brasileiras (III) e posteriormente a sua regulação jurídica (IV). A conclusão (V) será um sumário do exposto anteriormente.

2. Definições e classificação

Eutanásia refere-se a diversas práticas de abreviação da vida de um doente por motivos humanitários. Pode ser praticada por qualquer pessoa, mas em geral o termo refere-se à interrupção da vida realizada pelo profissional de saúde que assiste ao doente que a recebe.

A morte de indivíduos que sofrem intensamente, provocada por leigos movidos de compaixão não deveria ser denominada eutanásia, mas sim homicídio piedoso. É, por exemplo, o caso de agonizantes sem possibilidade de resgate, vítimas de desastres, e que são abatidos por testemunhas de seu drama. Ou de soldados mortalmente feridos em combate que são mortos por seus companheiros para que não sofram mais as dores insuportáveis que os castigam.[6] Ou ainda de parentes ou pessoas próximas que matam o doente ao vê-lo sem esperança e em grande sofrimento físico ou mental. O homicídio piedoso admitiria como móvel o sofrimento físico ou o psíquico do indivíduo sem consideração das chances reais de tratamento, já que o leigo não pode realizar essa avaliação. Para o profissional da saúde, por outro lado, é inadmissível a provocação da morte em um doente

6. Fernando de Almeida Pedroso. Homicídio privilegiado. *RT* 695/280.

que sofre sem que se levem em conta as alternativas terapêuticas para o alívio do quadro. Vê-se, desde logo que há grande diferença entre os motivos que movem leigos e médicos na provocação da morte de alguém que agoniza em sofrimento.

Além disso, a regulamentação das diversas formas de eutanásia merece um tratamento institucionalizado, que só pode ser alcançado por meio da regulamentação da atuação dos profissionais de saúde, que são aqueles autorizados pela sociedade a tratarem os doentes. É por essa razão que a eutanásia será aqui analisada principalmente em relação ao comportamento dos profissionais da área da saúde. Embora predominem as referências aos médicos, é evidente que estas considerações também se aplicam, dentro de suas competências, aos demais profissionais de saúde envolvidos com os doentes graves.

É sabido que a prática de abandonar ou provocar a morte dos que sofrem ou são considerados incuráveis é ancestral.[7] Foi admitida pelas civilizações antigas, como a grega e a romana. Povos primitivos também a praticaram e há grupos aborígines que ainda a praticam por razões principalmente coletivas em interesse da sobrevivência do grupo. Na atualidade, o reconhecimento da dignidade humana como princípio fundamental de quase todas as sociedades, impede a eliminação de qualquer ser humano em nome de razões coletivas. É o que basta para não considerar as chamadas eutanásia eugênica e eutanásia econômica – verdadeiras formas de eutanásia –, em que pese sua realização em tempos recentes.[8] Além disso, a definição de eutanásia inclui a participação voluntária do doente no processo, o que evidentemente não ocorre nos procedimentos eugênicos.

Do ponto de vista bioético, as diversas classificações da morte provocada têm menos importância do que para o jurista. Considerar se o paciente perdeu sua vida por administração de qualquer substância ou pela falta de tratamento por parte

7. Gisele Mendes de Carvalho. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia.* São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 32.

8. Ver *A guerra contra os fracos* de Edwin Black, que descreve as práticas eugênicas que incluíam a eutanásia dos doentes congênitos e doentes mentais nos séculos XIX e XX em diversos países e sob diversos regimes.

do profissional é relativamente indiferente do ponto de vista ético. Importa mais avaliar o consentimento do doente, em respeito ao princípio da autonomia e se as razões da decisão do profissional respeitaram o princípio da beneficência.[9]

Já para o jurista, caracterizar exatamente a conduta do agente é fundamental para a subsunção desta à norma. Interessa a ele, portanto uma definição e classificação precisa dessas práticas. Assim, com Roxin, pode-se conceituar a eutanásia como a "ajuda prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana".[10] Esse conceito enseja algumas reflexões.

De início, a definição da eutanásia como uma forma de "ajuda", torna-a equivalente a uma prestação de serviço por parte de um profissional de saúde como qualquer outra forma de terapia admitida. Ocorre que, para os profissionais de saúde, a provocação da morte de um doente grave ainda que irrecuperável, fere as normas éticas de sua profissão. A ética hipocrática a proibia expressamente no famoso juramento[11] e os modernos Códigos de Ética profissional também a

9. Os princípios da bioética constituem o que denominamos *principialismo*, e são devidos a Beauchamp e Childress que os definiram na obra *Principles of Biomedical Ethics*. O objetivo inicial dos autores era assegurar a eticidade da pesquisa em seres humanos. São eles: o Princípio da Autonomia, que contempla o respeito à autodeterminação do ser humano, os Princípios da Beneficência e da Não Maleficência, que prevêem a ação benéfica e a evitação das que trazem malefícios aos seres humanos como objetivo principal das condutas utilizadas em seu tratamento e o Princípio da Justiça, que contempla o aspecto social das intervenções na saúde humana. Ver Marcos SEGRE e Cláudio COHEN. *Bioética* 3. ed. São Paulo: Edusp, 2002, cap. 3.

10. Claus Roxin. A apreciação jurídico-penal da eutanásia, cit., p. 10. Gisele Mendes de Carvalho, na obra citada conceitua a eutanásia como "a privação da vida alheia perpetrada por razões humanitárias, a requerimento do interessado que sofre de uma enfermidade terminal incurável ou de uma situação de invalidez irreversível no atual estágio das ciências médicas, e deseja pôr fim aos seus sofrimentos, bem como nas situações em que aquele não pode manifestar sua vontade ou esta não pode ser levada em conta por qualquer motivo", opus cit., p. 183.

11. "Aplicarei os regimes para o bem do doente, segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei com comprazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda". Hipócrates. *Conhecer, cuidar, amar.* O juramento e outros textos. São Paulo: Landy, 2002, p. 18.

proíbem.[12] Portanto, do ponto de vista do profissional da saúde, a eutanásia não pode ser considerada simples prestação de serviço, já que para ele a provocação da morte do paciente é vedada. A única forma eticamente admissível de eutanásia para os profissionais de saúde é a que não visa à morte como terapia, mas sim, a que alivia o sofrimento daqueles doentes graves que estão no processo de morrer ou que padecem de doenças incuráveis, ainda que essas terapias não evitem o desfecho fatal. Do ponto de vista do leigo, o conceito de ajuda para morrer pode ser aceito embora como já referido anteriormente, seria melhor denominar essa prática homicídio piedoso ou eventualmente, auxílio ao suicídio.

A definição não limita a eutanásia aos moribundos, estendendo a prática àqueles que sofrem de doenças graves que os impede de ter uma morte de acordo com seu conceito de dignidade humana. A possibilidade de considerar o conceito individual de dignidade humana do doente como critério precípuo da eutanásia introduz um elemento de insegurança na definição e submete a prática ao sabor das opiniões. No entanto, esse respeito à concepção pessoal do doente é perfeitamente compatível com o princípio da autonomia, consagrado na Bioética, e com o direito de autodeterminação assegurado pela Constituição Federal.

De outra parte, a definição considera o consentimento do paciente como parte essencial da eutanásia. Este ponto é consenso entre os autores, mas Roxin reconhece a presunção desse consentimento como suficiente. Pode-se criticar esse ponto de vista pela insegurança jurídica que acarreta. No entanto, as situações em que se aplica a eutanásia muitas vezes ocorrem durante períodos de inconsciência do paciente. Se não houver manifestação escrita da vontade do doente nessas circunstâncias, somente a informação obtida junto aqueles que lhe são próximos pode legitimar uma forma de eutanásia.

12. Art. 66 do Código de Ética Médica do Brasil "Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal", art. 46 do Código de Ética de Enfermagem brasileiro "promover a eutanásia, ou cooperar em prática destinada a antecipar a morte do cliente", o Código Internacional de Ética Médica considera como dever do médico "o cuidado de preservar a vida humana".

Para o homem médio[13] a eutanásia é uma prática para terminar um sofrimento desproporcional e inútil. Pesquisas demonstram que a opinião pública, em geral, aceita a morte com dignidade e a eutanásia. Em uma das pesquisas, por exemplo, 60% dos entrevistados aceitariam o suicídio assistido para si se estivessem sofrendo de dor crônica, fossem doentes terminais, tivessem perda de mobilidade e da independência ou se fossem um fardo para os demais.[14] Outras pesquisas, entretanto, mostraram que essa porcentagem de aceitação da eutanásia cai entre os que estão gravemente doentes e entre os idosos. Em um dos trabalhos, apenas 8,5% dos doentes em situações terminais manifestaram em algum momento essa possibilidade para si mesmos.[15]

Para Gisele Mendes de Carvalho, a classificação das formas de eutanásia faz parte de sua definição.[16] Assim, a eutanásia classificar-se-ia em *ativa*, quando o agente provoca a morte por conduta comissiva, e *passiva*, quando a provoca por não realizar atos que a evitem, ou seja, por omissão deliberada. A eutanásia ativa pode ser dividida em *direta*, quando a provocação da morte visa aliviar as dores e sofrimento do doente e *indireta*, quando o tratamento da dor por medicamentos provoca de forma consciente ou pelo menos consentida a morte do doente. A eutanásia passiva se confunde com o conceito de ortotanásia. Aqui a já citada autora não admite a confusão entre os conceitos. Na ortotanásia, não se lança mão de procedimentos considerados extraordinários ou inúteis ou excessivamente danosos para o doente em relação ao benefício esperado, sem, no entanto, interromper os meios ordinários de manutenção do doente, como ocorre na eutanásia passiva.

Em oposição à ortotanásia, define-se a distanásia. Consiste essa prática na insistência da utilização de todos os recursos terapêuticos tanto regulares ou ordinários quanto os extraordinários na manutenção da vida, sem consideração

13. Em que pesem as críticas a este conceito; ver Miguel Reale Jr. *Instituições de direito penal.* v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 182.

14. Maria Julia Kovács. Aspectos éticos referentes à abreviação da vida, eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido. *A questão ética e a saúde humana.* São Paulo: Atheneu, 2006, p. 175.

15. *A questão ética e a saúde humana*, cit., p. 170.

16. Gisele Mendes de Carvalho. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*, cit., p. 32.

das conseqüências desses tratamentos quanto ao prognóstico ou o sofrimento que acarretam. É a manutenção da vida a qualquer preço. Alguns autores a consideram verdadeira obstinação terapêutica. O médico que a pratica entende que sua missão é manter a vida do paciente de qualquer maneira.

Para a citada autora, a distinção entre eutanásia passiva, ortotanásia e distanásia é baseada nos conceitos de recursos terapêuticos ordinários e extraordinários. Os recursos ordinários consistiriam naqueles proporcionais à oportunidade e aos resultados esperados e os extraordinários aos recursos desproporcionais pelo desconforto ou inconveniência ou pelo resultado ruim por eles causado.

Embora não utilize esta denominação, a Resolução CFM 1.805/2006 amplia a definição de ortotanásia. Para o Conselho Federal de Medicina, a ortotanásia é a suspensão ou a limitação dos "procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada à vontade da pessoa ou de seu representante legal" sendo que "o doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral". Segundo a Resolução, portanto, os procedimentos de manutenção da vida podem ser interrompidos pelo médico em nome do alívio do sofrimento. Neste aspecto, para o CFM, a ortotanásia tem abrangência maior do que para Gisele Mendes de Carvalho, que como já visto, estabelece justamente esse aspecto como diferencial entre esta e a eutanásia passiva. Para o CFM, assim, a distinção entre eutanásia passiva e a ortotanásia consiste em que na primeira há total interrupção terapêutica com a intenção de se apressar a morte, ao passo que na ortotanásia, o tratamento paliativo é mantido e incentivado.

A definição de doente terminal não goza de consenso na área médica. As próprias entidades de classe abstiveram-se de realizá-la, ponderando que para cada paciente a terminalidade apresenta-se de uma forma diferente.[17] Pode-se considerar em geral que é terminal o doente crônico para quem a medicina não oferece nenhuma chance de cura.

17. Doente terminal. *Cadernos de Bioética do Cremesp.* São Paulo: CREMESP, 2005, p. 19.

Ao classificar a interrupção do tratamento como causa comissiva por omissão da morte de um paciente desconsidera-se a realidade dos cuidados paliativos. A decisão médica de não insistir em determinadas formas de terapia não significa necessariamente que nenhuma terapia será mais empregada. Sempre é possível aliviar o sofrimento ou aumentar o conforto do doente gravemente enfermo. Por outro lado, medidas que poderiam protelar a morte, como hidratações, utilização de aparelhos invasivos, cirurgias e outras, podem causar maior sofrimento sem garantir o sucesso na postergação do desfecho fatal.[18] Assim, o que caracteriza a ortotanásia é mais uma escolha de terapias apropriadas ao caso do que a decisão de abandonar o tratamento do doente. É muitas vezes a decisão de não tratar mais uma doença intratável para tratar um doente que sofre.

O Código de Ética Médica é expresso na vedação da interrupção intencional da vida pelo médico em seu art. 66. O mesmo código em seu art. 6.º veda o uso do conhecimento médico para "o extermínio do ser humano" e deixa claro em seus arts. 51 e 56 que a autonomia do paciente tem por limite o risco de morte que suas decisões implicarem, tendo o médico o dever de tratá-lo quando este risco surgir. O art. 57 proíbe que o médico deixe de utilizar todas as medidas diagnósticas e terapêuticas ao seu alcance em favor do doente. A Resolução 1.805/2006 contrariou em parte essas disposições, mas manteve-se dentro do espírito da ética médica que considera a medicina uma profissão a serviço da saúde, ou seja, do bem estar do ser humano e da coletividade. Como citado acima, é dentro desse espírito de promover o bem-estar global do doente que o profissional de saúde pode aceitar e desenvolver a ortotanásia bem como outras práticas no cuidado dos doentes graves.

Um último conceito pertinente é o de suicídio assistido. Nele, qualquer pessoa fornece os meios ou empresta colaboração ao que sofre para que este cometa suicídio. A diferença fundamental entre esta prática e as anteriormente abordadas é que o controle do fato está com o doente, sendo a decisão da realização do ato inteiramente sob seu controle.

18. *The Merck Manual.* Care of the dying patient. Whitehouse Station, 1999, p. 2.509-2.516.

3. Eutanásia na teoria do delito

As modalidades de eutanásia podem ser abordadas de diferentes formas pela teoria do delito aceita no ordenamento penal brasileiro. A partir da classificação das formas de eutanásia descritas acima, será analisado seu enquadramento na teoria analítica do delito.

Em princípio, quem pratica eutanásia ativa, isto é, mata alguém moribundo a pedido deste para aliviar seu sofrimento tem sua conduta subsumida ao tipo incriminador do art. 121 do CP. Também seriam típicas desse artigo a eutanásia passiva e a ortotanásia como crimes comissivos por omissão. Ressalte-se que ao aceitar esse entendimento, considera-se que o médico assume a posição de garante da vida de seu paciente nos termos do art. 13 § 2.º do CP,[19] o que torna a não evitação do resultado morte uma ação comissiva por omissão.

A eutanásia ativa direta subsume-se perfeitamente ao tipo do art. 121 do CP, sendo, portanto típica. Já a indireta, que consiste na administração de sedativos para alívio do sofrimento em dose que pode levar ao lento desencadeamento da morte, é considerada atípica por alguns em razão de ser "socialmente adequada". Não se pode concordar com esse ponto de vista já que para o ordenamento brasileiro, a vida é bem jurídico indisponível e irrenunciável, sendo quase sempre condenável sua interrupção.[20]

Na eutanásia ativa ocorre o dolo específico de matar. No caso da ativa indireta, o dolo pode ser considerado eventual, o que não afasta a tipicidade da conduta.

Na eutanásia ativa não se vislumbra qualquer causa de justificação. Não é possível caracterizar a conduta de quem pratica essa forma de eutanásia como agir

19. Art. 13, § 2.º: A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

20. Com a exceção dos casos permitidos de aborto.

em estado de necessidade. Não se considera o sacrifício de uma vida, bem jurídico de alta valoração pelo ordenamento, como preferível ao bem-estar e à saúde do doente, já que não se preserva a saúde com a interrupção da vida. Nem mesmo a causa extralegal do consentimento do doente para a realização de eutanásia tem o condão de excluir a ilicitude da conduta do agente, já que, como já visto anteriormente a vida é bem indisponível.[21]

Na análise da culpabilidade tampouco é possível considerar a eutanásia ativa permitida no Brasil. Culpabilidade, como é sabido, é o juízo de reprovabilidade da conduta típica e antijurídica. Como o ordenamento brasileiro adota a teoria limitada da culpabilidade, cabe analisar na culpabilidade a consciência da ilicitude da conduta e a inexigibilidade de conduta diversa. Nos dois quesitos a eutanásia ativa se enquadra com perfeição, não podendo o médico alegar que desconhecia que realizava o ato de matar alguém. Nem se pode alegar que o ordenamento não exija que, naquela situação, ele se abstenha de tirar a vida do paciente. Se o agente da eutanásia não for médico e for parente ou próximo ao doente é possível imaginar uma situação em que seria aceitável a interrupção do sofrimento do doente por piedade ou desespero, como inicialmente colocado, o que caracterizaria a inexigibilidade do respeito à norma do art. 121 do CP. No entanto, mesmo nesta circunstância a doutrina e a jurisprudência nacionais não relativizam o respeito à vida humana, considerando essa conduta apenas como circunstância privilegiadora do delito de homicídio (121, § 1.º, do CP).

No caso da eutanásia passiva e da ortotanásia, a conduta do agente é considerada omissiva. Pouco importa se a omissão do tratamento requereu o ato naturalístico de desligamento ou retirada de equipamentos.[22] O significado social da ação, aqui, é mais importante do que o dado naturalístico. A interrupção do tratamento é considerada uma omissão da atividade terapêutica. O resultado morte, nesses casos, decorre de uma comissão por omissão juridicamente relevante.

21. José Henrique Pierangeli. *O consentimento do ofendido na teoria do delito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 101.

22. Claus Roxin. A apreciação jurídico-penal da eutanásia, cit., p. 20.

De outra parte, pode-se argüir que a omissão do médico é irrelevante para o resultado, o que o exclui da posição de garante. Segundo o já citado § 2.º do art. 13 do CP, assume a posição de garante quem devia e podia agir para impedir o resultado. É certo que o médico tem o dever de agir determinado por lei, mas, no caso de um paciente terminal (portanto incurável) não pode, ainda que o queira impedir o resultado morte. As condutas omissivas citadas, assim, não são consideradas omissões relevantes e, portanto não são causadoras do evento a ser evitado, que é a morte do doente terminal. São condutas atípicas e, portanto não há crime.

De outra parte, segundo a definição de ortotanásia adotada pelo CFM, nesta situação o doente não deixa de receber cuidados por parte da equipe médica para garantir-lhe conforto e bem estar psíquicos. Ou em outras palavras, o doente continua a ter sua saúde[23] melhorada dentro do possível no caso. Essa conduta, portanto, é atípica, pois não se omite o tratamento indicado, já que as formas terapêuticas protelatórias não têm indicação médica por serem inúteis, e não necessariamente evitadoras do resultado morte.

Quanto ao dolo, não existe a vontade de causar a morte na ortotanásia, embora seja de reconhecer-se o dolo direto ou eventual na eutanásia passiva.

A escolha terapêutica de não intervir e de não realizar determinados procedimentos no doente terminal poderia ser caracterizada como exercício regular do direito do médico, e assim, não ser considerada conduta delituosa por apresentar essa causa de justificação. Após a Resolução 1.805/2006 essa interpretação ganha força no caso da ortotanásia. Tal hipótese, entretanto, nunca foi acolhida pela jurisprudência com relação à justificação da atividade médica, e assim, é de se supor, que não seja acolhida com relação à ortotanásia.

O consentimento do paciente que está implícito tanto na eutanásia passiva quanto na ortotanásia não tem o condão de justificar a conduta médica assumida

23. Segundo a Organização Mundial de Saúde a "saúde é um estado de bem estar físico, psíquico e social".

pela mesma razão apontada em relação a esse instituto para a eutanásia ativa, *i.e.* a vida é bem indisponível e irrenunciável segundo o ordenamento brasileiro.

Quanto à culpabilidade, pode-se considerar que a abstenção de terapias inúteis ou que induzam o excessivo sofrimento seja o que se espera de um médico diante de um doente terminal. Estaria assim caracterizada a inexigibilidade de conduta diversa como base de exclusão da culpabilidade do profissional. É mais uma razão para não considerar a eutanásia passiva e a ortotanásia como delitos.

Quem participa como auxiliar em um suicídio assistido não pode ter sua conduta considerada não delituosa em nosso ordenamento em razão do tipo insculpido no art. 122 do CP.[24] E mais, seria ainda possível nos procedimentos eutanásicos atribuir-se à conduta a causa de aumento de pena "diminuição da capacidade de resistir" que o estado mórbido sem dúvida acarreta. Nessa situação apenas a culpa do agente a ser aferida na cominação judicial da pena poderia ser atenuada por haver no caso relevante valor moral.

4. Análise jurídica dos procedimentos eutanásicos

No ordenamento brasileiro não há a menor sombra de dúvida da natureza delituosa dos procedimentos eutanásicos. Todos os principais doutrinadores brasileiros são contrários à prática em nome da sacralidade da vida.[25] Na própria Exposição de Motivos do Código Penal vigente de 1940, exemplifica-se o homicídio privilegiado por motivo de relevante valor social ou moral com o homicídio eutanásico, movido

24. Art. 122: Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Aumento de pena

I – se o crime é praticado por motivo egoístico;

II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

25. Gisele Mendes de Carvalho salienta ser essa a posição de entre outros Nelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Magalhães Noronha, José Henrique Pierangeli e em parte, Aníbal Bruno. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*, cap. 4.

por "compaixão ante ao inevitável sofrimento da vítima". É essa conduta de tal sorte punível como homicídio privilegiado, sujeitando o agente à pena de 4 a 17 anos.[26]

As recentes propostas de reforma do Código Penal vigente criminalizam a eutanásia, considerando-a como uma forma atenuada de homicídio. O último anteprojeto, o de 1999, considera a eutanásia modalidade específica de homicídio sujeitando o infrator à pena de dois a cinco anos. Nesse ponto o projeto é falho, porque considera agentes do crime de eutanásia apenas o cônjuge, o companheiro, os ascendentes, o descendente, irmão ou pessoa relacionada à vítima, esquecendo-se da equipe de saúde que assiste ao doente. Por outro lado, o projeto prevê a descriminalização da ortotanásia, em termos semelhantes à Resolução 1.805/2006, já citada.[27]

Poucas propostas legislativas têm tratado do tema, entre elas o PL 5.058/2005 de autoria do deputado Osmânio Pereira que regulamentava o art. 226 da CF/88 e propunha em nome do direito irrestrito à vida a classificação da eutanásia como crime hediondo, incluindo-a como modalidade de instigação do suicídio prevista no art. 122 do CP. Já o PL 732/83 de autoria do deputado Inocêncio de Oliveira autorizava a ortotanásia. No Senado Federal surgiram os projetos de lei do senado de 125/96 de autoria do Senador Gilvan Borges e o PL 116/2000 de autoria do Senador Gerson Camata. O primeiro autorizava a morte sem dor, e o segundo excluía a ilicitude da ortotanásia. Todos esses projetos estão arquivados.

Não se encontram, tampouco, decisões judiciais que versem especificamente sobre a interrupção da vida em condições de terminalidade ou de doença grave.

26. Art. 121, § 1.º: Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

27. Anteprojeto de Código Penal, art. 121, § 3.º. Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave ou estado terminal, devidamente diagnosticados: Pena – Reclusão de dois a cinco anos.

§ 4.º. Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

Essa observação coincide com relatos norte-americanos, que informam ser o tema pouco apreciado pelos tribunais dos Estados Unidos em razão das características próprias das práticas de interrupção de tratamento e mesmo de eutanásia praticada por equipes médicas nos hospitais.[28]

Mais freqüente naquele país têm sido os casos de suicídio assistido apresentados às cortes, já que nos Estados de Oregon e Michigan essa prática é considerada legal, havendo grupos que a defendem em nome da autonomia das pessoas. Lembre-se o famoso caso do Dr. Jack Kevorkian, o "Dr. Morte", que afirmava ter ajudado mais de 90 pessoas no processo de morte, com a utilização de seu invento a máquina de suicídio, tendo sido finalmente condenado a 25 anos de prisão por homicídio e uso de substâncias proibidas.

Outra série de casos judiciais sobre a eutanásia consiste nos pedidos de autorização judicial para suspender a utilização de suportes indispensáveis à manutenção da vida, tais como respiradores, em pacientes que deles dependam como resultado de doenças incapacitantes incuráveis. São esses, por exemplo, os já citados casos de Terry Schiavo e Piergiorgio Welby. No primeiro caso, a paciente norte-americana Terry que se encontrava há mais de dez anos em coma irreversível teve sua nutrição suspensa a pedido do marido, que contrariando a vontade dos pais e baseando-se na vontade que Terry havia manifestado antes de entrar em coma requereu em juízo a interrupção de seu tratamento. Após um período de aproximadamente quinze dias, Terry faleceu de inanição. Welby solicitou à justiça italiana o desligamento do aparelho respirador que o mantinha vivo apesar de sua paralisia total irreversível não obtendo autorização judicial para fazê-lo. Foi assim, por sua vontade, submetido à eutanásia passiva em dezembro de 2006, por um médico anestesista.

28. *The Merck Manual*, cit., p. 2.515. Segundo os autores as razões para essa virtual inexistência de casos de eutanásia nas cortes norte-americanas deve-se aos seguintes fatores: os juízes, promotores e jurados consideram lícitos os motivos dos que abreviam a vida nesses casos; os meios que provocam a morte são os normalmente usados na terapêutica e não venenos ou armas; os meios utilizados não são intimamente ligados a homicídio e os tratamentos paliativos somente em raros casos aceleram a morte.

Entre nós há registro de caso semelhante ocorrido em Franca, estado de São Paulo, onde o pai de uma criança em coma prolongado e de prognóstico ruim manifestou a vontade de obter judicialmente a autorização de desligar os aparelhos que mantinham seu filho vivo. Essa pretensão, entretanto, era contrariada pela mãe da criança, de quem estava separado. Diante da repercussão negativa que sua pretensão despertou, o pai desistiu da ação antes de submetê-la à justiça.

A Constituição brasileira, segundo alguns, contempla a possibilidade da eutanásia em suas diversas modalidades ao apontar a dignidade humana como valor basilar do ordenamento jurídico e ao garantir a liberdade de autodeterminação como direito fundamental do cidadão. A decisão consciente de interromper o sofrimento inútil por meio da abreviação da vida deve ser respeitada. Assim, aqueles que, dentro de um espírito de compaixão e respeito, auxiliarem os doentes, nesse passo não ferem os princípios constitucionais. Para os que defendem essa linha de pensamento, na ponderação entre o direito à vida e a dignidade humana quando esta última é agredida pelas limitações causadas por uma doença grave, deve-se privilegiar a dignidade humana. Ocorre, porém, que não bastam esses princípios constitucionais para garantir os que eliminam por esses métodos o sofrimento insuportável. A legislação infraconstitucional deve explicitamente disciplinar essas práticas.[29]

Diversas leis estaduais prevêem a ortotanásia como descrita pela Resolução 1.805/2006. São leis promulgadas nos Estados de São Paulo (Lei Covas), Rio de Janeiro, Pernambuco, Paraná e pelo Distrito federal. Mas tais leis estaduais não podem contrapor-se nestas matérias às leis federais. Somente a abordagem legislativa federal poderia dirimir as dúvidas e regular a matéria com segurança jurídica suficiente.

O art. 15 do CC/2002[30] estabelece que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico que implique risco de vida. É óbvio que ao reconhecer o direito de recusar tratamentos médicos arriscados reconhece-se a

29. Entrevista de Luis Roberto Barroso, à *Folha de S.Paulo* publicada em 06.12.2006.

30. Art. 15: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.

autonomia do paciente frente às terapias que estão disponíveis ou que lhe são propostas. Por meio dessa constatação pode-se reconhecer a capacidade dos doentes decidirem sobre a terapêutica que desejam receber em caso de doença grave e terminalidade.

A forma de expressão da vontade do doente em situações de terminalidade de vida ainda não recebeu uma definição legal segura. Os testamentos vitais, documentos reconhecidos em algumas legislações como aptos a comprovar a vontade dos doentes nessa eventualidade, não são reconhecidos pela legislação brasileira. Esses documentos podem tanto conter a vontade de interromper o tratamento se considerado inútil como também expressar a vontade de insistir nas terapias a qualquer custo. Criticam-se estes documentos por retratarem a vontade do doente em situações diferentes das que ele estará vivendo quando a decisão de interromper ou não o tratamento tiver que ser tomada. A solução ideal é a reiteração dessa vontade a cada internação ou situação em que o risco de morte estiver presente.

Não há razão, entretanto, para que o depoimento das pessoas próximas ao doente não seja levado em conta nessas situações. É a chamada vontade presumida do doente. É sempre necessário, porém, fundamentar a decisão em depoimentos de mais de uma pessoa e na concordância geral quanto à decisão tomada.[31] A própria legislação em discussão atribui mais importância ao depoimento dos que convivem com o doente, como os cônjuges e companheiros do que aos consangüíneos, que muitas vezes não têm mais um contato próximo com ele.

A capacidade de decidir pode estar severamente comprometida pela própria doença em fase terminal. Muitas vezes, a depressão surge nessa fase, o que contribui para idéias de suicídio. Por essa razão, a decisão de limitar ou interromper o tratamento deve ser obtida em momentos de lucidez e de alívio da dor e de outras formas de sofrimento, de preferência em mais de uma ocasião. Caso não se possa ter certeza da vontade do paciente pelo efeito da doença e das terapias em sua higidez mental, os profissionais de saúde devem abster-se de praticar atos

31. Claus Roxin. A apreciação jurídico-penal da eutanasia, cit., p. 15.

de abreviação da vida. Essa precaução cabe mesmo no caso de ter sido feito um testamento vital, já que como já dito anteriormente, o doente pode mudar de opinião a qualquer tempo.

Além do homicídio, previsto no art. 121 do CP, outros crimes podem ser atribuídos aos profissionais de saúde que pratiquem as diversas formas de eutanásia. Já foi citado o crime de auxílio ao suicídio, do art. 122 do CP, mas além deste pode-se atribuir o crime de omissão de socorro do art. 135 do CP, se a equipe médica não era responsável pelo tratamento do doente e recusou-se a atendê-lo por motivo eutanásico.

Há autores que incluem nesta lista os crimes de abandono de incapaz e de recém-nascido, previstos nos arts. 133 e 134 respectivamente.[32] Não se pode concordar com essa interpretação, já que a ação típica requer o abandono físico do doente a riscos criados pelo isolamento da vítima que o abandono causou. Ora, não é essa a situação de quem pratica a ortotanásia ou mesmo a eutanásia, já que nestes casos o paciente continuará acompanhado pela equipe profissional e seus familiares.

A distanásia também pode ser considerada crime de constrangimento ilegal previsto no art. 146 do CP, se a opção de obstinação terapêutica contrariar a vontade expressa do doente ou de seus representantes legais.

Do ponto de vista da política criminal, a proibição da eutanásia ativa direta se impõe. Deriva essa conclusão da possibilidade quase ilimitada de tratamento da dor e das limitações físicas causadas por doenças graves, o que torna quase todo o caso de pedido de eutanásia ativa uma falha terapêutica. As pesquisas demonstram que a maioria esmagadora dos que pedem para morrer nessas condições mudam de opinião após o alívio de suas dores ou após a diminuição de suas limitações.[33]

Já a ortotanásia não pode ser considerada inadequada aos padrões morais aceitos pela sociedade brasileira, estando regulamentada pelos órgãos da classe médica de maneira clara e consensual. Apesar de não haver necessidade de novas

32. Rachel F. Dodge. Eutanásia. Aspectos jurídicos. *Bioética*, v. 7, n. 1, 1999, p. 113-120.

33. Maria Julia Kovács. Aspectos éticos referentes à abreviação da vida, eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido. *A questão ética e a saúde humana*. São Paulo: Atheneu, 2006, p. 175.

leis para que essa prática seja considerada lícita, é importante assegurar de forma legal os cuidados que devem cercar essa modalidade de tratamento médico, tanto no interesse do profissional assistente quanto no dos doentes.

O suicídio assistido e o homicídio privilegiado devem indubitavelmente ser proibidos em nome da proteção da vida dos doentes. No caso do suicídio assistido a proibição baseia-se no fato já citado que a maioria dos estados suicidas são secundários a doenças, especialmente depressão. Em doentes graves, como se sabe, a incidência de depressão é muito grande, o que pode aumentar as idéias suicidas durante a vigência destas. O homicídio piedoso, na acepção aqui considerada, por ser cometido por leigo, também deve ser proibido pelo ordenamento já que o não-médico não pode aferir com exatidão a gravidade e a possibilidade de cura da doença grave que acomete o doente. Os artigos do Código Penal que contemplam essas condutas (art. 122 para o suicídio e 121 § 1.º para o homicídio piedoso) são adequados a desestimular tais condutas, permitindo avaliar com razoável justiça as circunstâncias atenuantes certamente presentes nesses casos.

5. Conclusões

1 – O termo eutanásia refere-se à "ajuda prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou de pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana" (Roxin).

2 – Deve-se reservar o termo eutanásia para as práticas juridicamente reguladas dos profissionais de saúde no tratamento de doentes graves em estado terminal ou vítimas de grandes limitações e sofrimentos físicos. A morte causada por misericórdia ou piedade por leigo deveria ser denominada homicídio piedoso. Essa diferenciação baseia-se no fato de que são diversos os motivos que levam os médicos, de um lado, e os leigos, de outro, a praticarem estas condutas e ao fato de que só é possível regulamentar essa prática em ambientes tecnicamente controlados.

3 – As diferentes formas de abreviação da vida em fase terminal são juridicamente proibidas pelo ordenamento brasileiro. É possível, porém, em atenção aos elementos da teoria do delito majoritariamente aceita, descaracterizar algumas delas como delito. É o caso da ortotanásia, que pode ser caracterizada como atípica, ou justificada pelo exercício regular do direito do médico no tratamento de seus doentes ou ainda não culpável, pela inexigibilidade de conduta diversa por parte do profissional assistente.

4 – Para o profissional de saúde, o tratamento do doente terminal não tem por objetivo antecipar ou postergar a morte, mas sim, proporcionar o alívio da dor, dos sofrimentos físicos e psíquicos secundários à doença. Somente atendendo a esse princípio, segundo o qual não se busca a morte, mas sim trazer conforto ao doente, é que o profissional pode eticamente realizar os procedimentos em questão.

5 – Por tudo o anteriormente exposto, a Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina é perfeitamente constitucional e legal, não ferindo as normas infraconstitucionais, especialmente o Código Penal. Atende também, de outra parte aos princípios bioéticos e da ética médica, indo ao encontro do que é aceito de forma ampla pela sociedade em seu senso comum. Para dirimir dúvidas, os projetos de lei que excluem a ilicitude da ortotanásia de forma clara e inequívoca, disciplinando-a em texto legal deveriam ter sua discussão retomada pelo Congresso Nacional, para que os profissionais pudessem tratar os pacientes terminais de forma tranqüila.

6 – As disposições de vontade por escrito quanto às condutas a serem tomadas em caso de terminalidade de vida devem ser incentivadas e obtidas com todos os cuidados éticos requeridos para isso, no momento em que essas situações possam ser vivenciadas pelos doentes graves. O consentimento assim obtido deve ser esclarecido em todos os detalhes pelos profissionais de saúde, dentro do que se convencionou chamar de consentimento esclarecido. Para respeitar a atual vontade do paciente, esse consentimento deve ser renovado a cada nova situação de possível terminalidade de sua doença, obedecendo às mudanças de vontade próprias de cada situação na vida do doente. Por essa razão, entendem-se mais

adequado evitar documentos de caráter mais permanente, como os testamentos vitais existentes em outras legislações. Na falta dessas disposições de vontade por escrito, o consentimento presumido pode ser aceito desde que suficientemente comprovado pelas declarações das pessoas mais próximas ao doente.

7 – Considerando o item anterior, a eutanásia ativa direta e o suicídio assistido não são procedimentos eticamente admissíveis do ponto de vista médico. Devem portanto continuar proibidos pelo ordenamento. O homicídio piedoso por razão eutanásica também deve continuar proibido, já que é praticado por leigos que não têm conhecimento técnico para avaliar a existência ou não da efetiva possibilidade de eliminar o sofrimento do doente.

6. Bibliografia

BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos*. Trad. Tuca Magalhães. São Paulo: Girafa, 2003.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

Câmara Técnica de Bioética do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Doente terminal. *Cadernos de Bioética do Cremesp*. São Paulo: CREMESP, 2005.

DODGE, Rachel F. Eutanásia. Aspectos jurídicos. *Bioética*, v. 7, n. 1, 1999.

HIPÓCRATES. *Conhecer, cuidar, amar*. O juramento e outros escritos. Edição apresentada e anotada por Jean Salem. Trad. Dunia Marino Silva. São Paulo: Landy, 2002.

KOVÁCS, Maria Julia. Aspectos éticos referentes à abreviação da vida, eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido. *A questão ética e a saúde humana*. São Paulo: Atheneu, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Homicídio privilegiado. *RT* 695/280. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. v. 1. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 8, n. 32, out.-dez. 2000.

SEGRE, Marco. *A questão ética a saúde humana*. São Paulo: Atheneu, 2006.

SEGRE, Marco; e COHEN, Cláudio. *Bioética*. 3. ed. São Paulo: Edusp, 2002.

The Merck Manual. Care of the dying patient. Whitehouse Station: The Merck Company, 1999.

O comércio internacional e o desenvolvimento como objetos de uma crítica criminológica

José Danilo Tavares Lobato
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em Direito pela UGF. Mestre em Direito – Ciências Penais pela Ucam. Professor Substituto de Direito Penal e Sociologia Criminal da UFRJ no ano de 2006.

Sumário: 1. Introdução – 2. O panorama e os desafios da pós-modernidade – 3. O atual processo de globalização e a conseqüente geração de violência – 4. O quadro contemporâneo criminal global como um óbice ao desenvolvimento econômico e democrático dos países em desenvolvimento – 5. Política criminal voltada ao inimigo como um risco ao comércio internacional e ao desenvolvimento – 6. Considerações finais – 7. Bibliografia.

Resumo: O presente artigo analisa, a partir de uma visão criminológica, os desafios da pós-modernidade, principalmente, no que concerne à tentativa de superar o pensamento atual praticado no comércio internacional e nos modelos de desenvolvimento econômico. A geração de violência e as políticas criminais dirigidas ao inimigo são temas centrais do trabalho, portanto, estão submetidas a uma análise crítica, uma vez que representam o paradoxo do atual sistema desenvolvimentista. Por fim, o artigo procura traçar as linhas gerais da proposta de adoção de um novo paradigma capaz de realizar uma pós-modernidade socialmente justa e com maior carga de legitimidade democrática na implantação das políticas criminais.

Abstract: This present article analyzes, from a criminological view, the post-modernity challenges, mainly, concerning the attempt to overcome the current thinking practiced in international trade and economic development models. The

generation of violence and the criminal policies directed towards the enemies are central topics of this work. Therefore, they have been submitted to a critical analysis, since they represent the paradox of the current developmentalist system. Finally, the article tries to trace the general lines of the adoption proposal of a new paradigm able to bring forth a postmodernity socially just and with a greater load of democratic legitimacy in the implantation of criminal policies.

Palavras-chave: Criminologia – Pós-modernidade – Violência – Comércio internacional – Desenvolvimento econômico – Política criminal.

Keywords: Criminology – Postmodernity – Violence – International trade – Economic development – Criminal Policy.

Área do Direito: Penal; Internacional; Comercial; Econômico

1. Introdução

A globalização é um fenômeno produtor de efeitos em diversos campos do conhecimento, dentre os quais, o saber jurídico e os ramos que o circundam, como a criminologia. Nogueira afirma que, apesar de não termos a capacidade de perceber, com um mínimo de certeza, o grau e a extensão da onda globalizadora, podemos sentir que estamos por ela envolvidos "como uma nave tragada por furacão, à matraca na imensidão do mar, sem rumo e sem controle".[1] A criminologia crítica apresenta, como elemento de inevitável ponderação, o fenômeno da globalização, uma vez que as relações econômicas atuam direta e/ou indiretamente nos processos seletivos primário e secundário de criminalização. Em outras palavras, os efeitos gerados pelas relações comerciais internacionais necessitam ser, também, analisados sob o ponto de vista criminológico, pois as conseqüências negativas do comércio internacional devem ser superadas a partir da adoção de um sistema de trocas que efetivamente seja libertador e jamais repressor.

1. NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, regionalizações e tributação:* a nova matriz mundial. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 2.

A escola da criminologia capitaneada por Alessandro Baratta[2] tem como pilar a construção de uma teoria materialista (econômico-política) do desvio, ou seja, dos comportamentos socialmente negativos e também da criminalização.[3] Nesse sentido, torna-se patente que o fenômeno globalização precisa ser igualmente estudado pela criminologia e não pode ser diminuído apenas a análises econômicas e jurídico-regulatórias, sob pena de haver uma redução considerável na qualidade das propostas desenvolvimentistas, pois estas perdem sensivelmente a sua eficácia quando não contemplam, em seu bojo, outros valores sociais que indubitavelmente relacionam-se com o desenvolvimento. Isto é, não existe desenvolvimento sem que haja qualidade social e econômica para os participantes diretos e indiretos do comércio internacional, ou seja, as duas vertentes devem ser aprimoradas em conjunto, uma vez que o desenvolvimento econômico sozinho não tem a capacidade de sustentar as bases e o fortalecimento da democracia nas sociedades, principalmente, nas dos países em desenvolvimento, pois, para os participantes indiretos do comércio internacional, é mais importante a existência de programas político-sociais de desenvolvimento do que propriamente a de um sistema democrático simbólico dissociado das reais necessidades desses cidadãos, que, a propósito, têm representação numérica consideravelmente superior a dos *global players*.[4]

A liberdade a ser buscada no comércio internacional pelos participantes diretos não pode resultar na falta de liberdade dos *non-global players*. O objetivo a ser alcançado, ainda que utopicamente, mas sempre ideologicamente, deve ser a liberdade em sentido amplo, ou seja, a queda das barreiras alfandegárias e a criação dos blocos econômicos, por exemplo, não podem significar o crescimento da seletividade do sistema penal em cima dos novos excluídos. Se for verdade que as relações econômicas são dinâmicas e ágeis e

2. No tocante, refere-se ao falecido professor de Sociologia do Direito e Filosofia Social da Universidade do Saarland, Alemanha.

3. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 197.

4. Conferir: NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, regionalizações e tributação*, cit., p. 41-42.

que os participantes das áreas menos competitivas tendem a sucumbir frente aos mais competitivos quando da liberalização comercial, deve igualmente ser verdade que os excluídos, nesse primeiro momento, necessitam ser reinseridos no sistema produtivo legal. Não é admissível que se permita a perpetuação da exclusão dos *non-global players* da economia e do comércio legais com a sua conseqüente migração para a economia informal e o comércio ilícito. Em realidade, esse é um dos pontos que merece maior cuidado pelos estudiosos, pois a criação de um ambiente socialmente insustentável levará, em questão de tempo, à paralisação ou ao retrocesso dos atuais patamares das relações comerciais, seja em razão da falência do mercado consumidor ou em virtude das instabilidades político-sociais vividas pelas sociedades que contêm os maiores números de excluídos das vantagens do comércio internacional e dos incluídos nas suas desvantagens.

Considerando que a criação de um sistema econômico-social estável é a meta a ser perseguida, o direito é um instrumento importante na concretização desse objetivo; para tanto, é mister que o direito não seja utilizado como forma de controle criminal das massas dos *non-global players*, mas sim como uma arma a favor de um crescimento econômico socialmente distribuído. Essa meta pode ser alcançada quando as regulações jurídicas visarem, no âmbito macro, à construção de regras claras, estáveis e materialmente isonômicas e, no âmbito micro, à concretização de um sistema realmente democrático, estável, não propício à corrupção, de tratamento eqüitativo aos cidadãos, de certeza jurídica, capaz de efetivar os contratos comerciais e, por fim, um sistema que permita a todos participarem positivamente dos bônus do comércio internacional. Ou seja, o comércio internacional não pode ser *desenvolvido* como um fenômeno socializador de exclusão, repressão e contenção das massas de seus participantes indiretos, mas sim como um meio de integração, desenvolvimento econômico-social e socializador dos bônus a todos, sejam estes os participantes diretos ou os *non-global players*.

2. O panorama e os desafios da pós-modernidade

Com o fito de traçar o quadro da contemporaneidade, é de grande valia que se recorra ao panorama traçado por Zaffaroni e Batista quando defendem que, na atualidade, pode-se assistir a uma dinâmica muito própria do poder mundial, pois os Estados nacionais vêm perdendo parte de seu poder de decisão, em razão de estarem sitiados por centenas de macrocorporações transnacionais que operam com cálculos de rendimento imediato; a concentração de riquezas está em um processo de acentuação e assumindo características estruturais, sendo que a distância entre o centro e a periferia do poder mundial está em fase de ampliação; em acréscimo, o poder mundial contenta-se com mercados que excluem setores cada vez maiores da população; por fim, o discurso penal inquisitório torna-se revestido por critérios que procuram prescindir de ideologias, que são, erroneamente, chamados de pragmáticos.[5] É a partir desse contexto que se deve procurar responder à pergunta sobre a importância das regras do comércio como causa da perpetuação das desigualdades entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

O criminólogo Dornelles afirma que as últimas duas décadas do último século foram caracterizadas por profundas transformações nos padrões da concentração tecnológica e da acumulação de capital, pois o processo de reestruturação econômica trouxe graves conseqüências, principalmente para as sociedades em desenvolvimento. Por exemplo, a América Latina vive um processo ampliado de exclusão social e violência generalizada e os países centrais tiveram um significativo aumento do desemprego, da exclusão, da miséria, da xenofobia, do racismo e da violência.[6] Ou seja, esse novo modelo de desenvolvimento do capitalismo baseado na mundialização econômica

5. ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro I.* Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 333.

6. DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade, n. 12, ano 7. Rio de Janeiro, 2º semestre de 2002. p. 119-138, p. 119.

organizou-se com uma nova ordem financeira internacional, um novo modelo capitalista que se baseia em novos padrões de produção, na revolução tecnológica, na elevadíssima concentração do capital, na precarização das relações de trabalho, na degradação do meio ambiente, na exclusão social etc., isto com a conseqüente e imediata produção de uma elevada concentração de rendas, de um desenvolvimento da economia informal como expressão da exclusão, marginalização e afastamento do mercado moderno e, por fim, de um novo ciclo de concentração acelerada do capital.[7]

Em verdade, como afirma Dornelles, nesse cenário, vislumbra-se um modelo de desenvolvimento internacionalizado em que não há lugar para todos e que tem a sua fundamentação ideológica no ideário neoliberal.[8] Nesse diapasão, a pobreza generalizada, a marginalização, a exclusão, os massacres, a fome, as guerras civis e as conseqüentes mortes de seres humanos são apresentados como condições necessárias à reengenharia social, em que as políticas compensatórias e o controle social repressivo se complementam, isto é, ao *Estado mínimo*, na esfera social e econômica, corresponde o *Estado máximo* na esfera das políticas de segurança pública e no exercício do controle social através da criminalização dos problemas sociais, uma vez que esse é o *custo social* do progresso.[9] A esse quadro, é importante relembrar que o aumento dos níveis mundiais de pobreza não é um resultado decorrente da escassez de recursos econômicos, mas, ao contrário, a capacidade produtiva é imensa e a *globalização da pobreza* ocorre em tempos de grandes progressos tecnológicos.[10]

A necessidade de que os rumos do desenvolvimento do comércio internacional não prossigam pelo caminho traçado até o momento é óbvia, pois, conforme uma ótica fundada na idéia kantiana de que o homem é um fim e não um meio

7. DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social, cit., p. 119-120.
8. Idem, p. 120.
9. Idem, p. 120-121.
10. Idem, p. 122.

em si mesmo, está claro que, no atual quadro, o homem está sendo o meio da agressiva acumulação de capital por parte de alguns poucos. A percepção de que o quadro social também não pode ser esquecido, é encontrada em defensores do livre comércio, como por exemplo, Trebilcock e Howse. Esses autores expõem que a adoção de políticas liberais pode ser condição necessária para o desenvolvimento econômico, mas, no entanto, estas políticas estão longe de ser a condição suficiente deste.[11] Isto é, para Trebilcock e Howse, políticas domésticas relacionadas com o investimento em educação, infra-estrutura, saúde, qualidade do sistema jurídico do país e da administração pública, indubitavelmente, importam no desenvolvimento econômico, de forma que as políticas bilaterais e multilaterais estrangeiras de ajuda podem focar tais prioridades.[12]

Dessa forma, o *pensamento único* deve ser superado. Por *pensamento único* entende-se aquele que se baseia na crença de que as desigualdades sociais são inevitáveis e insuperáveis e que o Estado Democrático de Direito esgota-se na liberdade de mercado e na mera escolha dos representantes políticos. O compromisso democrático deve ir além da implantação de uma democracia que se esgote no sistema formal de representação. A democracia está umbilicalmente conectada à idéia de uma sociedade justa; nesse sentido, Habermas expõe que toda Constituição desenvolve uma relação temporal enquanto projeto de uma sociedade justa, ou seja, a Constituição é articuladora do horizonte de expectativas de um futuro antecipado no presente.[13]

Habermas, com muita precisão, afirma que "o processo democrático carrega o fardo da legitimação".[14] Apenas a partir da implantação de um sistema econômico-comercial materialmente justo e em escala mundial é que o desen-

11. TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. 2. ed. London and New York: Routledge, 2001. p. 394.

12. Idem, ibidem.

13. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p. 119.

14. Idem, p. 310.

volvimento econômico global poderá ser qualificado como legítimo. É a partir desse viés que os organismos internacionais, como por exemplo, a Organização Mundial do Comércio, podem efetivamente contribuir para o fortalecimento da democracia política, econômica e social dos países não-centrais.

3. O atual processo de globalização e a conseqüente geração de violência

Nas linhas anteriores foi descrita, de forma quase que implícita, a relação do fenômeno da atual globalização econômica com o da conseqüente geração de violência. Neste momento, dedicar-se-á a um maior detalhamento dessa inevitável relação, a fim de que se possa melhor compreender as conseqüências da adoção estrita do ideário neoliberal.

A criação da pobreza em escala industrial e global acarreta o aumento dos índices da criminalidade mundial, mas atenção: não se está aqui com uma afirmação simplória de que os pobres são os responsáveis pela majoração das referidas taxas. Em realidade, o foco de análise deve ser outro que não o etnocêntrico, ou seja, a pobreza é criada, levada às práticas de violência passiva e ativa e, por conseqüência, criminalizada, pois, do contrário, o sistema econômico-social criado não mais se sustentará frente a eventuais insurgências dessas pessoas que são reputadas como *non-global players*. Com base nas lições de Dornelles, pode-se afirmar a existência de uma relação entre a natureza excludente do modelo de ideologia neoliberal do processo de globalização econômica e a generalização do quadro de violência no mundo contemporâneo, uma vez que a implantação do *Estado mínimo*, no campo econômico e de proteção social, é acompanhada, no campo das políticas de segurança, do *Estado máximo*, principalmente, com a retomada do discurso de lei e ordem como estratégia de controle social e das políticas criminais de emergência.[15]

15. DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social, cit., p. 123.

Malaguti Batista traça um panorama da América Latina que não diverge do já exposto, uma vez que a criminóloga enxerga que o atual nível de endividamento dos países latino-americanos faz com que qualquer superávit na balança comercial seja absorvido pelos países centrais, de modo a impedir a acumulação de capital produtivo.[16] Dessa forma, Malaguti Batista entende que o enfraquecimento do Estado somado ao colapso das políticas públicas, ao aumento da desocupação, do subemprego e do rebaixamento dos salários e da renda *per capita* afetam, em primeiro lugar e de forma mais forte, as classes urbanas marginalizadas com o conseqüente aumento dos níveis de pobreza absoluta.[17] Em conclusão, a criminóloga expõe um rascunho da gravidade social produzida pelo ideário neoliberal em que as massas urbanizadas empobrecidas num quadro de redução da classe operária à pobreza absoluta e de inexistência de um projeto educacional e de condições sanitárias e de moradia, não encontram, no modelo neoliberal, respostas, alternativas a um controle pelo terror do Estado.[18] O terror referido consiste na realização diária de um sistema penal que reprime através dos métodos informais, como por exemplo, as condenações realizadas pelas agências policiais, e, também, por meio dos procedimentos jurídicos positivados, pois, a partir do estabelecimento de tamanho fosso social, apenas a repressão criminal poderá manter as bases do sistema sócio-econômico neoliberal.

Baratta traz à luz uma forma de violência que permanece, na maioria das vezes, escondida sob os mantos dos etiquetamentos criminais, ou seja, o ponto central a ser analisado está na estratégia imutável da defesa material e simbólica da desigualdade por parte dos grupos no poder.[19] De forma mais explícita, Baratta expõe que criminalizar os pobres é um indispensável instrumento da manutenção do atual quadro econômico-social, isso porque a referida criminalização garante materialmente a sua

16. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis:* drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 55.

17. Idem, ibidem.

18. Idem, p. 56.

19. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, cit., p. 31.

posição subalterna no mercado de trabalho e a sua crescente exclusão, disciplina e, quando necessário, destruição; por outro lado, a segunda face desse processo consiste justamente no encobrimento, por meio da criminalidade perseguida, a grande estrutura de ilegalidade e violência que, em nossa sociedade, está presente na manutenção do *status quo* das classes detentoras do poder econômico.[20]

Nesse sentido, restam apresentadas as duas faces da violência, enxergadas pela criminologia crítica como resultantes da atual prática econômico-social. Uma observação a ser feita, a fim de evitar simplificações equivocadas do fenômeno da geração da violência, reside no fato de que a insubordinação e, em alguns momentos, a violência dos pobres é determinada, sim, pelas condições sociais contudo, mas nem sempre; e que a violência dos ricos não é determinada pelas desigualdades sociais; todavia, é ela que determina e mantém o referido fosso social.[21]

Dornelles desenha a sua percepção no mesmo sentido descrito, ou seja, que, direta ou indiretamente, a violência alimenta-se das desigualdades, sendo que a ampliação da escala da desigualdade em ritmo crescente e acelerado, cuja produção tem origem na mundialização econômica neoliberal, expande a exclusão social, por meio da abstenção do Estado frente a sua responsabilidade pública social; e que tal exclusão acaba por transformar-se em uma pré-condição para a generalização e fragmentação da violência.[22] Como conseqüência, há o surgimento de fraturas sócio-culturais que acarretam a separação dos países, regiões e grupos humanos; em resumo, nesse momento, surge a figura do outro como o diferente, isto é, o outro torna-se quase que um inevitável objeto da intolerância, uma vez que esse outro não está mais identificado como um igual (humano), mas sim como o diferente.[23]

20. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, cit., p. 31.

21. Idem, ibidem.

22. DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social, cit., p. 127.

23. Idem, ibidem.

Por fim, Dornelles traz à luz o que é por ele chamado de "um novo paradigma da violência", uma vez que a violência deve ser compreendida como, ao mesmo tempo, globalizada e localizada, isto é, a violência contemporânea apresenta dupla característica de ser global e local, mundializada e fragmentada ou geral e molecular.[24] O fundamento para a atual face da violência contemporânea é apontado por Dornelles como resultado de uma soma de diversos fatores criados pelo quadro neoliberal, como por exemplo, o aumento do medo e do sofrimento humano com a incerteza, a insegurança e a falta de perspectivas para parcela majoritária das sociedades contemporâneas.[25] O individualismo exacerbado e em escala global cria uma série de expectativas de reconhecimento social que só são realizáveis quando o indivíduo alcança posições sociais baseadas na apropriação de bens materiais que se constituem em símbolos de poder; no entanto, a incapacidade de que todos venham a alcançar tais objetivos materiais, gerados por um modelo de economia de mercado marcado pela cultura do consumo de massas, cria frustrações e um sentimento de injustiça que resulta na violência contemporânea, ou seja, o resultado desse processo é o inconformismo ou a recusa individual e/ou social de seguir uma existência negadora das expectativas de satisfação das promessas neoliberais; nesse instante, há o surgimento das intolerâncias raciais, étnicas, religiosas, dentre muitas outras.[26] Inclusive, pode-se corroborar a idéia já exposta com o pensamento de Vold, Bernard e Snipes, pois esses autores defendem que a desigualdade econômica possui relação de impacto nos níveis de violência social.[27]

No entanto, uma nova advertência deve ser feita, a fim de se evitar simplificações equivocadas de um fenômeno social complexo. A referida consiste no fato, conforme pondera Dornelles, de que não existe uma relação automática e

24. DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social, cit., p. 131.

25. Idem, p. 130.

26. Idem, ibidem.

27. VOLD, George B.; BERNARD, Thomas; SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical criminology*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2002. p. 98.

imediata ou diretamente necessária entre a violência contemporânea nos centros urbanos e a mobilidade social descendente ou entre aquela e a crise do projeto da modernidade.[28] Nesse diapasão, se as rebeliões em bairros periféricos nas cidades européias, norte-americanas e latino-americanas têm como pano de fundo o cenário anteriormente descrito, ou seja, o da inacessibilidade ao mercado, das dificuldades sociais e o da frustração com a concretização do projeto neoliberal, não é menos verdade que as referidas rebeliões têm como motivação imediata as arbitrariedades policiais, a falta de acesso à justiça e as questões culturais como estopim.[29] Isto significa que a pobreza e o desemprego, ainda que sejam tradutores do descenso social, não se transformam imediata e inevitavelmente na violência social contestadora do modelo de desenvolvimento neoliberal. Entretanto, tais fatores municiam as frustrações explosivas que podem estar expressas no nacionalismo xenófobo e racista e em muitas outras formas de intolerância para com a figura do outro.[30] Desse modo, assiste razão a Arrigo quando afirma que os criminólogos pós-modernos juntam o tempo, local e as demandas interpessoais à realidade do crime e dos criminosos, uma vez que o conhecimento absoluto e a verdade são artificiais, incompletos, construídos em incertezas e, freqüentemente, reproduzem julgamentos perigosos sobre eventos e pessoas.[31]

4. O quadro contemporâneo criminal global como um óbice ao desenvolvimento econômico e democrático dos países em desenvolvimento

Ao fim das análises das conseqüências, para as sociedades e grupos de indivíduos, da adoção de um modelo sócio-econômico neoliberal, é mister que o

28. DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social, cit., p. 130.

29. Idem, ibidem.

30. Idem.

31. ARRIGO, Bruce A. Postmodern theory and criminology. In: HENRY, Stuart; LANIER, Mark M. (Org.). *The essential criminology reader*. Boulder: Westview Press, 2006. p. 229.

presente estudo perpasse também pelas conseqüências de dito modelo frente ao desenvolvimento econômico e ao da democracia nos países em desenvolvimento. Ou seja, é chegada a hora de se proceder a uma análise em nível macro da atual situação criminológica global frente ao comércio internacional, uma vez que esse pode ser dividido em lícito e ilícito.

Considerando que o comércio internacional pode ser ilícito, deve-se ressaltar que dita ilicitude não lhe retira importância sócio-econômico; por exemplo, a proibição do tráfico de drogas não significa, em realidade, muito pelo contrário, que o comércio ilícito de entorpecentes não tenha um vulto econômico-financeiro capaz de *sustentar* e financiar determinadas sociedades ou até países, que não apresentem muitas opções comerciais economicamente viáveis. A criminóloga Del Olmo lembra que as drogas sempre existiram e que seu papel, na história da humanidade, sempre variou conforme os fins determinados pelo homem. Nesse sentido, elas vêm sendo destinadas a realizações mágicas, religiosas, medicinais etc.[32] No entanto, adverte Del Olmo que as drogas se converteram em *problema* quando perderam o exclusivo valor de uso para adquirir também o valor de troca, isto é, o problema das drogas só surge no momento em que essas mercadorias passaram a estar sujeitas às leis da oferta e da procura.[33]

O surgimento do problema das drogas não é recente, pelo contrário, desde o começo do século XX já eram observadas as primeiras manifestações governamentais de colaboração a fim de formular e implementar políticas comuns de controle dos entorpecentes. No entanto, ressalta Del Olmo, hoje em dia, em razão da globalização da economia e da liberalização do comércio, somados à erosão da autoridade do Estado-nação, um consenso no âmbito das organizações internacionais e regionais foi recuperado, no sentido de que o problema mundial

32. DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. *Discursos sediciosos*, cit., p. 65-80, p. 65.

33. Idem, p. 65.

das drogas adquiriu dimensões planetárias e, por conseqüência, passou a requerer uma nova regulamentação transnacional.[34]

Em resumo, Del Olmo coloca que o tráfico de drogas foi consolidado e está mundialmente diversificado, a violência e a criminalidade foram inegavelmente incrementadas, as organizações de traficantes cresceram e tiveram um aprimoramento tecnológico, ao passo que se está longe de afirmar a redução dos níveis de corrupção entre as autoridades policiais e judiciárias.[35]

As políticas nacionais e internacionais na denominada *guerra contra as drogas* vêm sistematicamente fracassando. O dito fracasso tem fundamento na insistência do aspecto moral e criminal do fenômeno das drogas, pois tal procedimento impede a compreensão da natureza e da dinâmica do tráfico de drogas, e, sobretudo, de suas dimensões como uma empresa transnacional dedicada à produção de bens e serviços ilegais.[36] A diminuição do fenômeno a uma questão deliqüencial-policial oculta a complexidade da indústria das drogas ilícitas, uma vez que considera o tráfico como uma categoria homogênea.[37] Del Olmo entende que, na verdadeira dimensão, a questão das drogas é um problema econômico, social e político transnacionalizado que termina por desequilibrar o Estado e a sociedade, isso porque o tráfico de drogas não é uma forma ordinária de criminalidade, nem de uma atividade parasitária ou de pilhagem, mas sim de um processo produtivo, ainda que totalmente ilícito.[38]

A solução do problema passa pela anterior e necessária redefinição do conceito de droga e, claro, também da desconstrução das políticas atuais e da avaliação dos tratados internacionais vigentes, pois, dentre outros, os aspectos históricos,

34. DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas, cit., p. 65 e 70.
35. Idem, p. 70.
36. Idem, p. 70-71.
37. Idem, p. 71.
38. Idem, ibidem.

culturais, econômicos, sócio-políticos precisam ser incorporados ao delineamento da nova intervenção global sobre drogas.[39] Essa forma alternativa de intervenção deve, igualmente, implicar no resgate do conceito de segurança humana, frente ao conceito de segurança nacional, em razão daquele ter seu ponto de referência no indivíduo e nas suas comunidades, em vez de no território e em seus governos. Logo, esse novo programa global precisa necessariamente contemplar situações relacionadas com a governabilidade, a participação democrática, a pobreza, o desenvolvimento e com os problemas de saúde e educação.[40]

Para que seja possível a adoção desse novo caminho, é inevitável que, na percepção sobre as drogas, deixe de predominar a visão moral e criminal nas representações construídas sobre o fenômeno, ou seja, é impensável que continue a ignorância quanto à natureza político-social e à importantíssima dimensão econômica do tráfico de entorpecentes; para tanto, as agências e entidades de controle e repressão ao comércio de entorpecentes deverão estar conscientes de que é impossível haver a definição de uma política em matéria de drogas quando não se conheça a estrutura do mercado para além da dicotomia entre o bem e o mal.[41]

Nesse sentido, deve haver uma consciência de que em razão de o mercado das drogas ser altamente lucrativo, este tem a capacidade de criar um sistema paralelo de poder econômico, de forma que, em muitos países, a própria economia lícita local pode acabar sendo solapada pela força da economia ilícita das drogas, o que, em última análise, pode levar alguns Estados a uma situação de dependência financeira do volume de recursos produzidos através do tráfico de entorpecentes, que a governabilidade e a democracia restem reduzidas frente ao poder dos barões da droga. Desse modo, três perguntas podem ser colocadas. Como o direito in-

39. DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas, cit., p. 75.

40. Idem, ibidem.

41. Idem, p. 70.

ternacional pode contribuir para o desenvolvimento econômico e democrático dos países em desenvolvimento? Qual a importância das regras do comércio como causa da perpetuação das desigualdades entre países desenvolvidos e em desenvolvimento? Qual a relação entre regulamentação do comércio internacional e o direito ao desenvolvimento?

No tocante à questão global das drogas, as duas primeiras indagações podem ser respondidas a partir da adoção do novo paradigma não-moral-maniqueísta de controle dos entorpecentes e de políticas comerciais e econômicas de financiamento do setor produtivo, de modo a permitir que os países e/ou os grupos regionais ou locais produtores de drogas possam ter condições de substituir as culturas psicotrópicas ilícitas altamente rentáveis por culturas lícitas economicamente viáveis no mercado internacional. Não cabe, no bojo desse estudo, a indicação dos meios técnicos a serem utilizados no âmbito do comércio internacional a fim de que se torne possível a substituição da economia ilícita pela lícita, ou seja, não é o objetivo apresentar como os subsídios, a reserva de parcela do mercado ou a redução tarifária preferencial, por exemplo, podem ser úteis à realização de tal proposta, mas sim demonstrar os erros e as falhas do atual quadro político-jurídico com as conseqüentes mazelas e apontar, em um âmbito político macro, alguns possíveis caminhos a serem seguidos.

É interessante notar que o maniqueísmo político-moral não deve apenas ser extinto da política de controle ao tráfico de substâncias entorpecentes, mas, como anota, por exemplo, Frederick T. Temple, a corrupção está finalmente tendo a atenção que merece enquanto impedimento ao desenvolvimento econômico e à redução da pobreza, isto porque a corrupção foi por muito tempo lamentada como um problema moral e legal; no entanto, há um crescente corpo de pesquisas que vem concluindo que a corrupção e outras formas de governança medíocre estão também associadas a baixos índices de performance econômica.[42] Em realidade, como se

42. TEMPLE, Frederick T. *Fighting corruption in Bangladesh*: introductory remarks at Parc workshop. Disponível em: <http://www.worldbank.org>. Acesso em: 30.01.2006.

percebe, atos como o tráfico ilícito de drogas e a corrupção estão mais ligados e são tão ou mais problemas econômicos do que criminais propriamente ditos.

Frente ao questionamento de como a regulamentação do comércio internacional relaciona-se com o direito ao desenvolvimento, pode-se afirmar que a referida regulamentação relaciona-se em dupla vertente. A primeira vertente de relacionamento já foi exposta nas linhas anteriores, isto é, as novas rodadas da Organização Mundial do Comércio precisam incluir em suas pautas de discussões, o debate a respeito dos meios técnicos para que as economias secundárias possam estar aptas a um amadurecimento econômico que as permita, a médio e longo prazos, respectivamente, concretizar o projeto da liberalização econômica, sem que isso acarrete a piora dos índices sociais, mas, ao contrário, que a efetiva liberalização de suas economias ao comércio internacional resulte no fortalecimento político-econômico e democrático de seus Estados.

A outra vertente em que a regulamentação do comércio internacional deve atuar corresponde ao disciplinamento do mercado financeiro internacional. O sistema bancário mundial não pode continuar servindo de meio para a lavagem de dinheiro originário do tráfico ilícito de drogas, da corrupção, fraudes governamentais, dentre outros negócios ilícitos, pois a lavanderia internacional termina por realimentar essas práticas criminosas, além de permitir outras, como por exemplo, o terrorismo. Assiste razão a Muñoz Conde quando defende que o branqueamento ou lavagem de bens e capitais deve ser punido não só porque favorece o enriquecimento daqueles que tenham cometido um delito prévio, mas também, porque essa prática afeta diretamente o funcionamento da economia de mercado e o seu controle, uma vez que, desde a origem, o ingresso financeiro, através da tributação, nos cofres estatais já se encontrava viciado.[43]

Conforme se depreende, o maior perigo da purificação de dinheiro e bens provenientes de origens ilícitas é justamente a dependência do Estado às práticas

43. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal:* parte especial. 15. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 547.

criminosas que originam tais receitas, ou seja, a criação de um *narco-Estado* ou, em forma lata, de um *Estado fora da lei*. É justamente nesse ponto que reside um fator que pode ser denominado de *qualidade do desenvolvimento*, isto é, as receitas ilícitas podem até gerar o desenvolvimento econômico de alguns Estados, mas, indubitavelmente, esse desenvolvimento não terá qualidade, pois a governabilidade de tais nações estará condicionada às vontades dos *barões do crime*, uma vez que são estes os reais financiadores e criadores da economia nacional, de modo que a democracia será, por conseqüência, apenas simbólica, isto porque, em tal contexto, ela encontrar-se-á totalmente fragilizada frente ao poder *estatal* de seus reais e ilegítimos exercentes.

5. Política criminal voltada ao inimigo como um risco ao comércio internacional e ao desenvolvimento

Nos últimos anos tomou força, ainda que com forte rejeição acadêmica, um pensamento defensor da adoção do *Direito Penal do Inimigo*. Em linhas iniciais e breves, cumpre, nesse momento, a exposição do que seja o direito penal do inimigo para que ao final esta linha de pensamento possa ser confrontada com o modelo de direito ao desenvolvimento a ser buscado a partir dos novos paradigmas de um comércio internacional livre, mas materialmente isonômico.

O terrorismo em escala global, dentre outras formas delituosas, mas principalmente, contribuiu de forma inequívoca para o ressurgimento de uma política penal global baseada no denominado direito penal do inimigo. Concretamente, tal política pode ser vista nos ataques preventivos da era Bush. No entanto, deve-se perceber que a administração Bush não formulou os marcos teóricos do direito penal do inimigo, mas que, de forma inequívoca, pratica e concretiza o direito penal do inimigo em sua política de combate ao terrorismo. Essa nova política criminal tomou um caráter mundial após os ataques terroristas às torres gêmeas, antes, porém, em atuações pontuais, a referida política pôde ser encontrada, por exemplo, nas disputas do continente africano e no Oriente Médio. Entre tais atuações pontuais,

Jakobs entende que a criação de um Tribunal Internacional para julgar os crimes contra a humanidade praticados na antiga Iugoslávia, quando da administração de Milosevic, representa a concretização de uma política criminal baseada no direito penal do inimigo.[44]

Na academia, o marco teórico do ressurgimento dos posicionamentos pró direito penal do inimigo pode ser considerado quando de conferência sobre o tema e da publicação de obra de mesmo nome por Günther Jakobs, de modo que, assim, ele abandona sua antiga posição de ambigüidade a respeito do tema.[45-46]

Jakobs coloca que, diferentemente da função do direito penal do cidadão, o do inimigo não tem a manifesta função de contradição, mas sim de eliminação de um perigo.[47] A função de contradição, exposta por Jakobs, significa que a pena imposta ao criminoso contradiz juridicamente o próprio crime realizado pelo criminoso. Em seu sistema dogmático, o direito penal garante a manutenção da configuração social e estatal por meio da garantia às normas, o que representa a defesa de sua própria legitimação material do sistema normativo; tal garantia consiste em que as expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social não sejam suprimidas no caso de sua defraudação; logo, conforme tal sistemática, deve o direito penal do cidadão definir como proteger a consistência das expectativas normativas essenciais frente à eventual decepção delas.[48]

44. JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 51, 54 e 55.

45. GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *RBCcrim*, n. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-out. 2005. p. 94.

46. Inclusive, em trabalho posterior, Jakobs afirma, com toda a clareza, ser desonesta a não-legitimação do direito penal do inimigo e um abuso declarar inimigos como cidadãos; JAKOBS, Günther. *La pena estatal:* significado y finalidad. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006. p. 180.

47. JAKOBS, Günther. *Derecho penal del*... Op. cit. p. 55

48. JAKOBS, Günther. *Derecho penal:* parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 44-45.

Ressalva Jakobs que, enquanto forma de sistemas ideais, o direito penal do inimigo e o do cidadão dificilmente serão concretizados em seus modelos puros, ou seja, as tendências dos dois sistemas possivelmente sofrerão alguma mistura.[49]

Dessa forma, para seguir essa linha teórica, resta mais do que clara a necessidade de diferençar o inimigo do cidadão, a fim de que a cada um seja aplicado o sistema penal correto, de modo a garantir a manutenção do *status quo* de segurança jurídico-social. Para Jakobs, seu critério de diferenciação está mais próximo ao de Hobbes, pois é preferível manter o *status* de cidadão para aqueles que não se desviam por princípio, isto é, apenas quem, principiologicamente, conduz-se de modo desviado, não oferecendo garantia de comportamento pessoal (possibilidade de realizar as expectativas normativas) é que deve ser combatido como um inimigo.[50]

Por fim, Jakobs defende que a punição nacional e/ou internacional das violações dos direitos humanos, após uma mudança política, demonstra ter características próprias de um direito penal do inimigo, sem que isso a qualifique de ilegítima.[51] Incluir a criação de tribunais penais internacionais como uma das vertentes do direito penal do inimigo é por demais questionável, isto porque existem profundas discrepâncias entre a consideração de uma pessoa, um grupo ou um país patrocinador do terrorismo como um inimigo e, por isso, justificar ataques preventivos a tais figuras e a consideração da necessidade de instituir um tribunal para julgar genocídios e crimes de guerra já ocorridos. É inegável que a primeira atuação é preventiva e é baseada em um juízo de periculosidade e probabilidade, enquanto que a segunda é fundada em um fato pretérito por demais assemelhado aos crimes julgados pelo direito penal do cidadão.

Nesse sentido, apesar do amplo espectro do direito penal do inimigo, o presente estudo concentrará as críticas quando a referida política for utilizada

49. JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo,* cit., p. 21-22.

50. JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Thomson Civitas, 2003.JAKOBS, Günther. Op. cit. p. 55-56.

51. Idem, p. 56.

como instrumento preventivo autorizador de ataques e guerras, ou seja, a criação de tribunais penais internacionais para julgar crimes contra a humanidade, ainda que, discutivelmente, seja uma forma de externalização do direito penal do inimigo, não é aqui criticada, em realidade, muito pelo contrário, é até elogiada.

Dessa forma, nesse instante, uma premissa necessariamente deve ser estabelecida, qual seja, ainda que atos como terrorismo e o comércio internacional de pessoas e entorpecentes sejam condutas moral e juridicamente reprováveis e, também, lesivas para o desenvolvimento econômico e social, é, como afirmado por Greco, nada menos que um escândalo afirmar que o Estado não tem o dever de respeitar seres humanos.[52]

A aceitação de um direito penal do inimigo importa na violação de algumas das garantias mais caras à humanidade, como por exemplo, o devido processo legal e a ampla defesa. É inegável que execuções sumárias ou prisões sem mandados judiciais e por tempo indeterminado apenas remontam aos regimes totalitários, em que a democracia e a liberdade inexistem. A prática de atos de lesas-humanidades deve ser combatida com os meios jurídicos desenvolvidos de acordo com os princípios de um Estado Democrático de Direito e não conforme os de um Estado nazista, fascista ou stalinista. Nesse diapasão, Greco expõe que uma teoria, com matiz autoritária, que é imprecisa e que acarreta a anulação de todos os limites absolutos ao poder de punir de nada serve ao desenvolvimento do sistema do direito penal.[53]

Considerando que algumas idéias básicas foram colocadas, a problemática posta na análise do direito penal do inimigo deve ser solucionada, isto é, qual a razão ou fundamento de uma política criminal voltada ao inimigo ser aqui considerada como um risco ao comércio internacional e ao desenvolvimento.

Em verdade, como é de clara percepção, a adoção de um direito penal do inimigo em escala global só tende a gerar mais conflitos e guerras e, por conseqüência,

52. GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo, cit., p. 97.
53. Idem, p. 102.

perdas humanas, materiais, de infra-estrutura, além de que o investimento do capital nacional será prioritariamente dirigido aos investimentos armamentísticos. Diga-se de passagem que o referido investimento não é capaz de gerar qualquer crescimento econômico com vantagens socializáveis, mas apenas e tão somente um com vantagens restritas aos poucos grupos econômicos que participam do lucrativo mercado bélico. A retirada dos investimentos das políticas de base, como educação e saúde, por exemplo, além da paralisação das obras de infra-estrutura não-bélica, acrescida da destruição e/ou redução da infra-estrutura existente, tem por resultado uma inevitável estagnação econômica, quando não, uma radical redução dos índices econômicos e de desenvolvimento social. Como mais um fator agravante a tal quadro negativo, existe uma fuga de capitais e o não ingresso do capital externo.

Está patente que, a partir de tal diagnóstico, tal região e/ou país atingido(s) por tais conseqüências, encontrar-se-á(ão) rumando à exclusão do desenvolvimento econômico e social que o comércio internacional pode trazer. A situação, por exemplo, de um país, perante o comércio internacional, será a de um inevitável super-importador, ou seja, após sucessivos e forçosos déficits em sua balança de pagamentos, fatalmente, recorrer ao Fundo Monetário Internacional, ao Banco Mundial e aos outros credores externos será o único meio de manter a insustentável posição de um país hiper-importador e com uma economia aos frangalhos.

Nesse momento, retorna-se ao exposto no início do texto, ou seja, o comércio internacional só alcançará a total liberalização e proporcionará um contínuo desenvolvimento aos participantes se estiver fundado em um ambiente socialmente sustentável, isto é, um ambiente em que seja permitido a todos ter acesso às vantagens do comércio internacional, pois do contrário, a criação de um ambiente socialmente insustentável levará, em questão de tempo, à paralisação ou ao retrocesso dos atuais patamares das relações comerciais, seja em razão da falência do mercado consumidor ou em virtude das instabilidades político-sociais vividas pelas sociedades que contêm os maiores números de excluídos das vantagens do comércio internacional e dos incluídos nas desvantagens deste.

É importante ressaltar que, apesar das instabilidades político-sociais começarem sempre localizadas, e quando muito regionalizadas, em face do atual estágio de relacionamento entre os diversos países, uma instabilidade local pode facilmente alastrar-se de modo a atingir também aquelas nações que, em um primeiro momento, fazem parte do grupo dos países que mais auferem os bônus do comércio internacional. As instabilidades nesses países, que, a princípio, estão a salvo das conseqüências da política neoliberal e da adoção de uma política de guerras preventivas, podem ser originadas por diversas razões, como por exemplo, revoltas originadas pelos desempregados e economicamente desqualificados de regiões periféricas que formam as minorias excluídas da repartição dos lucros, ou ainda, por grupos terroristas que procuram a vingança através do terrorismo pelas perdas que suas nações vêm tendo com as políticas adotadas pelos *vencedores* econômicos.

6. Considerações finais

O presente estudo teve como objetivo principal analisar, a partir de uma visão criminológica, as conseqüências da adoção de um modelo de comércio internacional de ótica neoliberal e, por conseguinte, os resultados da manutenção de um estado de subdesenvolvimento para alguns participantes das relações econômicas mundiais.

Procurou-se demonstrar a necessidade de um novo modelo teórico, em que o conceito de desenvolvimento não esteja ligado apenas à idéia de crescimento econômico, mas também, à qualidade deste e do fortalecimento das bases sociais e do princípio democrático, isto é, o fenômeno da globalização deve ser convertido a nosso favor.

A liberalização do comércio internacional não é criticada em razão dela mesma. Apenas a crítica é dirigida à necessidade de garantir meios aos demais participantes do comércio internacional para que estes também tenham condições de competir em uma situação de isonomia substancial. Em realidade, a descrença no neoliberalismo não deve significar a descrença em um liberalismo (social) adotado sob bases justas, isto é,

a adoção de políticas liberais como bem defendido por Trebilcock e Howse pode até ser condição para o desenvolvimento econômico, mas com toda a certeza, não são as únicas condições para tanto, ou seja, é necessário que, ao lado delas, haja uma política social que não desproteja os indivíduos e, até em alguns casos, nações, a fim de que o mercado nacional ou internacional não seja um ator economicamente destrutivo, empobrecedor e gerador de violência, seja no âmbito micro ou macro.

Por fim, faz-se aqui uma defesa no sentido de que as insuficiências econômicas de base – estejam estas no âmbito do mercado local, regional ou internacional – sejam resolvidas fora do âmbito criminal e das políticas de guerra, pois, muitas vezes, o círculo vicioso da violência pode ser interrompido ou não-criado a partir da implementação de políticas voltadas a um desenvolvimento qualitativo e isonômico repartidor de lucros, sem que com isso, o projeto da liberalização reste prejudicado; em realidade, em tal quadro, o comércio internacional tende a estar muito mais livre e democrático e, ainda, a proporcionar um desenvolvimento consideravelmente mais extenso do que o modelo neoliberal vem operacionalizando.

7. Bibliografia

ARRIGO, Bruce A. Postmodern theory and criminology. In: HENRY, Stuart; LANIER, Mark M. (Org.). *The essential criminology reader*. Boulder: Westview Press, 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade, n. 12, ano 7. Rio de Janeiro: Revan, 2º semestre 2002.

DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade, n. 12, ano 7. Rio de Janeiro: Revan, 2º semestre 2002.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *RBCcrim*, n. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-out. 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

_____. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *La pena estatal*: significado y finalidad. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal*: parte especial. 15. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, regionalizações e tributação*: a nova matriz mundial. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEMPLE, Frederick T. Fighting corruption in Bangladesh: introductory remarks at Parc workshop. Disponível em: <http://www.worldbank.org>. Acesso em: 30.01.2006.

TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. 2. ed. London and New York: Routledge, 2001.

VOLD, George B.; BERNARD, Thomas; SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical criminology*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2002.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Sistemas penales y criminología crítica. Reflexiones sobre la enseñanza jurídica y sus vinculaciones con el poder en América Latina

Liliana Amanda Rivas
Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires Argentina. Mesa de trabalho: Ensino Juridico e Poder Politico.

Sumário: 1. Reflexiones generales – 2. La realidad latinoamericana. Pobreza y exclusión – 3. La violencia de los sistemas penales – 4. El rol de la universidad frente al avance del poder punitivo del Estado: 4.1 El enfoque de la criminología critica; 4.2 Paradigma critico y enseñanza del derecho – 5. Los contenidos mínimos de un programa alternativo – 6. Influencia de la enseñanza del paradigma crítico en las decisiones de política criminal – 7. Bibliografía.

Resumen: La difusión del paradigma de la criminología crítica desde las cátedras de Derecho Penal y de Ciencias Sociales y el estudio de la realidad latinoamericana, con su pobreza y exclusión, permiten descorrer velos sobre las verdaderas funciones que cumplen los sistemas penales en nuestro continente. El desafío de las Universidades en estos temas, que condicionará las perspectivas futuras de la relación entre enseñanza jurídica y poder, es formar abogados que puedan elaborar políticas alternativas desde la defensa de los derechos humanos de todos. Para ello es necesario fomentar una "conciencia crítica" que nos permita salir del círculo vicioso que implica responder *penalmente* a los problemas *sociales*.

Abstract: The diffusion of the critic criminology paradigm, from the criminal law and social sciences school departments, has allowed to install in the teachers

conscience, a vision of the penal system beyond the normative. The study of the Latin-American reality, the poorness, and exclusion, generated by the economic politics, from the power groups on turn, allow turning on the lights, upon the true functions that accomplish the penal systems in our continent. The challenge of the Universities in these subjects, that will condition the future perspective of the relation between legal education and power, is to form lawyers who can elaborate political alternatives for the defense of the human rights of the people. For it, is necessary to foment a "critical conscience" that allows us to leave the vicious circle that implies to respond with penal laws to the social problems.

Palabras-claves: Universidad y realidad social – Criminología crítica – Derechos humanos – Política criminal alternativa.

Keywords: University and social reality – Critical criminology – Human rights – Alternative criminal policy.

Área do Direito: Penal

1. Reflexiones generales

El saber es poder y el poder utiliza el saber para legitimarse.

Desde el ámbito universitario, la transmisión del conocimiento responde a las prácticas del poder y genera en su interior relaciones de poder donde compiten ideologías, teorías, prácticas y personas, con escaso margen para la crítica radical.

La transmisión de los conocimientos y la ideología subyacente, –*pro status quo*–, no son ingenuos, más allá de que algunos entren en el juego ingenuamente.

La relación profesor-alumno se inscribe en un modelo autoritario, donde la verdad es patrimonio del maestro y el educando es su auditorio.

El excesivo dogmatismo impide recordar que la curiosidad del estudiante puede conmover la certeza del profesor, le posibilita volver a transitar por la duda que es la llave de todo conocimiento.

Este modelo verticalista, donde el proceso de enseñanza-aprendizaje es unilineal, es un modelo disciplinario, una forma de control social a través del cual se realiza la "reproducción cultural". Modelo que atraviesa toda la educación, desde el nivel inicial.

Toda acción pedagógica se define por su función objetiva de imponer significados e imponerlos como legítimos, de consagrar la "verdad oficial".

Las jerarquías universitarias reproducen las jerarquías sociales y las legitiman, las comunicaciones y las prácticas son selectivas e incluyen los valores y creencias de los grupos dominantes, justifican o excluyen significados, conocimientos, representaciones, percepciones y estereotipos

El saber académico es una de las principales herramientas utilizadas para legitimar el orden social, aunque ésta sea la función mas encubierta de todas sus funciones ideológicas.

En la enseñanza del derecho es, quizás, donde mejor se pueden observar estas cuestiones, atento que es el derecho el mecanismo principal de control social en las sociedades modernas.

Las Facultades de Derecho son, en general, bastiones conservadores, donde sólo en los últimos años y en algunas Universidades han aparecido pensadores y teorías críticas que tratan de resquebrajar el saber oficial.

La reproducción de la cultura jurídica dominante se asegura a través de prácticas que excluyen el conocimiento de la realidad socio-económica en que se encuentran inmersos los pueblos latinoamericanos. En sociedades altamente conflictivas se privilegia el paradigma del consenso.

El derecho se internaliza como un conjunto de normas dadas e incuestionables, que deben ser interpretadas en su contexto jurídico, a través de la doctrina y la jurisprudencia que las apoya o las critica dentro del propio sistema, excluyendo todo contenido extrajurídico.

Todo lo extrajurídico se deja fuera de las materias troncales y se neutraliza en áreas tratadas como secundarias, tales como la Filosofía o la Sociología, desde

donde muchas veces, a través de cátedras resistentes al pensamiento crítico, también se legitima el poder.

Las luchas de poder, las desigualdades sociales que refrendan, las condiciones reales de su ejercicio y mantenimiento permanecen ocultas. Se habla de consenso en lugar de coacción. El saber técnico despegado de la realidad se presenta como el único válido.

Se forman profesionales acostumbrados a la memoria y la repetición. Los cuestionamientos y la crítica han sido laboriosamente "domesticados" a través de los años, el egresado acepta como válidas las restricciones y divisiones de la currícula. En sus mentes cuando se enseña derecho civil, por ejemplo, sólo debe estudiarse el sistema normativo, sólo importa lo que la letra del código y sus leyes complementarias "dicen". Si se estudia el derecho de propiedad, los contratos de locación y de arrendamiento, los problemas reales de la vivienda, los movimientos de los "sin tierra", la incidencia de los vaivenes de las políticas públicas sobre alquileres son considerados secundarios, deben ser tratados aparte, en otras materias –que por supuesto son vistas como secundarias–. Más adelante veremos como esto se manifiesta más profundamente en el derecho penal.

Este es el resultado casi invisible de las estrategias del poder que convierten al egresado en un producto funcional a sus designios. La sociedad de consumo se ocupa del resto. La cultura dominante se reproduce sin obstáculos.

La educación universitaria debería ser una práctica de la libertad, donde nuestra acción involucre una reflexión crítica que nos permita superar un conocimiento estrictamente ingenuo de la realidad. Para que el proceso de enseñanza-aprendizaje sea una práctica de la democracia el conocimiento debe llegar a través del diálogo (Paulo Freire:1972), de una revaloración de la pregunta, donde el docente no sea el "dueño del saber", donde trabaje *con* los estudiantes, no para ellos y mucho menos sobre ellos (Freire:1986).

Los egresados deben asumir la responsabilidad como agentes sociales de participar en el desarrollo de la sociedad e influir en la realidad a través de

un conocimiento profundo de las instituciones jurídicas y de sus relaciones con otras instituciones. Adquirir destrezas para detectar los juegos del poder bajo los discursos legitimantes y contribuir a que la Universidad asuma su propio papel de agente social del cambio mediante la investigación, la docencia y los programas de extensión universitaria.

En tanto en nuestras sociedades los profesionales del derecho se desempeñan en múltiples funciones, en puestos de poder, deben estimularse desde el aula los hábitos reflexivos y críticos para una inserción comprometida en una sociedad democrática, cuyos principios deben defender.

Desde esta perspectiva, el modelo de los derechos humanos, del acceso igualitario a la justicia y de la participación de todos los habitantes en el goce de estos derechos debe servir como marco teórico general para encauzar los contenidos de las distintas materias de las Facultades de Derecho del continente.

La ciencia del derecho debe ejercer un juicio crítico sobre sí misma y repensar las condiciones históricas de su producción.

2. La realidad latinoamericana. Pobreza y exclusión

Los países latinoamericanos, con las particularidades de cada caso, afrontan problemas estructurales de pobreza, endeudamiento externo y políticas neo-liberales que ahondan las diferencias entre una minoría rica y una mayoría cada vez mas empobrecida.

Los ajustes estructurales, producto de las condiciones exigidas por los organismos internacionales para el refinanciamiento de la deuda externa recae fundamentalmente sobre las clases bajas.

La desigual distribución del ingreso per cápita; la falta de vivienda, el hacinamiento; las cifras de la mortalidad infantil, de enfermedades prevenibles –que no se previenen–; el analfabetismo y la deserción escolar; la desnutrición; el aumento de las familias monoparentales, de madres jefas de familia, los embarazos en edad cada vez mas temprana, la disgregación familiar; el trabajo infantil, el desempleo

y el subempleo, los planes de ayuda social proselitista que no generan puestos de trabajo; la marginación y discriminación respecto de las minorías étnicas y de los extranjeros son algunos de esos problemas.

Los conflictos y la violencia se acentúan en algunas regiones por la guerra y los intereses de la droga, los niños son los más afectados, son utilizados, maltratados y abandonados con traumas que difícilmente puedan revertir.

El fenómeno social de la pobreza acarrea un aumento de las condiciones de vulnerabilidad y privación que se traduce no sólo en restricciones económicas, sino también en una menor participación cívica y política.

Los números de la pobreza alcanzan a doscientos trece millones de personas (46% de la población) que sufren privaciones que les impiden acceder a sus derechos políticos y sociales y a ochenta y ocho millones (16,8 % de la población) que no alcanzan a cubrir sus necesidades básicas

(Cepal:2005). Al mismo tiempo cambia el mapa de la distribución de la riqueza, aumentando la desigualdad entre los extremadamente ricos y los extremadamente pobres.

La calidad de la pobreza se ha degradado, el sector que mas ha crecido es el de los "pobres extremos", aquellos que aunque destinaran todos sus ingresos para alimentarse no alcanzan a los niveles mínimos de proteínas y calorías necesarias para su subsistencia.

Una de las consecuencias más notorias de esta pauperización es el aumento de los "niños en la calle" y los "niños de la calle", niños abandonados, sin techo ni alimentación, degradados, maltratados y en algunos países exterminados.

Se ha profundizado la brecha entre países pobres y países ricos, los "bolsones de pobreza" que son consecuencia de la globalización afectan principalmente a los jóvenes y los niños que, en muchos casos deben sobrevivir en la calle.

Los dictados del mercado globalizado y el nuevo mundo de las finanzas mundiales fortalecen los brazos de la dominación. "La dimensión global de las posibilidades de elección del inversor, frente a los límites estrictamente locales de

la posibilidad de elección del "proveedor de trabajo", crea esa asimetría que subyace, a su vez, a la dominación de éste por aquel" (Bauman: 1998).

La globalización es un nuevo paradigma de características internacionales y en beneficio principalmente de los sectores dominantes. Un nuevo modo de división del trabajo donde los países y las sociedades más pobres realizan actividades ilícitas, cuyos producidos son utilizados ventajosamente por los países poderosos (David:1999).

En los países de América Latina, integrantes del Tercer Mundo, con desequilibrio en su balanza comercial, atados al aumento o al refinanciamiento de su impagable deuda externa, con tasas de inflación y devaluación elevadas, concentración de capitales, crecimiento industrial en desmedro de las empresas nacionales e invadidas por empresas multinacionales que utilizan mano de obra barata, los nocivos efectos de la globalización son más evidentes.

El trabajo asalariado se precariza y se achica el Estado de bienestar.

No es tanto la falta de recursos financieros la causa de este deterioro sino la ausencia de compromiso político. Es necesaria una política económica de crecimiento con sensibilidad social acompañada por una política social con reasignación de los recursos a las áreas claves de gastos sociales básicos.

El gasto público disminuye en las áreas de salud, seguridad social y educación. Las políticas sociales no cumplen con sus objetivos declarados. Se recurre cada vez más a la política criminal donde fallan los planes económico-sociales.

La exclusión de los desposeídos de toda oportunidad en un mundo cada vez más polarizado se remata con su inclusión en el área del control represivo por excelencia: el del sistema penal.

En respuesta a las políticas económicas depredadoras aumenta el control penal selectivo y los medios de comunicación lanzan "campañas de ley y orden", que ayudan a su legitimación. El círculo se cierra sobre los excluídos.

3. La violencia de los sistemas penales

El criterio adoptado en este trabajo para referirme al sistema penal es amplio e incluye, siguiendo los lineamientos del Informe del Comité Europeo sobre problemas de la Criminalidad, Estrasburgo, 1980:

"El derecho penal como un cuerpo textos, doctrinas e ideas".

"La existencia y el funcionamiento de un número de organismos estatales en sus relaciones mutuas (...) en tanto sus actividades estén comprendidas por el derecho penal o se reflejen directamente en esas normas".

"Las concepciones que existen en estos organismos sobre delito y delincuente".

"El vínculo especial entre estos organismos y los medios masivos de comunicación".

"La estructura de poder dentro y entre los organismos que conforman el sistema".

Este sistema penal opera en Latinoamérica como un receptor de los problemas de los pobres.

Los conflictos sociales se penalizan, las respuestas políticas a la pobreza, la desigualdad y la discriminación se endurecen. Se busca castigar en lugar de integrar a los marginados del sistema social.

El uso abusivo del sistema represivo se contradice con las aspiraciones democráticas. A la violencia del hambre se le responde con la violencia institucionalizada.

Se criminaliza la pobreza, la protesta social y los sistemas penales, diagramados como los principales mecanismos de control social, generan una violencia estructural contra los más desfavorecidos, justificada ideológicamente desde el poder.

Se elige a los candidatos para el delito entre los habitantes de las villas de emergencia, cantegriles o favelas, en función de su pertenencia a estos núcleos de pobreza.

En este contexto el sistema penal refleja y ahonda las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad. Su herramienta principal, la cárcel, se convierte en un

depósito, donde se han arrojado a las víctimas de la irracionalidad de los mercados y de la indiferencia o corrupción de los gobernantes de turno. La política de segregación permite separar a los que no pueden ser absorbidos por el mercado.

La selectividad del sistema penal y el estigma que impone a los que selecciona se complementan con las políticas de "tolerancia cero", donde en aras de una mayor seguridad ciudadana se tornan inseguros los derechos de otra gran parte de la población.

La importación de este modelo seguido en la ciudad de Nueva Cork y justificado por el alcalde Rudolph Giuliani en casi todo el continente, consistía en una política criminal basada en la transformación gerencial de la policía, que pasaba de un rol reactivo a uno proactivo, con el supuesto objetivo de reestablecer el orden y devolver a la comunidad la tranquilidad y la seguridad en los espacios públicos, sancionando todos los delitos y contravenciones por pequeños que fuesen.

Este discurso sindica a los pobres como lo hacedores de esta inseguridad, olvidando que son sus víctimas mas fáciles, en tanto no tienen acceso a la tecnología de la seguridad, ni pueden refugiarse en espacios cuidados y de difícil penetrabilidad.

Al presentar la viabilidad de este proyecto, se les "olvidaba" reseñar la brutalidad policial que lo acompañó durante su gestión (1990/1997), las constantes denuncias por violación de los derechos humanos de las minorías –principalmente negros y latinoamericanos– y de los marginados. Asimismo como el calificativo de "racista" o "policía para los pobres" que mereció el personal policial involucrad en el proyecto.

Otro problema que se silencia es la venta indiscriminada de armas en el continente y la política permisiva en este rubro que facilita y promueve su proliferación, así como el auge de un mercado negro que se refleja en la facilitación de la violencia en la comisión de los delitos. Las armas pequeñas adquiridas para defensa personal son luego protagonista de gran parte de los casos de violencia familiar o entre conocidos.

Se justifica la política represiva, las mayores atribuciones policiales en detrimento de las personas más vulnerables, la creación de nuevos tipos penales,

el aumento de las penas para los delitos convencionales, la restricción de las medidas de libertad condicional, prisión preventiva o cualquier otra que disminuya la encarcelación en aras de un reclamo popular gestado a través de un manejo de las noticias que responde al discurso del poder.

En estas cuestiones no se contabilizan los delitos no convencionales, los delitos de cuello blanco y los delitos de los poderosos, que afectan en mayor medida la economía nacional y contribuyen a crear los problemas del hemisferio.

Las conductas nocivas para el medio ambiente que degradan las riquezas naturales, tierras, ríos, mares, bosques, las que depredan el mundo animal, la contaminación ambiental, no aparecen en las previsiones de una política criminal que se focaliza en los delitos " del pobre diablo", según los denominara Lopez-Rey y Arrojo (1975).

La violencia del sistema penal se inicia con las prácticas policiales abusivas y muchas veces convalidadas desde arriba, con el "gatillo fácil" que implica una pena de muerte encubierta, con una clara violación del derecho a la vida.

Continúa con el olvido o la violación de las garantías procesales de integrantes del poder judicial que consideran peyorativamente como "garantistas" a aquellos que defiende los derechos humanos de los procesados (actitud que no se condice con la función constitucional que tienen que cumplir y que parecen desconocer).

Se torna más violenta con el ingreso a la cárcel, donde entran números y no personas, que son sometidos a ritos de iniciación crueles y degradantes y cuyos derechos parecen haber seguido el mismo camino que la pérdida de su libertad.

En la cárcel la disciplina fabrica cuerpos dóciles, "el poder desarticula el cuerpo, desgasta el alma" (Foucalt:1975), se deshumaniza a la persona, se los socializa en la despersonalización, se violenta la identidad y la capacidad de decisión.

El costo de todo este proceso, que condena nuevamente a los marginados del sistema laboral, es el aumento de la exclusión, de la miseria y el inicio de un círculo vicioso que los lleva de vuelta a la cárcel y los etiqueta definitivamente como "irrecuperables", si es que no son víctimas del "gatillo fácil" o logran ingresar en la delincuencia organizada, que muchas veces tiene su cobertura en el propio poder político.

Todas estas consecuencias, anunciadas por las deficiencias estructurales de un sistema que no resuelve todos los conflictos que se le plantean y a la cual no se le han planteado todos los conflictos del mismo tenor que existen, parecen no ser registradas por los poderes públicos.

El aumento de leyes represivas y la creación de nuevas cárceles que van acompañadas de políticas de mayor encarcelamiento se suman y demuestran la voluntad de no cambiar en un campo en el que la mayor severidad de las medidas suma votos en una población previamente sensibilizada por la campañas de los mass-media.

Estas políticas atentan contra la democracia y son otras formas de violencia.

4. El rol de la universidad frente al avance del poder punitivo del Estado

El análisis del rol de la Universidad, específicamente de las Facultades de Derecho, frente al avance del poder punitivo del Estado es el punto fundamental de este trabajo.

Para ello parto de las reflexiones introductorias donde he señalado, a mi entender, cuales son las características de la enseñanza universitaria. En este sentido la conceptualización de la enseñanza universitaria como una prolongación de las estrategias del poder conlleva una función de legitimación del avance del poder punitivo que se visualiza en la transmisión a-crítica del saber jurídico.

Tal como se deduce de lo expresado en los acápites anteriores, mi propósito es señalar la necesidad de explicitar y combatir dicha función ideológica de nuestros sistemas educativos, en tanto la expansión del sistema penal al recaer en las clases subalternas atenta contra la democracia de todo el sistema.

En una sociedad democrática el poder debe estar sujeto a los cuestionamientos del saber y este control, en la esfera que nos ocupa, debe surgir desde el área académica donde se imparte la enseñanza del derecho. Sin embargo y en tanto dicha enseñanza se centre en el estudio de las normas, sin cuestionar las

condiciones de su creación y aplicación y las materias de contenido sociológico no se integren a la dogmática jurídica se torna difícil esta tarea.

Esta afirmación no implica desconocer la dependencia entre el saber y el poder, ni las raíces conservadoras del pensamiento sociológico.

En el ámbito del derecho el estudio prioritario de lo normativo ha retrasado el análisis de los sistemas penales como producto de las fuerzas ideológicas, económicas y sociales en un lugar y tiempo determinado.

La presentación del Derecho como a-valorativo, el acento puesto en su neutralidad que se postula como indiscutible, su independencia del contexto social y económico, la aceptación del orden vigente sólo sujeto a interpretación y aplicación, su carácter formalista, son los resultados de el paradigma positivista que genera una conciencia conservadora. Con estas premisas el jurista recorta el derecho, desligándolo de sus causas y desentendiéndose de sus consecuencias. Las normas se sacralizan, son a-históricas, a-sociales.

El discurso de la excelencia académica impide evaluar su relevancia para el entorno social.

Sin embargo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, como en otras Facultades de Derecho de América Latina, hace ya varios años, y fundamentalmente a través de las cátedras de Criminología, de Sociología Jurídica y de Derecho Penal, –en el grado y en el postgrado–, ha surgido un pensamiento crítico que incide sobre el discurso oficial de justificación del sistema penal con sus actuales características. En este cambio de paradigma ha sido fundamental el pensamiento y la obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, importante referente de alumnos y profesores de la mayoría de la Universidades de Latinoamérica.

Contrarrestando las voces que se alzan solicitando un endurecimiento de la ley penal se encuentran las que preconizan la defensa de los derechos humanos y puntualizan las irracionalidades del sistema penal.

4.1 El enfoque de la criminología crítica

La influencia del paradigma de la criminología crítica en las ciencias penales ha permitido descorrer velos sobre las "verdades incuestionables" sobre las que se basaba el pensamiento criminológico positivista, de incuestionable influencia en las leyes, la doctrina y las prácticas penales del continente.

Desde que los teóricos de la reacción social –Howard Becker y Edwin Lemert principalmente–, investigaron a través de la observación participante los grupos definidos socialmente como desviados se cuestionaron los procesos por los cuales se etiquetaba a determinadas personas como delincuentes y la influencia que dicho estigma tenía sobre la autopercepción de esa persona.

Las etiquetas crean autoetiquetas, los delincuentes conforman una categoría heterogénea que lo único que comparten es el haber sido definidos como tales. La desviación no es una cualidad del acto, depende de la definición de los otros. Y esta definición es relativa, varía en el tiempo y en el espacio. Los herejes y las brujas ya no son vistos como transgresores.

Todos hemos cometido alguna vez un acto definido como delito. La creación de nuevas normas crean nuevos transgresores. La aplicación de esas normas es diferencial, dependen de la visibilidad social, de la clase social a que pertenecen victimas y victimarios, de la efectividad o de lo arreglos de las agencias de control social, entre otras muchas causas.

Estas teorías se basan en el interaccionismo simbólico de George Mead y los trabajos de Erving Goffman sobre el estigma y las instituciones totales. El delincuente no es un ser diferente, no es el malo del cuento sino el "chivo expiatorio" que permite a los otros definirse como normales. Son los procesos de criminalización los que "crean" delincuentes.

Sin embargo, aunque en estas teorías se analiza el papel del control social y su selectividad, se deja afuera el análisis del poder, de sus discursos y sus estrategias.

La Criminología Crítica surge en los países europeos completando esta nueva mirada sobre el fenómeno criminal, que se convierte en una mirada sobre la ley penal, sobre el ejercicio del poder.

Desde distintos enfoques, algunos de sus expositores más representativos son, en Inglaterra Paul Walton, Ian Taylor, Jock Young, en Italia Alessandro Baratta, Dario Melossi, Mássimo Pavarini y en los países escandinavos Thomas Mathiessen, Nils Christie y Louk Houlsman.

Se critican las otras teorías explicativas de la delincuencia, el sistema penal y la sociedad capitalista. Relacionan el delito con las formas que revisten los órdenes sociales. Proporcionan un contexto histórico y político para su estudio.

Desde la crítica al orden legal analizan el poder y sus intereses. Señalan que las definiciones de delincuencia que provienen del poder resultan útiles para el mantenimiento del sistema.

Denuncian el origen clasista de la ley y la ubican dentro de un contexto socio-económico concreto.

El poder judicial y la policía con considerados como fuerzas que responden a los intereses de las clases dominantes.

El derecho es ideología y su tratamiento científico encubre la legitimación de los grupos de poder.

No todos los delincuentes son detectados ni todos los detectados han cometido un delito, ni tampoco todos los bienes jurídicos fundamentales son protegidos por el derecho penal. Así hay delitos y delincuentes fuera del alcance de la ley. Es fundamental el análisis de la "cifra negra" y la "cifra dorada" de la delincuencia en relación con la "cifra oficial" de la criminalidad.

Se le atribuye una función simbólica a la pena, castigar los comportamientos ilegales de los vulnerables para encubrir los crímenes de los poderosos que permanecen impunes.

Las teorías que justifican las penas privativas de libertad son sometidas a juicio. Se desmitifican sus funciones develando su contenido ideológico. La cárcel es exhaustivamente analizada en su contexto histórico y económico-social.

Su carácter de poder disciplinario es puesto de manifiesto por Michel Foucault en "Vigilar y castigar". La institución carcelaria no ha fracasado ya que ha sido creada para fracasar. "Si la institución prisión ha resistido durante tanto tiempo, y en una inmovilidad semejante, si el principio de la detención penal no ha sido sometido jamás seriamente a discusión, se debe sin duda a que tal sistema carcelario enraizaba profundamente y ejercía funciones precisas" (p. 276).

Los Abolicionistas se oponen a la construcción de nuevas cárceles. Thomas Mathiesen ha señalado que la expansión de los sistemas carcelarios no puede interpretarse simplemente como un reflejo automático del aumento del índice de la criminalidad. La Política Criminal y el uso del encarcelamiento dependen de la inclinación política y de las decisiones del poder. Si se crean nuevas cárceles se buscará más clientela y pronto tendrán el mismo problema de hacinamiento que las viejas.

En América Latina estas teorías críticas han sido receptadas por un grupo de criminólogos críticos que desde 1976 y con la coordinación del Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia, Venezuela, integrado originariamente por Lolita Aniyar de Castro, Rosa del Olmo y Roberto Bergalli, entre otros, y teniendo en cuenta las particularidades regionales han superado en el ámbito académico el monopolio de la criminología tradicional, que aún sigue vigente en los distintos subsistemas penales del continente.

Estos criminólogos han denunciado la función del derecho penal como instrumento para profundizar las diferencias sociales y la de la ciencia penal como justificación de la intervención punitiva oficial en auxilio de privilegios minoritarios.

El uso alternativo del derecho, como instrumento para defender los derechos de los mas pobres ha intentado sustituir, con resultados diversos, el uso tradicional del derecho como herramienta de los poderosos. En esta modalidad se privilegian los Derechos Humanos de las clases menos favorecidas haciendo operativo su cumplimiento. No hay delito por usurpación de tierras si el Estado no se ha ocupado del derecho a una vivienda digna, no hay encarcelamiento si

el Estado no ha resuelto el hacinamiento y las malas condiciones carcelarias en violación de un principio constitucional.

Pero no sólo desde la Criminología o la Sociología Criminal llegan las objeciones al funcionamiento del sistema penal. Desde la Filosofía del Derecho, enrolado en una teoría crítica más moderada, Luigi Ferrajoli (1990) señala que el Derecho y el proceso penal constituyen principalmente, en un Estado democrático, "un conjunto de preceptos destinados a los poderes públicos y a establecer limitaciones a su potestad punitiva", es decir mas que a limitar la libertad de los ciudadanos está dirigido a asegurar sus derechos humanos fundamentales contra la arbitrariedad y el uso de la fuerza por parte de los poderes públicos.

Estas teorías también han influido en la crítica de los principios de la dogmática penal, cuestionando la teoría del bien jurídico protegido y la de la culpabilidad, con menor receptividad en la enseñanza académica, por desarrollarse en ámbitos tradicionalmente más conservadores que el de la criminología o la sociología

Todo este saber es resistido desde los centros de poder en tanto ponen de manifiesto las desigualdades que perpetúan las políticas criminales de corte represivo.

4.2 Paradigma critico y enseñanza del derecho

Sin embargo el modelo de enseñanza-aprendizaje del derecho –en el caso del derecho penal– debe estar imbuido de una conciencia crítica y de un compromiso social, que los concientice de su papel de actores sociales en las sociedades democráticas.

Los profesionales del derecho deben ser formados en el nuevo paradigma –que alcanza a todas las ramas del derecho–, como ciudadanos comprometidos con su realidad, dispuestos a descubrir las posiciones ideológicas y a oponerse a las concepciones simplistas elaboradas por una opinión pública manejada por los medios de comunicación –constructores de una visión apocalíptica de la delincuencia–, que encubre los verdaderos problemas de la pobreza, el desempleo y la marginación.

Desde esta perspectiva, las dimensiones sociales y políticas del derecho, caracterizado como un mecanismo de control social –el principal en las sociedades democráticas–, deben ser conocidas y reconocidas por profesores y alumnos, creando un espacio de reflexión para desmenuzar las dimensiones económicas, políticas y sociales del derecho y promover actitudes que valoren la justicia social, el reconocimiento de los más débiles y la defensa de los derechos humanos.

Para poder reducir los niveles de violencia del sistema penal es indispensable conocer su funcionamiento, descubrir los intereses que defiende y su compromiso ideológico. Describir su operatividad real con independencia de la forma en que los discursos jurídico-penales suponen que opera.

Es necesario un análisis de todas las instancias del sistema penal, comenzando con las leyes penales y sus procesos de creación y aplicación. Desentrañar la ideología que las sustentan a través también del estudio de los proyectos debatidos y rechazados, de los que nunca se tratan, de la abolición de normas y el veto presidencial. En muchos casos los debates parlamentarios permiten conocer los acuerdos de las bancadas, las luchas de poder y los intereses a los que responde. La composición de las comisiones dentro de las Cámaras, la falta de representación de los sectores sociales mayoritarios (los pobres).

El Poder Legislativo goza de mayor cobertura del gobierno en la mayoría de los casos, en tanto sus discusiones parlamentarias, su aumento de dietas y su discrecionalidad se mantienen en secreto y rara vez salen a luz gracias a la complicidad que les prestan los medios, haciendo recaer el peso de los conflictos penales en el Poder Judicial y los órganos administrativos. Estos temas rara vez se discuten o investigan en el ámbito universitario.

El análisis de casos debe profundizarse y evaluar los contenidos ideológicos o sociales de la sentencias. Investigar sobre los criterios de racionalidad en la motivación de la sentencia y detectar los prejuicios o estereotipos subyacentes. Cuáles son los intereses que encubren.

Investigar sobre la actuación de los magistrados y funcionarios, su extracción social y sus antecedentes laborales y académicos. La función de los Ministerios Públicos. La defensa pública y la privada y todos aquellos temas que puedan relacionarse con el funcionamiento y la selectividad del sistema.

La duración excesiva de los procesos que configura una pena en sí misma, la carencia de criterios objetivos y uniformes para individualizar la pena en cada caso concreto, la deficiente motivación de las sentencias proporcionan datos importantes sobre el funcionamiento real de los operadores del sistema judicial.

Investigar sobre las funciones manifiestas y latentes de las instituciones policiales y carcelarias, sus contradicciones e ideologías, los criterios de su ingreso y la formación requerida. Su capacitación y actitud respecto de los Derechos Humanos, no descuidar el papel de los medios masivos de comunicación en la percepción de los sistemas penales por la comunidad, analizar su discurso, el tratamiento diferencial de los distintos tipos de delitos –por ejemplo, en cuanto a su lenguaje calificador y a su ubicación en los cuerpos de los diarios–, la importancia que asigna a los hechos delictivos y la poca o nula cobertura de su esclarecimiento o de su rectificación.

Es indispensable que tanto profesores como estudiantes tengan en cuenta la amenaza real que los sistemas penales conllevan para las personas socio– económicas más vulnerables y desechar las respuestas penales para solucionar los problemas sociales.

Deconstruir y reconstruir el objeto de estudio. Tener en cuenta que las condiciones negativas del castigo se refieren fundamentalmente a las penas privativas de libertad y no a las otras sanciones impuestas por el derecho penal. Debatir respecto de las posibilidades de descriminalizar, desjudicializar y despenalizar. Evaluar sus ventajas e inconvenientes desde una perspectiva aperturista, erradicando los preconceptos y los miedos.

Es necesaria una revisión de las herramientas conceptuales, metodológicas y técnicas a la luz de la realidad latinoamericana a fin de adecuar el paradigma científico al entorno histórico-social en que se encuentra inmerso.

Encarar investigaciones cuantitativas, cualitativas, de intervención, donde una variable del análisis sea la resistencia de cada institución a aportar datos o entrevistas, las negativas y las dilaciones deben ser tomadas en cuenta para las conclusiones. El oscurantismo que conllevan algunas prácticas penales son parte de su función ideológica.

Fomentar la interdisciplina facilitando el diálogo entre penalistas, criminólogos, constitucionalistas, especialistas en Derechos Humanos, sociólogos y filósofos, tratando de buscar puntos de coincidencia en esta ardua tarea. Para ello es necesario una actitud abierta y creativa, sin encerrarse en el propio campo de estudio.

Desde esta perspectiva es indispensable el análisis de los sistemas penales a la luz de los documentos internacionales sobre Derechos Humanos, las normas constitucionales y las condiciones socio-histórico donde funcionan.

Todo ello sin perder de vista que para romper el sistema de reproducción social del sistema no basta con cambiar la Universidad –y menos algunas de sus asignaturas–, es necesario atacar otras represiones. "Continúan existiendo los grandes mecanismos secretos mediante los cuales una sociedad trasmite su saber y se perpetúa a sí misma bajo una apariencia de saber; estos mecanismos están todavía en pie: periódicos, televisión, escuelas técnicas y los Institutos todavía más que la Universidad" (Foucault:1978, en referencia a Mayo de 1968).

5. Los contenidos mínimos de un programa alternativo

Aunque siguiendo la tradición de la escuela de Frankfurt podríamos limitarnos a desentrañar las funciones ideológicas de los sistemas penales en tanto que las teorías críticas no tienen por objeto la construcción sino la crítica, considero que una parte importante de la formación en este modelo está constituido por la elaboración y transmisión de un conjunto de contenidos mínimos que orienten la praxis.

Estos contenidos constituyen una base que puede ser reelaborada o debatida durante la carrera, en cursos de postgrado o en el momento de diagramar

políticas públicas; pero deberían constituir el marco de referencia de cualquier acción intentada, como resguardo de los atractivos del poder.

1) Mínima intervención del sistema penal,

2) Respeto de las garantías penales y procesales de todas las partes involucradas, especialmente las más vulnerables,

3) Máxima reducción de las penas privativas de libertad y de su duración,

4) Propuesta de alternativas de la prisión sólo para lo casos en que correspondiera la aplicación de una medida de cumplimiento efectivo,

5) Programas de justicia restitutiva con efectiva participación de la comunidad,

6) Revalorizar el papel de la víctima en la solución de los conflictos penales,

7) Explicitar los objetivos de los Programas propuestos y la ideología subyacente a fin que no sean utilizados para reforzar el sistema vigente.

6. Influencia de la enseñanza del paradigma crítico en las decisiones de política criminal

La criminología crítica tiene tres vertientes diferentes: el garantismo penal, el abolicionismo y el realismo de izquierda. Los tres enfoques han sido ensalzados y criticados alternativamente. No hay unidad en el pensamiento crítico y aunque la ruptura epistemológica con el paradigma clásico es incuestionable, muchas son las luchas que se libran en su interior.

En la enseñanza de la criminología, insertada generalmente en las Facultades de Derecho, ha tenido mayor aceptación el modelo del garantismo penal, que enfatiza el paradigma de los derechos humanos, la intervención del aparato penal como "ultima ratio" y la defensa de los más débiles a través de las garantías penales y procesales.

Esta concepción del derecho penal tiene una influencia decisiva en la formación de los profesionales del derecho y los provee de herramientas conceptuales

y metodológicas para operar en la realidad social, colaborando en la elaboración de Políticas Públicas fundamentalmente Sociales donde se inserten las previsiones de Política Criminal.

Desde la perspectiva de la intervención mínima del aparato represivo del Estado se reformulan políticas que abordan los conflictos sociales con el objetivo de mejorar la calidad de vida de los más vulnerables –en lugar de criminalizarlos–.

Dentro de este marco y reconociendo las disfunciones del encarcelamiento, se propone la creación de medidas sustitutivas de las penas privativas de la libertad para aquellos condenados que tuvieran que cumplir "efectivamente" penas de prisión. Dejando en claro que cualquier decisión que ampliase estas alternativas para personas que, por la modalidad del cumplimiento de la pena (probation, ejecución condiciona) no tuvieran que pasar por la cárcel, resultaría contraria al objetivo de reducir el control punitivo. Estas medidas deben explicitar su nueva ideología: el tratamiento en la comunidad, a fin de no relegitimar las funciones punitivas.

Se desmitifica la antinomia entre la pretensión punitiva del Estado y la solución negociada de conflictos. Se busca la solución negociada de los conflictos como una alternativa que implica responsabilidad del ofensor, atención a la víctima y aleja la estigmatización que genera el paso por el aparato penal.

Se propician acciones de divulgación y concientización comunitaria, a fin de erradicar prejuicios y preconceptos sobre el fenómeno delictivo y sobre la importancia del respeto de los derechos humanos de todos los habitantes. Estas acciones acarrean la "Reconstrucción de la demanda de pena en la opinión pública y reconstrucción de la demanda de seguridad como demanda de seguridad de todos los derechos" (Baratta:2001).

Los programas se diseñan en función de la inclusión social, acentuando la importancia de políticas preventivas y de seguridad dentro de un marco constitucional.

Esta participación en la construcción de programas de Política Criminal –que siempre devienen en Política Social– debe ser evaluada en términos realistas respecto a su posibilidad de ejecución.

Respecto de estas evaluaciones es interesante destacar las conclusiones a las que llega una criminóloga crítica en su paso por el poder (Lola Aniyar de Castro como Gobernadora del Estado de Zulia), profesional de reconocida trayectoria y cofundadora del movimiento crítico en América Latina, partiendo de la premisa de que "nadie actúa en un contexto virgen de historia, huellas o interferencias" y que "nadie tiene todo el poder".

Entre las prioridades que seleccionó, relacionadas con los derechos humanos relacionados con el control, reconoce las dificultades con las que tuvo que enfrentarse en sus medidas para democratizar las cárceles, concluyendo que "Ninguna cárcel existente es recuperable", solo podrá considerarse después de mucho esfuerzo como manejable. También en el área de reforma policial se encontró con mucha resistencia y con muy pocas posibilidades de cambio.

Sin embargo celebra su "camino a la victoria" en la implementación de medidas para la solución pacífica de los conflictos, de la impunidad de los delitos contra los más débiles, de la violencia familiar y de la recuperación de los niños de la calle.

Sin embargo, lo más rescatable de su gestión es que no cedió a la tentación del doble discurso típico de los políticos, manteniendo la transparencia de su gestión y no ofreciendo aquello que no podía cumplir, asumiendo que dicha actitud la vulnerabilizaba respecto de la oposición y la opinión pública.

Las limitaciones apuntadas confirman la veracidad de las críticas efectuadas a los sistemas penales, en tanto ponen de manifiesto la intrincada red de relaciones del poder y sus distintas estrategias.

Los proyectos que se intenten desde este enfoque van a tener que enfrentar mayores dificultades que cualquier otro proyecto que se inscriba en la ideología dominante, pero su implementación, si los profesionales que los presenten o ejecuten mantienen los principios en que se han formado, va a generar mayor justicia social y contribuirán a democratizar la sociedad.

Sin embargo de alguna forma hay que enfrentar la incoherencia entre un discurso penal que pretende "tratar antes que penar" y un aparato penal que "no

deja de castigar" y la incoherencia de una conciencia colectiva que reclama castigos puntuales "mientras ignora la cotidianidad del castigo que se ejerce silenciosamente en su nombre" (Foucault:1979).

7. Bibliografía

ANIYAR, de Castro Lolita. Criminología y poder. *Capítulo criminológico*. Edición Especial 23-2. Venezuela: Zulia, 1995.

BARATTA, Alessandro. Seguridad. *Capítulo criminológico*. v. 29, n. 2. Venezuela: Zulia, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *La globalización*. Consecuencias humanas. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999.

BOURDIEU Pierre y PASSERON Jean Claude. *La reproduccion*. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza. Madrid: Edit Laia, 1972.

DAVID, Pedro. *Globalización, prevención del delito y justicia penal*. Buenos Aires: Zavalía, 1999.

FOUCAULT, Michel. Microfísica del poder. *Ediciones la piqueta*. Madrid, 1979.

_____. *Vigilar y castigar*. Nacimiento de la prisión. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, 1978.

FREIRE, Paulo. *Pedagogía del oprimido*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, 1972.

MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prisión*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2003.

4. O Direito em Ação

4.1 Parecer

Superveniência de causa independente

Miguel Reale Júnior
Advogado Criminalista.
Professor titular da Faculdade de Direito da USP.
Ex- Ministro da Justiça.

Súmário: 1. Resumo dos fatos – 2. O primeiro fato excepcional – 3. O segundo fato excepcional – 4. O nexo de causalidade – 5. Intervenção de terceiro – 6. Análise do caso – 7. Conclusão.

Área do Direito: Penal

1. Resumo dos fatos

O Consulente está sendo processado pela prática de homicídio culposo, por haver dirigido de forma imprudente e imperita o veículo Vectra placa XXX 1111, que veio a capotar causando ferimentos em E. A. M., que dias depois veio a falecer, e nele próprio que sofreu lesões e fraturas.

Sobreveio condenação do Consulente à pena mínima prevista no art. 302 *caput* do CTB, convertida a pena privativa de liberdade na aplicação de duas penas restritivas de direito, a serem cumpridas de forma concomitante.

O perdão judicial não foi concedido por entender o magistrado que ao se defender, eximindo-se de culpa, ao invés de assumir a responsabilidade

evidenciando arrependimento e sofrimento, ficou demonstrada "a necessidade da pena como modo de repreensão da conduta".

Como se verifica da consulta acima, a questão básica cinge-se à análise do nexo de causalidade entre a ação e evento a que se deu origem e o resultado final, após cinco dias de internação.

Destarte, o resumo dos fatos também se limita a descrever os acontecimentos relacionados com as lesões provocadas pelo acidente: a demora de duas horas para se efetuar o resgate; o quadro clínico apresentado por E. A. M. e o tratamento a que foi submetida no nosocômio.

2. O primeiro fato excepcional

Durante o acidente E. A. M. foi projetada para fora do veículo. O Consulente, ferido, procurou por sua namorada não a encontrando, mas ao chegar o socorro fez apelos para que a resgatassem.

Conforme depõe um dos responsáveis pelo atendimento, YYY, o Consulente, ensangüentado e desorientado, procurava por alguém. YYY não encontrou ninguém, deixou o local levando o Consulente, enquanto três outros permaneciam no local com uma lanterna, mas sem se saber se procuraram a vítima E. A. M.

Afirma, no entanto, outra testemunha que o Consulente foi socorrido pelos bombeiros, ficando ela e amigos com uma lanterna para tentar localizar E. A. M. Apesar dos reclamos do Consulente para se dar atenção à namorada, apenas duas horas após o acidente foi a mesma localizada, perdendo-se tempo fundamental para o atendimento inicial.

Todos os médicos ouvidos, desde o legista signatário do laudo necroscópico, como os WWW, que a assistiram no hospital, são unânimes em afirmar a importância do tratamento rápido em caso de traumatismo, constatando-se o agravamento de sua situação em decorrência do atraso de duas horas na prestação do socorro.

O parecerista Francisco Américo Fernandes Neto realça que o tempo decorrido entre o trauma e o atendimento é crucial para a sobrevivência, razão pela qual denomina essa primeira hora de "hora de ouro".

Foi, sem dúvida, excepcional que uma equipe especializada de resgate não localizasse a vítima, mais excepcional ainda, que desprezasse os reclamos e pedidos do Consulente, para negligentemente deixar para trás uma pessoa que fora arremessada do veículo, quando sua existência era atestada pela constatação da presença de um sapato feminino no interior do veículo.

3. O segundo fato excepcional

Registre-se, por início, que o laudo necroscópico é de uma pobreza de análise e de informação absoluta. Restringe-se o laudo a afirmar que se notou no exame físico externo ter sido a vítima internada na XBXB com traumatismo crânio-encefálico (TCE) com fratura de base, fratura de temporal direito e occipital, fratura de bacia, concluindo que a morte "deveu-se ao politraumatismo por acidente de veículo automotor". Quanto ao exame físico interno afirma-se que "por desnecessário não foram abertas as cavidades naturais".

Verificou-se, posteriormente, em audiência na qual foi ouvido o médico subscritor do laudo, Dr. Paulo Rubens Silveira Zanatta, que as conclusões quanto às lesões externas foram tiradas "com base em tomografias e exames de raio X entregues ao perito por profissional que anteriormente já havia tido contato com a vítima. Que não recebeu o prontuário médico hospitalar da vítima, apenas um breve relato do médico assistente da UTI".

O prontuário, sem as fichas de monitoramento e da enfermagem, relata que a paciente apresentava "eritrograma de anemia importante não compatível com exames exteriores", tendo-lhe sido fornecida elevada quantia de transfusão, ou seja, três volumes de concentrado de hemáceas, sem que fosse realizado qualquer exame interno, apesar da dúvida registrada: "sangue coletado por fratura de bacia?"

A vítima veio, na verdade, a falecer por assistolia, ou seja, parada do coração por ausência de sangue.

Ao examinar pela vez primeira o prontuário, constante de fls. 90, durante a audiência de sua oitiva, o médico-legista Paulo Rubens Silveira Zanatta, subscritor do laudo necroscópico, diz que pelo prontuário, ao qual antes não tivera acesso, depreende-se: "que a vítima sofreu de choque hipovolêmico, resultante de fratura de bacia... a mencionada hemorragia, no caso específico, provavelmente agravou o quadro neurológico, inclusive agravado pela insuficiência pulmonar. Que a fls. 90 não consta qualquer solicitação de exame específico visando a investigação da hemorragia."

Esclarece o professor Francisco Américo Fernandes Neto, especialista em medicina legal, em parecer técnico de setembro de 2002, que:

"principal causa da morte por doença traumática é o choque hipovolêmico hemorrágico (hemorragia)... Isto ocorre principalmente com vítimas de traumatismos abdominais, pélvicos e torácicos fechados, (contusos), com maior possibilidade de não detecção do sangramento interno quando a vítima encontra-se inconsciente e ou sob cuidados de equipe não devidamente qualificada para o tratamento de vítimas de trauma."

Em abril de 2003, diante dos dados parciais do prontuário, anexados a fls. 90, o mesmo *expert* teceu as seguintes considerações, em face dos registros diários, do dia 7 ao dia 12:

(i) Quanto às anotações realizadas sobre o estado da paciente *no momento da entrada no hospital*, afirma que ficou demonstrada na ocasião que a "paciente comprovadamente estava em choque hipovolêmico hemorrágico traumático, grau III/IV (perda de mais de 30% do volume sanguíneo)";

(ii) Relativamente às anotações feitas no dia 8, pondera que "evidentemente persistia a hipovolemia (hemorragia) sem maiores investigações descritas pelos plantonistas";

(iii) Referentemente ao anotado dia 9, reitera o *expert*: "a paciente ainda permanecia em hipovolemia por anemia aguda traumática, s.m.j.";

(iv) Do registrado dia 10, o parecerista observa que a "hipotensão arterial, apesar de evidentes sinais de hipovolemia hemorrágica, vinha sendo tratada, provavelmente, como distúrbio vasomotor (infusão alfa de dopamina)... Corretamente providenciou-se 3 unidades de concentrado de hemácias (transfusão de sangue) porém não há registros de que tenha providenciado exames para confirmar ou infirmar sua suspeita de hemorragia interna";

(v) Dos registros feitos no dia 11, o *expert* pondera que "não existem registros de investigação da causa da hipotensão arterial persistente, apesar do hemograma demonstrar anemia aguda. O tratamento persistiu com o uso de dose alfa de (vasoconstritor) de dopamina;

(vi) Da anotação do dia do falecimento, dia 12, de que se administrara alta dose de dopamina, tendo a paciente feito nova parada cardíaca, em assistolia, assevera o professor Francisco Amércio Fernandes Neto: "temos a confirmação da persistente hemorragia interna sem registro de investigação e a pressão arterial constantemente sustentada pelo aumento farmacológico da resistência periférica, através da dose alfa de dopamina. O êxito letal deu-se em assistolia e as manobras de ressuscitação malograram, como só acontece nos choques hemorrágicos".

Ao responder ao quesito n. 4, acerca da existência de protocolos de atendimento de paciente politraumatizado, o citado professor esclareceu que mundialmente seguem-se dois Protocolos: ATLS – *Advanced Trauma Life Suport* e o Samu – *Service D'Assistance Medicale d'Urgence.* Especifica, então, que afastada a insuficiência de oxigênio, a volemia passa a ser o fator preocupante, havendo diversas cautelas e manobras a serem realizadas. Na resposta ao quesito seguinte, atesta que estes meios preconizados não foram aplicados à paciente.

Ao final, confirma que desde o primeiro momento havia uma hemorragia interna, sendo que "não há nenhuma prova sustentável que a morte tenha ocorrido por grave TCE [traumatismo crânio-encefálico] ou por politraumatismo, porém abundam evidências que ela tenha ocorrido por injúria encefálica agravada por hemorragia interna ou somente por hemorragia interna".

Ao depor em juízo o parecerista Francisco Américo Fernandes Neto assevera que a vítima, internada na UTI apresentou modificação dos sinais de vida que "mostra, evidencia que ela estava com um sangramento interno".

Afirma que a seu ver "a causa *mortis* dela foi uma hemorragia que passou desapercebida ou a hemorragia mesmo não sendo a causa *mortis* concorreu para o agravamento no estado geral que já não era bom".

Por sua vez a médica XXXX e um dos médicos que atendeu a vítima, no hospital XXXX, ao ser perguntada se chegou a ser identificada a razão da anemia respondeu que "não, foi verificada que ela teve anemia que foi resolvida, ela ficou sendo observada se não voltava a cair o exame de hemoglobina. Normalmente os politraumatizados podem ter sangramentos e no caso dela poderia ser por causa das fraturas."

No entanto, logo a seguir, ao ser indagada se a pressão baixa decorria de hemorragia, respondeu: "Não, não era o caso".

Conforme protocolo anexado pela defesa, o ATLS – *Advanced Trauma Life Support* –, citado pelo parecerista, a maioria dos doentes traumatizados, que está em choque hipovolêmico, exige uma intervenção cirúrgica. Ensina-se que a principal causa do insucesso da reposição por transfusão é a hemorragia oculta ou não diagnosticada. Asseguram que a hipotensão não é, em geral, causada pela lesão cerebral, mas é uma das principais causas de piora dos pacientes com trauma craniencefálico. Por isso, consideram que a *conduta omissiva de esperar para ver como fica pode ser desastrosa.*

A evidência de que havia persistente hemorragia a ser pesquisada e corrigida deflui da manifestação do médico-legista subscritor do laudo necroscópico, que ao ler o prontuário em audiência, ao qual não tivera acesso anteriormente, de imediato se manifestou: "a vítima sofreu de choque hipovolêmico, resultante de fratura de bacia".

Os médicos da XXXX, em grave omissão, se desconfiaram estar ocorrendo uma hemorragia, no entanto perduraram cuidando da anemia profunda e perda

de sangue apenas com vasos constritores, dopamina, quando era, segundo os protocolos de tratamento de traumatismos, obrigatória a investigação das causas de evidente hemorragia, comuníssima em hipótese de politraumatismo. Tamanho erro médico coloca-se como fato excepcional, descumprindo-se o dever de agir de acordo com o conhecimento mínimo da arte médica.

4. O nexo de causalidade

O art. 13 e parágrafo primeiro do CP estatui critérios de apreciação do nexo de causalidade, ao regular, o que Paulo José da Costa Jr. denomina "os dois primeiros momentos da atividade do julgador": verificação do elo causal entre conduta-evento e *valoração desse nexo em relação ao direito,* conforme já examinei anteriormente em *Instituições de direito penal.*[1]

A verificação da *conditio sine qua non* constitui o primeiro momento da tarefa do juiz, que é facilitada pelo método eliminatório, graças ao qual se deduz que é "causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido", mas sujeita a um enfoque da causalidade típica, relevante para o direito a partir, no entanto, do real.

O segundo momento da tarefa judicial consiste na *valoração da condição* como relevante para o direito, questão que vem regulada no art. 13, § 1.º do CP.

A Parte Geral do Código Penal de 1940 dispunha, em seu art. 11, parágrafo único, que a superveniência de causa *independente* exclui a imputação quando, *por si só*, produziu o resultado. Tanto a doutrina como a jurisprudência consideraram que esse dispositivo referia-se à *causa relativamente independente*, apesar de o texto não ser expresso a esse respeito.

Se assim não fora, seria a norma totalmente despicienda, pois constitui uma obviedade que a interferência da *causa absolutamente independente*, que por si só produz o resultado, transforma toda a condição anterior em uma "não causa".

1. Nosso. *Instituições de direito penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 254 e ss.

O art. 13, § 1.º do CP, regula, portanto, o segundo momento acima referido que consiste na valoração da condição como relevante para o direito, segundo o critério de que fato superveniente, causador de um evento e relativamente independente das condições anteriores, afasta-as como geradoras desse resultado.

Cabe razão, por conseguinte, a Paulo José da Costa Jr. para o qual o nosso Código perfilha a *teoria da condicionalidade adequada*, graças à qual é necessário que a condição, para ser considerada como causa do evento, seja concretamente reconhecida como idônea à sua consecução, através de uma "valoração póstuma".[2]

Por sua preponderância sobre as condições anteriores, às quais está ligada de modo relativo, a nova condição absorve o processo de causalidade no qual interfere. Se a ação subseqüente, mesmo que relativamente relacionada com as condições anteriores, por si só apresenta-se como causadora do evento,[3] esse apenas a ela é atribuído com a ressalva de que "os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou".

Exemplo formulado por Nélson Hungria é bastante explicativo:[4] A fere B, que, ao ser atendido, ingere por descuido da enfermeira substância tóxica em vez do medicamento, vindo, por essa razão, a falecer.

No exemplo acima lembrado, a A é atribuído, no entanto, a prática de lesões corporais, pois, como já foi ressaltado, o legislador, se reconhece a interrupção da causalidade, não exclui, todavia, a imputação pelos resultados causados, por si só, pelos fatos anteriores.

A ocorrência de fato superveniente, relativamente independente, exclui, dessa forma, a imputação da relação de causalidade, limitando a pura e simples responsabilidade pelo resultado, especialmente *frente a fato relevante praticado por terceiro ou pela própria vítima*. Não prevalece uma compreensão meramente naturalística de causa, mas sim como assinala Carlo Fiore uma perspectiva normativa, posto que é fácil

2. COSTA Júnior, Paulo José da. J. *Do nexo causal*. São Paulo, p. 118.
3. Nosso. *Instituições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 255.
4. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 69.

perceber que os problemas jurídicos da causalidade situam-se no estabelecimento de limites à *relevância jurídico-normativa da relação de causalidade.*[5]

Mesmo constituindo um precedente causal do evento a ocasião não é adequada a produzir por si só o resultado, sendo apenas o ponto de partida, se um novo processo causal surge com relevo próprio. Andrea Antonio Dalla refere decisão da Cassação italiana segundo a qual se exclui o nexo causal quando se desenvolve uma relação causal independente da ação inicial, mesmo que desta ocasionada, e na qual encontra impulso ou oportunidade de se manifestar.[6]

Afirmara em minhas *Instituições* que a ação superveniente é autônoma, mas sem deixar de guardar relação com a ação inicial, pois do contrário se fosse absolutamente independente, desnecessário seria pensar-se em interrupção do nexo causal, por ter esta ação eficácia causal exclusiva. Cabe razão a Pagliaro, ao comentar o Código Penal italiano, que possui disposição similar ao nosso quanto à causa superveniente, no sentido de que o legislador *non há voluto alludere a serie causale autonome.*[7]

Assim, Pagliaro pondera que série causal autônoma é aquela que por própria conta provocaria o evento, mesmo se não tivesse ocorrido a ação primeira. A menção à causa superveniente autônoma seria, então, supérflua. Concordo ser indevido falar em série causal autônoma, se existe relação com a ação primeira e dela decorre a ação superveniente, razão pela qual referir à série causal autônoma seria uma contradição. Há autonomia da causa, que a partir do resultado causado pela ação inicial dá curso a um novo resultado. A nova causa é autônoma, a partir do resultado decorrente da ação anterior, mas a série causal não se pode dizer que seja autônoma, está ligada à ação anterior.

Constituindo um precedente causal do evento a ocasião não produz, por si só, o resultado, sendo apenas o ponto de partida, do qual surge um novo processo causal

5. FIORE, Carlo. *Diritto penale*: parte generale. Turim: Utet, 2001, volume primo, p. 169.

6. DALLA, Andréa. *Le cause sopravvenute interruttive del nexo causale.* Nápoles: Jovene, 1975, p. 138.

7. PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*: parte generale. Milão: Giuffrè, 1972, p. 364.

integrante da mesma série causal, por isso com relevo próprio, mas sem autonomia como série, como antes mencionara em minha *Instituições de direito penal.*[8]

Quando a ação inicial, segundo as circunstâncias do caso concreto e com base na experiência, não é apropriada, por si só, a causar o resultado, mas ao contrário desta a superveniente o é, apenas a esta última, diz Ranieri, pode-se atribuir o resultado,[9] seja adotando-se a teoria da equivalência das condições, seja a da causalidade adequada.

Mas, quais são as causas supervenientes que possam por seu relevo assumir o processo causal cortando a imputação objetiva do resultado à ação inicial?

5. Intervenção de terceiro

Para Pagliaro as causas supervenientes que devem ser consideradas por si só determinantes do evento são as concausas que constituem elementos ligados à ação ou omissão inicial condicionadores do evento, não apenas sob o aspecto naturalístico, mas no humano e social.

Creio que estas causas não são aquelas que não aprofundam o risco ocasionado pela ação inicial,[10] como pensa Pagliaro, mas que, pelo critério da eliminação global, possa se ver que sem ela o resultado final não teria ocorrido. Entender que a ação de terceiro é irrelevante se aprofundou o risco criado pela ação originária ao dar causa a resultado mais grave, seria instalar uma irresponsabilidade, como se fosse indiferente a ação ou omissão de terceiro que a partir do risco inicial criado produziu por si só um resultado mais grave.

8. Nosso, *Instituições de direito penal*, p. 257. Assim, seria uma contradição o uso do termo autonomia para a série causal. Na verdade não há uma nova série causal, como admite em minha *Instituições de direito penal*. Há uma causa nova, como assinalei, mas sem constituir-se uma nova série causal, o que se conjuga com o expresso com relação à intervenção de terceiro ao considerar que descabe a imputação objetiva se no processo causal sucede uma conduta dolosa ou gravemente imprudente desse terceiro. A ação do terceiro é causa autônoma, que se insere na série causal originária.

9. RANIERI, Silvio. *La causalità nel diritto penale*. Milão, 1936, p. 230 e s.

10. Assim, PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*: parte generale. Milão: Giuffrè, 1972, p. 365.

Assim, se várias condições concorrem para o resultado, pelo critério da eliminação global deve-se considerar que se eliminadas, alternativamente, cada uma delas o resultado não é eliminado, então, qualquer delas é de ser tida como causa desse resultado.[11] A contrário senso, deve-se considerar que se eliminada a causa superveniente o resultado não teria ocorrido, é de se reputar essa a causa do evento. É o que se depreende do ensinamento de Juarez Tavares, para o qual "se o resultado advém de outros fatores, embora as concausas tenham contribuído inicialmente para o processo causal, deve-se considerar interrompida a causalidade anterior imputando-se o resultado apenas ao agente que tenha provocado a nova causalidade".[12]

Destarte, cabe razão a Malinverni quando considera que o legislador ao mencionar "causa superveniente por si só a determinar o evento", está referindo-se a fatores extraordinários de forma a que "si viene ad escludere il nesso nelle ipotesi di fattori straordinari od eccezionali 'sopravenuti' dopo la condotta dell'agente".[13]

Roxin assinala que, apesar de não estar suficientemente elaborada, a teoria das esferas de responsabilidade tem importância prática no sentido de se excluir a imputação do resultado diante de comportamento irregular de terceiro, especialmente quando o terceiro tenha violado uma regra de diligência dirigida a prevenir o evento a que deu causa, mormente os bombeiros e médicos que tenham cometido erros no exercício profissional.[14]

Especificamente com relação à ação de terceiro, conforme ponderei em minhas *Instituições de direito penal*, cabe o ensinamento de Pantaleón, citado por Perales, segundo o qual descabe a imputação objetiva se no processo causal se sucede supervenientemente a conduta dolosa ou gravemente imprudente de um terceiro".[15]

11. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 211.

12. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 216.

13. MALINVERNI, Alessandro, verbete. Causalità (rapporto di) (diritto penale). *Novíssimo digesto italiano*, III. Turim, 1957, p. 44 e s.

14. ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Luzón-Peña e outros(trad.). Madrid: Civitas, 1999. t. I, p. 398 e s.

15. PERALES, Carlos de Miguel. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madri: Civitas, p. 162, nota 261; nosso *Instituições de direito penal*, p. 257.

Em suma, como anteriormente afirmei, por sua preponderância sobre as condições anteriores, às quais está ligada de modo relativo, a nova condição absorve o processo de causalidade no qual interfere.

Em especial deve-se atentar para o ato de terceiro que assume o dever profissional de proteger o bem jurídico que veio a ser ferido, no caso a vida, como sucede com os bombeiros de resgate e os médicos.

Por essa razão que em decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo asseverou-se:

"Quando o enfermo dá entrada no hospital passa a ser de responsabilidade dos médicos vinculados a seu tratamento. Essa é a regra fundamental."[16]

A verdadeira questão a ser posta, sublinha Gabbrio Forti é a relativa à adequação do dano produzido em conseqüência da intervenção do terceiro e à possibilidade de que o evento enquadre-se no âmbito de tutela da norma de diligência, não sendo típica a conseqüência do perigo criado com a primeira causa, pois veio a ser criada por um perigo posterior pelo qual o agente da primeira ação não é mais responsável.[17]

A meu ver, o evento mais grave que guarda relação de causalidade com a ação inicial na verdade decorre de uma causa nova que aumentou o risco em decorrência de negligência médica ou dos homens do resgate, que tinham o dever específico de atendimento revestido da devida diligência e da necessária perícia.

Se, eliminadas a negligência e a imperícia dos profissionais nos quais deposita-se confiança, que assumiram a responsabilidade pela vítima, exclui-se o resultado,

16. Acórdão publicado na *RT* 702/348, rel. Ribeiro dos Santos.

17. FORTI, Gabbrio. *Colpa ed evento nel diritto penale.* Milão: Giuffrè, 1990, p. 604, o qual, todavia, entende que no setor do erro médico interposto entre uma lesão e a conseqüência mais grave esta é de ser atribuída ao agente, pois com sua conduta culposa deixou a vítima confiada a médicos sendo a possibilidade de erro no atendimento hospitalar um perigo próprio da situação a que foi levada a vítima (op. cit., p. 606). Não posso concordar com FORTI, pois o deficiente atendimento, a grave omissão da prática médica consagrada, por exemplo, tem relevo próprio e prevalece como causa de um evento que não é próprio do atendimento hospitalar. Ser levada a um hospital decorre da primeira ação. O erro médico deflui de âmbito no qual o agente não possui qualquer domínio de interferência, sendo descabido que se lhe atribua tal responsabilidade.

como pode o agente da primeira causa ser a final responsabilizado pelo infausto evento ligado diretamente a essa omissão de terceiros que caracteriza um erro grave?

Como assinala Juarez Tavares, se o agente realiza uma operação arriscada, mas sobre ela interfere um agente obrigado a evitar ou impedir o resultado em face de sua profissão, como bombeiros, policiais, afasta-se a responsabilidade do agente se o resultado insere-se no âmbito da obrigação assumida pelo profissional e decorre da ausência de sua competência, na qual se confia.

Igualmente com relação ao médico, prevalece o mesmo critério, pois como inerente à sua profissão "subsiste socialmente uma devida expectativa de segurança quanto aos seus métodos, através da qual se pode confiar em que não cometerá erros grosseiros no exercício de sua atividade. Por isso, devem ser excluídos do primeiro causador os excessos cometidos pelo médico".[18]

No direito português, Figueiredo Dias entende que a atuação de terceiro que se integre no processo causal pode excluir a imputação ao causador inicial do processo, salvo se esta atuação era provável. Exemplifica, então, a hipótese de exclusão da imputação pelo resultado decorrente dessa intervenção:

"Mas suponha-se agora o caso de que, com intenção de matar, agride 'E', acabando este por morrer devido aos ferimentos causados, que todavia, não teriam produzido a morte se 'E' tivesse sido tratado de forma diligente pelos médicos."[19]

Se tal sucede em crime de homicídio doloso, muito mais claramente se verifica essa exclusão da imputação objetiva quando a ação inicial for de caráter culposo.

No direito italiano, Carlo Fiore considera que há um risco diverso da conduta do agente, devendo restar excluída a imputação, no caso em que o resultado "consegua a un grossolano errore terapêutico".[20] Anteriormente, já Antolisei,

18. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 230 e em esp. p. 235 e s. Para o autor, em casos excepcionais principalmente nos crimes culposos pode acontecer que o resultado, pela forma anormal como veio a ser causado se situe fora do âmbito da norma.

19. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal:* parte geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. t. I, p. 312.

20. FIORE, Carlo. *Diritto penale*: parte generale. Turim: Utet, 2001. volume primo, p. 208.

entendia que sob o aspecto positivo há relação de causalidade quando o agente tenha gerado uma condição do evento, desde que sob o aspecto negativo, não seja o resultado fruto do concurso de fatores excepcionais, como, por exemplo: "un individuo que ha avuto un braccio frattutato, decede per uma gravíssima imprudenza del sanitário curante".[21]

Assim, para Antolisei, formulador da teoria da causalidade humana, uma gravíssima imprudência do médico a cujos cuidados está entregue a vítima é de se considerar um fato excepcional.[22] No mesmíssimo sentido Trimarchi, para quem a causalidade jurídica do primeiro agente é de ser excluída no caso de "errore grossolano ed eccezionale del medico curante che determini um enorme aggravamento delle conseguenze dell'illicito".[23]

No direito alemão, Hans Welzel igualmente desconsidera a relação entre a ação inicial e o evento final, quando sucede entre ambos um acontecimento causal extraordinário, que exemplifica: "se A lesiona a B dolosamente y este muere luego em el hospital, a causa de que por um tratamiento inadecuado adquire uma septicemia, A no responde por uma lesión seguida de muerte".[24]

A intervenção do médico é de tal forma dominante, em caso de erro grosseiro, que prevalece sobre a possibilidade de atribuir-se o evento ao primeiro agente, pois entre a sua ação inicial e o evento final houve a interferência inesperada de um fator excepcional, que ocasionou por negligência o resultado mais grave.

Diante dos exemplos acima, posso concluir que prevalece o princípio da confiança para proteção da vítima em face de ações praticadas por terceiros, que

21. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*: parte generale. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1963, p. 180.

22. Neste sentido, citando ANTOLISEI, vide MALINVERNI, Alessandro, verbete. Causalità (rapporto di) (diritto penale). *Novíssimo digesto italiano*, III. Turim, 1957, p. 44, p. Alessandro, verbete. Causalità (rapporto di) (diritto penale). *Novíssimo digesto italiano*, III. Turim, 1957, p. 44.

23. TRIMARCHI. *Causalità e danno.* Milão: Giuffrè, 1967, p. 116, nota 98.

24. WELZEL, Hans. *Derecho penal.* Carlos Fontán Balestra (trad.). Buenos Aires: Depalma. 1956, p. 54.

interferem no processo causal, responsabilizando-os caso tenham agido sem a diligência devida, especialmente os profissionais, como médicos e bombeiros, cuja função é promover e impedir o agravamento do bem jurídico.

Se houve agravamento da lesão ao bem jurídico ou resultado mais grave decorrente da negligência e imperícia de tais profissionais, que se conta não cometerão erros grosseiros, o causador do primeiro perigo responderá pelos seus atos, mas não pelo evento final fruto de negligência

6. Análise do caso

É evidente o caráter extraordinário dos dois acontecimentos totalmente alheios à esfera de responsabilidade do Consulente, que agravaram sobremaneira a situação da vítima, sendo o erro grosseiro no atendimento médico indicado como a causa principal de sua morte, como afirmou o médico-legista e parecerista Francisco Américo Fernandes Neto em seu depoimento judicial.

Quanto ao primeiro fato extraordinário, basta lembrar o que afirmou o bombeiro YYY, a fls. 342:

"encontramos o réu na parte de trás do veículo, sendo que ele estava ensangüentado e pouco desorientado, inclusive com fraturas no nariz e no braço. O réu dizia que estava procurando alguém."

"Depois de deixar o réu no pronto socorro retornei ao local porque o réu dizia que a namorada estaria com ele e porque foi encontrado um sapato feminino."

O Consulente, em suas declarações à polícia, fls. 61, relata:

"Começou a procurar E. A. M. quando ali chegaram os homens do resgate. Disse a eles que a sua namorada estava desaparecida, mas eles pareciam não acreditar no declarante. Eles levaram o declarante até o pronto socorro e disseram que iriam voltar para procurá-la."

Perdeu-se a hora de ouro, a primeira hora, fundamental no atendimento de pessoa com traumatismo e perderam-se duas horas a mais, pois veio a ser descoberta apenas quando amanhecia. O Consulente, mesmo ferido, tentava

minimizar o risco criado, reduzir o mal causado, mas não era acreditado, a ponto dos bombeiros abandonarem o local para levá-lo ao pronto socorro, só depois retornando para empreender a busca de sua namorada diante da insistência no pedido de a localizassem.

Erro grosseiro de atendimento do resgate, contrariando-se todas as recomendações da imprescindibilidade de assistência a mais urgente possível a feridos, privilegiando-se o transporte de uma vítima que não estava em estado grave, em prejuízo de outra que, por falta de socorro imediato, veio a ter gravames em seu estado de saúde. O atendimento à namorada fugia do âmbito de domínio do Consulente e da esfera de sua responsabilidade, que passou a ser dos profissionais do resgate, malgrado tenha insistentemente clamado por socorro à namorada.

O segundo fato extraordinário é patente. O descaso com a insistência com que se apresentava a ocorrência evidente de uma hemorragia, sem se realizar um diagnóstico que saltava aos olhos. Os exames de sangue denunciavam perda de sangue e anemia, enfrentados unicamente com medicamento vaso constritor. O erro médico foi grosseiro. A prova está na circunstância de que o médico legista que subscreveu o laudo necroscópico, ao tomar ciência dos dados do prontuário, ao qual antes não tivera acesso, de imediato, na audiência fez o diagnóstico: "que a vítima sofreu de choque hipovolêmico, resultante de fratura de bacia", afirmando, outrossim, que nenhuma medida exploratória da hemorragia veio a ser tomada.

O Dr. Francisco Américo Fernandes Neto, por sua vez, ao depor afirmou: "a causa mortis dela foi uma hemorragia que passou desapercebida"...

Como se vê, o ocorrido com os bombeiros, mas principalmente no hospital enquadra-se de forma correta nos ensinamentos dos doutrinadores de diversos países, como se analisou acima, sendo a morte da vítima de responsabilidade da segunda esfera causal, sob o domínio dos profissionais da saúde e não mais no campo de influência do Consulente. A morte da vítima por hemorragia, estando

sob os cuidados médicos, originou-se de grave negligência de não se aperceber e cuidar de uma evidente perda de sangue, sequer pesquisada, descuidando-se dos ensinamentos que indicam os protocolos universalmente conhecidos e adotados, bem como o bom senso clínico.

Se não fosse o erro grosseiro dos médicos, descumprindo as recomendações da medicina, a vítima não teria falecido pos assistolia, ou seja, em vista do coração vazio por ausência de sangue. A vítima não teria falecido caso não houvesse, por hipótese, a omissão grave do dever de agir com negligência, aplicando-se, então, no hospital o correto tratamento, reconhecível *ictu oculi*, por qualquer facultativo. Teria a vítima se salvado, com seqüelas é possível, mas não morreria.

7. Conclusão

A questão principal é a seguinte: se a vítima, por hipótese, estivesse dirigindo o veículo, e, nas mesmas circunstâncias, viesse a dar entrada no hospital, de quem seria a responsabilidade por sua morte?

A resposta com certeza recairia sobre os responsáveis pelo atendimento negligente no hospital, onde deixaram de pesquisar e de cuidar de uma evidente hemorragia. A persecução, na hipótese, teria por objeto a conduta médica, pois, a prova indica que se agiu no hospital descumprindo a prática normal a ser seguida em casos análogos, ou seja, as regras conhecidas pela ciência médica como apropriadas a determinado tipo de caso clínico, fruto do saber e da experiência.[25]

O fato de o réu estar à direção do veículo não desconstitui essa lógica conclusão, a não ser que se queira responsabilizá-lo por grave ato de terceiro.

25. Nosso, Tipicidade e causa de aumento de pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46. São Paulo: RT, 2004, p. 397 e s., acerca da causa de aumento de pena previsto no art. 121 § 4.º do CP, relativa à inobservância de regra técnica, o que a meu ver não altera a estrutura da conduta culposa como negligente.

Todavia, indevidamente, a presença do réu à direção do carro fez com que viesse a ser objeto único do foco, para responder injustamente por ato de terceiros que tinham o dever de agir com diligência, mas cujos condutas negligentes interferiram entre a ação inicial e o evento final, tornando-se prevalentes e causas por si só do resultado morte, a partir do término da esfera de responsabilidade e domínio do Consulente.

O Consulente deve responder por lesão corporal culposa, examinando-se sua culpa ou não na produção desse evento, mas jamais por homicídio culposo, resultado que foge do âmbito de sua responsabilidade, como acima minudentemente examinei.

Esse é o meu parecer

São Paulo, 01.12.2006.

4.2 Ementário de jurisprudência

André Adriano do Nascimento da Silva
Advogado, pós-graduando em Direito Penal Econômico Internacional pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu, da Universidade de Coimbra e pelo IBCCRIM.

Lucas Clemente Guimarães Diaz
Advogado, pós-graduando em Direito Penal Econômico Internacional pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu, da Universidade de Coimbra e pelo IBCCRIM.

Índice

1. Direito penal

1.1 "Cola eletrônica". Atipicidade.

1.2 Conceito de 'casa'. Inviolabilidade do domicílio.

1.3 Crime contra os costumes. Presunção de violência. Caráter relativo.

1.4 Estelionato. Tentativa. Inocorrência.

1.5 Fixação da pena-base acima do mínimo. Necessidade de motivação concreta.

1.6 Maus antecedentes. Ações penais em andamento. Impossibilidade.

1.7 Prescrição. Suspensão (art. 366, CPP). Prazo.

2. Processo penal

2.1 Competência da Justiça Federal. Crime de processo de licitação (Lei 8.666/93).

2.2 Competência. *Habeas corpus*. Infração disciplinar.

2.3 Competência. Justiça do Trabalho.

2.4 Competência. Utilização de linhas telefônicas clonadas.

2.5 Condenações por outros crimes. Inidoneidade para motivar prisão preventiva.

2.6 Denúncia inepta. Análise de provas no *habeas corpus*.

2.7 Flexibilização da Súmula 691 do STF. Demora no julgamento do *writ*.

2.8 *Habeas corpus*. Impetração via fax.

3. Execução penal

3.1 Comutação (art. 3.º, II do Dec. 4.495/2002). Possibilidade para o crime de roubo.

3.2 Exigência de exame criminológico. Necessidade de fundamentação concreta.

3.3 Porte de celular. Falta grave. Irretroatividade da *lex gravior*.

3.4 Prisão domiciliar. Regressão. Desproporção.

3.5 Progressão de regime. Irretroatividade da lei penal mais gravosa.

3.6 Regressão de regime. Necessidade de audiência pessoal do apenado.

3.7 Trabalho externo. Requisitos.

4. Estatuto da criança e do adolescente (Lei 8.069/90)

4.1 Desistência da produção de provas em razão de confissão. Impossibilidade.

Ementas

1. Direito penal

1.1 "Cola eletrônica". Atipicidade.

Habeas corpus. *"Cola eletrônica". Atipicidade. Trancamento parcial da ação penal contra o paciente* – "O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito 1.145 (no qual fiquei vencido), reconheceu que a conduta designada "cola eletrônica" é penalmente atípica. O que impõe o trancamento, no ponto, da ação penal contra o paciente. Prosseguimento da ação penal, quanto a acusações de outra natureza. Ordem parcialmente concedida" (STF, 1ª T., HC 88.967, rel. Carlos Britto, j. 06.02.2007, *DJU* 13.04.2007).

1.2 Conceito de 'casa'. Inviolabilidade do domicílio.

"Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5.º, XI, da CF/88, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (art. 150, § 4.º, II do CP), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5.º, XI da CF/88), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (*invito domino*), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF)" (STF, 2ª T., RHC 90.376, rel. Celso de Mello, j. 03.04.2007, *DJU* 18.05.2007).

1.3 Crime contra os costumes. Presunção de violência. Caráter relativo.

Apelação criminal. Crime contra os costumes. Estupro. Vítima menor de 14 anos. Presunção de violência. Caráter relativo. Aquiescência das pretensas vítimas em praticar o ato sexual. Atipicidade da conduta. Recurso provido – "Segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, por isso deve ser interpretada de forma extensiva, adaptada ao meio e aos costumes da época, sob pena de conflito com a realidade. Nesses termos, o elemento volitivo nos casos de crimes sexuais deve ser considerado, pela vontade e consentimento da ofendida nas práticas sexuais, não podendo atualmente continuar a não admitir a livre disposição do corpo, mesmo com idade inferior à maturidade civil ou penal. A proteção da violência presumida relativizou-se, deixando de ser absoluta, pela evolução dos costumes e da informação" (TJSC, 1ª C., AP 2005.030785-1, rel. Solon d'Eça Neves, j. 07.02.2006, *DJ* 11.873 de 30.03.2006).

1.4 Estelionato. Tentativa. Inocorrência.

Recurso especial. Penal. Adulteração de chassis de automóvel para posterior venda. Estelionato tentado. Não configuração. Ato preparatório – "1. Não se pode imputar ao réu que adultera chassi de automóvel para a posterior venda, a prática de tentativa de estelionato, porque a execução do crime do art. 171, *caput*, do Código Penal, inicia-se com o engano da vítima, sendo as condutas anteriores atos meramente preparatórios, que somente serão puníveis quando, *de per si*, consubstanciem a prática de crime autônomo. 2. Recurso provido" (STJ, 5ª T., REsp 818.741/BA, rel. Laurita Vaz, j. 15.03.2007, *DJU* 23.04.2007, p. 302).

1.5 Fixação da pena-base acima do mínimo. Necessidade de motivação concreta.

Habeas corpus. *Penal. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Fixação da pena-base acima do mínimo. Art. 59 do Código Penal. Inexistência de motivação concreta. Elementares do tipo* – "1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo. Precedentes desta Corte Superior. 2. Ordem concedida para afastar da condenação do ora Paciente a exasperação da pena-base, diante da ausência de fundamentação hábil a ensejar a sua elevação acima do mínimo legal" (STJ, 5ª T., HC 47.507-MS, rel. Laurita Vaz, j. 15.02.2007, *DJU* 12.03.2007, p. 267).

1.6 Maus antecedentes. Ações penais em andamento. Impossibilidade.

Penal e processual penal. Recurso especial. Art. 16 da Lei 7.492/86. Maus antecedentes. Ações penais em andamento. Impossibilidade. Dosimetria da pena. Trânsito em julgado para a acusação. Pena in concreto. *Prescrição retroativa. Mérito prejudicado* – "I – Inquéritos e ações penais em andamento, por si, não podem ser considerados como maus antecedentes, para fins de exacerbação da pena-base ou, conseqüentemente, para a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). II – Se a pena privativa de liberdade, ora redimensionada, é de 2 (dois) anos de reclusão, tendo havido o trânsito em julgado para a acusação, há que se declarar a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, se entre a data dos fatos (11.05.1992) e aquela em que foi recebida a denúncia (20.08.1997) transcorreu lapso temporal maior que quatro anos (arts. 107, IV, 109, V e 110, § 1.º do CP). Extinta a punibilidade, prejudicado o recurso" (STJ, 5ª T., REsp 827.952/RS, rel. Felix Fischer, j. 15.03.2007, *DJU* 07.05.2007, p. 363).

1.7 Prescrição. Suspensão (art. 366, CPP). Prazo.

I. Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (art. 97 da CF/88). "Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição..." (cf. RE 184.093, Moreira Alves, DJ *05.09.1997). II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado – Art. 366, do CPP com a redação da Lei 9.271/96* – "1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1.042, 19.12.2006, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do CPP. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5.º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do CPP ao tempo da prescrição em abstrato, pois, 'do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão'. 5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição" (STF, 1ª T., RE 460.971, rel. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007, *DJU* 30.03.2007).

2. Processo penal

2.1 Competência da Justiça Federal. Crime de processo de licitação (Lei 8.666/93).

Processual penal. Crime em processo de licitação. Lei 8.666/93. Programa Fundescola. Sujeição ao controle do Tribunal de Contas da União. Verba não incorporada ao patrimônio municipal. Competência da Justiça Federal. Ordem concedida – "1. Na linha do enten-

dimento inserto nos enunciados 208 e 209 da Súmula deste STJ, compete à Justiça Federal processar e julgar crimes de desvio de verbas oriundas de órgãos federais, sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União e não incorporadas ao patrimônio do Município. 2. Sendo o Programa FUNDESCOLA vinculado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação FNDE, eventual fraude em processos licitatórios para sua implementação deverá ser examinada pela Justiça Federal. 3. Ordem concedida. Processo anulado *ab initio*, no tocante aos atos decisórios" (STJ, 5ª T., HC 62.998-RO, rel. Arnaldo Esteves Lima, j. 15.02.2007, *DJU* 12.03.2007, p. 282).

2.2 *Competência.* Habeas corpus. *Infração disciplinar.*

Recurso ordinário em habeas corpus. *Processual penal. Infração disciplinar. Punição imposta a membro das forças armadas. Constrição da liberdade.* Habeas corpus *contra o ato. Julgamento pela Justiça Militar da União. Impossibilidade. Incompetência. Matéria afeta à jurisdição da Justiça Federal Comum. Interpretação dos arts. 109, VII, e 124, § 2.º* – "I – À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações (art. 124, § 2.º da CF/88). II – A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*. Precedentes. III – Não estando o ato sujeito a jurisdição militar, sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento de ação que busca desconstituí-lo (art. 109, VII da CF/88). IV – Reprimenda, todavia, já cumprida na integralidade. V – HC prejudicado" (STF, 1ª T., RHC 88.543/SP, rel. Ricardo Lewandowski, j. 03.04.2007, *DJU* 27.04.2007, p. 70).

2.3 *Competência. Justiça do Trabalho.*

Conflito negativo de competência. Penal. Justiça do Trabalho. Ações decorrentes da relação de trabalho. Incompetência para processar e julgar ações penais – "1. A EC 45/2004 ampliou a competência da Justiça Trabalho, para processar e julgar todas

as ações decorrentes da relação de trabalho. Não obstante, muito embora a nova redação do art. 114 da CF/88 tenha atribuído à Justiça laboral o processamento e julgamento do *habeas corpus* 'quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição', não lhe atribuiu competência criminal. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca do assunto e decidiu, por unanimidade, deferir a liminar na ADIn 3.684, rel. Min. Cezar Peluso, com efeitos *ex tunc*, para atribuir interpretação conforme a Constituição aos incisos I, IV e IX do art. 114 da CF/88, afirmando que a Justiça do Trabalho não possui competência para processar e julgar ações penais. Entendeu-se que haveria violação ao princípio do juiz natural, já que compete à Justiça Comum julgar e processar matéria criminal. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Santa Maria-RS" (STJ, 5ª T., CComp 59.978/RS, rel. Laurita Vaz, j. 28.03.2007, *DJU* 07.05.2007, p. 275).

2.4 Competência. Utilização de linhas telefônicas clonadas.

Processual penal. Conflito negativo de competência. Desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações. Ausência. Utilização de linhas telefônicas clonadas. Competência da Justiça Comum – "1. A simples utilização de linhas telefônicas clonadas não configura o delito previsto no art. 183 da Lei 9.472/97, que tipifica o crime de desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações, serviço cuja exploração é atribuída à União nos termos do art. 21, XI da CF/88" (STJ, 6ª T., CComp 50.638/MG, rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14.03.2007, *DJU* 30.04.2007, p. 280).

2.5 Condenações por outros crimes. Inidoneidade para motivar prisão preventiva.

Habeas corpus. *Processual penal. Prisão preventiva decretada pelo Tribunal de Justiça local. Decisão de pronúncia. Ausência de motivos concretos a embasar a prisão cautelar.*

Habeas corpus *concedido* – "O decreto de prisão preventiva carece de fundamentação válida, pois nele não consta comprovação de elemento concreto a indicar a atual necessidade da segregação cautelar. Sem validade o decreto de prisão preventiva. Precedentes." (STF, 1ª T., HC 89.900/SP, rel. Cármen Lúcia, j. 27.02.2007, *DJU* 23.03.2007, p. 108).

2.6 *Denúncia inepta. Análise de provas no* habeas corpus.

Habeas corpus. *Ação penal. Denúncia inepta. Análise de provas. Trancamento. Possibilidade. Ordem concedida* – "1) Se a denúncia genericamente menciona que os fatos ocorreram no ano de 2004, sem especificar sequer os meses, e comprovado nos autos que o paciente naquele período de tempo encontrava-se residindo em outro Estado da Federação, autoriza-se a concessão do *mandamus*. 2) Constatando-se que a exordial acusatória não descreve adequadamente todos os dados do fato intitulado criminoso, inevitavelmente desencadeia a sua inépcia. 3) É perfeitamente possível a análise de provas na ação mandamental, posto que a salvaguarda do direito em risco ou sob ameaças é dever que se impõe ao Estado na sua função tutelar. 4) *Writ* concedido para trancar a ação penal. (TJGO, 2ª Câm. Crim., HC 28.646-8/217, rel. Paulo Teles, j. 17.04.2007, *DJ* 02.05.2007).

2.7 *Flexibilização da Súmula 691 do STF. Demora no julgamento do* writ.

Penal. Processual penal. Habeas corpus. *Porte ilegal de arma de fogo. Art. 14 da Lei 10.826/2003. Prisão preventiva decretada para a garantia da ordem pública. Paciente investigado por crime de homicídio. Constrangimento ilegal configurado. Hipótese de flexibilização da súmula 691 do STF. Demora no julgamento de HC impetrado junto a Tribunal Estadual. Paciente primário, que possui residência fixa. Crime cuja pena corporal é de 2 a 4 anos. Inexistência de violência ou grave ameaça. Possibilidade de*

imposição de pena restritiva de direitos. Investigação pela prática do delito de homicídio não obsta o direito de responder ao processo em liberdade–"I – A constatação de evidente constrangimento ilegal permite o conhecimento de *habeas corpus* contra decisão liminar em *writ* anteriormente impetrado, mediante a flexibilização do teor da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. II – Paciente acusado da prática de porte ilegal de arma de fogo, cuja sanção corporal não excede a 4 anos, ensejando a imposição de pena restritiva de direitos, ante a ausência de violência ou grave ameaça. III – Ademais, a demora no julgamento de *writ* impetrado junto ao Tribunal de Justiça da Bahia, e o fato de ser o paciente primário e possuir residência fixa, permitem responda ele ao processo em liberdade. IV – A circunstância de o paciente estar sendo investigado pela prática do delito de homicídio, por si só, não se mostra suficiente para a decretação de prisão preventiva sob o fundamento de garantia da ordem pública. V – Ordem concedida" (STF, 1ª T., HC 90.443/BA, rel. Ricardo Lewandowski, j. 10.04.2007, *DJU* 04.05.2007).

2.8 Habeas corpus. *Impetração via fax.*

Habeas corpus. *Impetração via fax. Posterior juntada da via original. Mera irregularidade.* "1 – A juntada da via original da ordem impetrada apenas 01 (um) dia após o decurso do prazo legal de 05 (cinco) dias configura mera irregularidade que não obsta o seu conhecimento" (TJGO, 1ª Câm. Crim., HC 28.814-1/217, rel. Carlos Elias da Silva, *DJ* 08.05.2007).

3. Execução penal

3.1 Comutação (art. 3.º, II do Dec. 4.495/2002). Possibilidade para o crime de roubo.

Habeas corpus. *Execução penal. Condenação por crimes de roubo. Comutação. Art. 3.º, II do Dec. 4.495/2002. Possibilidade. Interpretação extensiva em desfavor do*

réu. Descabimento. Precedentes – "1. O Decreto 4.495/2002 não proíbe a comutação de pena ao sentenciado por crime doloso praticado com violência contra a pessoa, desde que, sem embargo das demais condições, não esteja sendo processado por outro crime de mesma natureza. Inteligência do art. 3.º, II, c/c o art. 7.º, ambos do mesmo Diploma Legal. 2. Não pode o intérprete restringir a aplicação de benefício instituído ao réu, erigindo óbice não disposto na norma legal. Se fosse a intenção do Decreto Presidencial excluir os sentenciados por crime de roubo, teria feito isso expressamente, como em outros que o antecederam, o que não ocorreu desta vez. 3. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a decisão de primeiro grau que assegurou ao ora Paciente a comutação de 1/5 da pena, com amparo no art. 2.º do Dec. 4.495/2002" (STJ, 5ª T., HC 45.314/SP, rel. Laurita Vaz, j. 03.04.2007, *DJU* 07.05.2007, p. 338).

3.2 Exigência de exame criminológico. Necessidade de fundamentação concreta.

Processual penal. Habeas corpus. *Execução penal. Progressão de regime. Exigência de exame criminológico pelo juízo da execução para posterior análise do pedido de progressão. Ausência de fundamentação. Impossibilidade. Ordem concedida* – "1. O advento da Lei 10.792/2003 tornou prescindíveis os exames periciais antes exigidos para a concessão da progressão de regime prisional e do livramento condicional, bastando, para os aludidos benefícios, a satisfação dos requisitos objetivo – temporal – e subjetivo – atestado de bom comportamento carcerário, firmado pelo diretor do estabelecimento prisional. 2. O Supremo Tribunal Federal, todavia, em recente julgamento (HC 88.052-DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 28.04.2006), afirmou que 'Não constitui demasia assinalar, neste ponto, não obstante o advento da Lei 10.792/2003, que alterou o art. 112 da LEP – para dele excluir a referência ao exame criminológico –, que nada impede que os magistrados determinem a realização de mencionado exame, quando o entenderem necessário,

consideradas as eventuais peculiaridades do caso, *desde que o façam, contudo, em decisão adequadamente motivada*' (sem grifos no original). 3. No caso dos autos, o Juízo executor da sentença não justificou a exigência do exame criminológico. 4. Ordem concedida para determinar ao Juízo das Execuções Criminais da Comarca do Rio de Janeiro que analise os requisitos legais exigidos, afastando-se a exigência do exame criminológico solicitado para apreciação do pedido de progressão de regime" (STJ, 5ª T., HC 62.860-RJ, rel. Arnaldo Esteves de Lima, j. 27.02.2007, *DJU* 12.03.2007, p. 282).

3.3 Porte de celular. Falta grave. Irretroatividade da lex gravior.

Habeas corpus. *Execução penal. Falta grave. Porte de aparelho de telefone celular no interior do presídio. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Delito anterior à Lei 11.466/2007.* Lex gravior. *Irretroatividade* – "1. O crime foi praticado antes da entrada em vigor da Lei 11.466/2007, ocorrida em 29.03.2007, que altera a Lei 7.210/84 para prever como falta disciplinar grave do preso a utilização de telefone celular nas dependências de presídio. Assim, não incide, no caso, tal falta grave, em obediência ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa. 2. Segundo a exegese da Lei das Execuções Penais, somente no caso das faltas disciplinares médias e leves competirá ao Estado, por legislação local, defini-las e apená-las. Foi excluída, a teor do disposto no art. 49 da Lei 7.210/84, a possibilidade do legislador estadual enumerar condutas disciplinares que consistiriam em falta grave. 3. O Estado de São Paulo, inovou, indevidamente, o poder conferido pela Lei de Execução Penal, ao estabelecer como sendo falta grave o porte de aparelho de telefonia celular ou seus componentes no interior de presídio. 4. Ordem concedida para que seja retirada da folha de antecedentes e do roteiro de penas do Paciente a anotação de falta grave em razão da posse de aparelho de telefone celular no

interior do presídio" (STJ, 5ª T., HC 73.295/SP, rel. Laurita Vaz, j. 24.04.2007, *DJU* 28.05.2007, p. 378).

3.4 Prisão domiciliar. Regressão. Desproporção.

Habeas corpus. *Execução penal. Paciente que, em razão de seu estado de saúde, cumpria a pena imposta em regime domiciliar. Regressão determinada pelo juízo das execuções. Fato que, de forma desproporcional, foi considerado como fato grave. Inexistência de intenção de fuga ou de afrontar decisão judicial* – "1. Infere-se dos autos que o paciente, após retornar da sessão de fisioterapia, desviou de sua rota para buscar a sua esposa, tendo sido abordado durante a condução de veículo por agentes policiais. Noticiado o fato ao juízo das execuções, foi, sumariamente, determinado a regressão do regime prisional. 2. Há, de fato, indícios de veracidade de que o paciente não teve a intenção de se furtar às determinações judiciais ou empreender fuga do município, evidenciando, assim, a manifesta desproporção da decisão ora impugnada. 3. Ordem concedida para que, ratificada a liminar anteriormente deferida, seja anulada a decisão do magistrado que determinou a regressão de regime prisional do paciente e determinada, também, a retirada da folha de roteiro de penas do sentenciado a anotação da indigitada falta grave" (STJ, 5ª T., HC 70.754/MG, rel. Laurita Vaz, j. 03.04.2007, *DJU* 07.05.2007, p. 346).

3.5 Progressão de regime. Irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Ementa: *Agravo em execução penal. Progressão de regime. Crime hediondo. Possibilidade. Requisito temporal. Lei 11.464/2007. Garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa* – "As normas que disciplinam a progressão carcerária possuem um nítido caráter de direito material ao estarem intimamente ligadas à liberdade do cidadão-condenado. A Lei 11.464/2007, ao impor requisitos mais

gravosos à progressão de regime – 2/5, se primário, e 3/5, se reincidente –, não pode retroagir – encontra óbice na legalidade –, somente tendo aplicabilidade a fatos praticados após sua vigência. Em se tratando de crimes hediondos, a discussão quanto a possibilidade ou não da progressão de regime restou suplantada com a recente alteração promovida pela Lei 11.464/2007. À unanimidade, negaram provimento ao recurso ministerial.

Voto

(...)

Inicialmente, imperativo o debate levantado pelo Dr. Procurador de Justiça quanto ao alcance da Lei 11.464/2007, que alterou a Lei 8.072/90, ao permitir a progressão de regime e estabelecer prazos diversos para condenandos pela prática de delitos hediondos – 2/5, se primário, e 3/5, se reincidente. Segundo o representante do *Parquet*, três entendimentos surgiram: (a) a retroatividade da Lei 11.464/2007 – esta a posição defendida pelo nobre parecerista; (b) a irretroatividade da referida lei; e, (c) a retroatividade limitada à data da decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 82.959-SP, que declarou inconstitucional a vedação da progressão de regime anteriormente prevista na Lei dos Crimes Hediondos.

De logo, o terceiro entendimento deve ser rechaçado porque carecedor de sustentação lógico-jurídica. Ora, se o STF, nos autos do HC 82.959-SP, declarou inconstitucional o dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que vedava a progressão de regime – e, aqui, partindo-se do pressuposto lógico de que esta decisão tem efeitos *erga omnes* –, é porque tal comando normativo é inconstitucional desde sua origem.

Assim, não se sustenta o citado entendimento simplesmente porquanto impossível a diferenciação proposta: ou o dispositivo legal é constitucional na medida em que a decisão do STF não tem efeitos *erga omnes*, e a Lei 11.464/2007 retroage; ou o dispositivo é inconstitucional desde sempre, com o que a Lei 11.464/2007 não pode retroagir, independentemente da data da decisão da Corte Suprema.

Restam, assim, dois entendimentos antagônicos: retroatividade ou não da Lei 11.464/2007. E, neste aspecto, estou a seguir o entendimento da irretroatividade da referida legislação pelas razões que passo a expor.

A Lei de Execuções Penais, a despeito de todas as críticas que possam ser feitas, adotou o sistema progressivo de execução da pena privativa de liberdade, na busca da reintegração do apenado no seio da sociedade. Progressão esta que se dá de forma gradual, do regime mais gravoso (fechado) ao mais brando (aberto), de forma a possibilitar uma maior liberdade do apenado – leia-se a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal. Portanto, a progressão do regime carcerário diz diretamente com o *status libertatis* do cidadão-condenado.

Assim é que as normas que disciplinam a progressão carcerária, por tais características, possuem um nítido caráter de direito material ao estarem intimamente ligadas à liberdade do apenado.

No particular, a lição do Min. Marco Aurélio, ao analisar a retroatividade dos institutos da Lei 9.099/95, é definitiva (HC 73.837-1/GO, 2ª T., STF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 11.06.1996):

'(...)

A retroatividade da lei penal consubstancia garantia insculpida no art. 5.º CF/88. Segundo o disposto no inciso XL, da lei penal não retroagirá salvo para beneficiar o réu. Por isso mesmo, analisando a aplicação, no tempo, da Lei 9.099, de 26.09.1995, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luis Flávio Gomes, na monografia *Juizados Especiais Criminais* – Revista dos Tribunais – tiveram oportunidade de consignar que "todos os novos institutos de caráter penal devem ser aplicados imediatamente após a vigência da lei". Aludiram ao princípio do *favor rei, ressaltando que 'toda norma despenalizadora, em última análise, nada mais é que o desdobramento legislativo do direito fundamental da liberdade individual'. Na espécie, não cabe distinguir com base na dicotomia 'normas materiais e processuais'. Estas últimas, no que repercutem na*

liberdade do acusado, ganham contornos penais, devendo, assim, merecer a aplicação retroativa consagrada constitucionalmente.' (grifei)

Neste contexto, surgem as indagações: a Lei 11.464/2007, ao prever prazo diverso para progressão de regime no caso de delito hediondo, tem caráter material, processual ou misto? E como tal, retroage?

Como acima adiantado, tenho que as normas que disciplinam a progressão do regime carcerário tem um nítido caráter de direito substancial. Assim sendo, a Lei 11.464/2007, ao estabelecer prazos diversos para condenados pela prática de crimes hediondos, tem esta característica.

Não se pode olvidar, contudo, o caráter processual ao estabelecer prazos para concessão da progressão. Todavia, o que se destaca é o seu caráter essencialmente material ao disciplinar um direito aplicável ao condenado que tem conexão direta com seu direito à liberdade.

Tratar-se-ia, outrossim, de uma norma com caráter misto, ou 'norma processual penal material', na lição Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2006, p. 70), em que 'podem existir reflexos incontestes no campo do Direito Penal' (p. 71). Continua o autor, ao analisar o art. 2.º, do Código de Processo Penal, asseverando que 'a aplicação imediata da norma processual penal, ainda que mais rigorosa, é a regra, desde que não envolva questão de direito material ou o *status libertatis* do indivíduo' (p. 72).

No mesmo sentido professam Tourinho Filho – 'Às vezes, numa determinada norma podem coexistir "prevalentes caracteres de direito material". Quando isso ocorre, aplicam-se os princípios atinentes à temporalidade das normas processuais' (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22) – e Cézar Bitencourt – 'Em qualquer caso em que uma lei dita processual, posterior à prática do crime, determine a diminuição de garantias ou de direitos fundamentais ou implique qualquer forma de restrição da liberdade, não terá vigência o princípio *tempus regit actum*, aplicando-se, nessas hipóteses, a legislação vigente na época do

crime' (BITENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal* – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113) –, entre outros.

A garantia de legalidade, expressa pelo art. 5.º, II, da CF/88 (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei) está dentre o rol de direitos e garantias fundamentais e é base do Estado Democrático de Direito. E, como tal, a legalidade tem suas decorrências na esfera penal, garantias insculpidas no art. 5.º, XXXIX ('não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal') e XL ('a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu'), da Constituição da República, de modo que, na lição de Nilo Batista, 'a abrangência do princípio inclui a pena *cominada* pelo legislador, a pena *aplicada* pelo juiz e a pena *executada* pela administração, vedando-se que critérios de aplicação ou regimes de execução mais severos possam retroagir' (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 2002, p. 68).

Assim, 'a proibição de retroatividade das leis representa uma conquista irrenunciável do processo racionalizador dos sistemas jurídicos enquadrados nas matizes ideológicas do Estado de Direito e que encontrou acolhida no célebre postulado do Iluminismo Jurídico: *Nullum crimem nulla poena sine lege*, constituindo uma decorrencia básica e específica do princípio da segurança jurídica no sentido de que suas normas estabeleçam sempre consequências jurídicas *ex ante* e não *ex post facto*' (SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 2000, p. 154). Mais do que isso, continua o autor, a referida garantia é corolário do princípio da 'proteção da confiança de todos em que os limites da liberdade estejam marcados de antemão de um modo vinculante e possam ser lidos em qualquer momento nas leis' (p. 155).

Nilo Batista e Zaffaroni, ao abordarem a garantia da legalidade, afirmam que tal garantia tem duplo sentido: 'a) impedir que alguém seja apenado por um fato que na época de seu cometimento não era delito nem era punível ou perseguível;

b) proibir que seja aplicada a quem cometer um delito uma pena mais pesada que a legalmente prevista na época de seu cometimento. Porquanto este – e não outro – é o objeto da proscrição da lei *ex-post facto*, o princípio da irretroatividade da lei penal reconhece uma importante exceção: o efeito retroativo da lei penal mais benigna' (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *direito penal brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 213).

Definitiva, ainda, a lição de Juarez Cirinos dos Santos ao abordar a proibição de retroatividade de lei penal. Para o autor, tal proibição incide sobre a *norma de conduta* e sobre *a sanção penal*, de forma que 'no âmbito da *sanção penal* abrange as penas (e as medidas de segurança), os efeitos da condenação, as condições objetivas de punibilidade, as causas de extinção da punibilidade (especialmente, os prazos processuais), *os regimes de execução (incluindo os critérios de progressão e de regressão de regimes)* e todas as hipóteses de excarceração' (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2007, p. 21) – grifei.

Destarte, tem-se a proibição da retroatividade de lei mais gravosa como decorrência do princípio da legalidade, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Isto não pode ser (e não o é) diferente em sede de execução da pena, ápice da intervenção punitiva estatal: a jurisdicionalização da execução penal implica a consagração do processo de execução penal como um efetivo processo, permeado por todos os princípios que regem um processo penal democrático e garantista.

Desta forma, a proibição da retroatividade da lei penal mais gravosa, corolário do princípio da legalidade, é de observação e aplicação obrigatória quanto as regras que norteiam a execução da pena.

De mais a mais, agravar as condições para obtenção da progressão de regime, no curso da execução da pena, implica não apenas em agressão à legalidade no sentido da proibição da retroatividade, mas também ao princípio da certeza (ver FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoría del garantismo penal. Madri: Trotta, 1995, pp. 406 e ss.). Certeza da pena a ser cumprida que diz com a dignidade do

cidadão-condenado, que não pode ser surpreendido com alterações no curso do cumprimento da mesma.

A par destas considerações, tenho que a garantia constitucional não permite interpretação diversa. Ora, ao prever que "a *lei penal* não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", a Constituição não faz qualquer ressalva/restrição/diferenciação entre lei penal e material, de forma que não cabe ao intérprete o fazer. Resta, assim, vedada a retroação da lei penal mais gravosa, independentemente da sua natureza: esta a norma que se extrai da garantia constitucional.

Encontro eco deste entendimento na lição dos mesmos autores antes referidos, ao asseverarem que dois argumentos o sustentam (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 219), em suma: (a) 'Toda coerção processual penal é punitiva e a negação dessa sua natureza constitui uma perigosa confusão entre os planos normativo e fático, com o penoso efeito de ocultar a realidade e permitir a violação ilimitada do princípio de presunção da inocência'; e, (b) um fundamento 'exegético e histórico', ao se referir às Constituições anteriores (com exceção das Cartas de 1937 e 1967), pois 'todos os textos constitucionais brasileiros se valeram de uma fórmula sintética que mencionava a *forma* processual prevista em lei anterior', de modo que 'esse dado histórico auxilia o intérprete a não descartar, desde logo, a proposta de que a expressão "lei penal" (art. 5.º, XL CR) possa abranger também a lei processual penal'.

Portanto, porque norma penal, não pode retroagir quando mais gravosa ao apenado. E, no particular, desde meu ponto de vista, a Lei 11.464/2007 é efetivamente mais gravosa.

A Lei dos Crimes Hediondos vedava a progressão de regime a condenados pela prática de tais delitos (art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90).

Sobreveio decisão do Supremo Tribunal Federal que, no seu plenário, declarou inconstitucional tal dispositivo legal com efeito, na visão da Câmara, *erga omnes*. A questão restou enfrentada, com mais vagar, no agravo em execução 70014441281 (j. 19.04.2006).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao firmar tal entendimento, inegavelmente quis dar efeito *erga omnes* à decisão prolatada no bojo do controle difuso de constitucionalidade, de modo que o dispositivo legal não mais subsiste no sistema – o único limite imposto foi a hipótese de penas já extintas.

Recentemente foi editada a Lei 11.464/2007 (de 29.03.2007, publicado no *DOU* de 29.03.2007) que alterou o § 1.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90, para permitir a progressão de regime a condenados por crimes hediondos – 'A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado' –, porém estabelecendo requisito temporal diverso – '§ 2.º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente'.

Este, em suma, o panorama: com a decisão do STF, a vedação da progressão de regime foi extirpada do sistema; logo, o condenado pela prática de delito hediondo deve(ria) cumprir 1/6 da pena e ostentar bom comportamento carcerário (art. 112, da LEP); agora, com a Lei 11.464/2007, o condenado pela prática de tais delitos deve, além de ostentar bom comportamento carcerário, cumprir 2/5 da pena, se primário, e 3/5, se reincidente.

Ora, a alteração promovida pela referida Lei acabou por tonar mais rigoroso o requisito objetivo (temporal), com a ampliação dos prazos para progressão de regime – repito: de 1/6 para 2/5 ou 3/5.

Assim, a teor do que dispõe a garantia constitucional (art. 5.º, XL da CF/88), vedada está a retroatividade de lei penal mais gravosa!

No específico, colaciono decisões do Supremo Tribunal Federal em que se firmou entendimento no sentido da irretroatividade da lei mais gravosa, ambos referentes à alterações promovidas pela Lei dos Crimes Hediondos em matéria atinente a execução penal:

'Crimes hediondos. Reincidência específica impeditiva do livramento condicional. Inciso V inserido no art. 83 do CP pelo art. 5.º da Lei 8.072/90. Irretroatividade da

lei penal mais gravosa. Art. 5.º, XL da CF/88. Não-incidência do dispositivo quando o primeiro crime foi cometido antes do advento da Lei 8.072/90, em face do princípio constitucional em referência.' (RE 304.385, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.10.2001, DJ *22.02.2002)*

'Aos fatos verificados anteriormente a sua vigência, não se aplica o disposto no § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão do regime penal, quanto aos crimes hediondos. Pedido deferido, para imediata progressão ao regime semi-aberto.' (HC 72.639, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 23.05.1995, DJ *15.09.1995)*

Portanto, ao impor requisitos mais severos à progressão de regime, a Lei 11.464/2007 não pode retroagir – encontra óbice na legalidade –, *somente tendo aplicabilidade a fatos praticados após sua vigência* (*DOU* 29.03.2007 – edição extra).

Pois bem.

Em se tratando de crimes hediondos, a discussão quanto a possibilidade ou não da progressão de regime restou suplantada com a recente alteração promovida pela Lei 11.464/2007 – aqui, por mais benéfica, retroage.

Por outro lado, o fato foi praticado em 27.01.1999, daí porque inaplicáveis os novos prazos estabelecidos pela lei em comento – como dito, por mais gravosa, não retroage.

Ademais, o apenado implementou os requistos exigidos pela legalidade (art. 112, da LEP): já cumpriu mais de 1/6 da pena (fl. 12) e ostenta conduta carcerária plenamente satisfatória (fl. 38).

Sendo estes os requisitos legais, a submissão do apenado a avaliações psicológicas ou a negativa de direitos com este fundamento não se sustenta: agressão à legalidade em prejuízo do cidadão.

Nada, portanto, a reparar na decisão guerreada, porquanto bem concedida a progressão de regime carcerário.

Com estas considerações, nega-se provimento ao recurso ministerial" (TJRS, 5ª Câm. Crim., Ag 70019189042, rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 16.05.2007).

3.6 Regressão de regime. Necessidade de audiência pessoal do apenado.

Execução penal. Regime de cumprimento da pena. Regressão. Audiência prévia do apenado. Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido – "O Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que, para que seja determinada a regressão do regime de cumprimento da pena, é indispensável audiência pessoal do apenado pelo Juízo da Execução, de modo que a simples defesa técnica não satisfaz a exigência da oitiva prévia do condenado" (5ª T., REsp 556.595/DF, rel. Arnaldo Esteves Lima, j. 14.02.2007, p. 676 – ementa não oficial).

3.7 Trabalho externo. Requisitos.

Habeas corpus. Execução penal. Pedido de saída temporária. S
cia do período pretendido para a soltura do paciente. Pleito prejud
semi-aberto. Trabalho externo. Independentemente do cumpri
pena. Condições pessoais favoráveis. Precedentes do STJ.
a concessão do trabalho externo a condenado
pendentemente do cumprimento de 1/6 d
pessoais favoráveis verificadas, no caso
Penais. Precedentes do STJ. 3. Cum
sitos subjetivos, para a concessão
análise na via estreita do habe
ção probatória. 4. Habeas c
concedida parcialmente
requisito objetivo (cu
Juízo das Execuções
concessão do ben
73.584/RS, rel.
36A RBCCRIM

4. Estatuto da criança e do adolescente (Lei 8.069/90)

4.1 Desistência da produção de provas em razão de confissão. Impossibilidade.

Habeas corpus. *Estatuto da criança e do adolescente – ECA. Ato infracional equiparado ao crime de roubo circunstanciado. Confissão pelo menor na audiência de apresentação. Desistência de produção de outras provas pelas partes. Homologação. Internação. Cerceamento de defesa. Violação do princípio do devido processo legal. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida de ofício. Pedido de aplicação de medida socioeducativa mais branda julgado prejudicado* – "1. Verificada a violação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, ante a homologação da desistência manifestada pelas partes de produzirem provas por ocasião da audiência de apresentação, com a aplicação da medida socioeducativa de internação, antes mesmo de iniciada a fase instrutória, com base apenas na confissão do menor, deve ser concedida a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2.º, do CPP. 2. Anulado o processo desde a decisão que julgou procedente a representação oferecida contra o paciente, resta prejudicada a análise do pedido de que seja aplicada medida socioeducativa mais branda. 3. *Habeas corpus* concedido de ofício para anular a decisão que julgou procedente a representação oferecida contra o paciente, a fim de que seja realizada prévia instrução probatória, determinando-se ao adolescente que aguarde a conclusão do processo em liberdade assistida (CPP, art. 654, § 2.º). *Habeas corpus* julgado prejudicado" (STJ, 5ª T., HC 45.469/SP, rel. Arnaldo Esteves Lima, j. 13.02.2007, *DJU* 12.03.2007, p. 265).