

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

10

Madrid/Espanha

2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. ROMULDO RHEMO PALITOT BRAGA

PROF. DR. AMPARO MARTÍNEZ GUERRA



Direito Penal
Criminologia
Seguridade Pública



III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

10

Madrid/Espanha
2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. ROMULDO RHEMO PALITOT BRAGA

PROF. DR. AMPARO MARTÍNEZ GUERRA

Direito Penal
Criminologia
Seguridade Pública



UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID



Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

DIRETORIA – CONPEDI

Presidente: Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul: Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior – UFRGS

Vice-presidente Sudeste: Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste: Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu – UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo: Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto: Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

CONSELHO FISCAL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA (suplente)

Representante Discente: Mestrando Caio Augusto Souza Lara – UFMG (titular)

SECRETARIAS

Diretor de Informática: Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais: Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional: Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica: Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos: Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional: Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Madrid, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid
[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Romulo Rhemo Palitot Braga, Amparo Martínez Guerra. – Madrid :
Ediciones Laborum, 2015.

V. 10

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-84-92602-98-8

Depósito legal : MU 1210-2015

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito penal. 3. Criminologia. 4. Segurança pública. I. Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid/Espanha.

CDU: 34

APRESENTAÇÃO

Durante los días 7 a 9 de septiembre de 2015, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, en Madrid (España), sobre el tema “Participación, Democracia y Ciudadanía en la Perspectiva del Derecho Iberoamericano”.

La celebración del Encuentro de Madrid, se gestó durante el I Encuentro Internacional en la Universidad de Barcelona, coordinado por el Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UB.

Para la preparación del evento se nombraron dos coordinadores, por parte española, el Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM, y por parte brasileña, la Profa. Dra. Clerilei A. Bier, del Departamento Administração Empresarial - Esag/Udesc.

Una vez recibido el beneplácito de las autoridades académicas de la UCM se procedió a nombrar un Comité organizar compuesto por:

Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera

Decano de la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.

Dra. Cristina Amunategui Rodríguez

Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.

Dra. Carmen Otero García Castrillón

Vicedecana de Posgrado y Titulos Propios. Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Dra. Rosario Cristóbal Roncero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dra. Francisca Moreno Romero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como es normal en estos eventos internacionales, los trabajos preparatorios fueron muy intenso tanto en Brasil como en España, donde colaboraron tanto el equipo de CONPEDI, como el equipo de colaboradores de la Profa. Bier.

La respuesta de los profesores doctores brasileños fue excelente, presentado más de 400 trabajos para su evaluación. Igualmente la respuesta de los profesores de la

Facultad de Derecho fue bastante razonable (alrededor de 50) teniendo en cuenta que las fechas elegidas eran tiempo no lectivo y que muchos profesores disfrutaban de sus vacaciones veraniegas.

También la crisis económica que se instalaba en Brasil, dificultó que muchos ponentes se trasladaran a Madrid. No obstante la participación fue bastante numerosa, 300 profesores brasileños y españoles de todas las ramas del Derecho se reunían en Facultad de Derecho de la UCM para exponer y discutir sobre los temas de mayor actualidad y relevancia jurídica y social! TODO UN ÉXITO!!.

Llegaba el día señalado. El Acto solemne de inauguración se celebró el día 7 de septiembre a las 18,00, se realizó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y al mismo asistieron 300 profesores, el Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España, Dr. Javier San Martín, la representación de la Embajada de Brasil en España, la Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Gabinete del Rector de la UCM, Dra. Isabel Fernández Torres, así como todos los Presidentes de las distintas mesas de trabajo.

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

Prof. Dr. Carlos Andradás Heranz

Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.

Catedrático de Direito del trabajo y de la seguridade social da Universidade Complutense de Madrid.

Dr. Rafael Catalá

Ministro da Justiça da Espanha.

Prof. Dra. Carmen Otero Garcia- Castrillón

Vice-Decana Relaciones Internacionales e Interinstitucionales de la Facultad de Derecho – UCM.

Prof. Dr. Raymunto Juliano Rego Feitosa

Professor Adjunto Direito Tributario.

Presidente do CONPEDI.

Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM
Coordinador Espanhol do Encontro.*

Tras las interesantes intervenciones de todos los participantes, se procedió a impartir la lección magistral inaugural a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional de España, Dr. Francisco Pérez de los Cobos, que versó sobre “Los límites del control de constitucionalidad”.

Al finalizar, se procedió a entregar las placas de agradecimiento a los miembros del Comité organizador y al Coordinado español, Prof. Jose Luis Tortuero. Finalizando el acto con la llegada de la Tuna de la Facultad de Derecho para tocar y cantar el himno universitario por excelencia el “gaudeamus igitur”

Terminado el acto inaugural todos los participantes asistieron a un excelente cocktail en los jardines de la Facultad de Derecho, propiciándose un tiempo ideal para compartir y saludarse.

El martes, día 8, se celebraron los talleres de exposición y debate de las ponencias. Fueron siete talleres que durante todo el día (des las 9 h. hasta las 19 o 20 h.) profesores brasileños y españoles reflexionaron sobre los temas investigación de mayor actualidad en todas las Áreas jurídicas. Cada Taller inicio su andadura con la conferencia de un profesor español especializado en cada tema y de renombrado prestigio. La valoración final fue el alto nivel de los trabajos presentados y de los debates... TODO UN ÉXITO.

El encuentro finalizo el día 9 en el Congreso de los Diputados, donde al finalizar la interesante visita institucional y las fotos de recuerdo, nos reunimos en la Sala de Columnas para proceder a la Clausura del Encuentro. Las palabras de clausura correspondieron al Presidente de CONPEDI, Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, y al coordinador español, Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza. La excelente conferencia de clausura corrió a cargo del Dr. Julio V. González García, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, sobre el tema “Globalización, Democracia y Parlamento”.

El III Encuentro Internacional CONPEDI fue todo un éxito y recibió el apoyo y reconocimiento de todas las instituciones vinculadas al mundo jurídico, desde la academia, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Parlamento español. También participo la Embajada de Brasil en España. En definitiva nuestro Congreso y nuestro trabajo investigador tuvieron en España una extraordinaria relevancia.

Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UCM.

Profa . Dra. Clerilei A. Bier

Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.

Prof. Dr. Orides Mezzaroba

Secretário Executivo do CONPEDI.

SUMÁRIO

A Interface entre a Mediação e a Justiça Restaurativa <i>Gustavo Rabay Guerra e Tássio Túlio Braz Bezerra</i>	8
A Prescrição Penal após o Advento da Lei nº 12.234/10, e sua Relação com os Deveres de Proteção Estatal <i>Anelise Coelho Nunes e Mateus Marques Conceição</i>	28
A Tutela Penal como Instrumento de Dignidade Ambiental na Perspectiva do Direito Iberoamericano <i>Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Beatriz Souza Costa</i>	52
Da Psicanálise à Neurociência: Do Fim ao Fim da Culpabilidade na Doutrina Ibérica – Uma Visão Crítica <i>Sebastián Borges de Albuquerque Mello</i>	73
Direito Penal do Inimigo X Direito Penal do Cidadão <i>Déa Carla Pereira Nery</i>	101
Falsos Bens Jurídicos e Política Criminal de Drogas: Uma Aproximação Crítica <i>Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila</i>	132
Instituição da Suspensão Condicional do Processo nos Casos de Violência Doméstica Contra a Mulher a partir da Alteração da Lei Maria da Penha: Por uma Alternativa Menos Rigorosa Baseada na Conciliação para Enfrentar esse Mal <i>Márcia Haydée Porto de Carvalho</i>	156
La Intervención del Derecho Penal en los Fenómenos Migratorios <i>Thamara Duarte Cunha Medeiros</i>	173
Mulher e Execução da Pena: Instrumento de Exclusão Social e Construção de uma Cidadania de Segunda Classe <i>Josep Pont Vidal e Daiane Lima dos Santos</i>	193

Os Postulados do Liberalismo e a Crise do Poder de Punir do Estado <i>Cristina S. Alves Lourenço</i>	220
Pena Privativa de Liberdade com Tratamento Psiquiátrico e Psicológico para Abusadores <i>Mirza Maria Pedrosa Porto de Mendonça</i>	238
Pressupostos Teóricos para o Estudo de Política Criminal: Propostas para uma Análise Tipológica <i>André Luís Callegari e Clara Moura Masiero</i>	257
Sistemática Penal e Limites das Propostas Funcionalistas (Ponderações sobre Garantias, Cidadania e Direitos Humanos) <i>Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato e Rômulo Rhemo Palitot Braga</i> ...	273
<i>Societas Deliquere Potest</i> e os Delitos Ambientais à Luz das Jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça <i>Jardel de Freitas Soares</i>	287
Testamento Vital: Os Limites e Consequências Jurídico-Penais do Exercício da Autonomia em Face das Diretivas Antecipadas de Vontade <i>Maria Auxiliadora Minahim e Daniela Portugal</i>	316

A INTERFACE ENTRE A MEDIAÇÃO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

GUSTAVO RABAY GUERRA

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Internacional da Paraíba (Laureate Universities). <http://lattes.cnpq.br/1413586137469042>.

TÁSSIO TÚLIO BRAZ BEZERRA

Doutorando em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direitos Humanos, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Professor Mestre do Curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau em João Pessoa. <http://lattes.cnpq.br/0906625957179026>.

Resumo

O presente trabalho parte da constatação da falência do paradigma dominante do sistema penal, de modelo retributivo, apontando para a emergência da justiça restaurativa como um novo paradigma da justiça criminal, a partir da mudança de foco sobre o infrator e do resgate do papel da vítima nas situações de conflito na órbita penal.

Nesse sentido, a partir do emprego da mediação como prática restaurativa e da identificação de divergências teóricas acerca da relação existente entre a justiça restaurativa e a mediação, este artigo tem como intuito investigar qual a interface existente entre a mediação e a justiça restaurativa no Brasil. Para tanto, parte-se da hipótese de que a mediação e a justiça restaurativa são institutos com origens e trajetórias distintas que em alguns momentos têm destinos comuns, apresentando uma relação de interseção quando a mediação é utilizada no âmbito penal como prática restaurativa.

Assim, a pesquisa tem como objetivo principal analisar os encontros e desencontros entre a mediação e a justiça restaurativa na prática brasileira. Nessa perspectiva, pretende-se fazer uso de uma abordagem comparativa na análise dos institutos, de modo a identificar suas origens e trajetórias.

Palavras-chave

Justiça Criminal; Mediação; Justiça Restaurativa.

Abstract

The present work starts stating the failure of the dominant paradigm of the penal system, retributive model, pointing to the emergence of restorative justice as a new paradigm of criminal justice, from the change in focus about the offender and in the rescue of victim's role of conflict situations in the criminal orbit.

In this sense, from the employment of mediation as restorative practice and identification of theoretical disagreements about the relationship between restorative justice and mediation, this article has the intention to investigate the existing interface between mediation and restorative justice in Brazil. Therefore, we start from the assumption that mediation and restorative justice are institutes with different origins and trajectories that at some moments have common destinations, presenting an intersection relationship when mediation is used in criminal matters as restorative practice.

Thus, the research has as main aim to analyze similarities and differences between mediation and restorative justice in the Brazilian practice. From this perspective, we intend to make use of a comparative approach in the analysis of the institutes, to identify their origins and trajectories.

Key words

Criminal Justice; Mediation; Restorative Justice.

1. Introdução

As sociedades contemporâneas vivenciam o desafio de um mundo paradoxalmente cada vez mais conhecido e estranho, simultaneamente, próximo e distante. A mesma globalização¹ que aproximou e tornou o mundo conhecido, por meio dos avanços tecnológicos dos meios de comunicação e transporte, deu ensejo a uma sociedade fragmentada, na qual nunca o conceito de indivíduo fez tanto sentido. Como acentua Hobsbawn, a tensão existente entre globalização e a incapacidade das instituições públicas e do comportamento coletivo dos indivíduos de se acomodarem a ele constituem o ponto nevrálgico do novo século (HOBSBAWN, 1995, p. 24).

Apesar do avanço dos direitos humanos no plano internacional e dos Estados nacionais, ainda hoje nos defrontamos com um discurso sobre a dignidade da pessoa humana vazio de sentido para o sujeito concreto.

1 Entendemos como globalização o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista (SANTOS, M., 2003, p. 23). Conceito também compartilhado por Boaventura de Sousa Santos (2006, p. 21) para quem “a globalização em sua forma hegemônica nada mais é do que neoliberalismo globalizado”.

O mundo contemporâneo testemunha um drástico aumento da criminalidade, acompanhado por um sentido de insegurança da sociedade e de impotência do Estado. Percepções essas que são estimuladas – quando não supervalorizadas – pelos meios de comunicação no conhecido espetáculo midiático da violência.

A propaganda da violência reforça um ambiente de insegurança social que tem levado à equivocada percepção que o aumento das penas privativas de liberdade pode solucionar o problema, na suposta crença de que o remédio cujos efeitos colaterais estão adoecendo o corpo pode melhorá-lo caso sua dose seja aumentada. Em sentido contrário, tem-se apontado para a possibilidade de mudanças no sistema penal de modo a incorporá-lo de outros elementos e perspectivas. É nesse debate que se inserem as experiências em torno da justiça restaurativa.

Na contramão das demandas sociais, o sistema de justiça convencional, de modelo retributivo, tem cada vez mais demonstrado sua falência na missão de coibir a criminalidade e garantir a pacificação social. Resta evidente a falha do paradigma dominante do sistema penal em efetivar punição adequada aos criminosos e de ressocializar² os apenados.

É nesse contexto que surge o interesse internacional pelas práticas restaurativas as quais se manifestam como possibilidade de um novo paradigma para o sistema criminal, a partir da mudança de foco sobre o infrator e do resgate do papel da vítima nas situações de conflito na órbita penal.

No âmbito nacional, as práticas restaurativas se iniciaram a partir de projetos pioneiros, desenvolvidos a partir do ano de 2005, nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e no Distrito Federal. Atualmente, a práticas restaurativas tem recebido significativo impulso, a partir do estímulo dado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, conforme será possível verificar no decorrer do trabalho.

Nesse sentido, a partir da constatação que um dos instrumentos mais utilizados para a realização de práticas restaurativas é a mediação de conflitos – mais especificamente a chamada mediação vítima-ofensor – este artigo tem como intuito investigar qual a interface existente entre a mediação e a justiça restaurativa no Brasil. Para tanto, parte-se da hipótese segundo a qual a mediação e a justiça restaurativa são institutos com origens e trajetórias distintas que em alguns momentos têm destinos comuns, apresentando uma relação de interseção quando a mediação é utilizada no âmbito penal como prática restaurativa.

2 Interessante destacar que o termo de ressocialização parte do pressuposto do resgate de uma socialização anteriormente existente e posteriormente corrompida. Essa equivocada percepção aponta para a ingênua crença de que os infratores seriam indivíduos que se tornaram socialmente inaptos e que necessitam ser novamente socializados pelo sistema penal.

Assim, a pesquisa tem como objetivo principal analisar os encontros e desencontros entre a mediação e a justiça restaurativa no Brasil. Nessa perspectiva, pretende-se fazer uso de uma investigação histórica e uma abordagem comparativa na análise dos institutos, de modo a identificar suas origens e trajetórias, para assim possibilitar melhores percepções sobre a convergência ou linguagem comum dos dois campos de investigação e prática.

Desse modo, iniciaremos o trabalho pela definição do que se entende por justiça restaurativa, para em seguida debater os conceitos ligados à mediação no âmbito penal e suas possibilidades jurídicas no Brasil, para, por fim, analisar a interface existente entre a mediação de conflitos e a justiça restaurativa.

2. O Que se Entende por Justiça Restaurativa

A justiça restaurativa tem origem em algumas práticas de justiça comunitária encontradas na cultura *maori* na Nova Zelândia e em alguns povos primitivos da América do Norte (PINTO, 2005, p. 23; FROESTAD; SHEARING, 2005, p. 82). Hodiernamente, acompanha-se um processo de ressurgimento do interesse internacional sobre a justiça restaurativa, a partir do resgate e remodelamento contemporâneo de suas práticas.

No entanto, compete destacar que foi a Nova Zelândia o país que mais longe chegou na implantação da justiça restaurativa, inclusive possuindo legislação nacional e obrigatória de um sistema de justiça restaurativa (MORRIS, 2005), acompanhada de larga produção teórica³.

Compete salientar que as experiências desse campo no Brasil tiveram seu surgimento atrelado ao conhecimento das práticas restaurativas em solo neozelandês, o que propiciou o surgimento de projetos piloto em solo nacional, culminando com a consolidação de algumas experiências concretas (informação verbal)⁴, a exemplo do projeto de justiça restaurativa realizado no Núcleo Bandeira no Distrito Federal, sob a direção do magistrado Asiel Henrique de Sousa.

Inicialmente, dentro dos limites do presente trabalho, impõe-se ao debate esclarecer, sem maiores aprofundamentos, o que se entende por justiça restaurativa: a análise preliminar da expressão justiça restaurativa nos remete à ideia de restauração. Um vocábulo que aponta para a reconstituição/reparação de algo desgastado. A restauração é um conceito comumente empregado pela historiografia para descrever processos nos quais há o restabelecimento de um dado regime político após sua queda⁵.

3 Importa ressaltar que as experiências pioneiras da justiça restaurativa no Brasil surgiram a partir do contato realizado por juristas brasileiros com as práticas restaurativas na Nova Zelândia e o posterior desenvolvimento em solo brasileiro de projetos-piloto.

4 Informação fornecida pelo Juiz Asiel Henrique de Sousa no II Simpósio Paraibano de Justiça Restaurativa, em João Pessoa-PB, em 8 de novembro de 2013.

5 Podemos citar como exemplo a restauração da monarquia francesa após a queda de Napoleão em 1814.

Conceber visão apressada do quanto até aqui dito poderia apontar para uma perspectiva conservadora do conceito de justiça restaurativa. Dessa perspectiva se faz necessário apontar o que seria a justiça restaurativa e o que ela busca restaurar.

Iniciando pela abordagem conceitual, fazendo uso das palavras de Rento Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 20), pode-se dizer que:

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Demais disso, podemos afirmar que a Justiça Restaurativa se refere a um processo voluntário, geralmente informal, desenvolvido preferencialmente em espaços comunitários, sem a solenidade do espaço judicial, no qual intervém um ou mais mediadores ou facilitadores, podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, buscando um acordo que possa suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e promover a reintegração social entre vítima e infrator (PINTO, 2005, p. 20).

Apesar da justiça restaurativa se caracterizar por uma recente mudança de abordagem da política criminal, já existe um significativo interesse por suas práticas na comunidade internacional, inclusive em documentos firmados no âmbito da Organização das Nações Unidas - ONU, conforme se pode verificar da Resolução 12/2002 do Conselho Econômico e Social da ONU, o qual aponta para diversos enunciados:

Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos

Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).

Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor. (destaques nossos).

Com isso, podemos afirmar a existência de uma multiplicidade de práticas restaurativas entre os diferentes países e dentro de cada país. De um modo geral se pode

indicar como formas contemporâneas mais debatidas de justiça restaurativa a mediação vítima-ofensor, os encontros restaurativos com grupos familiares, os círculos de emissão de sentença, a conferências, os círculos de pacificação, entre outros (AZEVEDO, 2005; FROESTAD; SHEARING, 2005).

Relevante dizer que a justiça restaurativa guarda significativas diferenças de percepção do fenômeno da criminalidade em comparação com o modelo de justiça convencional, dito retributivo. A primeira enxerga o crime em uma abordagem realista, como um ato que traumatiza a vítima causando-lhe danos, a partir de uma abordagem multidisciplinar. O segundo entente o crime a partir do conceito jurídico-normativo de um ato contra a sociedade representado pelo Estado, numa visão unidisciplinar (GOMES PINTO, 2005, p. 25). Dessa forma, a inserção da justiça restaurativa como novo paradigma da política criminal pretende retirar do sistema penal o foco na punição ao infrator, em seu lugar adotando como perspectiva o atendimento das necessidades das partes envolvidas e da comunidade.

A vítima, que na justiça convencional tem seu papel reduzido à função de testemunha, é resgatada na justiça restaurativa ocupando um lugar de participação central no processo, possuindo voz ativa. Por sua vez, o infrator emerge de seu papel de objeto passivo na justiça convencional e atua de modo ativo e diretamente na justiça restaurativa, interage com a vítima e a comunidade, tomando consciência das consequências de seus atos e responsabilizando-se pelos danos causados (GOMES PINTO, 2005, p. 26-27).

Importa esclarecer que a valorização do papel da vítima em nada guarda semelhança com um suposto retorno ao período da vingança privada. Ademais, é equivocado imaginar que “[...] antes do advento do período da Vingança Divina e Pública só havia uma justiça privada bestial.” (GOMES PINTO, 2005, p. 28).

Compete ainda apontar que uma maior participação da sociedade civil na resolução dos conflitos tem sido uma demanda do próprio judiciário, de modo a reduzir custos dos sistemas de controle social (SCURO NETO, 2005, p. 228).

Nessa perspectiva, podem ser apontados como alguns dos objetivos da justiça restaurativa, segundo afirmações de Alisson Moris (2005, p. 441): (i) restituir à vítima a segurança, o auto-respeito, a dignidade e o senso de controle; (ii) restituir aos infratores a responsabilidade por seu crime e suas consequências, restaurar o sentimento de que eles podem corrigir o que fizeram e reestabelecer a crença de o processo e os resultados foram justos; e (iii) encorajar o respeito e sensibilidade pelas diferenças culturais.

Da análise dos objetivos apontados, podemos inferir as promessas da justiça restaurativa, bem como o que se pretende restaurar, inclusive o que se entende por restauratividade. Dito isso, compete mencionar que uma das principais críticas à justiça restaurativa é que ela fracassa em restaurar vítimas e infratores. Importa fazer o registro de que diversas pesquisas

empíricas apontam para o elevado grau de satisfação das vítimas em acordos restaurativos, demonstrando baixos níveis de medo e obtendo uma boa compreensão sobre o que lhes ocorreu. De outro lado, importa ressaltar o elevado grau de envolvimento de jovens infratores que participaram de encontros restaurativos na Nova Zelândia, cujos estudos apontaram que mais de dois terços puderam dizer o que queriam, mais de 80% entenderam a decisão, mais de dois terços concordaram com a decisão (MORRIS, 2005, p. 441).

Ademais, é importante ressaltar que a justiça restaurativa não se coloca como solução mágica para todos os problemas na seara criminal até porque ela trata a questão da violência apenas no plano intersubjetivo, não tendo meios para intervir na violência simbólica, estrutural, institucional, dentre outras.

Assim, por mais inclusivo e participativo que possa ser um processo restaurativo, ele não tem como desfazer os anos de marginalização e exclusão social experimentados por tantos infratores (MORRIS, 2005, p. 441). Não é um único encontro restaurativo que propiciará a transformação do sujeito e sua emersão de uma realidade de desigualdade social, preconceito e segregação. Além disso, a restauração também requer uma aceitação por parte da comunidade de que o infrator tentou corrigir seus erros e precisa ser acolhido e apoiado, inclusive por meio de programas sociais específicos, a exemplo de capacitação profissional e tratamento para dependência química. Na perspectiva da vítima o resultado restaurativo também demanda iniciativa de suporte e reparação, a exemplo de ajuda financeira e acompanhamento psicológico.

Nesse sentido, não se pode por na conta da justiça restaurativa a persecução de objetivos dos quais ela não é responsável, mas que influenciam diretamente no êxito das práticas restaurativas.

Ultrapassada uma rápida conceituação do que seria a justiça restaurativa, adentraremos na análise da mediação enquanto prática restaurativa.

3. A Mediação como Prática Restaurativa

Ao tratarmos da relação existente entre a mediação e a justiça restaurativa é importante destacar que desde o princípio muitos dos primeiros programas de justiça restaurativa a que se tem notícia⁶ fizeram uso da mediação como instrumento de prática restaurativa.

Nesse sentido, percebe-se contemporaneamente uma relação umbilical, e muitas vezes confusa, entre aquilo que seria a justiça restaurativa e sua interface com a mediação de conflitos.

⁶ Segundo FROESTAD e SHEARING (2005, p. 81) o primeiro programa de reconciliação vítima-infrator foi estabelecido em 1974, em Kitchener, Ontario, pela comunidade Mennonite, e fazia uso da mediação como prática restaurativa.

Assim, faz-se necessário também esclarecer o que é a mediação de conflitos e como se realiza sua prática no âmbito penal.

3.1. O que Entendemos por Mediação

Apesar da existência de uma multiplicidade de modelos teóricos adotados para as práticas da mediação, os quais apontam para o reconhecimento de distintos conceitos, partimos do entendimento de que a mediação, de uma maneira geral, guarda diversas características comuns. Assim, pretende-se apresentar o conceito de mediação e seus principais desdobramentos teóricos no Brasil, para em seguida adentrarmos nas especificidades da mediação no campo penal.

O termo mediação se origina do latim *mediare* tendo por significação repartir em duas partes iguais ou dividir ao meio (VELOSO, 2009, p. 67). No entanto, a análise etimológica da palavra está longe de ser suficiente para definir o que por ela se entende. Consequentemente, ao adentrar no debate mais específico sobre a mediação, compete fazer rápida menção sobre os principais modelos teóricos existentes.

A mediação, em seu modelo tradicional, se caracteriza pela intervenção de um terceiro no conflito que funciona como facilitador do diálogo entre as partes, não podendo o mediador propor nenhum acordo, haja vista que este – quando obtido – deve ser fruto do mútuo entendimento entre os participantes. Nas palavras de Lilia Maia de Moraes Sales:

A mediação é um mecanismo consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução dos conflitos pelas próprias partes, as quais, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória, sendo o mediador a pessoa que auxilia na construção do diálogo (2010, p. 1).

É importante ressaltar, apenas a título de demonstrar sua experiência, que a mediação tem uma longa e variada história que perpassa as culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e diversas culturas indígenas. Desde os tempos bíblicos, comunidades judaicas utilizavam da mediação, que era praticada tanto por lideranças religiosas quanto políticas, para dirimir conflitos das mais diversas matizes. Posteriormente, tais práticas foram incorporadas pelas comunidades cristãs emergentes que perceberam Jesus Cristo como mediador entre Deus e os homens, papel este assumido em sequência pelo clero, o que tornou a Igreja Católica na Europa Ocidental na principal organização de mediação e administração de conflitos no mundo Ocidental, apenas para citarmos exemplos da comunidade judaico-cristã (MOORE, 1998, p. 32).

Deve-se recordar que o monismo jurídico estatal é bastante recente no mundo ocidental, constituindo-se em um fenômeno contingente da modernidade, e que a resolução privada dos conflitos sempre se constituiu a regra ao longo da história.

Nesse sentido, não se deve conceber a ideia de alternatividade dos métodos alternativos como expressão latente de um método subalterno (SANTOS, B., 2006, p. 107) àquele que poderíamos designar como supostamente normal e hegemônico, a jurisdição estatal.

Apesar do conceito mais tradicional de mediação acima referido, podem ser encontrados na literatura especializada os mais diversos modelos teóricos. Por sua vez, seguindo classificação mencionada por Braga Neto e Sampaio (2007, p. 25) – e mais largamente aceita –, podemos afirmar que existem três principais propostas: (a) o modelo tradicional – da Escola de Havard – centrada na satisfação das partes para obtenção do acordo; (b) o modelo transformativo – desenvolvido por Bush e Folger – que tem como foco a transformação do sentido que as pessoas dão ao conflito, de modo a que possa constituir como possibilidade de crescimento; e (c) o modelo circular-narrativo – criado por Sara Cobb e Marinés Soares – que se fundamenta na comunicação e na causalidade circular, também focado no acordo, porém preocupado com os vínculos e a questão reflexiva entre as partes.

No Brasil, tais modelos teóricos, que se revestem de um conjunto de técnicas próprias, foram importados sem muito rigor. Por sua vez, consistindo a mediação em um saber prático, a utilização de tais métodos, especialmente em comunidades de elevado grau de precarização, fez surgir aquilo que poderia se chamar de uma mediação à brasileira (BEZERRA, 2014, p. 53).

Nesse sentido, a mediação em terra *brasilis* pode ser agrupada em duas grandes abordagens, que muitas vezes, na prática, são empregadas ora conjunta, ora separadamente. A primeira delas é a mediação em seu modelo tradicional, também chamado acordista, estruturada segundo o modelo americano, focado na questão comunicacional com vista à obtenção de um acordo, muito utilizado no âmbito judicial; o segundo modelo, bastante usado em práticas comunitárias, é a mediação transformadora que tem por fim não a busca de um acordo, mas o restabelecimento de laços e afetos desfeitos e a ressignificação do conflito, enquanto oportunidade de transformação das próprias e de sua percepção sobre o conflito (BEZERRA, 2014, p. 53/54).

Importa destacar que a mediação acordista tem como norte um processo de resolução, enquanto que a mediação transformadora tem como proposta um processo de transformação (BEZERRA, 2014, p. 54).

O processo de resolução é focado na discussão do conteúdo do conflito, buscando encerrá-lo, tendo como propósito encontrar um acordo para um problema atual, a partir do conflito imediato, num horizonte de curto prazo. Por sua vez, o processo de

transformação avalia como pôr fim a algo destrutivo e construir algo desejável, tendo como propósito promover processos de mudança construtivos e inclusivos voltado para as relações, não se limitando a soluções imediatas, pautado num horizonte de mudanças de médio e longo prazo, enxergando o conflito como uma dinâmica necessária para uma mudança construtiva (SALES, 2010, p. 1).

Importa destacar, como afirma Azevedo (2005, 143), que existem diferentes potenciais restaurativos entre as diferentes práticas de mediação. Nesse sentido, apontamos para a mediação transformadora como o modelo teórico que no Brasil apresenta maior possibilidade de restauração das relações entre as partes em conflito, inclusive no campo penal.

Feitas as devidas considerações, compete afirmar que é do modelo de mediação transformadora que passamos a discorrer e que será tomado como referência para o presente trabalho. Desse modo, é do bom alvitre iniciar a discussão a partir da conceituação, mesmo que provisória, do tipo de mediação de que estamos a falar, que segundo as palavras de Luis Alberto Warat (1998, p. 5) é:

[...] uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo.

Nesse sentido, a melhor forma de compreender a proposta waratiana de uma mediação transformadora é a partir da percepção da centralidade da teoria do conflito em sua elaboração.

3.2. A Distinção entre Conflito e Violência

Inicialmente, faz-se imperioso realizar a distinção entre os conceitos de conflito e violência, a fim de desmistificar a conotação essencialmente negativa atribuída ao primeiro. Assim, partindo de uma análise etimológica, conforme nos afirma Cappi (2009, p. 28), a palavra conflito deriva do latim *conflictus*, particípio passado do verbo *confligere*, por sua vez composto do prefixo “con” – que significa junto – e “*fligere*” que significa colidir, chocar-se, trombar.

Nesse sentido, podemos conceituar o conflito como o conjunto de condições psicológicas, sociais e culturais que determinam um choque de atitudes e interesses nas relações existentes entre as pessoas (WARAT, 2004).

Os conflitos decorrem de duas características intrinsecamente humanas – tanto no plano individual, quanto coletivo – a primeira dela é a diferença, a segunda é a mudança.

Temos desentendimento porque somos diferentes uns dos outros e estamos em constante processo de mudança. Assim, os conflitos devem ser entendidos como manifestações inerentes ao ser humano e à sociedade de uma maneira geral. Os conflitos decorrem tanto de nossas incongruências internas, quanto de nossas relações com os outros (BEZERRA, 2014, p. 55).

Em verdade, falta ao direito uma teoria do conflito que o apresente como uma oportunidade de produzir com outro a diferença e que possibilite, conseqüentemente, realizar com o outro o novo (WARAT, 2004, p. 61). Esta mudança de abordagem faz com que possamos perceber as nossas naturais divergências como oportunidades para o amadurecimento de nossas relações (WARAT, 2004, p. 55).

A mudança da maneira como se encara o conflito faz como que este deixe de ser percebido como algo negativo ou prejudicial e possa ser reconhecido em seu potencial construtivo “a vida como um dever conflitivo tem que ser vitalmente gerenciado (sic)” (WARAT, 2004, p. 62). Há que se reconhecer a impossibilidade de relações interpessoais plenamente consensuais (VASCONCELOS, 2008, p. 9).

Nessa perspectiva, resta mais clara a tarefa de perceber que violência e conflito não são sinônimos. Apesar de reconhecermos que na maior parte das vezes a violência tem como origem um conflito mal administrado, é importante esclarecer que a violência é uma forma de resolução de conflitos que implica na negação do outro no processo de pôr fim ao conflito. Mais uma vez usando as palavras de Cappi (2009, p. 29):

Uma maneira onde “outro”, considerado negativamente e de maneira hostil, precisa ser anulado, excluído e, se for o caso, eliminado. Daí decorre a diferença crucial entre a noção de conflito e a noção de violência. Enquanto o conflito representa um elemento insuperável da condição humana, a violência constitui uma opção singular de gestão do conflito.

Assim, afastado o caráter estritamente negativo do conflito – a partir da distinção com sua resolução violenta – verifica-se como o conflito pode ser percebido enquanto potencial construtivo nas relações sociais. É importante deixar claro que uma sociedade democrática é naturalmente propensa à existência de conflitos, dada a diversidade de grupos e de interesses contrapostos. Uma sociedade sem conflitos é necessariamente uma sociedade autoritária.

Desse modo, a abordagem da mediação transformadora aqui apresentada, procura dar um novo sentido ao conflito, a partir do reencontro construtivo com o lugar do outro, graças à possibilidade assistida de poder olhar a partir do olhar do outro, de modo a que possamos tanto transformar o conflito como nos transformarmos no conflito (WARAT, 2004, p. 69).

O distanciamento a que as partes em desavença, em geral mutuamente se submetem se converte em elemento desumanizador do conflito, o que muitas vezes culmina com

sua escalada, haja vista a ausência de reconhecimento do outro. Nesse sentido, são sintomáticas as palavras de Hicks (2007, p. 152) ao discorrer sobre utilização do método RIP – Resolução Interativa de Conflitos, quando analisa a interação de pessoas em contextos de relações de conflito desumanizadores, afirma que “uma consequência destrutiva do conflito é o processo de alienação e o isolamento entre as partes, criando a distância e a falta de comunicação que resultam no processo de desumanização”.

Nessa perspectiva, a mediação é um procedimento que trabalha o conflito na dimensão do passado, do presente, buscando sua ressignificação para o restabelecimento das relações futuros. Desse modo, a mediação é bastante indicada para conflitos que se instalam em situações de convivência continuada e prolongada – uma separação de casal que teve um relacionamento de longos anos com a presença de filhos, desentendimento entre vizinhos, conflitos no ambiente escolar, dentre outros.

Consequentemente, pode-se inferir que um dos grandes diferenciais da mediação waratiana dos métodos tradicionais (sentenças judiciais) e alternativos de resolução de conflitos (negociação direta, conciliação, arbitragem e mediação acordista) está no fato de que naquela modalidade de mediação há uma reconstrução simbólica do conflito a partir do discurso e uma busca da satisfação da real necessidade dos indivíduos com base no sentido que dão à desavença. Analisa ainda a dimensão afetivo-conflituosa, buscando as origens, as causas e consequências do conflito.

Feito um rápido panorama da mediação, a partir da discussão teórica dos modelos de mediação no Brasil, adentraremos ao campo da mediação no âmbito penal.

3.3. A Mediação no Âmbito Penal no Brasil

Ao se discutir sobre a mediação na seara penal, a partir da análise do ordenamento jurídico brasileiro, impõe-se responder uma pergunta inicial: É juridicamente possível a mediação penal no Brasil? De plano, podemos responder afirmativamente à questão apresentando seus fundamentos jurídicos⁷, bem como retratando o projeto de mediação penal do Núcleo Bandeirante no Distrito Federal.

Importa ressaltar, conforme já afirmamos anteriormente, que há grande diversidade de modelos de mediação e que, conforme hipótese aventada por BONAFE-SCHIMITT (2012, p. 184) “[...] as formas e o desenvolvimento da mediação nos diversos países estão diretamente influenciados pelos sistemas de regulação social”.

⁷ É digna de nota a campanha nacional Justiça Restaurativa do Brasil, lançada no dia 12 de maio de 2015, pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em parceria com a Associação de Magistrados Brasileiros – AMB, tendo como objetivos a pacificação de conflitos, a difusão de práticas restaurativas e a diminuição da violência.

Nesse sentido, a mediação na esfera penal comporta distintas práticas, a partir da multiplicidade de culturas e experiências jurídicas dos diversos países. Feita a ressalva anterior, compete apresentar a diferenciação existente entre o modelo de mediação penal, de origem francesa e de elevado grau de institucionalização, do modelo de mediação vítima-ofensor, de matriz americana e com elevada autonomia dos sujeitos (BONAFE-SCHIMITT, 2012, p. 199). Apesar, de reconhecermos a diferenciação entre as citadas abordagens, não se pretende fazer, por ocasião deste trabalho, a distinção entre o emprego dos distintos modelos no Brasil, dado o caráter meramente exploratório da presente abordagem sobre o tema. Assim, as expressões mediação penal e mediação vítima-ofensor serão empregadas de forma indistinta, sem maior rigor terminológico.

Feitas as devidas considerações, e adentrando nos aspectos mais estritamente normativos da questão, compete afirmar que apesar de ainda vigorar no Brasil o princípio da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública, houve significativa flexibilização de sua imposição legal com o advento da Lei 9.099/95 e a possibilidade de suspensão condicional do processo e da transação penal, além da considerável margem de discricionariedade da atuação do *Parquet* nas infrações cometidas por adolescentes (GOMES PINTO, 2005, p. 29).

Ainda antes, com a Constituição de 1998, já havia a previsão de conciliação, em procedimento oral, nas infrações de menor potencial ofensivo, conforme segue:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criam:

I. Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, **competentes para a conciliação**, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e **infrações penais de menor potencial ofensivo**, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, **a transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (destaques nossos).

Por sua vez, as disposições constantes nos artigos 70, 72, 73 e 74 da Lei 9.099/95, apontam para a possibilidade de realização da fase preliminar do procedimento, sob a forma restaurativa (GOMES PINTO, 2005, p. 30), como é possível observar:

Da Fase Preliminar

Art. 70. **Comparecendo o autor do fato e a vítima**, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

[...]

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, **o autor do fato e a vítima** e, se possível, o responsável civil,

acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a **possibilidade da composição dos danos** e da **aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade**.

Art. 73. **A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador** sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74. **A composição dos danos civis** será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante **sentença irrecorrível**, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, **o acordo homologado** acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. (destaques nossos).

Ainda nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei 8.069/90, prevê em seus artigos 112 e 116 a aplicação de disposições de práticas restaurativas:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

[...]

II - **obrigação de reparar o dano;**

III - **prestação de serviços à comunidade;**

[...]

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, **que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano**, ou, por outra forma, **compense o prejuízo da vítima**. (destaques nossos).

Por fim, a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a qual instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, não deixa margem para dúvidas quando por meio da Emenda nº 1 de 2013 alterou a redação de seu art. 7º para o seguinte texto normativo:

Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 60 (sessenta) dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

[...]

§ 3º Nos termos do art. 73 da Lei nº 9.099/95 e dos arts. 112 e 116 da Lei nº 8.069/90, **os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo**, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos. (destaques nossos).

Nesse sentido, podemos confirmar que não restam mais dúvidas sobre a juridicidade da realização de práticas de justiça restaurativa no Brasil, bem como sobre a inexistência de qualquer óbice à mediação penal, mais ainda quando já vem sendo realizadas práticas de mediação vítima-ofensor dentro do próprio Poder Judiciário, a exemplo da atuação pioneira em solo nacional de projetos piloto de justiça restaurativa realizados no Juizado Especial Cível e Criminal do Núcleo Bandeirante/DF, na 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre-RS e na Vara da Infância e da Juventude de São Caetano do Sul-SP.

3.4. Algumas Considerações sobre as Especificidades da Mediação Vítima-Ofensor

No Brasil, o modelo de mediação mais utilizado para a execução de práticas restaurativas no âmbito penal foi a mediação vítima-ofensor (MVO), a qual se singulariza dos demais tipos de mediação pela existência dos papéis diferenciados da vítima e do ofensor, além de possuir um objeto próprio: o evento danoso em matéria penal. Nesses termos, na MVO o fato de uma pessoa ter cometido a infração e a outra ter sido vítima deve restar como incontroverso, pois no procedimento a culpa não será mediada (AZEVEDO, 2005, p. 142).

No entanto, a MVO não deixa de ser uma espécie do gênero mediação e, conseqüentemente, se submete aos seus princípios de um modo geral, ressalvadas algumas particularidades.

Assim, o procedimento de mediação vítima-ofensor (MVO) é voluntário, não podendo haver qualquer imposição na participação, bem como no resultado a ser alcançado. Nesse sentido, o mediador deve ser imparcial, de modo a garantir a credibilidade do procedimento, porém atuando para manter o equilíbrio de poder entre as partes. Merece aqui o registro da diferença entre imparcialidade e neutralidade. O mediador deve ser imparcial, mas não neutro, pois intervém no conflito, especialmente na tentativa de restabelecimento da comunicação com foco no resultado restaurativo.

A MVO é confidencial, inclusive, possível confissão realizada durante o procedimento não pode gerar qualquer efeito na órbita da jurisdição penal. Assim, para a realização do procedimento de MVO é essencial que as partes tenham um entendimento comum

sobre a ocorrência do fato delitivo, pois a mediação não visa a perquirir a culpa, mas o reconhecimento dos danos causados, a responsabilização e a reparação dos resultados danosos.

Outro elemento distintivo da MVO é o cuidado necessário para o contato com a vítima, a fim de se evitar uma dupla vitimização. Nesse sentido, deve-se ter o cuidado se realizar inicialmente o contato com o infrator de modo a verificar sua disposição inicial em participar do procedimento de mediação, para, só após sua anuência, ser realizado o contato a vítima.

No tocante à seleção de casos, Azevedo (2005, p. 145) apontada que a resolutividade da MVO geralmente está ligada a crimes de menor potencial ofensivo, assunção da responsabilidade pelo infrator e primariedade do ofensor.

Uma especificidade da MVO frente aos demais tipos de mediação é a necessidade de após um contato telefônico inicial com as partes, seja realizada uma sessão individual, chamada de entrevista pré-mediação Azevedo (2005, p. 145), momento no qual o mediador deverá aferir a perspectiva de cada um dos envolvidos sobre o ato delituoso em questão.

Ultrapassado o contato individual, tiradas as dúvidas e verificado o ânimo cooperativo, é possível realizar a sessão conjunta e dar prosseguimento ao procedimento de mediação de modo bastante próximo do procedimento ordinariamente realizado: seção de abertura, fala das partes, resumo, definição de questões, elaboração de propostas e, se possível, celebração de acordo.

A experiência acumulada da utilização da mediação no ambiente judicial facilitou a sua adoção no Brasil como o método mais empregado para a realização de práticas restaurativas pelo Poder Judiciária. Nesse sentido, faz-se necessário analisar qual a relação existente entre a mediação e justiça restaurativa no país.

3.5. A Relação Existente entre a Justiça Restaurativa e a Mediação

Realizado um rápido passeio panorâmico sobre a justiça restaurativa e a mediação na órbita penal, compete fazer algumas considerações sobre ambas e sua relação.

Inicialmente, a discussão toma lugar em razão da existência de um suposto embate entre os teóricos da mediação e da justiça restaurativa sobre a suposta precedência de uma prática sobre a outra, na qual a discussão aparentemente acadêmica escamoteia relações de poder e status acadêmico.

Do quanto até aqui abordado, pode-se perceber que a justiça restaurativa e a mediação são institutos com origens e trajetórias distintas que em alguns momentos tem destinos comuns.

A mediação tem registros históricos na antiguidade, tanto em povos primitivos como em sociedades complexas, constituindo-se em um conjunto de técnicas empregadas para a resolução dos mais variados conflitos, estando aí incluídos aqueles da esfera penal.

Por sua vez a Justiça Restaurativa se apresenta como um conjunto de valores e princípios que têm como foco a restauração das relações rompidas entre ofensor e vítima, portanto, adstrito ao campo penal, fazendo uso de variadas técnicas, dentre elas a mediação.

Assim, percebe-se a existência de uma relação de interseção entre a justiça restaurativa e a mediação, pois a justiça restaurativa faz uso da mediação penal como um de seus instrumentos restaurativos, enquanto que a mediação, quando tem por objeto um conflito da esfera penal, reveste-se de valores restaurativos.

Nessa senda, não resta possível vislumbrar uma relação de subordinação hierárquica, ou primazia teórica, entre os dois institutos, mas, no máximo, apenas uma interseção contingente de suas práticas e princípios, pois apesar de ambos se tocarem, também têm dimensões respectivamente mais amplas.

4. Conclusões

O fenômeno contemporâneo da explosão da criminalidade e do sentimento de insegurança social apontam de forma crítica para a falência do sistema penal, de modelo estritamente retributivo, e abrem as portas para possibilidades de reforma da justiça criminal.

É nessa perspectiva que se apresenta a justiça restaurativa como um novo paradigma para o sistema penal, na medida em que busca a restauração das relações entre o infrator e a vítima, promovendo a responsabilização do primeiro e o resgate e reparação da última, com finalidade de construir soluções mais justas e adequadas aos anseios de pacificação social.

Ademais, importa ressaltar que a justiça restaurativa não se propõe extinguir, ou substituir, o modelo estritamente punitivo do sistema penal, mas oxigená-lo de modo a possibilitar soluções diferenciadas e de melhor qualidade para a sociedade e os demais envolvidos no fato delitivo.

No sentido de atingir o desiderato pretendido, a justiça restaurativa faz uso de diversas práticas, fazendo especial uso da mediação, dada a prévia existência e estruturação autônoma dessa última, o que importa em maior segurança no emprego dessa prática pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, se a justiça restaurativa se utiliza da mediação como uma de suas práticas, a mediação em muito extrapola a órbita penal, pois seu emprego tem como foco conflitos de natureza das mais variadas, constituindo-se o conflito penal em apenas um de seus objetos.

Assim, podemos provisoriamente concluir que a interface existente entre a mediação e a justiça restaurativa se caracteriza pela existência de um campo de interseção entre ambas as práticas ou, melhor dizendo, paradigmas de resolução de conflitos, na medida em que a mediação utilizada no campo penal se constitui enquanto prática restaurativa.

5. Referências

- AZEVEDO, André Goma de. O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 135-162. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em 15 out. 2014.
- BEZERRA, Tássio Túlio Braz. **A mediação transformadora como instrumento de promoção da autonomia dos sujeitos**: um diálogo com a experiência do Juspopuli no município de Feira de Santana-BA. 2014. 131f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, 2014.
- BONAFE-SCHIMITT, Jean-Pierre. Os modelos de mediação: modelos latinos e anglo-saxões de mediação. **Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC**. V. 7. n. 2. p. 229-247, jul/dez. 2012.
- BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é mediação de conflitos?** São Paulo: Brasiliense, 2007.
- BRAIL. **Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ**, de 29 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em 29 nov. 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 29 nov. 2014.
- BRASIL. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: Acesso em 29 nov. 2014.

- BRASIL. **Lei 9.099**, de 26 de dezembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 29 nov. 2014.
- CAPPI, Riccardo. Mediação e Prevenção da Violência. In: AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera; VELOSO, Marília Lomando (Org.). **Mediação Popular: uma alternativa para a construção da justiça**. Salvador: [s.n.], 2009. p. 59-106.
- FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 79-123. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em 15 out. 2014.
- GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 19-39. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em 15 out. 2014.
- HICKS, Donna. Resolução de Conflitos e Educação em Direitos Humanos: Ampliação da Agenda. In: ANDREOPOULOS, Geroge, J; CLAUDE, Ruchard Pierre (Org.). **Educação em Direitos Humanos para o Século XXI**. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2007. p. 141-164.
- HOBBSAWN, Eric. **A Era dos Extremos: O Breve Século XX – 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação: Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- MORRIS, Alisson. Criticando os Críticos – Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 439-472. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em 15 out. 2014.
- SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- SCURO NETO, Pedro. Chances e entraves para a justiça restaurativa na América Latina. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 225-244. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em 15 out. 2014.
- SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em 15 out. 2014.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.
- VELOSO, Marília Lomanto. Mediação Popular: um universo singular e plural de possibilidade dialógicas. In: AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera; VELOSO, Marília Lomando (Org.). **Mediação Popular: uma alternativa para a construção da justiça**. Salvador: [s.n.], 2009. p. 59-106.
- WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo. A mediação no Direito**. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998. 102 p.
- _____. **Surfando na pororoca: ofício do mediador**. Vol III. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

A PRESCRIÇÃO PENAL APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 12.234/10, E SUA RELAÇÃO COM OS DEVERES DE PROTEÇÃO ESTATAL

ANELISE COELHO NUNES

Doutora em Direito – PUCRS - Professora da Estácio Rio Grande do Sul
anelise.nunes@estacio.br

MATEUS MARQUES CONCEIÇÃO

Doutorando em Direito – UNISINOS - Professor da Estácio Rio Grande do Sul.
mateus.conceicao@estacio.br

Resumo

As alterações promovidas pela vigência da Lei nº 12.234/10 trouxeram algumas controvérsias no que se refere a uma possível extinção a prescrição (na modalidade) retroativa. Nesse sentido, o texto permite estabelecer um parâmetro de discussão, com garantia, que o legislador optou por conferir efeito *ex tunc* à prescrição da pretensão punitiva, com base na pena concreta, apenas a partir do recebimento da denúncia ou queixa. Dessa forma, necessário é o presente estudo no sentido de tratar acerca da participação democrática do Estado em relação ao dever fundamental de proteção, que, por meio de lei, ato administrativo ou atuação fática, está obrigado, a atuar positivamente para impedir coibir práticas atentatórias a direitos fundamentais.

Palavras-chave

Prescrição Penal; Lei nº 12.234/10; Pena; Garantias Fundamentais; Dever Estatal de Proteção.

Resúmen

Los cambios introducidos por la promulgación de la Ley nº 12.234 /10 trajeron una cierta controversia con respecto a una posible prescripción de la extinción (en forma) retroactivo. En este sentido, el texto permite establecer un parámetro de la discusión, con la garantía de que el legislador optó por dar efecto *ex tunc* a la prescripción de la pretensión punitiva, en base a la sanción específica, sólo desde la recepción de la queja o reclamación. Por lo tanto, este estudio es necesario para tratar sobre el deber fundamental

de la protección del Estado, que, por ley, acto administrativo o acciones de hecho, está obligado a actuar positivamente para evitar prácticas aceras sean perjudiciales para los derechos fundamentales.

Palabras clave

Prescripción penal; Ley nº 12.234/10; Sanción penal; Garantías Fundamentales; Deber de Protección del Estado.

1. Introdução

O presente estudo tem como finalidade tratar sobre questão de relativa importância no âmbito do Direito Penal. Com o advento da Lei nº 12.234/10 o legislador deu novo significado ao tema da prescrição retroativa da pena. Assim, em um primeiro momento é necessário que tratemos de questão fundamental, o dever estatal de proteção, ou seja, ato em que o Estado se obriga a coibir técnicas atentatórias e violadoras de garantias e direitos fundamentais.

Ainda, necessário é que se analise os princípios e pressupostos constitucionais de proteção em relação ao tema central da presente discussão acadêmica, relacionando as alterações legislativas brasileiras com o direito espanhol.

2. Aspectos Importantes sobre o Dever Estatal de Proteção

Segundo Robert Alexy (2012, p.433), ao lado dos direitos de defesa, que se destinam a proteger o indivíduo contra intervenções do Poder Público – e, nesse sentido, são direitos a uma ação negativa (abstenção) do Estado-, existem direitos a prestações estatais dispositivas (direitos a prestações em sentido amplo), que impõem ao Estado a persecução de determinados objetivos e compreendem prestações fáticas (ou materiais) e prestações normativas.

Dentre esses direitos e prestações estatais em sentido amplo, destacam-se os chamados direitos de proteção, entendidos como os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Eles impõem ao Estado uma obrigação de proteger ou fomentar a algo, por meio de prestações de natureza jurídica e de natureza fática. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais, como a dignidade, a liberdade, a família, a propriedade (ALEXY, 2012, p.450).

Fala-se, portanto, em dever fundamental de proteção do Estado, que, por meio de lei, ato administrativo ou atuação fática, está obrigado, a atuar positivamente para impedir que um indivíduo viole direitos fundamentais de outro (BOROWSKI, 2003, p.112).

Por força desse dever, de acordo com Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2014, p. 160), o Estado está obrigado a editar normas penais para coibir práticas atentatórias a direitos fundamentais. Já, como anota Anibal Bruno (2005, p.5), a finalidade do Direito Penal é:

“(...) a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a paz pública, etc. (...) O que se manifesta no exercício da Justiça Penal é esse poder soberano do Estado, um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra a sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social”.

Para Santiago Mir Puig (2002, p.47), o Direito Penal, entendido como o conjunto de normas que associam ao delito, como pressuposto, penas ou medidas de segurança, como consequência jurídica, é um dos instrumentos de controle social mais importantes, da sociedade, tendente a evitar determinados comportamentos que se reputam indesejáveis, mediante a ameaça de imposição de distintas sanções, senão vejamos:

“pode-se discutir qual ou quais são as funções que se atribuem à pena – retribuição e prevenção – mas é inegável que se trata de um mal que se associa ao cometimento de um delito, seja porque se crê que, com tal mal, se faz justiça, seja porque, com sua ameaça, pretende-se dissuadir a prática de delitos”.

Como lembra Jeschek (1981, p.3), a missão do direito Penal é proteger a convivência humana em sociedade. Como ordem de paz e de proteção das relações sociais humanas, tem importância fundamental, uma vez que visa assegurar a inquebrantabilidade da ordem jurídica por meio da coação estatal, exercendo uma função repressiva e uma função preventiva. Assim, “toda pena deve contribuir para fortalecer novamente no condenado o respeito pelo Direito e a fazer com que regresse, por si mesmo e por seu próprio convencimento, ao caminho da ordem”.

Nesse sentido, aduz Santiago Mir Puig (2002, p.47) que a efetiva execução da pena, além do caráter retributivo, de prevenção especial e de ressocialização, atinente ao condenado, não deixa de exercer relevante função de prevenção geral, não apenas do ponto de vista da pura intimidação negativa (isto é, inibidora da tendência a delinquir), como também pela afirmação positiva do Direito Penal, que se manifesta: a) pela função informativa do que está proibido fazer; b) pelo reforço, no seio social, da confiança no sistema de justiça criminal e na capacidade de a ordem jurídica de se impor; e c) pelo fortalecimento, na maioria dos cidadãos, de uma atitude de respeito pelo Direito.

Segundo Jeschek (1981, p.18),

“pena é a compensação a uma violação do Direito cominada penalmente mediante a imposição de um mal proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade que expressa a reprovação pública do fato e conseqüência, deste modo, a afirmação do Direito”.

O ilustre penalista alemão afirma que a justificação da pena reside na sua necessidade para manter a ordem jurídica, como condição fundamental para a convivência humana em sociedade:

“o Poder do Estado se aniquilaria por si mesmo, se não tivesse força suficiente para impedir que as infrações jurídicas intoleráveis se afirmassem abertamente. Sem a pena o Ordenamento Jurídico deixaria de ser uma ordem coativa e quedaria rebaixado ao nível de uma simples recomendação não vinculante. A pena, como expressão da coação jurídica, forma parte de toda comunidade baseada em normas jurídicas (justificação jurídicopolítica da pena). A pena é ademais necessária para satisfazer a sede de justiça da comunidade. Uma convivência humana pacífica seria impossível se o Estado se limitasse simplesmente a defender-se dos delitos cuja comissão fosse iminente e pretendesse que tanto da vítima como da generalidade, que aceitassem o delito cometido e vivessem com o delinquente como se nada houvesse se passado. As conseqüências dessa atitude levariam a que cada um tomasse a justiça pelas próprias mãos e o regresso à pena privada (justificação psicossociológica da pena)”. (JES-CHEK, 1981, p.18)

Pela prevenção especial, diz Aníbal Bruno (1967, p.49),

“(…) procura-se evitar que novos crimes ocorram, por ação exercida sobre o próprio delinquente (...). Aí também se pode fazer sentir, como na prevenção geral, a força da intimidação. O criminoso mostrou-se indiferente à ameaça da pena, mas a sua aplicação e execução podem agir de modo mais eficaz. A sanção penal já não é uma abstração da lei, cujas verdadeiras conseqüências não podem ser percebidas; é uma realidade cujos efeitos penosos o réu está sofrendo e pode temer voltar a sentir”.

Transformar a abstração normativa nessa realidade diz respeito à efetividade da norma penal.

Assim, leciona Hans Kelsen (1991, p.1),

“como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma de sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”.

(...)

“uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas”.

Luís Roberto Barroso (2009, p.82), ao tratar da eficácia social da norma, aduz, com apoio em Kelsen, que:

“[a] efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever/ser normativo e o ser da realidade social. Assim, ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas”.

A Lei nº 12.234/2010 visa exatamente concretizar, em justa medida, o dever estatal de proteção a direitos fundamentais da coletividade e conferir maior efetividade às normas penais que os tutelam e à prestação jurisdicional.

Nesse contexto, assegura-se a efetividade da execução de uma pena lealmente prevista e regularmente imposta, em processo no qual tenham sido respeitadas, dentre outras, as garantias constitucionais do juiz natural, do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, mediante sua imunização contra os efeitos retroativos da prescrição da pretensão punitiva entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, não importa em violação à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e seu consectário, o princípio da humanidade das penas, cujo principal escopo é vedar a imposição de penas cruéis, degradantes de trabalhos forçados, de caráter perpétuo ou de morte (art. 5º, XLVII, CF) e assegurar ao preso o respeito à sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF).

O acusado não deixa de ser tratado como pessoa humana pelo simples fato de se conferir maior efetividade à sanção penal, mesmo porque, afirmada a sua responsabilidade criminal, há o “dever de submeter-se às consequências jurídicas do crime” (MIR PUIG, 2002, 727).

Nesse sentido e segundo a lição de José Frederico Marques (1999, p.148),

“humanizar a pena não é o mesmo que inocuizá-la como castigo e retribuição. As sanções penais devem ser temidas para que a pena consiga atingir suas finalidades de prevenção geral. A humanização do Direito Penal não pode ultrapassar as fronteiras da retribuição para transformar em prêmio a sanção punitiva e os cárceres em *luogo di piacere*. O condenado deve ser tratado com humanidade. Não se permite que o castigo imposto venha a ser instrumento de iniquidade e degradação; necessário se faz, no entanto, que a pena, como um mal que o delinquente deve sofrer, não se dilua e desapareça no tratamento conferido ao condenado”.

Precisas, ainda, as palavras de Paulo José da Costa Júnior (2002, p. XIX):

“a pena, para exercer sua função intimidadora, deverá ser certa. É a advertência que já fazia o Marques Cesare de Beccaria, muitos anos atrás. O réu deverá compenetrar-se de que, praticado o crime, será certamente punido com uma sanção justa e proporcional ao mal causado.

Há os que põem em dúvida o caráter intimidativo da pena (...).

Mas a pena, quando for certa, intimida sim. Veja-se o caso das infrações de trânsito, cujas sanções são certas, tecnicamente aplicadas, mediante radares colocados em ruas e estradas. São elas inapeláveis. Registram a infração, que se segue de multa e mesmo de perda da carteira de habilitação do motorista, se os pontos forem superiores a vinte. Mediante a certeza da aplicação da pena e da perda da carteira, os delitos de trânsito diminuíram sensivelmente.

É a prova evidente de que a pena, quando certa, intimida, detém, o infrator na senda delituosa.

O direito penal, para intimidar, deverá munir-se da certeza da execução (...).”.

Não há dúvida, por outro lado, de que a Lei nº 12.234/2010 importa numa intervenção no direito de liberdade.

Com efeito, ao determinar que, entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa – que continua a operar como marco interruptivo da prescrição (art. 117, I, CP) –, a prescrição seja calculada com base na pena em abstrato, e não na pena aplicada na sentença, a lei reduz a probabilidade e extinção da punibilidade do agente pela prescrição da pretensão punitiva.

Resta agora submetê-la ao exame da proporcionalidade, para se aferir se há justificção constitucional para esta intervenção.

3. A Proporcionalidade em Sentido Amplo

Não cabe, nesta seara, ingressar no tormentoso campo da terminologia relativa à proporcionalidade, para definir se é critério, princípio (SERRANO, 1990, p.16), regra (SILVA, 2002, p.24), máxima (ALEXY, 2012, p.117) ou postulado normativo aplicativo, regra de segundo nível ou meta-regra (ÁVILA, 2011, p.145).

Importa, mais do que a terminologia, a correta estruturação e aplicação a proporcionalidade. Nesse sentido, a proporcionalidade em sentido amplo se distingue da razoabilidade em função de sua origem e estrutura de aplicação.

A razoabilidade ou, mais, precisamente, o “princípio da irrazoabilidade”, tem origem na jurisprudência inglesa que, a partir de decisão proferida em 1948 passou a rejeitar atos ou decisões que fossem excepcionalmente irrazoáveis, que nenhuma autoridade razoável

adotaria. Trata-se, portanto, de um “teste de irrazoabilidade”, para se aferir se a Corte tem ou não legitimidade para glosar o ato impugnado (SILVA, 2002, p.27).

Costuma-se ainda associar a proporcionalidade à razoabilidade da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, baseada no devido processo legal em sentido material, previsto, em nosso ordenamento, no art. 5º, LIV, da Constituição Federal (SILVA, 2002, p.27).

O exame da proporcionalidade propriamente dito, por sua vez, tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (SILVA, 2002, p.34). Como observa Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 26), embora a proporcionalidade e razoabilidade tenham objetivos semelhantes, esses termos não são sinônimos, tanto que um ato pode ser considerado desproporcional – v.g., uma leve intervenção em um direito fundamental, desprovida de fundamentação constitucional – sem ser absurdamente irrazoável. Logo, ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério.

Com efeito, diferentemente da razoabilidade, o exame da proporcionalidade tem uma estrutura racionalmente definida, com sub-regras (SILVA, 2002, 27), ou conforme a terminologia adotada, submáximas, subelementos, subcritérios ou subprincípios independentes, que são aplicadas, de acordo com Carlos Bernal Pulido (2007, p. 692), de maneira sucessiva e escalonada.

Há, portanto uma ordem pré-definida para sua aplicação: idoneidade (ou adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2002, p. 30),

“se simplesmente as enumeramos, independentemente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a necessidade do ato estatal é, no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Não é o caso. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos

claros e concretos, com a subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito”.

A observância dessa ordem pré-definida para aplicação de suas sub-regras é que torna racional, e não fruto de intuição ou decisionismo judicial, o exame da proporcionalidade.

3.1. *Do Exame da Idoneidade (ou Adequação)*

De acordo com a sub-regra da idoneidade (ou adequação), toda intervenção em um direito fundamental deve ser apta a promover, a fomentar a realização de um fim constitucionalmente legítimo. Não se exige que ela realize por completo esse fim, mas, tão somente, que se mostre idônea a favorecer a sua obtenção (PULIDO, 2007, p.693).

É suficiente, nesse exame da simples relação e causalidade empírica entre meio e fim (GAVIÃO FILHO, 2011, p.241), que o meio, nas palavras de Humberto Ávila, possa contribuir para a promoção gradual do fim, que o promova minimamente, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor nem o mais seguro (ÁVILA, 2011, p.177).

Um fim, é considerado constitucionalmente legítimo quando a sua consecução é ordenada ou permitida pela Constituição, e ilegítimo quando por ela seja proibido, explícita ou implicitamente (PULIDO, 2007, p.696).

Na espécie, o fim da Li 12.234/2010 é promover uma maior efetividade das normas penais incriminadoras e da tutela jurisdicional penal, razão por que é constitucionalmente legítimo, na esteira do dever estatal de proteção a direitos fundamentais da coletividade.

Por sua vez, o meio escolhido – impedir o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva pela pena concretizada, na modalidade retroativa, entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa -, é apto, idôneo a promover a realização daquele fim.

Portanto, o art. 110, §1º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 12.234/2010, supera, com êxito, o exame da idoneidade (adequação).

3.2. *Sobre o Exame da Necessidade*

O exame da necessidade impõe a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele escolhido pelo Poder Legislativo, e que possam promover igualmente o fim

sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados (ÁVILA, 2011, p.182).

Trata-se de um teste comparativo, de consideração as medidas alternativas que pudessem promover o mesmo fim (SILVA, 2002, p.171), haja vista que uma medida não será necessária se a sua finalidade também puder ser alcançada por outro meio aos menos igualmente eficaz e que não restrinja o direito fundamental afetado ou restrinja-o com uma intensidade menor (BOROWSKI, 2003, p. 130).

Em se tratando de lei, como observa Carlos Bernal Pulido (2007, p.748),

“a busca de meios alternativos pode ser interminável; esse afã conhece unicamente os limites da imaginação. Sem embargo, o Tribunal Constitucional deve escolher alguns, a fim de poder levar a cabo o exame da necessidade. Para esse efeito, o Alto Tribunal deve seleccionar aqueles que, de acordo com os conhecimentos científicos, técnicos, dogmáticos e gerais, existentes no momento da expedição da norma legislativa examinada, teriam podido ou poderiam ser idôneos de alguma maneira a contribuir à obtenção do fim legítimo perseguido pelo Parlamento (...)”.

Quais seriam, portanto, os meios alternativos que, hipoteticamente, se revestiriam de algum grau de idoneidade para alcançar o fim a que se propõe a Lei nº 12.234/2010?

Para Luis Prieto Sanchís (2009, p.204), quando se questiona a possível existência de outras intervenções menos gravosas, o juiz, deve assumir o papel de um diligente legislador na busca do meio mais apropriado.

Assim, na comparação entre as medidas potencialmente idôneas, duas são as variáveis a serem consideradas: **a)** a eficiência das medidas na realização o objeto proposto; e **b)** o grau de restrição ao direito fundamental atingido (SILVA, 2002, p.171).

Na espécie, para promover o fim de maximizar a efetividade das normas penais incriminadoras, os meios alternativos hipoteticamente elegíveis se mostram tão eficientes quanto a vedação da prescrição retroativa, pela pena concretizada, entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, mas o aumento de penas e/ou de todos os prazos prescricionais indubitavelmente atingiria, com maior intensidade, o direito de liberdade.

Por sua vez, a criação de novos marcos interruptivos da prescrição na fase a investigação preliminar não afetaria o direito de liberdade e modo menos intenso que a medida legislativa ora hostilizada.

Desta feita, o art. 110, §1º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 12.234/2010, supera, com êxito, o exame da necessidade.

3.3. *Da Proporcionalidade em Sentido Estrito*

O último exame é o da proporcionalidade em sentido estrito, de acordo com o qual:

“(...) a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa.

Esta definição significa que as vantagens que se obtêm mediante a intervenção legislativa no direito fundamental devem compensar os sacrifícios que esta implica para os seus titulares e para a sociedade em geral. Trata-se de uma comparação entre a importância da intervenção no direito fundamental e a importância da realização do fim legislativo, com o objetivo de fundamentar uma relação de precedência entre aquele direito e este fim”. (PULIDO, 2007, p.763)

Esse exame, segundo Humberto Ávila (2011, p.185),

“(...) exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?”.

Trata-se, desta forma, de um controle de sintonia fina, que indica a justeza da solução alvitrada ou a necessidade de sua revisão (MENDES e BRANCO, 2014, p. 227).

Essa etapa consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, a fim e evitar que uma medida estatal, a despeito de adequada e necessária, restrinja direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar (SILVA, 2002, p.175).

Dito e outro modo, os benefícios que derivam da proteção penal, da perspectiva do bem juridicamente tutelado, hão de compensar os custos que necessariamente derivam do sacrifício (SANCHÍS, 2009, p. 273).

Diversidade das regras, cujas antinomias ocorrem na dimensão da validade, as colisões entre princípios se dão na dimensão do peso.

Quando princípios colidem, estabelecendo consequências jurídicas inconciliáveis, um deles terá que ceder, mas isso não significa que o princípio cedente será declarado inválido. Será mister a fixação de *relações condicionadas de precedência*, ou seja, a determinação das *condições* sob as quais um princípio terá precedência em face de outro (ALEXY, 2012, p. 593).

Para se estabelecer a relação de procedência de um princípio sobre outro, aplica-se, de acordo com Robert Alexy (2012, p. 594), a denominada lei do sopesamento: quanto maior o grau de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. O sopesamento compreende avaliar: i) o grau de afetação de um dos

princípios. ii) a importância da satisfação do princípio colidente; e iii) se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação do outro princípio.

Cuida-se, em outras palavras, de estabelecer quais são as razões suficientes para que a um princípio se atribua um peso maior que ao outro, contra o qual colide.

Torna-se imprescindível, aqui, fixar a magnitude, isto é, o peso, da importância dos direitos fundamentais afetados, e maneira negativa e positiva, pela intervenção legislativa (PULIDO, 2007, p.766).

Para tanto, é possível recorrer-se a uma escala de graus de intensidade da afetação de um princípio e da importância da satisfação do outro, para fundamentar as premissas da argumentação jurídica a ser desenvolvida.

Embora haja certo grau de discricionariedade na elaboração dessa escala, o modelo mais comumente utilizado, segundo Robert Alexy (2012, p. 594), é o triádico, de res níveis ou graus de intensidade: leve (= fraco, reduzido, débil), médio e grave (= forte, sério, elevado). Nada obstaria, ainda, o recurso a uma escala mais refinada, com nove graus ou níveis (o chamado modelo triádico duplo), obtidos mediante a aplicação daqueles três graus a si mesmos, a fim de superar eventuais impasses de enquadramento da escala triádica simples: a) levíssima (=leve/leve); b) moderadamente leve (= leve/média); c) leve quase moderada (= leve/grave); d) moderada tendente para o leve (= moderada/leve); e) moderada propriamente dita (= moderada/moderada); f) moderada quase séria (= moderada/grave); g) levemente séria (= grave/leve); h) moderadamente séria (= grave/moderado); e i) seríssima (= grave/grave).

Poder-se-ia também, ao invés da utilização da escala triádica (graus leve, médio e grave), atribuir elementos numéricos crescentes (1, 2, 3) aos níveis de intensidade da afetação de um princípio e da satisfação do outro, correspondentes àqueles graus, para melhor controlabilidade da argumentação empregada ao sopesamento (2012, p. 593).

De qualquer forma, como ressalta Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 175), é mister te presente que:

“não é possível pretender alcançar, com o procedimento de sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos. Esses modelos podem, quando muito, servir de ilustração, pois a decisão jurídica não é nem uma operação matemática, nem puro cálculo. Mais importante que buscar fórmulas matemáticas é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação de precedências condicionadas”.

Estabelecidas as premissas do raciocínio a ser empregado, passo ao sopesamento propriamente dito dos princípios ora em conflito.

O grau de afetação do direito de liberdade pela Lei nº 12.234/2010, ao inviabilizar a extinção da punibilidade do agente entre a data do fato e o recebimento da denúncia com base na pena aplicada, ao nosso sentir, pode ser considerado médio, ou, numa escala mais refinada, situado entre médio e grave. O grau mais alto da escala (grave) somente seria atingido se as penas cominadas aos crimes e/ou todos os prazos prescricionais fossem majorados.

Por sua vez, o grau de importância da satisfação dos princípios colidentes – dever estatal de proteção de direitos fundamentais da sociedade, efetividade da norma penal e da tutela jurisdicional -, à vista das razões já expedidas anteriormente, pode ser classificado como intenso ou forte.

Logo, as fortes razões para a intervenção legislativa – maximizar o cumprimento do dever estatal de proteção de direitos fundamentais da sociedade, a efetividade da norma penal e da tutela jurisdicional -, justificam o grau de restrição imposta ao direito de liberdade, tanto mais que os outros meios à disposição do legislador (aumento de penas ou de todos os prazos prescricionais) poderiam afetá-lo de modo muito mais intenso.

A título de argumentação, ainda que se reputasse forte o grau de afetação da liberdade de locomoção, haveria uma equivalência com o grau de importância da realização dos princípios colidentes. E, se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional (ALEXY, 2012, p. 608).

Desta feita, o artigo 110, §1º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 12.234/2010, é proporcional em sentido estrito.

Nem se alegue que a alteração legislativa em questão importaria em violação ao conteúdo essencial do direito de liberdade, haja vista que, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional. Referido autor resume o seu raciocínio no seguinte silogismo:

- i.** restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais;
- ii.** restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais;
- iii.** restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial”. (SILVA, 2002, p. 206)

Não se pode deslembrar que a proporcionalidade, como pondera Luís Prieto Sanchis, deve ser aplicada com prudência, haja vista que, por força da separação dos Poderes, não se pode jugular a soberania política do Parlamento e sua legitimidade democrática.

Isso, por óbvio, não significa renunciar a um controle de constitucionalidade de ordem material nem outorgar ao legislador discricionariedade política absoluta - o que importaria na criação de um espaço isento, de uma “lacuna de constitucionalidade” -, mas sim validar opções políticas legítimas (SANCHÍS, 2003, p.288).

O Parlamento tem competência para configurar ou conformar as disposições constitucionais e a faculdade de escolher o conteúdo das leis, dentre um amplo número de alternativas de ação. Representa, ainda, o órgão que, em princípio, deve solucionar as colisões de direitos fundamentais e harmonizar as diversas exigências normativas que emanam da Constituição (PULIDO, 2007, p.498).

A Lei nº 12.234/10, portanto, se insere na liberdade de conformação do legislador, que tem legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos, desde que não lhe seja vedado pela Constituição e nem viole a proporcionalidade, a fim de, ao restringir direitos, realizar uma tarefa de concordância prática justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos (CANOTILHO, 1998, p.417).

4. Da Razoabilidade da Lei nº 12.234/10 e seu Suporte Empírico

A razoabilidade, segundo Humberto Ávila (2011, p.163), constitui um postulado normativo aplicativo, na medida em que estrutura a aplicação de outras normas, notadamente regras. Dentre as suas várias acepções, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, com as condições externas de sua aplicação, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Na primeira hipótese, afastam-se motivos arbitrários; na segunda hipótese, exige-se uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não se trata de uma análise de relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. O legislador, portanto, não pode eleger uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal, sob pena de violar a exigência de vinculação à realidade. Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) impedem a utilização de razões arbitrárias.

Embora diversas as suas estruturas de aplicação, como já exposto no item V supra, a razoabilidade aproxima-se, aqui, do exame da proporcionalidade na sua vertente de proibição do excesso – relembre-se que a proporcionalidade também pode ser utilizada para finalidade oposta, isto é, como proibição por defeito (CANOTILHO, 1998, p.265) ou instrumento contra a omissão ou ação insuficiente dos poderes estatais (SILVA, 2002, p.26/27)- na medida em que ambos têm por objetivo interditar o arbítrio e neutralizar o

abuso do poder de legislar, que não pode agir de forma imoderada (HC nº 99.832/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 31/8/12).

Sob esse prisma, não se vislumbra excesso ou imoderação na nova disciplina da prescrição da pretensão punitiva retroativa, uma vez que o dever de congruência está presente na edição da Lei nº 12.234/10, cujo escopo declarado é evitar a impunidade.

Não creio que seja necessário, dada a sua notoriedade, lançar mão de pesquisas e relatórios para demonstrar a baixa eficiência dos fluxos do sistema de Justiça Criminal no Brasil, tanto do ponto de vista da investigação quanto da aplicação da sanção penal e sua efetiva execução.

Cito, exemplificativamente, o Relatório Nacional da Execução da Meta 2 (“A impunidade como alvo”) da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP) - cujos gestores são o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Ministério da Justiça -, segundo o qual a taxa de esclarecimento de homicídios no Brasil situa-se entre 5% e 8%.

Por sua vez, a taxa de esclarecimento de roubos, no Estado de São Paulo, situa-se entre 2% e 4%.

Outros dados empíricos, que demonstram a impossibilidade de se investigar, com eficiência, todos os crimes praticados, bem ilustram a vinculação da Lei nº 12.234/10 à realidade.

Apenas no Estado de São Paulo, de janeiro a agosto de 2014, foram instaurados 314.334 inquéritos policiais. Em 2013, foram instaurados, no total, 429.279 inquéritos policiais (dados extraídos do sítio eletrônico da Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo).

Em 2013 foram registradas, no mesmo Estado, 4.444 ocorrências de homicídio (em 2012 e 2011 foram, respectivamente, 4.836 e 4.193), 542.888 de furto (em 2012 e 2011 foram, respectivamente, 543.310 e 541.139), 257.062 de roubos (em 2012 e 2011 foram, respectivamente, 237.810 e 235.523) e 215.525 de furto e roubo de veículos (em 2012 e 2011 foram, respectivamente, 195.685 e 184.311).

De acordo com pesquisa do Instituto Sou da Paz, apresentada no 7º Encontro do Fórum de Segurança Pública, foram registrados no Município de São Paulo, em 2009, 159.578 boletins de ocorrência referentes a crimes de roubo e extorsão. Desse universo, foram instaurados 9.759 inquéritos, dos quais apenas 6.778 foram relatados identificando a autoria do crime. Em 2010, foram 145.926 boletins de ocorrência de crimes daquela espécie, em relação aos quais foram instaurados 9.107 inquéritos, dos quais somente 6.510 foram relatados identificando a autoria do crime. Em 2011, foram 150.299 boletins de ocorrência, motivando a instauração de 8.944 inquéritos, dos quais somente 6.129 foram relatados identificando a autoria do crime.

Somem-se, a essas estatísticas parciais, milhares de outros ilícitos penais (tráfico de drogas, crimes diversos contra a pessoa, o patrimônio, a dignidade sexual, a fé pública, a administração pública, crimes ambientais etc.), de boletins de ocorrência e de inquéritos policiais, inclusive relativos a anos anteriores, que, sucessivamente, se acumulam, para investigação.

Diante desses números, encontráveis em todas as esferas (federal, estadual e distrital), e da impossibilidade financeira de o Estado atender, em sua plenitude, a todas as outras demandas sociais, importaria dissociação da realidade pretender que os órgãos da persecução devessem ser providos com toda a estrutura material e humana para investigar, com eficiência e celeridade, todo e qualquer crime praticado.

A avassaladora massa de delitos a investigar é, indiscutivelmente, uma das causas eficientes da impunidade, dada a demora – quando não verdadeira impossibilidade – no seu esclarecimento, na verificação da responsabilidade penal do imputado e na punição dos culpados, assim reconhecidos definitivamente como tais.

Acresça-se a esse contexto a chamada “cifra negra” ou “campo obscuro da delinquência”, que se define, segundo Raúl Cervini (2002, p.182),

“(…) como a diferença existente entre a criminalidade real (quantidade de delitos cometidos num tempo e lugar determinados) e a criminalidade aparente (criminalidade conhecida pelos órgãos de controle), que indica, comprovadamente, acerca de alguns delitos, um percentual substancial em que não é aplicado o sistema penal e que, em alguns casos, é absoluto, circunstância que debilita a sua própria credibilidade, ou seja, a credibilidade de todo o sistema penal”. Dentre as inúmeras motivações para a sub-notificação de crimes, insere-se a falta de confiança na efetividade do sistema de justiça criminal”.

Sob esse aspecto, se é certo que a maior efetividade da tutela jurisdicional penal constitui um dos instrumentos idôneos para minimizar a sub-notificação de crimes, por outro, paradoxalmente, teria o efeito de, aproximando a criminalidade aparente da criminalidade real, contribuir para um maior congestionamento do sistema de justiça criminal, retardando ainda mais a tutela jurisdicional final e a execução de eventual sanção imposta.

Vittorio Grevi, ao tratar do *giusto processo*, aduz que o objetivo institucional do processo é verificar os fatos e responsabilidade do agente, a fim de assegurar o exercício da jurisdição penal, o que, em si, é uma finalidade neutra. Embora o processo penal não tenha, de forma imediata, uma finalidade de defesa social, não se pode negar que, como instrumento exclusivo de atuação da lei penal, de forma mediata, cumpre essa finalidade, quando advém uma sentença condenatória.

Ao ver de Grevi (2000, p.10), se não existe justiça sem garantias processuais, também não há justiça quando o processo não consegue se aproximar do seu resultado natural,

que é uma sentença justa - e menos ainda, acrescento, quando essa mesma sentença justa acaba por não ter efetividade alguma.

No Estado Democrático de Direito, fazer justiça significa atingir o equilíbrio entre dois valores relevantes que são inerentes ao processo penal: assegurar a paz social pela punição dos crimes e garantir a todos os indivíduos o respeito à sua liberdade individual (SCARANCE FERNANDES, 2008, p.532).

Assim, em havendo uma condenação definitiva, a justiça somente se concretiza com a sua efetiva execução.

Justo, pois, é assegurar o cumprimento de uma pena justa, proporcional à gravidade do fato e à culpabilidade do agente, imposta por meio do justo processo legal.

Verbera-se também que a Lei nº 12.234/10 constituiria parte do direito penal simbólico.

Nesse ponto, indaga Claus Roxin (2012, p.47):

“São legítimas tais leis penais simbólicas? Não se pode responder a esta pergunta univocamente, com um sim ou um não, pois é claro que todos os dispositivos penais almejam não só impedir e punir determinados delitos, como também atuar sobre a consciência jurídica da população. Quando o Estado se dispõe a proteger a vida, a integridade física, a propriedade etc., tenta ele fortalecer na população o respeito por estes valores. Nisto não há nada de problemático. Esta prevenção geral positiva é, muito mais, uma das finalidades reconhecidas do direito penal. Assim, tão importante quanto atuar sobre a consciência da população, a legitimidade depende de se o dispositivo se mostra realmente necessário para a efetiva proteção de uma convivência pacífica”.

Nesse sentido, a vedação à prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, pela pena concretizada, entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia ou queixa, constitui legítimo instrumento de política criminal do legislador – assim entendida como critério empregado no tratamento da criminalidade (MIR PUIG, 2002, p. 57).

Não se trata de um incremento da repressão, pela via do aumento indiscriminado de penas ou prazos prescricionais, mas de se conferir, repise-se, efetividade às sanções penais já existentes.

Tanto isso é verdade que a mesma Lei nº 12.234/10, ora vergastada, também aumentou de 2 (dois) para 3 (três) anos o prazo de prescrição, quando o máximo da pena cominada for inferior a um ano (art. 109, VI, CP) e, quanto a esse aspecto, nunca se questionou a sua constitucionalidade.

E qual a razão para o legislador aumentar, especificamente, esse prazo prescricional?

Mais uma vez, a observação empírica de que o prazo anterior de dois anos, dados a massa de crimes praticados, a estrutura dos órgãos da persecução penal e o inegável congestionamento do Poder Judiciário, era insuficiente para uma resposta penal efetiva.

5. Do Princípio da Isonomia (art. 5º, II, CF)

A alteração legislativa ora hostilizada não viola o princípio da isonomia. O art. 110, § 1º, do Código Penal, na nova redação conferida pela Lei nº 12.234/10, dado o seu caráter abstrato e geral, não individualiza e nem discrimina o seu destinatário. Todo e qualquer crime, e, por via de consequência, todo e qualquer agente, indistintamente, subsume-se na sua hipótese normativa.

O fato de se admitir a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, pela pena concretizada, entre o recebimento da denúncia ou queixa e marcos interruptivos posteriores, mas não se admiti-la entre a data do fato e aquele primeiro marco interruptivo da prescrição (art. 117, I, CP), é questão de política criminal, que também não vulnera o princípio da isonomia.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.37),

“o ponto nodular para o exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele”.

Em suas palavras, para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a *desequiparação* não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas *desequiparadas* pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte numa diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p.41).

Na espécie, qual o *discrímen* que subjaz à Lei nº 12.234/10? Entendemos, a imputação.

O legislador, legitimamente, elegeu o recebimento da denúncia ou queixa, peças nas quais se individualiza e se formaliza a imputação, como o elemento que autoriza discriminar o momento em que a prescrição deixa de ser regulada pela pena em abstrato para ser regulada pela futura pena aplicada na sentença, e essa opção se justifica pela natureza e finalidade da investigação preliminar.

A fase da investigação preliminar visa à obtenção de todos os elementos necessários à formação da *opinio delicti*, sem que se possa precisar, de antemão, diante do influxo de inúmeras e incontrolláveis variáveis, o tempo necessário à apuração do fato e sua autoria.

Uma vez reunidos os elementos de informação imprescindíveis à formação da *opinio delicti* e instaurada a ação penal, não mais se trata de investigar fatos ainda não perfeitamente delineados e sua autoria, mas de provar — ônus que recai inteiramente sobre o órgão acusatório — os fatos em que se lastreia a imputação. Na fase da ação penal, há uma imputação formalizada e um processo instaurado contra um réu individualizado.

Existe, portanto, uma correlação lógica entre esses fatores diferenciais e o regime jurídico distinto da prescrição retroativa, pela pena aplicada, eleito pelo legislador.

Ainda que a fase da investigação preliminar deva, tanto quanto possível, reger-se pelo princípio da duração razoável, não há como submetê-la ao jugo de um limite temporal pré-determinado, dada a sua própria vocação, que é apurar a existência de uma infração penal e sua autoria.

A despeito da notória insuficiência de recursos humanos e materiais dos órgãos da persecução penal para investigar todos os crimes que lhes são comunicados, a demora na conclusão do inquérito policial ou instrumento equivalente da fase da investigação preliminar não é imputável, única e exclusivamente, a deficiências estruturais.

Há investigações que, por sua própria natureza, são complexas, como as relativas, *v.g.*, a crimes contra a administração pública, contra o sistema financeiro nacional, de lavagem de dinheiro ou que envolvam organizações criminosas, com uma intrincada cadeia de fatos e agentes a desvendar.

A investigação, em sentido amplo, compreende amearhar todos os elementos de informação possíveis para a formação do convencimento do titular da ação penal a respeito da prática de uma infração penal e sua autoria, o que implica, quando relevante e pertinente, localizar e inquirir vítimas e testemunhas, realizar interceptações telefônicas, buscas e apreensões, quebras de sigilo bancário e fiscal de pessoas físicas e jurídicas, perícias etc. Há dados a serem requisitados, compilados, cruzados e analisados, em conjunto com inúmeros outros elementos de informação.

Em outras palavras, a tardança no encerramento da investigação não deriva necessariamente de deficiência estrutural ou negligência dos órgãos da persecução, mas pode ser ínsita à complexidade dos fatos em apuração.

Ademais, a própria existência do fato pode vir a ser tardiamente descoberta - como, aliás, sói acontecer em crimes de maior complexidade.

Nesse diapasão, subverteria a ordem das coisas exigir que a duração de toda investigação devesse se balizar pelo prazo de prescrição relativo à pena mínima cominada ao crime investigado, a fim de se evitar que, no caso de futura condenação, viesse a ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva retroativa, pela pena aplicada, entre a data do fato e o recebimento da acusação, uma vez que a efetividade das normas penais e da tutela jurisdicional é um valor constitucional a se resguardar.

Os limites temporais da investigação, repita-se, não podem ser condicionados a um prognóstico de imposição de pena no mínimo legal. Para bem cumprir sua finalidade, a investigação poderá demandar o tempo que se fizer necessário para a apuração do fato, suas circunstâncias e autoria, respeitado o prazo de prescrição pela pena máxima em abstrato cominada ao delito.

Enquanto o titular da ação penal pública não vir reunidos todos os elementos necessários à formação do seu convencimento, não há como se coarctar a investigação, salvo, v.g., falta de justa causa ou a presença de causa de extinção da punibilidade, sob pena de frustrar-se o exercício de uma função institucional do Ministério Público, constitucionalmente assegurada (art. 129, I, CF).

Em suma, pelo imperativo da ausência de uma imputação formalizada pelo titular da ação penal, a prescrição da pretensão punitiva, entre a data do fato e o recebimento da acusação, deve sempre reger-se, de acordo com a legítima opção do legislador, pela pena máxima em abstrato cominada ao crime.

6. Os Princípios da Culpabilidade e da Individualização da Pena (art. 5º, XLVI, CF)

A culpabilidade, como sabido, é fundamento e medida da pena. Como pressuposto de aplicação da pena, a culpabilidade é um juízo de reprovação sobre quem, agindo com dolo ou culpa, praticou um fato típico e antijurídico. Os elementos da culpabilidade – que envolve, nas palavras de Günther Jakobs (2012, p.16), volição e cognição, um querer e um conhecer - são a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Como medida da pena, a culpabilidade interdita o excesso na individualização da pena e impõe limites à sua fixação, a exigir que não seja superior à gravidade do fato nem ao grau de responsabilidade do agente.

Não se divisa, portanto, qualquer incompatibilidade entre culpabilidade e individualização, de um lado, como juízo de reprovação e medida da pena, e, de outro, vedação à

prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, pela pena já individualizada, para garantir a sua efetividade.

7. Por uma Razoável Duração do Processo (art. 5º, LXXVIII, CF)

A garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), que compreende processos judiciais de qualquer natureza e se estende ao âmbito administrativo, deve ser analisada sob duplice aspecto: i) o direito a que qualquer processo (civil, penal, trabalhista) se desenvolva em prazo razoável ou sem dilações indevidas, e ii) o direito do réu ou imputado preso à revogação da prisão cautelar, caso não seja julgado em prazo razoável ou sem dilações indevidas (BADARÓ, 2012, p.34).

No processo penal, como corolário dessa garantia, o ideal seria que toda investigação, preso ou solto o investigado, fosse concluída no prazo mais célere possível.

Todavia, como já exposto no item VII supra, considerando-se que inúmeras variáveis podem interferir na sua tramitação, a investigação, para bem cumprir sua finalidade, poderá demandar o tempo que se fizer necessário para apuração do fato criminoso e de sua autoria, respeitado o prazo de prescrição da pretensão punitiva.

Corroborando essa assertiva, não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão para trancamento de uma investigação preliminar por mera tardança no seu encerramento, cuja consequência, no limite, somente pode ser a prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato cominada ao crime investigado.

Nesse diapasão, o principal foco da garantia da razoável duração do processo deve ser a tutela da liberdade de locomoção do investigado preso, que não pode permanecer custodiado cautelarmente por prazo irrazoável.

Se assim o é, não se vislumbra qualquer incompatibilidade entre a garantia da razoável duração do processo e a vedação à prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, pela pena aplicada.

Outrossim, segundo Mario Chiavario (2012, p.290), não há dúvida de que uma maior brevidade dos prazos prescricionais poderia influir positivamente sobre o princípio da duração razoável do processo. Mas se é verossímil que uma “prescrição breve” possa contribuir para estimular a condução célere da investigação e do processo, a fim de não se verem anulados, pela prescrição, os resultados do trabalho já executado, a fixação de lapsos prescricionais inadequados em relação aos recursos humanos e materiais do Estado tem dois efeitos negativos: **i**) a distorção que a prescrição gera nos objetivos do princípio da duração razoável do processo, que não visa tornar inútil o trabalho de verificação dos crimes mas, sobretudo, torná-lo mais eficaz, seja no sentido de conduzir a uma tempestiva repressão, seja no de não manter o imputado sob o pesadelo de uma

acusação, particularmente se inocente; e **ii**) o recurso a expedientes dilatatórios pela parte, para alcançar a prescrição.

A esse respeito, Vittorio Grevi (2012, p.XLII) adverte que a prescrição tem se transformado numa espécie de “âncora de salvação”, numa “absolvição, pela extinção do crime, arrancada com os dentes”.

O legislador, seguramente atento a essa realidade, optou por não mais prestigiar um sistema de prescrição da pretensão punitiva retroativa, pela pena aplicada, que culminava por esvaziar a efetividade da tutela jurisdicional penal.

8. Breve Análise da Legislação Espanhola em Relação a Matéria de Prescrição penal

A prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, pela pena aplicada na sentença, constitui peculiaridade do Código Penal brasileiro, que não encontra similar, até onde é possível discernir, em nenhum outro ordenamento jurídico.

O Código Penal Espanhol, no art. 131, ao tratar da “prescrição do delito”, prevê que os crimes prescrevem em 20 anos, quando a pena máxima cominada for de 15 anos ou mais de prisão; em 15 anos, se a pena máxima for a de prisão entre 15 e 10 anos; aos 10 anos, quando a pena máxima for prisão superior a 5 anos e não superior a 10, e em 5 anos para os demais crimes, exceto injúria e calúnia, que prescrevem em um ano.¹

A legislação espanhola trata com maior rigor a prescrição das penas impostas por sentença definitiva, uma vez que, no art. 133 daquele Código Penal, determina que prescrevem em 30 anos as penas superiores a 20 anos; em 25 anos, as de prisão iguais ou superiores a 15 anos e que não excedam a 20; em 20 anos, as de prisão superiores a 10 e inferiores a 15 anos; em 15 anos, as de prisão por mais de cinco e que não excedam a 10; em 10 anos, as demais penas graves; em 5 anos, as penas menos graves, e em 1 ano, as penas leves.²

1 De acordo com o Código Penal Espanhol: **Artículo 130.** La responsabilidad criminal se extingue (...) 6. Por la prescripción del delito. 7. Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad. (...) Artículo 131. 1. Los delitos prescriben: A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años. A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años. A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10. A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año. (...)

2 Acerca do mesmo tema: **Artículo 133.** 1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben: A los 30 años, las de prisión por más de 20 años. A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20. A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15. A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10. A los 10, las restantes penas graves. A los cinco, las penas menos graves.

Como se observa, em todas essas legislações estrangeiras a prescrição da pretensão punitiva (ora denominada de “prescrição da ação penal”, ora de “prescrição do procedimento criminal”), regula-se, invariavelmente, pela pena máxima abstratamente cominada ao crime, e nunca pela pena aplicada na sentença, a qual regula, tão somente, a prescrição da pretensão executória.

Dito de outro modo, a vocação da pena aplicada na sentença é regular, com efeitos *ex nunc*, a prescrição da pretensão executória após o trânsito em julgado da condenação, não a prescrição da pretensão punitiva, com efeitos *ex tunc*.

Seria lícito afirmar que esses ordenamentos jurídicos violam a proporcionalidade em sentido amplo e os princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena, da culpabilidade, da individualização da pena, da isonomia e da razoável duração do processo, pelo fato de não reconhecerem, em nenhuma hipótese, a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, entre data do fato e recebimento da imputação, pela pena aplicada?

Parece-nos que não.

Cuida-se de mais uma demonstração inequívoca de que, embora a pena justa para o crime seja aquela imposta na sentença, é questão de política criminal, a cargo do legislador, estabelecer se a prescrição, enquanto não transitada em julgado a condenação, deve ser regulada pela pena abstrata ou concreta, bem como, nesta última hipótese, definir a extensão dos seus efeitos *ex tunc*.

Se, na lição de Hans-Heinrich Jeschek (1981, p.30), “nem tudo o que aparece como eficaz é justo”, penso que a alteração legislativa, ora vergastada, mostra-se constitucional, justa e eficaz, razão por que deve ser prestigiada.

9. Considerações (Sempre) Parciais

Diante das questões aqui discutidas, entendemos que ainda é possível a prescrição retroativa no período entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença, sendo proibida entre a data do fato e a do recebimento da acusação formal, é infringir o princípio constitucional da proporcionalidade. A aceitar-se, será permitir flagrante desproporção na consideração dos períodos prescricionais de igual extensão temporal.

10. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2012.

Al año, las penas leves. (...) art. 134 “El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse”.

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. ampl. – São Paulo: Malheiros, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *(Conteúdo jurídico do princípio da igualdade)*. 3ª ed.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. PULIDO, Carlos Bernal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Tomo I. 5ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. *Direito penal*. Tomo III. 3ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CERVINI Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. Prefácio à obra *Crime e castigo. Reflexões politicamente incorretas*. 2ª ed. – Campinas: Millenium Editora, 2002.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale giusto itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000.
- _____. *Compendio di procedura penale*. 6ª ed. Pádua: CEDAM.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. 1ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2001.
- JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. 2ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Volume I. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Vol. III. 1ª ed. atualiz. - Campinas: Millennium, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2014, p. 160.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Derecho penal. Parte general*. 6ª ed. - Barcelona: Editorial Repertor, 2002.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. atual. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. trad. Luís Greco. 2ª ed. - São Paulo: Renovar, 2012.
- SANCHÍS, Luís Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Efetividade, processo penal e dignidade humana*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coordenação). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, abril, 2002.

A TUTELA PENAL COMO INSTRUMENTO DE DIGNIDADE AMBIENTAL NA PERSPECTIVA DO DIREITO IBEROAMERICANO

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Doutor e Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor de Direito Penal Ambiental no Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da ESDHC. Promotor de Justiça em Belo Horizonte/MG.

BEATRIZ SOUZA COSTA

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Pró-reitora de Pesquisa na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professora no Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da ESDHC.

Resumo

Ainda que se reconheça que o celeiro de produção das normas penais tenha levado em conta, em face da dogmática secular, o paradigma dos conflitos interindividuais, as demandas por tutela de bens jurídicos difusos crescem e reclamam efetividade. À pergunta se, por isso, o meio ambiente pode e deve encontrar-se no campo de atuação do direito penal, a hipótese vestibular é a de que aquele, dotado que é de importância para a vida dos seres, de presentes e futuras gerações, é bem jurídico merecedor de dignidade que não deriva de bens jurídicos individuais, mas que possui autonomia de verdadeiro bem universal e transpessoal. Por uma questão até mesmo de sobrevivência do direito penal, este deverá, a serviço da sociedade, imiscuir-se na tutela do bem difuso, ainda que, com isso, tenha que sofrer modificações dogmáticas em face de uma nova política criminal reclamada pela sociedade pós-moderna do risco. O que, no entanto, se tem feito para a efetividade da tutela do ambiente será tratada no trabalho sob a perspectiva de países iberoamericanos, mais precisamente Brasil, México, Argentina, Chile, Colômbia e Equador, principalmente em face do reconhecimento, diante de grandes e graves questões ambientais recentes, da necessidade da tutela penal como instrumento em prol da dignidade ambiental. O tema reveste-se de importância para a construção de uma dogmática penal internacional para a mais adequada tutela do ambiente e será tratada na perspectiva metodológica dedutiva. Sem prejuízo da análise bibliográfica contida em livros e artigos, o texto também contém dados de natureza primária, em razão de pesquisa em jornais e revistas eletrônicas que trazem

exemplos de aplicação prática do direito penal em prol do ambiente na iberoamérica. Os resultados demonstram que o direito penal tem aplicabilidade na tutela ambiental.

Palavras-chave

Direito penal; Meio ambiente; Dignidade; Direito iberoamericano.

Abstract

Although it is recognized that the standards of criminal production barn has taken into account, in face of secular dogma, the paradigm of inter-conflicts, demands for protection of diffuse legal interests grow and complain effectiveness. Asked whether, therefore, the environment can and should be in the criminal law field of action, vestibular hypothesis is that that, provided it is of importance to the lives of beings, present and future generations, it is quite legal worthy of dignity that does not derive from individual legal interests, but it has real autonomy and universal and transpersonal. As a matter even survival of criminal law, it should, in the service of society, to interfere in the protection of diffuse legal interest, even with that, have to suffer dogmatic changes in the face of a new criminal policy, as requested by the postmodern society risk. What, however, has been done to the effectiveness of environmental protection will be treated in the work from the perspective of Ibero-American countries, specifically Brazil, Mexico, Argentina, Chile, Colombia and Ecuador, especially in face recognition, before large and recent serious environmental issues, the protection of penal law as a tool for environmental dignity. The issue is of importance for the construction of an international criminal dogmatic for more adequate protection of the environment and will be treated in the deductive methodological perspective. Without prejudice to the literature review contained in books and articles, the text also contains primary data, in due research in newspapers and electronic journals that bring examples of practical application of criminal law for the environment in Ibero-America. The results show that criminal law is applicable to environmental protection.

Key words

Criminal law; Environment; Dignity; Ibero-American law.

1. Introdução

Os avanços tecnológicos e as modificações climáticas hoje vistas demonstram a completa ruptura com uma sociedade de comportamentos previsíveis e de consequências limitadas a pequenas doses de álea. A exploração humana sobre a natureza e a avidez pela transformação da tecnologia e dos recursos naturais em dinheiro e poder são marcas de

uma sociedade menos solidária e mais egoísta, que, se por um lado, convive com as imprevisíveis consequências das ações humanas, por outro reclama mecanismos de segurança capazes de minimamente preservar a vida em sociedade, ou de, pelo menos, proporcionar uma maior, e talvez aparente, sensação de tranquilidade.

Essa realidade proporciona, no campo do direito como um todo, e mais especificamente no campo do direito penal, terreno fértil para que a dogmática seja posta à prova e para que uma nova política criminal oriente a produção legislativa num campo que, tradicionalmente, encontra-se preso a raízes garantistas muito fortes, apropriadas, todavia, ao trato das relações interpessoais e não difusas.

À pergunta sobre se o direito penal tem vez e voz para a lida com atitudes humanas que levam à escassez de água e a tragédias naturais de grandes dimensões como aquela ocorrida no Golfo do México em 2011, parece ser mais apropriada a resposta afirmativa, isso não só por uma questão de dignidade ambiental, mas também se considerado for que o direito como um todo, e, por óbvio, também o direito penal, deve servir à sociedade e não ficar mergulhado num processo de isolamento capaz de conduzi-lo à autofagia. Contudo, muito menos tranquila é a resposta à pergunta sobre o que poderá ser feito para consagrar a tutela penal e sua utilidade quando o bem jurídico ofendido for difuso e quando boa parte dos agentes, além de possuir grande poderio econômico, não forem pessoas naturais, mas jurídicas.

A tais perguntas, formula-se uma hipótese de que o direito penal tem foro de legitimidade na seara difusa e, particularmente, no trato das questões ambientais mais relevantes para a subsistência da vida humana, como um seu instrumento de tutela. Para que, no entanto, seja possível existir estofo dogmático que lhe traga legitimidade, o direito penal deve curvar-se à nova realidade, ser capaz de tutelar bens jurídicos difusos e punir, sem qualquer ordem de preconceitos, as pessoas, naturais ou jurídicas, deflagradoras de condutas tipificadas em leis penais. No caso ambiental, todavia, a intervenção mínima do direito penal, princípio basilar para a própria existência desse ramo do direito¹, deve ser buscada quando a conduta, tipificada, representar alteração no equilíbrio ecológico, o que, aliás, é consagrado pelo *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

1 Discorre Paulo Queiroz que “a questão decisiva consiste em saber, portanto, quando a intervenção penal é legítima e conveniente, isto é, saber se, quando e como deve ter lugar semelhante estratégia, sempre condicionada pelos valores e princípios constitucionais que, expressa ou tacitamente, imediata ou mediatamente, regem o direito de punir. Desnecessário dizer que o juízo de conveniência ou utilidade constitui critério necessário, mas insuficiente para justificar a intervenção jurídico-penal, pois a pena deve ser a um tempo justa e necessária (útil) [...] Uma tal perspectiva conduz assim a um modelo de política criminal radicalmente descriminalizador; conduz a um modelo de direito penal mínimo, que nos parece o mais condizente com a Constituição, sobretudo em virtude de sua declarada vocação libertária” (2008, p. 115-116).

Para a sustentação da hipótese, serão analisados casos concretos de intervenção humana em episódios que redundaram em consequências danosas ao ambiente e ao próprio homem, como o já referido desastre ambiental no Golfo do México, com o derramamento de centenas de milhares de litros de petróleo, o que proporcionou evidente desequilíbrio ecológico pela mortandade de peixes e da flora aquática. Todavia, a análise não se limita apenas ao referido episódio, já que aborda o desenvolvimento do direito penal ambiental na iberoamérica, mais especificamente no Brasil, México, Argentina, Chile, Colômbia e Equador, com vistas à maior e melhor tutela do ambiente e, em consequência, à maior qualidade e dignidade da vida animal e vegetal.

A justificativa do trabalho recai na importância da análise da transformação do direito penal na iberoamérica para fins de proteção à dignidade ambiental, e, consequentemente, demonstrar, como objetivo geral, que o direito penal tem sido instrumento eleito para servir à tutela ambiental, cada vez mais reclamada.

A proposta metodológica é, sem prejuízo da análise de casos concretos que reclamam a intervenção penal, dedutiva, de forma a fazer com que, a partir da importância da manutenção do equilíbrio ambiental, a testagem da hipótese de que o ambiente requer a intervenção penal esteja dotada de estofamento argumentativo capaz de justificar tal intervenção, ainda que modificações dogmáticas sejam necessárias. Sem prejuízo da análise bibliográfica contida em livros e artigos, o texto também contém dados de natureza primária, em razão de pesquisa em jornais e revistas eletrônicas que trazem exemplos de aplicação prática do direito penal em prol do ambiente na iberoamérica.

A análise da sociedade do risco como propulsora de uma nova realidade do direito penal será o ponto de partida para que, em seguida, a abordagem recaia sobre a serventia do referido ramo do direito para a tutela de bens jurídicos difusos como o ambiente, sobre o direito penal como instrumento de dignidade ambiental e, por fim, sobre a proteção criminal do ambiente na iberoamérica.

2. Da Sociedade do Risco como Propulsora de Nova Política Criminal

Difícil seria, em outros tempos, ante a pouca importância dada ao fato de que os recursos naturais eram e são finitos ou mesmo por ignorar as mazelas do grande desenvolvimento tecnológico e científico, sustentar que o direito penal deveria ter um papel, mesmo que subsidiário e fragmentário como é de sua natureza, na proteção de bens jurídicos de natureza difusa. Hoje, todavia, a alusão “à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como ‘bens escassos’, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia” (SÁNCHEZ, 2011, p. 33), faz com que, também pela presença de realidades mais valoradas como o patrimônio histórico-artístico, vozes se levantem em torno da necessária expansão do campo de tutela do direito penal.

As grandes catástrofes naturais, que atingiram o homem de forma a que ele pudesse e devesse atentar para o perigo da exploração inadequada dos recursos naturais, a produção de poluição, em qualquer de seus níveis, e mesmo a escassez de água que, a exemplo do Brasil, tem fomentado programas de racionamento capazes de fazer com que a população perceba, em seu dia a dia, a importância do assunto, deve, ou pelo menos deveria, despertar a atenção de políticos para a confecção de normas penais concernentes à punição de comportamentos que atentem contra a dignidade de bens jurídicos difusos, muito caros à vida humana e dos espécimes animal e vegetal. Afinal, a confecção da norma, e aqui especificamente da norma penal, compreende uma opção política que, em determinado Estado, se entende por conveniente para a tutela dos bens jurídicos de maior magnitude.²

É nesse aspecto que a política criminal - aquela que, nos moldes de Zafaroni (2013), pode ser compreendida como a arte de governo no âmbito criminal, ou seja, as opções governamentais que dizem respeito ao fenômeno criminal e que orientam a confecção das normas penais - é afetada pelas novas demandas oriundas da sociedade hodierna. A mesma sociedade que, a um tempo, presencia a desenfreada busca pelo capital, a pujança tecnológica e exploração do ambiente, e, a outro, vivencia a escassez dos recursos naturais, os bolsões de miséria e a insegurança produzida pela ausência de referência espacial de danos, com frequência irreparáveis, oriundos de decisões humanas, e que contribuem para o que Beck (2010) difundiu como “sociedade de risco” ou como “sociedade de riscos”.

Nas palavras de Bauman, hoje

o terreno sobre o qual se presume que nossas perspectivas de vida se assemem é reconhecidamente instável - tal como são os nossos empregos e as empresas que os oferecem, nossos parceiros e nossas redes de amizade, a posição que desfrutamos na sociedade mais ampla e a autoestima e a autoconfiança que acompanham. O ‘progresso’ que já foi a manifestação mais extrema do otimismo radical e uma promessa de felicidade universalmente compartilhada e permanente, se afastou totalmente em direção do polo oposto, distópico e fatalista da antecipação: ele agora representa a ameaça de uma mudança inexorável e inescapável que, em vez de augurar

2 Utiliza-se aqui a compreensão, que embora se reconheça esteja longe de encontrar porto seguro na doutrina, de que a função do direito penal é a efetiva tutela de bens jurídicos. Se autores como Bettiol (1976, p. 179) sustentam que o direito penal deve orientar-se pela ideia de retribuição justa, o que acentua o caráter ético de suas considerações, aproximando-o de Welzel, para quem, a partir da distinção entre valor do resultado e valor da ação, a função do direito penal é proteger os mais elementares valores ético-sociais da ação (WELZEL, 1993, p. 5), outros, como Roxin, sustentam que o bem jurídico serve como parâmetro político-criminal à crítica legislativa, decorrendo, disso, “que o legislador só pode sancionar penalmente a violação ou a exposição a perigo de bens jurídicos” (ROXIN, 2013, p. 290).

a paz e o sossego, pressagia somente a crise e a tensão e impede que haja um momento de descanso.(BAUMAN, 2007, p.16)

Destaca-se que a incerteza e a volatilidade não apenas do capital, mas das próprias relações entre os seres, é uma característica hoje marcante da sociedade. Não se quer aqui dizer que a vida, no passado, produziu, por si, a seguridade dos seres quanto a álea do destino; o que se vê hoje, todavia, é um grande encurtamento, um maior estreitamento do contato do homem com os riscos impostos pelo novo modo de vida globalizado, o que coloca a própria vida humana à prova.

Assim, as nuances da vida moderna, ou pós-moderna, são demandas que se impõem aos Estados como aptas a ser regulamentadas em vista da própria manutenção da pacificação social, o que não pode fugir ao campo de ação de novas políticas criminais, ainda que se reconheça que o celeiro de produção de normas penais tenha levado tradicionalmente em conta o paradigma antropocentrista, eminentemente individualista.

Trata-se de um novo modelo de sociedade, que deflagra novos paradigmas de política criminal, principalmente em matéria ambiental, bem jurídico difuso e alvo das mais exponenciais investidas do homem. Afinal,

el Derecho Penal no puede anquilosarse en un mundo en permanente cambio, por el contrario, debe responder a sus necesidades, como de hecho, lo ha venido haciendo en otros dominios. En la adopción de medidas diferentes cuyos efectos recaigan sobre el objeto del daño y no sobre el causante del daño, está el futuro del Derecho del Ambiente, pues la simple transposición de las soluciones del daño general al daño ecológico se reveló insuficiente.

A un nuevo daño corresponden nuevas soluciones. Es necesario respetar la especificidad del problema ambiental creando las normas adecuadas y que se correspondan con la evolución del Derecho Ambiental (POZO, 2014, *online*).

3. Da Serventia do Direito Penal para a Tutela de Bens Jurídicos Difusos

O direito penal, como ramo do direito que é, possui a função de permitir pacificação social e, conseqüentemente, a própria vida em sociedade. Todavia, se tal função é comum aos ramos do direito em geral, o que o diferencia das demais disciplinas? Qual a razão de ser do direito penal se os demais ramos do direito possuem funções comuns a ele?

Para formular resposta às perguntas acima destacadas, cumpre dizer que o direito penal, por ser mais afitivo, principalmente em razão das penas privativas de liberdade que o diferenciam das demais disciplinas, é menos indulgente e, por isso, carrega consigo uma vasta gama de princípios de garantia ao cidadão, inclusive contra a própria onipotência do Estado.

A tutela dos bens jurídicos mais caros à sociedade, base sobre a qual se defende a mínima intervenção do direito penal³, é, por excelência, o ponto de partida para a compreensão daquilo que deve ou não ser objeto de tutela desse ramo do direito. E é nesse contexto de importância do bem a ser tutelado que não pode ser ignorado um papel qualquer ao direito penal em questões que dizem respeito à própria subsistência da vida planetária, o que também justifica o fato de que os bens, por excelência indispensáveis à subsistência do próprio homem, fiquem fora do campo de ação do direito penal.

Destaca-se, no entanto, que a dificuldade de se aceitar que o bem jurídico difuso possa ser objeto de tutela penal não diz respeito à sua assunção como objeto material da conduta humana. Quanto a isso, aliás, boa parte dos códigos penais mundiais do século passado já traziam, a título de exemplo, os crimes de incêndio e de epidemia como infrações penais de proteção à sociedade e dos interesses transindividuais⁴. A ideia de que uma autorregulação possa vir a resolver as questões afetas à pós-modernidade é tema superado, mesmo porque significaria pedir “ao mercado – na verdade, o mais autêntico produtor das dificuldades e desesperanças da sociedade técnica industrial – o remédio para a doença que ele próprio inoculou” (DIAS, 2015, *online*), o que levaria à renúncia de um “modelo de vida que fez do consumo o seu próprio motor e do aumento da produção o orientador de quase todo o conhecimento” (DIAS, 2015, *online*).

A grande questão diz respeito ao fato de que a magnitude do bem jurídico difuso reclama ações prognósticas e não retrospectivas, o que significa dizer que o direito penal deve renunciar a ideia de lesividade como um princípio basilar que reclama dano efetivo – e, assim, pretérito – ao bem jurídico tutelado. Este o desafio a ser superado, uma vez que, por tradição, o direito penal remonta ao passado, o que levou Cornelius Prittwitz a sustentar, em Congresso sobre globalização, risco e meio ambiente realizado em Granada, Espanha, que “o Direito Penal é o único ramo do Direito que não conhece sentenças direcionadas explicitamente ao futuro” (2013, p. 63). Contudo, como sustenta Figueiredo Dias, compete à dogmática penal ajustar-se ao novo da vida, e não o contrário. Afinal,

não haverá mais lugar para um pensamento que, como o mocho, levanta voo só ao anoitecer, que deixa as coisas acontecer para depois tentar remediá-las e cuja intervenção é por isso por essência retrospectiva e não prospectiva, conservadora e não propulsora, aniquiladora e não protetora das vítimas do sistema, que somos todos nós (DIAS, 2015, *online*).

3 A função de tutela dos bens jurídicos, compreensão que serve de base ao trabalho, foi destacada na nota de n. 4. Todavia, não se trata de uma mera e simples tutela de bens jurídicos, mas da tutela de bens jurídicos mais importantes à sociedade (daí o caráter fragmentário do direito penal), em casos de ofensa significativa a eles (razão pela qual não existe sequer tipicidade material no chamado “crime bagatela”).

4 No caso brasileiro, desde a década de 40 do século passado, o Código Penal já trazia as figuras do incêndio (artigo 250) e epidemia (artigo 267) como exemplo dos chamados crimes contra a incolumidade pública.

Não se trata, no entanto, de tarefa simples, já que a tradição individualista de tutela do bem jurídico engessa a dogmática penal de tal forma a contemplar a responsabilidade penal subjetiva como aquela que, sem exceções, deve ser a adotada pelo direito penal. É preciso, todavia, não ignorar que o homem é um ser social e que a viabilidade, tanto quanto mais possível, dos sistemas de proteção coletiva ante as exigências pós-modernas de vida em uma sociedade globalizada orientam, como já falado em tópico anterior, a necessidade de uma nova política criminal.

A tutela penal de bens jurídicos de natureza difusa diz, pois, respeito à própria vida do direito penal, que tem, como ramo do direito que é, uma função precípua de pacificação social em uma sociedade que vê, cada dia mais, a existência de conflitos envolvendo bens jurídicos coletivos e difusos, como aqueles que envolvem a agressão ao ambiente.

Assim, não é dado ao direito penal o privilégio de ignorar a existência de novos bens jurídicos que, de forma fragmentária e subsidiária, devem ser objeto de tutela penal. Daí poder-se até mesmo sustentar que novos interesses, assim considerados por Silva Sánchez (2011), conduzem a uma nova política criminal que deve ensejar a tutela de bens jurídicos coletivos. Afinal,

el derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya la aparición de nuevos bienes jurídicos – de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes –, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal. Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían – o no con la misma incidencia –, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas (SÁNCHEZ, 2011, p. 11).

Se, a título de exemplo, o meio ambiente, como bem jurídico difuso cujo equilíbrio é hoje reclamado como condição da própria sobrevivência humana, de presentes e futuras gerações, não pudesse ser tutelado pelo direito penal, como seria possível sustentar que este, como ramo do direito que é, fosse instrumento de pacificação social e, mais especialmente, de defesa dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade?

Se, portanto, a transformação dogmático-penal se fizer necessária por meio da chamada tutela de perigo abstrato⁵, da consagração dos chamados delitos de

5 “Esta categoria de delitos é cada vez mais utilizada pelo legislador, como técnica de tipificação de condutas, para fazer frente aos novos contextos de riscos, em que se quer evitar a ocorrência de resultados

acumulação⁶ ou da administrativização do direito penal⁷, fato é que, se preenchidos estiverem conceitos mínimos de taxatividade e determinabilidade da lei penal, tais transformações devem ser aceitas sem tergiversações, por se tratar de questão afeta não apenas à sobrevivência humana, mas também, e principalmente, no tocante aos objetivos do trabalho, como condição para a própria existência do direito penal, ou, pelo menos, de sua legitimidade social.

4. Da Tutela Penal Difusa como Instrumento de Dignidade Ambiental

A aptidão do direito penal para a efetiva proteção de bens jurídicos difusos imprescindíveis à própria vida não pode ser concebida sem qualquer prejuízo à visão antropocêntrica do objeto de tutela penal. Afinal, como se poderia sustentar, sem que hipocrisia houvesse, que fauna e flora marinhas não fossem dignos de tutela em caso, por exemplo, de uma grande catástrofe ambiental proporcionada pelo vazamento de grande quantidade de petróleo no mar?

Em muito acertadas, nesse sentido, são as considerações de Jorge de Figueiredo Dias:

Prejudicada fica igualmente uma concepção exasperadamente antropocêntrica dos bens jurídicos colectivos, ligada a um entendimento ‘monista-pessoal’ do bem jurídico, hoje doutrinariamente muito preconizado (com particular insistência por Hassemer e a chamada ‘Escola de Frankfurt’). Uma concepção, esta, que de bem jurídico só permite em rigor falar quando estejam em causa interesses reais, tangíveis e, por consequência, também actuais do indivíduo. Como prejudicada fica igualmente uma concepção antropocêntrica moderada do bem jurídico colectivo, que conduziria a afirmar a sua existência apenas se e na medida em que a

danosos, por meio da antecipação da incidência da atuação estatal. A intensificação da utilização dos crimes de perigo abstrato e sua aplicação em novos âmbitos de atividades passam a ser o instrumento nuclear da política criminal e, por isso, devem ser analisadas diante dos fins de um direito penal de um Estado Democrático de Direito”(BOTTINI, 2010, p. 23). Em tais delitos a relação entre a ação e o bem jurídico tutelado é particularmente longínqua.

- 6 Segundo os quais a esfera de punibilidade estaria preenchida somente com a provável acumulação dos comportamentos capazes de gerar, como na poluição, um resultado danoso. Isso, para os críticos, gera uma culpabilidade por fato de outrem, não compatível com o direito penal da culpa. Conforme Figueiredo Dias, a decisão de se permitir e punir tal ou qual delito de acumulação é “verdadeiramente difícil e que tem de ser cuidadosamente ponderada, nomeadamente em função das aquisições parcelares definitivas que vão sendo feitas pela Ciência”. (DIAS, 2015, *online*).
- 7 Pela observância, cada vez mais presente, de preceitos administrativos no corpo do tipo penal e, ainda, pela punibilidade da desobediência administrativa quando o direito administrativo não se mostrar forte o bastante para coibir a conduta comissiva ou omissiva. Diante dessa realidade e nos dizeres de Renato de Mello Jorge Silveira, ao se confundirem as instâncias, o direito penal assume a função de reforço na gestão ordinária da Administração, formatando-se verdadeira acessoriedade administrativa junto ao âmbito penal (2006, p. 143).

razão da tutela pudesse ainda ser reconduzida à protecção de bens jurídicos individuais; nesta acepção se exigindo que os bens jurídicos colectivos a tutelar se encontrassem de qualquer modo dotados de um ‘referente pessoal’, possuíssem um ‘núcleo personalizável’, fossem unicamente ‘dedutíveis’ a partir de bens jurídicos individuais (DIAS, 2015, *online*).

E para ponderar que a concepção antropocêntrica é capaz de gerar prejuízo à tutela dos bens jurídicos coletivos enquanto tais, o autor continua a discorrer:

O que parece haver de injustificável nesta limitação (e pode vir a afectar a efectividade de uma tutela penal das gerações futuras) é que, com ela, continuam a considerar-se os bens jurídicos colectivos como puros ‘derivados’ de bens jurídicos individuais; e, deste modo, a perspectivar a protecção penal colectiva como tutela antecipada de bens jurídicos individuais, em particular os da vida, da saúde e do património de pessoas singulares e concretas. Com esta formulação uma tal tese parece incompatível com o reconhecimento de verdadeiros bens jurídicos colectivos. Estes devem ser antes aceites, sem tergiversações, como autênticos bens jurídicos universais, transpessoais ou supra-individuais. Que também esta categoria de bens jurídicos possa reconduzir-se, em último termo, a interesses legítimos da pessoa, eis o que não será lícito contestar. O carácter supra-individual do bem jurídico não exclui decerto a existência de interesses individuais que com ele convergem: se todos os membros da comunidade se vêm prejudicados por condutas potencialmente destruidoras da vida, cada um deles não deixa individualmente de sê-lo também e de ter um interesse legítimo na preservação das condições vitais. Mas se, por exemplo, uma descarga de petróleo no mar provoca a morte de milhares de aves marinhas e leva inclusivamente à extinção de alguma espécie rara, também aí pode verificar-se a lesão de um bem jurídico colectivo merecedor e carente de tutela penal, ainda que tais aves sejam absolutamente insusceptíveis de utilização por parte do homem. Não parece possível descortinar aqui, ao menos em via de princípio, ofensa de um qualquer bem jurídico individual, possibilidade de referência a ele ou cadeia dedutiva que a ele conduza. E todavia, as aves referidas, se bem que não «utilizáveis» por quem quer que seja, já nascido ou ainda não nascido, constituem um património de todos. Se as não protegermos as gerações futuras não terão a possibilidade de as apreciar, apesar de que nós tenhamos podido fazê-lo (DIAS, 2015, *online*).

O prejuízo da concepção antropocêntrica do bem jurídico difuso não significa, todavia, que este, como é o ambiente, não possa ser dotado de um suporte em legítimos interesses individuais, mesmo porque hoje, cada vez mais conscientes da importância da preservação do ambiente para a própria vida humana, as pessoas, “longe de se limitarem a chorar na exclusão, cada vez mais reclamam, individual e colectivamente, serem ouvidos

e organizam-se para resistir contra a impunidade” (SANTOS, 2007, p. 10). O que se advoga, contudo, é que a dignidade, assim considerada como o respeito à existência e à singularidade, seja também observada quanto ao ambiente⁸ e, portanto, em relação aos seres vivos em geral, com envergadura tal que sejam estes valorados de per si.

Advoga-se, pois, que a tutela penal do ambiente sob o ponto de vista ecológico contribui para a “conservação das propriedades e das funções naturais desse meio, de forma a permitir a existência, a evolução e o desenvolvimento dos seres vivos” (MACHADO, 2010, p. 57-58).

Se a atuação penal, como até então se disse, deve ser selecionada apenas para a tutela de bens jurídicos importantes e para as agressões mais significativas a esses bens, a intervenção penal em prol do ambiente consagra uma maior dignidade a ele enquanto bem jurídico difuso.

O tópico seguinte abordará, nessa perspectiva de intervenção penal ambiental, a realidade do tema na iberoamérica, com destaque para Brasil, México, Argentina, Chile, Colômbia e Equador, sem, todavia, em face da própria limitação textual, qualquer pretensão de esgotar o assunto.

5. Da Tutela Penal Ambiental na Iberoamérica

Se os desafios da tutela penal de bens jurídicos difusos, dentre os quais o ambiente, se impõe a todos os países, mesmo porque a dogmática penal clássica é universal, no Brasil e na América espanhola esses desafios não são menores ou menos tortuosos. Nota-se, no entanto, que, de forma geral, os problemas relacionados às modificações climáticas, às grandes catástrofes ambientais e à escassez de recursos que, como a água, eram tidos outrora como abundantes e hoje são motivo de políticas públicas de racionamento, deflagraram uma maior preocupação dos governantes na atribuição ao direito penal de um papel de relevo na tutela do ambiente.

No Brasil, o que se viu, a partir da Constituição Federal de 1988, especificamente em relação à regulamentação legislativa do disposto em seu artigo 225, § 3º por meio da Lei 9605/98, foi o incremento significativo de condutas penalmente tipificadas em defesa da fauna, da flora, do ordenamento urbano, do patrimônio cultural e da administração ambiental, o que tem balizado a interpretação dos Tribunais Superiores quanto à admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, mesmo que de forma independente da pessoa natural.

8 Assim como os animais, dispõe Jürg Stöcklin, professor de botânica da Universidade da Basileia, Suíça, que as plantas possuem um valor moral, são dotadas de “uma capacidade perceptiva ultrasensível e interação de maneira complexa com sinais exteriores”. (2015, *online*).

Nesse sentido, ressalta-se a importância da mudança de paradigma que até então vicejava no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica pressupunha a persecução simultânea em face da pessoa natural dotada de capacidade de culpabilidade. Isso porque a Suprema Corte brasileira entendeu pela possibilidade da responsabilidade penal isolada da pessoa jurídica ao argumento de que a Constituição Federal não impôs qualquer restrição à responsabilidade unitária dela em prol de uma tutela mais consistente do ambiente. O caso submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal decorreu de derramamento de aproximadamente quatro milhões de óleo cru nos rios Barigui e Iguaçu, bem como em suas áreas ribeirinhas, oriundo de exploração por pessoa jurídica, no caso a Petrobrás S/A, de empreendimento de refino de petróleo no Estado do Paraná. A decisão, publicada em 30 de outubro de 2014, foi assim ementada:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação

de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (BRASIL, 2013).

No México, a destacada proteção ambiental tomou corpo a partir da reforma penal de 1996 que reuniu os delitos ambientais, antes encontrados em leis esparsas, em título próprio no Código Penal, o que mereceu destaque de Vite Angeles (2000) para quem, diante da sistematização dos crimes e da maior clareza dos tipos penais, proporcionou mais efetividade para a tutela do ambiente.

Em abril de 2010, aliás, o Golfo do México foi assolado por vazamento de 4,9 milhões de barris de petróleo ao longo de três meses, fruto de acidente com a plataforma Deepwater Horizon, da British Petroleum (BP), o que proporcionou um desequilíbrio ambiental sem precedentes na região e que culminou com a morte de 11 trabalhadores, de milhares de aves marinhas, lontras e focas, águias e orcas, sem prejuízo do grande estrago provocado na flora aquática⁹ e que proporcionou uma mancha sobre o Oceano Atlântico do tamanho correspondente a onze vezes o da cidade do Rio de Janeiro.

É certo que as leis norte-americanas foram aquelas aplicadas ao caso, porquanto ocorrido o fato no mar territorial americano, com grandes repercussões no México. Todavia, a discussão criminal tem produzido consequências, também no México, sobre a legitimidade, no sentido afirmativo, da precaução como princípio a ser aplicado também no direito penal para justificar a construção de tipos penais de perigo abstrato que já se fazem presentes na legislação mexicana. Nesse sentido, dispõe o artigo 416 do Código Penal mexicano que

se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, al que ilícitamente descargue, deposite, o infiltre, lo autorice u ordene, aguas residuales, líquidos químicos o bioquímicos, desechos o contaminantes en los suelos, subsuelos, aguas marinas, ríos, cuencas, vasos o demás depósitos o corrientes de agua de competencia federal, que cause un riesgo de daño o dañe a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a la calidad del agua, a los ecosistemas o al ambiente.

Aliás, em janeiro de 2011, em vista da catástrofe ocorrida no Golfo do México, já sustentava Uhlmann, da Universidade de Michigan, que a questão do processo penal referente ao vazamento de petróleo seria capaz de deflagrar questões afetas à própria responsabilidade penal por fato meramente culposo em situações dessa envergadura:

But criminal prosecution of the Gulf oil spill may raise questions about the role of criminal enforcement under the environmental laws, including whether ordinary negligence should result in criminal liability as

⁹ Destaque, no caso, aos Times Topics do jornal The New York Times.

well as what the proper normative relationship should be between culpable conduct and environmental harm¹⁰. (UHLMANN, 2011, p. 1413).

Tal fato, inclusive, serviu de paradigma para que, no Brasil, em razão do vazamento, em novembro de 2011, no Campo do Frade, Bacia de Campos, de cerca de 3,7 mil barris de petróleo, houvesse processo-crime, que ainda tramita na 10ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, no qual se encontram denunciadas as empresas Chevron, Transocean e outras 17 pessoas por crimes de poluição e extração de recursos minerais em desacordo com a autorização obtida. A influência do derramamento de petróleo no Golfo do México foi tamanha no caso que, segundo a Forbes, em edição eletrônica de 20 de março de 2012, a “Chevron Becomes The BP Of Brazil” (2012, *online*).

No caso argentino, embora não exista uma legislação penal ambiental específica e autônoma, a Lei 24051, de 1991, chamada de ley de residuos peligrosos, dedica o capítulo IX ao regime penal e, nessa perspectiva, “parte de la doctrina suele, genéricamente, considerarlo como el ámbito por antonomasia que tipificaría los delitos ‘ambientales’. De hecho, la jursiprudencia tiene a acudir a ellas cuando aborda cuestiones penales ambientales” (GABANILLAS, 2009, p. 26).

Situação curiosa, todavia, é que a Argentina, malgrado não possua corpo legislativo próprio no tocante ao direito penal ambiental, assistiu a um alvissareiro entendimento jurisprudencial no tocante à dignidade animal. Assim é que, recentemente, em dezembro de 2014, a Câmara de Cassação Penal de Buenos Aires decidiu que, embora um orangotango, conhecido por Sandra, não se tratasse de ser humano, é dotada de sentimentos e, por isso, fez jus à concessão de ordem de *habeas corpus* proposta, em seu favor, pela Associação de Funcionários e Defensores dos Direitos dos Animais (AFADA) para que fosse libertada da vida em cativeiro há mais de 20 no zoológico de Buenos Aires (DOMTOTAL, 2014). Observa-se, assim, que, senão por leis, mas práticas judiciais, a Argentina demonstra zelo pela dignidade animal e vislumbra sede, no campo penal, para discussões referentes à fauna como medida de dignidade animal.

A preocupação em relação à tutela ambiental pelo direito penal também é observada no Chile. Isso porque, embora não se tenha ainda um delito que puna conduta atentatória ao bem jurídico meio ambiente - este entendido num sentido integral que compreende água, ar, terra e sistemas biológicos -, o que se tem visto nos últimos anos, mormente em face de ser um país vítima de grandes catástrofes naturais¹¹, é a pujante onda de projetos

10 “Mas o processo criminal sobre o derramamento de óleo do Golfo pode levantar questões sobre o papel da execução penal nos termos da aplicação da legislação ambiental, incluindo-se a negligência que deve resultar em responsabilidade criminal, bem como a legislação normativa adequada entre o comportamento culposo e os danos causados.” Tradução nossa.

11 Lembra-se aqui, apenas a título de exemplo, a erupção do vulcão Puyehue, em 4 de junho de 2011, que proporcionou o lançamento de fumaça de gases vulcânicos para além de 10 quilômetros de altura, e,

de lei tendentes a sancionar delitos contra o meio ambiente, sejam eles cometidos por pessoas naturais ou jurídicas.

Consoante Mario Maturana Claro (2009), o projeto tendente à responsabilidade penal da pessoa jurídica, já vigente no Chile desde 2009 quanto aos delitos econômicos, tem fundamento

en la convicción del derecho comparado, en cuanto la legislación penal es un instrumento necesario para preservar el medio ambiente, revisa alguna legislación comparada y la doctrina nacional en la materia, no sólo en materia de penalización de los atentados al medio ambiente, sino que también respecto de posibilidad de sancionar a personas jurídicas como a personas naturales por dichos ilícitos. En los fundamentos de este proyecto se señala que, para evitar confusiones normativas, las expresiones utilizadas en el texto corresponden lo más fielmente posible con los conceptos definidos en la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente “para todos los efectos legales” que reseñamos con anterioridad. En lo relativo al medio ambiente, este proyecto agrega seis artículos al Código Penal, mediante los cuales se sanciona a las personas naturales y a las personas jurídicas responsables de una actividad que en su operación produzcan un grave daño ambiental. Sanciona también, al máximo de las penas, si el grave daño ambiental pone en serio peligro la vida o la salud de personas determinadas. Como en el proyecto anterior, si el grave daño ambiental produce lesiones o la muerte de una o más personas. Sanciona en forma separada el delito culposo de grave daño ambiental, a las personas naturales o jurídicas responsables (CLARO, 2009, p. 211).

Destaca Claro, todavia, que, em relação à saúde animal e vegetal, já existem tipos penais em vigor que têm por propósito tutelá-los. Nesse sentido,

el párrafo 9 del Título VI del Libro II del Código Penal, denominado *Delitos relativos a la salud animal y vegetal*, sanciona a los que sin permiso de la autoridad competente propagaren una enfermedad animal o una plaga; la propagación de enfermedades que afecten la salud animal o vegetal con motivo de la introducción ilícita a país de animales o especies vegetales, etc. (2009, p. 209).

A responsabilidade penal por crimes ambientais na Colômbia encontra-se prevista nos artigos 328 e 329 do Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000, em vigor desde 24 de julho de 2001. Externa Macías Gómez que

Los principales tipos penales establecidos en el código son:

principalmente, o terremoto, de magnitude 8,8, que atingiu a região central do Chile na madrugada de 27 de fevereiro de 2010.

- Ilícito aprovechamiento de recursos naturales renovables
- Violación de fronteras para la explotación de recursos naturales
- Manejo ilícito de microorganismos nocivos
- Daño a los recursos naturales
- Contaminación ambiental
- Experimentación ilegal en especies animales o vegetales
- Pesca ilegal
- Caza ilegal
- Invasión de áreas de especial importancia ecológica
- Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales (2009, p. 226).

Referido advogado sustenta que diversas foram as condenações aplicadas aos infratores do corpo normativo penal ambiental. Salienta, contudo, que os condenados são “personas de sectores de la pequeña industria o incluso sectores populares, no ha habido un fallo penal por una contaminación considerable producida por una gran empresa” (GÓMEZ, 2009, p. 226).

Por fim, a experiência equatoriana também revela a preocupação com a tutela ambiental. Essa preocupação teve como marco as reformas constitucionais deflagradas em 1996 e que, dentre outros aspectos, requeriam a tipificação das infrações penais de tutela ambiental. De se destacar que, em 1998, o festejado penalista equatoriano Ramiro Aguilar já sustentava, em artigo sobre tendências do direito penal contemporâneo:

En relación con el medio ambiente, es necesario que el legislador ecuatoriano modernice viejas infracciones como la destrucción de bosques y se plantee la conservación del hábitat como un interés nacional. Hay necesidad de tipificar ciertas conductas como delictivas: El vertimiento de desechos tóxicos en ríos, la contaminación atmosférica, la deforestación en áreas protegidas o restringidas, la caza de especies en vías de extinción; etc (AGUILAR, 1998, p. 155).

Essa consciência deflagrou uma nova realidade estampada na própria Carta Constitucional equatoriana consoante destacam Bormman Peñaherrera e Hugo Echeverría:

Esta necesidad normativa fue respaldada, como se ha mencionado, por las reformas constitucionales ecuatorianas de 1996 y 1998 que reconocieron y garantizaron a la sociedad los derechos ambientales que la Constitución de la República vigente ratifica y complementa. En efecto, el 20 de Octubre del año 2008 entró en vigencia la nueva Constitución de la República del Ecuador, cuyo contenido favorece la protección ambiental,

sustentada en disposiciones de reparación, remediación e inclusive de procedimientos legales (2009, p. 243).

E, no âmbito normativo penal, destacam os autores equatorianos que

la Ley 99-49 tipificó las infracciones ambientales como delitos contra la seguridad pública. Si se analizan las corrientes normativas vigentes, puede concluirse que, en efecto, los delitos ambientales son infracciones que atentan contra la seguridad pública. Esto obedece, en principio, a la naturaleza del bien jurídico protegido que, en materia ambiental, es colectiva; pero también al sujeto pasivo de la infracción que, también en principio, es indeterminado. La tipificación de los delitos ambientales se fundamenta en la infracción del derecho constitucional a vivir en un ambiente sano, libre de contaminación y ecológicamente equilibrado, que la Constitución del Ecuador garantiza a las personas desde 1983 y a la población desde 1996. La Constitución vigente ratifica el carácter constitucional de estos derechos en los artículos 1423 y 66(27). (2009, p. 250).

Observa-se, portanto, que, no Equador, assim como nos países iberoamericanos acima referidos, o ambiente tornou-se uma preocupação estampada não apenas em leis esparsas como também no próprio Código Penal, quando não em capítulos específicos, em dispositivos capazes de tutelar a vida e a saúde dos seres em geral.

Se muito há o que ser feito ainda quanto à proteção legislativo-penal da dignidade do ambiente, vê-se, todavia, que a iberoamérica, mormente diante de situações concretas vivenciadas por alguns países, não faz ouvidos moucos à tutela penal ambiental e tem evoluído nesse sentido.

6. Conclusões

O direito penal, enquanto ramo do direito legitimado a tutelar bens jurídicos de grande magnitude e ante as mais ponderáveis ofensas a ele, encontra, cada vez mais, campo fértil de atuação na defesa do ambiente e, por conta disso, contribui, sobremaneira, para a dignidade ambiental, enquanto bem a ser tutelado e valorado de per si.

Se a dogmática penal secular consagra uma já tradicional esfera interpessoal de atuação, bens jurídicos como o meio ambiente, exatamente por reclamar efetiva defesa em prol da proteção das presentes e futuras gerações, ensejam uma nova política criminal e, em consequência, transformações dogmáticas capazes de proporcionar a defesa do bem jurídico difuso, inclusive contra ações de pessoas jurídicas.

É certo que toda transformação, principalmente de ordem dogmática, pressupõe a legitimidade social, sem a qual o direito, e particularmente o direito penal, não encontraria

celeiro adequado para proporcionar pacificação social e tutelar bens jurídicos difusos. Todavia, diante das grandes catástrofes naturais e da deterioração das realidades que, aos olhos da sociedade, eram outrora abundantes e hoje são consideradas como escassas embora imprescindíveis para a vida humana, animal e vegetal, a questão é relevante para todo e qualquer país, conquanto diferentes sejam as medidas adotadas e diferentes sejam os estágios de desenvolvimento quanto à adoção do direito penal como ramo próprio de tutela ambiental.

Ao objetivo de demonstrar que o direito penal pode e deve tutelar o ambiente, firmou-se a hipótese de que ele deve servir a vida e não o contrário, ainda que modificações dogmáticas como, por exemplo, a capacidade de culpabilidade da pessoa jurídica seja um norte importante para a tutela do ambiente já que, sem sombra de dúvidas, é ela que detém a maior capacidade econômica e operacional de proporcionar danos de maior magnitude ao ambiente.

Da análise do enfrentamento da questão na iberoamérica, as referências feitas ao Brasil, México, Argentina, Colômbia e Equador demonstram que a preocupação quanto à tutela do ambiente é também uma realidade neles presente, o que reflete um prognóstico de maior aplicabilidade do direito penal para a tutela ambiental, mormente por se tratar de área geográfica afetada por grandes catástrofes naturais e humanas.

7. Referências

- AGUILAR, Ramiro T. Las nuevas tendencias del derecho penal contemporáneo. **Revista Ruptura**. Quito. Asociación Escuela de Derecho (PUCE), n. 41, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2010.
- BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**. 9. ed. Padova: CEDAM, 1976.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- BRASIL. **Lei Federal 9.605/98**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 20 fev. 2015.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** 548181. Relatora Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 06/08/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+548181%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 abr. 2015.
- CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. El derecho ambiental en la República Argentina. *In O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (org.). Porto Alegre: Suliani Editografia Ltda, p. 16-31, 2009.
- CLARO, Mario Maturana. Situacion penal de los atentados al medio ambiente en Chile. *In O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (org.). Porto Alegre: Suliani Editografia Ltda, p. 208-213, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na protecção das gerações futuras**. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2015.
- DOMTOTAL. **Habeas corpus é concedido a orangotango**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/noticias/detalhes.php?notId=846134>> Acesso em: 28 dez. 2014.
- GÓMEZ, Luís Fernando Macías. Derecho ambiental colombiano. *In O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (org.). Porto Alegre: Suliani Editografia Ltda, p. 215-240, 2009.
- FORBES. **Chevron becomes the BP of Brazil**. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/kenrapoza/2012/03/20/chevron-becomes-the-bp-of-brazil/>>. Acesso em: 24 abr. 2015.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- PEÑAHERRERA, Bormman; ECHEVERRÍA, Hugo. El papel de la Fiscalía en materia penal ambiental en el Ecuador. *In O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (org.). Porto Alegre: Suliani Editografia Ltda, p. 241-265, 2009.
- POZO, Israel Hernández. **Cuba: Importancia de la protección penal del medio ambiente**. 2007. Disponível em: <<http://www.gestiopolis.com/administracion-estrategia/>>

- importancia-de-la-proteccion-penal-del-medio-ambiente-en-cuba.htm>. Acesso em: 25 fev. 2015.
- PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada do risco: defesa de um papel necessariamente modesto. *In* Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, p. 53-66, 2013.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; CHAVES, Luiz Antônio. Os atos ilícitos praticados no âmbito do reflorestamento no norte de Minas Gerais e Alto Jequitinhonha: Estudo de caso e repercussão penal. **Revista Veredas do Direito**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, v. 11, n. 21, p. 317-339, 2014.
- ROXIN, Claus. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. *In* Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, p. 289-307, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed Buenos Aires: EDISOFER S.L., 2011.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal do perigo**. São Paulo: RT, 2006.
- STÖCKLIN, Jürg. **As plantas também têm dignidade**. Disponível em: <<http://www.swissinfo.ch/por/as-plantas-tamb%C3%A9m-t%C3%A4m-dignidade/6602360>> Acesso em: 24. abr. 2015.
- The New York Times. **Gulf of Mexico oil spill (2010)**. Disponível em: <http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/o/oil_spills/gulf_of_mexico_2010/index.html> Acesso em: 24 abr. 2015.
- UHLMANN, David M. **After the spill is gone: the Gulf of Mexico, environmental crime, and the criminal law**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1740567> Acesso em: 18 abr. 2015.

VITE ANGELES, Bruno N. **Ideias para um direito penal ambiental mexicano.** Revista de Direito Ambiental, ano 5, n. 17, p. 9 – 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 2000.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán.** Tradução de J. Bustos Ramirez y Sergio Yánes Pérez. 4. ed. Santiago: Jurídica do Chile, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DA PSICANÁLISE À NEUROCIÊNCIA: DO FIM AO FIM DA CULPABILIDADE NA DOCTRINA IBÉRICA – UMA VISÃO CRÍTICA

SEBÁSTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

Advogado, Mestre e Doutor em Direito pela UFBA, Professor Adjunto de Direito Penal da Graduação e Pós-Graduação (*mestrado e doutorado*) da UFBA, Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Direito.

Resumo

Diante dos recentes estudos neurocientíficos que apontam a consciência como complexo de reações neurais processadas no sistema límbico, os critérios de atribuição de responsabilidade penal ao indivíduo concreto, notadamente a culpabilidade, passam a sofrer os reflexos desta nova teoria, uma vez que a responsabilidade individual será fundamentada em outros suportes, distintos da ideia de liberdade. O presente trabalho, portanto, propõe discutir as repercussões das descobertas neurocientíficas dentro de um sistema normativo e de responsabilidades firmados na ideia de que o comportamento humano é fundado na liberdade individual. Para tanto, será abordado no primeiro capítulo o conceito de culpabilidade material, fundamentado no “poder atuar de outro modo” e as críticas do finalismo à referida teoria, seguido de uma abordagem em torno da suposta insustentabilidade de um Direito Penal fundado na culpabilidade, sustentada por Gimbernat Ordeig. Discute-se, em seguida, a possibilidade de alteração de paradigma para imposição da pena, substituindo a culpabilidade pela ideia de necessidade da pena. Ao final, são abordadas as características da nova teoria neurocientífica sobre o processo de tomada de decisão do homem e sua possível interferência na atual formulação da culpabilidade material.

Palavras-chave

Direito Penal; Culpabilidade; Neurociência.

Resumen

Los recientes estudios neurocientíficos identifican la conciencia como un conjunto de complejas reacciones neuronales procesadas en el sistema límbico. Eso cambia los criterios de adjudicación de la responsabilidad penal a la persona concreta, sobre todo la

culpabilidad, sufriendo las consecuencias de esta nueva teoría, ya que la responsabilidad individual será basada en otros medios, distintos de la idea de libertad. Por tanto, este estudio tiene como objetivo analizar el impacto de los hallazgos neurocientíficos dentro de un sistema de responsabilidades establecidas en la idea de que el comportamiento humano se basa en la libertad individual. Para ello, será cubierto en el primer capítulo el concepto de material de culpabilidad, basado en el “poder para actuar de otra manera” y la crítica de la finalidad a que la teoría, seguida de una aproximación en torno a la supuesta insostenibilidad de un derecho penal basado en la culpa, sostenida por Gimbernat Ordeig. En seguida, se discute la posibilidad de cambio de paradigma para la imposición de una pena, cambiando de la idea de culpabilidad pela prevención a partir de criterios neurológicos. Al final, se abordan las características de la nueva teoría de la neurociencia sobre el proceso de toma de decisiones del hombre y su posible interferencia en la actual culpabilidad material de formulación

Palabras clave

Derecho Penal; Culpabilidad; Neurociencia.

1. Introdução

Há pelo menos dois séculos o Direito Penal convive com as discussões sobre livre arbítrio e determinismo. Desde a conhecida luta das Escolas no Século XIX, a liberdade humana ocupa posição central como fundamento dos comportamentos humanos, seja para confirmar, negar ou até mesmo assumir uma postura agnóstica em relação às capacidades de atuação alternativa do ser humano.

No Século XX, a discussão, no âmbito jurídico-penal, centrava-se sobretudo na construção do conceito de injusto pessoal e a concepção material de culpabilidade formulada por Welzel e sua Teoria Finalista da ação, que concebía o fundamento da censura pessoal do autor na ideia de “poder atuar de outro modo”, fundado na concepção de liberdade examinada sob os aspectos antropológico, caracterológico e categorial.

Ocorre que as questões erigidas como centrais pelo finalismo estão em crise. No âmbito jurídico, o finalismo vem perdendo espaço para concepções funcionalistas de Direito Penal, em que a ideia de liberdade vem sendo paulatinamente substituída pela concepção de motivabilidade, sendo esta o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto. A concepção sobre o “poder atuar de outro modo”, alicerce da culpabilidade finalista, vem sendo substituído por uma posição agnóstica, em que a liberdade de decisão deixa de ocupar o centro das discussões em matéria de culpabilidade.

Se, no âmbito jurídico, a liberdade finalista vem, pouco a pouco, sendo superada, a neurociência traz novas contribuições que podem reformular por completo aquilo que tradicionalmente se compreende como sendo culpabilidade.

Novos estudos neurocientíficos têm posto em dúvida até mesmo os fundamentos de um conhecido dualismo cérebro-mente, em que a consciência acaba sendo concebida como um complexo de reações neurais processadas no sistema límbico, concepção que poderia modificar por completo todo o sistema de atribuição de responsabilidade pessoal a um indivíduo concreto.

Se torna fácil, portanto, atribuir à descobertas neurocientíficas o “fim” da culpabilidade, em que a responsabilidade individual será fundamentada em outros suportes, distintos da ideia de liberdade.

No entanto, cumpre asseverar que a neurociência terá dificuldades em encontrar o correlato cerebral da responsabilidade, pois esta é uma atribuição social que se faz a pessoas, e não a processos cerebrais. Este trabalho, portanto, propõe discutir as repercussões das descobertas neurocientíficas dentro de um sistema normativo e de responsabilidades firmados na ideia – constitucionalmente assegurada, inclusive – de que o comportamento humano é fundado na ideia de liberdade.

Para tanto, será abordado no primeiro capítulo o conceito de culpabilidade material fundamentado no “poder atuar de outro modo” e as críticas do finalismo à referida teoria. No segundo capítulo será tratada a suposta insustentabilidade de um Direito Penal fundado na culpabilidade, sustentada por Gimbernat Ordeig, passando a tratar, no capítulo subsequente, da possibilidade de alteração de paradigma para imposição da pena, substituindo a culpabilidade pela ideia de necessidade da pena. Por fim, discute-se acerca das novas teorias neurocientíficas do processo de tomada de decisão do homem e sua possível interferência sobre a atual formulação da culpabilidade.

2. O “Poder Atuar de Outro Modo” e as Críticas ao Finalismo

Não são poucas as teses que consideram a culpabilidade um conceito que parte de premissas indemonstráveis, e por esta razão constituem um conceito desnecessário para o Direito Penal. Na última metade do século XX, quando se faz referência a “premissas indemonstráveis”, quer se tratar, sobretudo, do fundamento material da culpabilidade como “poder atuar de outro modo”, a partir da concepção finalista de culpabilidade.

O conceito de ação, para o finalismo, funda-se nas estruturas lógico-objetivas e possuem como componentes ônticos a capacidade de atuar de modo final, em que o ser humano é responsável na medida em que pode dirigir sua atividade de modo consciente a uma meta, trazendo consigo a capacidade de obrigar-se ético-socialmente. A estrutura final da ação e a capacidade de autodeterminação conforme sentido são estruturas lógico-objetivas da condição de pessoa, que devem ser observadas e respeitadas pelo Direito (GRACIA MARTÍN, 2004).

Com base nessa concepção, Welzel (2004) conceitua culpabilidade como a falta de autodeterminação conforme o sentido em um sujeito que era capaz de tê-la. Não é a decisão em si mesma, mas sim o fato de o ser humano deixar-se arrastar por impulsos contrários ao valor. Portanto, a culpabilidade não seria uma livre decisão em favor do mal; ela consiste no fato do sujeito deixar-se prender pela coação causal dos impulsos, sendo capaz de determinar-se conforme o sentido. Conclui, então, que a culpabilidade não é um ato de livre autodeterminação, senão precisamente a falta de uma decisão conforme o sentido em um sujeito responsável.

O posicionamento finalista, soberano na doutrina penal desde o pós-guerra até fins da década de 60, trouxe significativas modificações na culpabilidade normativa, notadamente pelo fato de ter excluído todos os objetos de valoração do conceito de culpabilidade, o qual passou a ser, efetivamente, um juízo de valor, representado pela ideia de reprovabilidade.

Os principais questionamentos à culpabilidade definida pelo finalismo não foram centrados no deslocamento do dolo ou da imprudência para o tipo de injusto, nem tampouco pela definição dos elementos da culpabilidade normativa, que, com maiores ou menores variações, firmaram-se como sendo a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento do injusto e a exigibilidade de outra conduta. Os aspectos formais da culpabilidade finalista foram adotados pelo pensamento penal que o sucedeu. Pode-se dizer que a culpabilidade formal pós-finalista evoluiu a partir daquela estruturada por Welzel.

Na verdade, as críticas à concepção finalista de culpabilidade surgem pelo paradigma hermético da sua construção dogmática, alheia à política criminal e, sobretudo, no fundamento da culpabilidade: a liberdade de agir conforme o sentido, que termina no conceito de poder atuar de outro modo.

Hassemer (1994, p. 44) refere que a Teoria Final da Ação teria entrado em jogo com um saber homogêneo sobre o núcleo do Direito Penal – ação, antijuricidade e culpa – assentada sobre o “ser”, sobre a “natureza das coisas”, fazendo com que o pensamento jurídico-penal estivesse concentrado em fundamentos teóricos e na solidificação hermética dos enunciados científicos. Isto representava, para Hassemer, um “veneno” para qualquer relevância político-criminal deste tipo de ciência¹. Argumenta, então, que o finalismo não estava equipado para uma abordagem político-criminal, na medida em que não teria preocupação com os dados empíricos da realidade sancionatória nem sobre o controle das

1 Em sentido contrário, ressaltando o conteúdo garantidor da estrutura ontológica das coisas, MINAHIM e COELHO, apontam que “*O esvaziamento dos conceitos consiste, no campo do Direito, em retirar de certos seres propriedades que constituem sua essência, permitindo então um tratamento jurídico diferenciado daquele que lhe seria dado caso essa propriedade fosse reconhecida porque ela simboliza um valor que se deve preservar*” (MINAHIM, COELHO, 2007, p.106).

condutas desviantes. Conclui que se estabelece um impasse insuperável entre finalismo e política criminal, na medida em que esta se baseia na capacidade e disposição de compromisso entre os contendores, enquanto aquele firma suas convicções na “essência imutável das coisas”.

Desde a década de 60 do século XX, quando as bases da teoria normativa pura já tinham sido acolhidas pelos Tribunais na Alemanha, já se buscava uma alternativa, no campo doutrinário, à tese de liberdade de Welzel e o seu “poder atuar de outro modo”. São conhecidas, no aspecto, as críticas de English, na sua conhecida obra *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, na qual sustenta ser impossível provar empiricamente o livre-arbítrio *welzeliano*, base do juízo de reprovação da teoria normativa da culpabilidade. Hassemer (1994, p. 46) também faz referência às conhecidas críticas de English ao finalismo, sendo que este último questionava: “*onde termina e começa a estrutura do Ser e onde se insere o foco da valoração?*”, indagando, também, quais os critérios mediante os quais é possível decidir, na constatação da “natureza pessoal” do ser humano, o que deveria ser creditado na conta da realidade preexistente ou na conta da valoração jurídica.

Em relação às críticas de English, Welzel (2004) elaborou um estudo dirigido a respondê-las, reafirmando sua tese de que o homem é livre e será culpável na medida em que dirigiu sua vontade para o injusto, quando poderia fazê-lo de modo distinto.

Baratta (1985, p. 14) afirma que, no plano técnico-jurídico, a construção dogmática de Welzel poderia acarretar um círculo vicioso, na forma assim descrita:

Depois da sistematização dada por Welzel ao desenvolvimento da concepção normativa da culpabilidade, restava por resolver o seguinte problema: se a culpabilidade é a censura pela determinação subjetiva do comportamento, como escapar do ciclo vicioso, no qual o fato de que a determinação subjetiva do comportamento seja valorada negativamente – segundo o disposto por uma norma –, resulta considerado como o critério mesmo dessa valoração? E como precisar um referente objetivo de juízo sem aceitar o princípio ontológico e metafísico da livre vontade, baseado na hipótese de “ter podido atuar conforme a norma”, que constitui uma circunstância real, a qual, como atualmente está demonstrado, não é verificável empiricamente depois de que já se tenha realizado o comportamento ilícito e que, em todo caso, não verificável dentro dos limites heurísticos do processo penal?²

2 No original: “*Después de la sistematización dada por Welzel al desarrollo de la concepción normativa de la culpabilidad, quedaba por resolver el siguiente problema: si la culpabilidad es la reprochabilidad por la determinación subjetiva del comportamiento, ¿cómo escapar al círculo vicioso en el cual el hecho de que la determinación subjetiva del comportamiento sea valorada negativamente -según lo dispuesto por una norma-, resulta considerado como el criterio mismo de esa valoración?, y ¿cómo precisar un referente objetivo del*

No âmbito mais específico dos fundamentos da culpabilidade, Montes Huapaya (2007) menciona três aspectos polêmicos sobre o posicionamento finalista: a) a ideia de livre-arbítrio; b) o paradigma de inexigibilidade; c) o caráter moralizante da expressão reprovabilidade.

Com relação ao livre-arbítrio, manteve-se a crítica sobre a difícil, quiçá impossível, verificação empírica da possibilidade de alguém atuar dessa ou daquela maneira. A irrepetibilidade da experiência humana faz com que não disponha o juiz de elementos para auferir se o sujeito, no momento da conduta, atuou de forma livre ou não (MELLO, 2010b). Roxin (2003, p.799) assevera que esta concepção fracassa porque, nem sequer sobre o pressuposto de uma liberdade de decisão teoricamente concebível, um “poder atuar de outro modo” do sujeito individual no momento do fato seria suscetível de constatação científica. Na mesma linha de raciocínio, pondera Günther (1998, p.79):

Não é, entretanto, muito claro o que se deva entender afinal por esta “liberdade”. Não se deve acolher que possa derivar daquilo que se fizesse presente na pessoa individual no momento do fato, de modo que esta estivesse realmente consciente acerca de uma determinada alternativa de conduta fiel ao direito e fosse capaz de compreendê-la. A liberdade de agir de outro modo é, portanto, uma ficção, que se orienta pelo próprio entendimento dos demais membros da sociedade.

Em face da dificuldade de se estabelecer e demonstrar empiricamente a própria existência do livre-arbítrio, termina o finalismo por ser criticado pelo seu paradigma de liberdade. Com efeito, não obstante o “poder atuar de outro modo” tenha o escopo de buscar essas possibilidades no homem concreto, ele acabou, nos tribunais da então Alemanha Ocidental, sendo adotado a partir de critérios normativos generalizadores, que transformam o poder atuar de uma pessoa específica na suposição do poder atuar de uma pessoa média, com base na experiência.

De acordo com Montes Huapaya (2007), quando o “poder atuar de outro modo” chegou à ideia do homem médio, com o emprego de presunções generalizadoras, inutilizou-se a essência do juízo de imputação individual que constitui a culpabilidade. Por fim, a ideia de que culpabilidade é reprovabilidade, desprovida de um substrato jurídico material, termina por trazer à culpabilidade estampas de natureza moral, religiosa e metafísica que distorce a natureza jurídica do juízo de censura.

Figueiredo Dias (2007, p. 516-517) critica o poder atuar de outro modo sobre um duplo aspecto: a) sua indemonstrabilidade; e b) sua insustentabilidade político-criminal.

juicio sin aceptar el principio ontológico y metafísico de la libre voluntad, basado en la hipótesis del “haber podido obrar conforme a la norma”, que constituye una circunstancia real, la cual, como actualmente está demostrado, no es verificable empíricamente después de que se ha realizado el comportamiento ilícito y que, en todo caso, no verificable dentro de los límites heurísticos del proceso penal?” (BARATTA, 1985, p. 14.)

No que tange ao primeiro aspecto (indemonstrabilidade), sustenta que o “poder agir de outro modo” seria possível somente quando fosse viável comprová-lo não apenas numa vertente teórica, de se saber “se” em geral existe o referido poder, mas também numa linha prática de se saber “quando” e “em que medida” se verifica a capacidade real de uma pessoa concreta. Afirma que as correntes do livre-arbítrio radicam sua tese numa visão abstrata do homem típica do século XIX, como sendo o homem um senhor absoluto de seu mundo, com base numa psicologia e sociologia incipientes, as quais hoje têm consciência da impossibilidade de responder sobre o “se”, “quando” e “quanto” acerca do livre-arbítrio. Logo, apenas a antropologia filosófica e a ontologia (que cuidam do pensamento fundamental sobre o existir humano) poderiam responder a tais questões, mas a preocupação atual dos referidos campos do conhecimento refere-se muito mais à liberdade como característica do ser que age, e não à liberdade do ato em si mesmo. Conclui, então, que a capacidade de poder agir de outro modo é inverificável e não pode ser avançada de maneira responsável, pois é alicerçada numa visão oitocentista.

Em relação às consequências político-criminais, assevera que todas as vezes que um réu no processo alegar não ter podido agir de outro modo e não for possível provar o contrário (sustentando ser impossível a prova em sentido contrário), a consequência deverá ser forçosamente a absolvição, em face dos princípios da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*. Isto traria, portanto, consequências insuportáveis para o sistema.

Córdoba Roda (1997, p.53) também sintetiza as críticas à culpabilidade finalista, centrada em dois aspectos distintos:

a) na impossibilidade prática de que os tribunais deem efetiva constância à liberdade de atuação do condenado na situação concreta em que cometeu o delito submetido a juízo; b) nas dificuldades de conceber a culpabilidade como uma censura, quando o certo é que a formulação desta não pressupõe a existência da autocensura no agente. O caracterizar a culpabilidade como um juízo que não aparece condicionado nem à positiva constatação de uma liberdade de atuar de modo distinto do sujeito, nem a um sentimento de censura neste, constitui um sério obstáculo para conceber a essência da pena como um castigo de uma determinada conduta³.

Na linha do que pondera Busato (2011, p.47), a crise em que se encontra o princípio da culpabilidade tem íntima relação com a impossibilidade ou dificuldade de comprovar

3 No original: “a) en la práctica imposibilidad de que los tribunales den efectiva constancia de la libertad de actuación del condenado en la situación concreta en que la cometió el delito sometido a juicio; b) en las dificultades de concebir la culpabilidad como un reproche, cuando lo cierto es que la formulación de éste no presupone la existencia de autorreproche alguno en el agente. El caracterizar a la culpabilidad como un juicio que no aparece condicionado ni a la positiva constatación una libertad de actuar de modo distintivo en el sujeto, ni la de un sentimiento de reproche en éste, constituye un serio obstáculo para concebir le esencia de la pena como un castigo de una determinada conducta”. (CÓRDOBA RODA, 1977, p. 53).

o poder atuar de outro modo, isto é, poderia ter atuado em conformidade ao ordenamento jurídico quando não o fez. De igual modo, há também a impossibilidade de se identificar “*as condicionantes empíricas que incidem sobre a atuação criminosa do sujeito e em que medida elas são determinantes desta atuação*”.

Diante de tantas críticas ao conceito de culpabilidade como “poder atuar de outro modo”, sobretudo sobre as dificuldades de demonstração empírica do chamado “poder atuar de outro modo”, não seria de se estranhar o surgimento de correntes de pensamento que, em vez de substituir o fundamento material da culpabilidade, consideram a culpabilidade, em si mesma, incerta, e, talvez, desnecessária para o Direito Penal contemporâneo.

Com efeito, os questionamentos sobre o fundamento da culpabilidade para o finalismo faz a própria ideia de culpabilidade entrar em crise, que se alastra suas consequências inclusive para a própria dogmática penal. Deste modo, a própria posição da culpabilidade como fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto passa a ser questionada. Pondera Pérez Manzano (1990) para o surgimento de soluções do tipo *input*, em que se reconstrói dogmaticamente o fundamento da culpabilidade, mas também para modelos do tipo *output*, em que a culpabilidade por ver-se substituída por um elemento estranho, como as finalidades preventivo-gerais e especiais da pena.

Assim, admitindo-se a indemonstrabilidade de que o sujeito poderia atuar conforme o direito naquela situação concreta levaria ao ocaso culpabilidade como fundamento da pena e do direito penal, pois, não sendo possível demonstrar que o sujeito poderia ter agido de outro modo, não seria tampouco possível responsabilizá-lo por sua escolha (BUSATO, 2011).

Atualmente, a missão de garantia intrínseca à culpabilidade se vê submetida a novas tensões, de tal forma que a procura de um conceito alternativo ao “poder atuar de outro modo” é uma característica comum da dogmática penal do pós-finalismo. Percebe-se, na doutrina penal alemã e espanhola, que o ponto de partida para a discussão sobre a culpabilidade é a crítica ao conteúdo material da culpabilidade em Welzel (MELLO, 2010^a, p.277).

3. A Tese de Gimbernat Ordeig sobre a Insustentabilidade de um Direito Penal Fundado na Culpabilidade

Na Espanha, Gimbernat Ordeig (1970) apontou, em 1970, a possibilidade de se abolir a culpabilidade, no seu conhecido escrito “*¿Tiene un futuro la dogmática penal?*”, que se tornou referência obrigatória nos estudos sobre culpabilidade.

O referido autor procura desconstruir a culpabilidade como conceito central em torno do qual se edifica a dogmática jurídico-penal. Na verdade, Gimbernat (1970, p.497)

considera que os juristas atribuem uma importância excessiva à culpabilidade no âmbito da dogmática jurídico-penal, o que termina pondo em descrédito a pena e a própria categoria científica do Direito Penal.

O ponto inicial de seu questionamento reside naquilo que ele chama de fé irracional e desesperada dos juristas no dogma do livre-arbítrio. Sustenta que tais juristas desprezam qualquer estudo de outras ciências sobre a motivação do comportamento humano e assumem a defesa do livre-arbítrio em bases insustentáveis. Gimbernat (1970), todavia, entende que a defesa desse modelo de culpabilidade consiste numa profissão de fé, numa arrogância dos juristas que não são especialistas em liberdade humana e que desprezam os conhecimentos científicos sobre a matéria. O livre-arbítrio, pondera, não tem respaldo na psicologia e na psicanálise, pois, ainda que em abstrato exista o livre arbítrio, é impossível demonstrar se uma pessoa concreta em uma situação concreta cometeu livremente um determinado delito.

Segundo Gimbernat (1970), essa defesa irracional, a partir de fundamentos que considera indemonstráveis, decorre de um suposto “caos” anunciado pelos mesmos juristas na hipótese de ser rechaçada a culpabilidade como fundamento da pena. A abolição da culpabilidade permitiria a instauração de um Direito Penal autoritário e cruel, vulnerador da dignidade da pessoa humana e apto para funcionar como instrumento de ideologias totalitárias, em que a pena seria imposta com base única e exclusiva na suposta periculosidade do autor da infração.

Isso deriva, segundo sua ótica, do preconceito que esses mesmos juristas possuem em relação a um Direito Penal não fundado na culpabilidade, como se a democracia, a dignidade da pessoa humana e a própria dogmática penal dependessem do princípio de culpabilidade. Não seria a crença ou a descrença na capacidade de autodeterminação do homem que impede o autoritarismo, senão o respeito à pessoa humana que integra a tradição política de determinados países (GIMBERNAT, 1970).

Por esta razão, Gimbernat (1970) argumenta que a psicanálise, ao colocar em dúvida a culpabilidade do sujeito, não priva o Direito Penal de suas bases, mas sim justifica o Direito Penal prescindindo da ideia de culpabilidade ou livre-arbítrio. Pois, da mesma maneira que a consciência, o superego da criança se forma com a privação de carinho e o castigo diante do comportamento proibido, a sociedade, mesmo sem constatar se o comportamento proibido tem sua origem numa decisão livre de vontade, tem que recorrer à pena para reforçar aquelas proibições, com o fim de evitar condutas que atacam as bases da convivência social.

A pena é tida como uma “amarga necessidade”, um recurso elementar que o Estado dispõe para assegurar a convivência entre os homens. O reconhecimento de que a pena seja necessária não significa, todavia, que o modelo de responsabilidade fundado na culpabilidade seja igualmente imprescindível.

Para Gimbernat (1970), o Direito Penal que não se alicerça no livre arbítrio determina a gravidade das penas da mesma maneira que o determinam, em geral, toda as leis penais: 1) em primeiro lugar, pelo valor do bem jurídico protegido; 2) em seguida, castigando com mais severidade os delitos dolosos do que os culposos em relação ao mesmo bem jurídico. A tarefa que a pena tem que cumprir é preventiva, isto é, reforçar o caráter inibidor de uma proibição, criando e mantendo controles sobre os cidadãos, que hão de ser mais rigorosos quanto maior seja a nocividade social de seu comportamento.

Assim, considera que os limites aos excessos punitivos não existem porque o livre-arbítrio seja a base da pena, mas sim porque o legislador deve tentar alcançar uma certa eficácia com este importante meio de política social que é o Direito Penal (GIMBERNAT, 1970). Deste modo, Gimbernat terminou por esboçar as bases de um Direito Penal arrimado na prevenção, e não na culpabilidade (COUSO SALAS, 2006).

A construção teórica de Gimbernat se arrima na necessidade preventiva da pena, dispensando a culpabilidade, na qual se busca apenas a maior prevenção criminal possível com o mínimo de sacrifício da liberdade individual necessário, de modo que as grandes questões relativas à culpabilidade serão resolvidas a partir de critérios puramente preventivo-utilitaristas (MELLO, 2010b).

Assim, para Gimbernat, a ideia de culpabilidade pode ser facilmente substituída pela necessidade da pena. E que necessidade é esta? Ele está centrada na necessidade de reforçar a proibição de comportamentos, o que, em outras palavras, pode ser dito como sendo a necessidade de prevenção de novos delitos. É com base na necessidade de inibição de novos delitos que a pena dos crimes dolosos é maior do que nos culposos, que se justifica a irresponsabilidade penal dos inimputáveis.

Logo, conclui Gimbernat a dogmática penal tem futuro, o Direito penal tem futuro, mas não pode dizer o mesmo em relação à culpabilidade fundada na ideia de livre-arbítrio.

Percebe-se, portanto, que Gimbernat termina por tratar a culpabilidade e o livre-arbítrio como conceitos indissociáveis, como se a indemonstrabilidade do “poder atuar de outro modo” sepultasse por completo a ideia de culpabilidade como fundamento da imposição da pena.

Estudos psicológicos e psicanalíticos trariam fundamentos capazes de justificar a imposição de pena, sem que a dogmática penal precisasse recorrer à culpabilidade que, na visão do autor, traria mais problemas do que soluções para o Direito Penal.

4. A Mudança de Paradigma e a Ideia de Motivabilidade como Fundamento da Culpabilidade

O posicionamento de Gimbernat Ordeig é constantemente referido como paradigma da desconstrução do conceito de culpabilidade fundada no livre-arbítrio. Ele anunciou o

fim da culpabilidade como pilar em que se ergue a dogmática jurídico-penal, valendo-se de estudos de psicanálise e psicologia para desconstruir o conceito finalista. No entanto, não é possível vislumbrar, a partir de tais estudos, fundamentos suficientemente coerentes para justificar a imposição da pena a um indivíduo concreto.

De fato, há de se reconhecer que a psicanálise traz questionamentos inquestionáveis à concepção de “poder atuar de outro modo”, pois a consciência não é soberana e o “eu” não é autônomo. Com efeito, a psicanálise faz com que os registros do “eu” e da consciência sejam apenas uma modalidade do ser (BIRMAN, 1970). Mas, a partir da psicanálise, não se consegue, de modo satisfatório, um instituto capaz de substituir a culpabilidade, pelo menos segundo o entendimento esposado por Gimbernat.

Cerezo Mir (2005), adepto ao posicionamento finalista, considera que o abandono do princípio da culpabilidade não permite que se mantenham intactas suas consequências, nem consegue justificar satisfatoriamente situações tradicionalmente resolvidas pela culpabilidade, como a ocorrência de erro de proibição invencível, a aplicação de medida de segurança aos inimputáveis e o problema dos crimes qualificados pelo resultado.

Córdoba Roda (1977), na mesma linha, sustenta serem dois os principais inconvenientes em se substituir a culpabilidade pela necessidade da pena: o primeiro deles diz respeito a uma incapacidade para oferecer uma determinação conceitual de certas matérias, como inimputabilidade e erro de proibição; o segundo problema está no risco que posicionamentos preventivos podem acarretar para algumas garantias inerentes à pessoa humana. Assim, considera que as necessidades preventivas seriam uma garantia adicional, mas jamais poderiam substituir a culpabilidade.

Além da dificuldade em se justificar determinados institutos prescindindo-se da ideia de culpabilidade, também não há clareza no pensamento de Gimbernat sobre de que maneira as ideias extraídas da psicologia e psicanálise poderiam estabelecer uma uniformidade sistemático-preventiva para justificar institutos até então tratados pela culpabilidade. Ao recorrer à psicologia e à psicanálise, reforçando o caráter intimidador da pena, Gimbernat termina por justificar e fundamentar a pena numa espécie de prevenção geral intimidatória. No entanto, quando se refere a situações em que alguns crimes são punidos distintamente em face da comoção social gerada, o argumento já parece ter enfoque a partir da prevenção geral positiva.

Segundo Couso Salas (2006), não resta claro, no pensamento de Gimbernat, qual é efetivamente o substrato da capacidade intimidatória da pena, capaz de motivar, ou melhor, inibir a prática de novos delitos. Em determinados momentos, tal capacidade inibitória se mostra, ora como substrato psicológico descritivo, ora como substrato normativo, o que acarreta uma certa ambivalência sobre qual a concepção de prevenção geral a ser adotada em caso de supressão da culpabilidade.

Pérez Manzano, na mesma linha, aduz que Gimbernat, ao referir-se à pena mais grave para o crimes doloso em relação ao culposo, utiliza o argumento de distinta comoção social que produz uma lesão dolosa frente à culposa, ou mesmo no maior transtorno social de uma lesão à vida frente a uma lesão patrimonial. Os argumentos fundados na necessidade a partir de expectativas sociais são argumentos de prevenção geral positiva, e não intimidatória, e uma mudança importante de ponto de vista, pois não se trata de uma diferenciação intrínseca entre as condutas, mas ao valor atribuído pela sociedade a cada uma delas.

A referência de que a pena teria na formação da consciência a mesma função do castigo aplicado pelo pai ao filho não é suficiente para, a partir dos critérios preventivos, justificar de modo homogêneo diversos institutos, como a irresponsabilidade penal de crianças e adolescentes e a diferença da resposta penal a crimes dolosos e culposos. Por esta razão a tese de Gimbernat, apesar de constantemente citada, não vingou e a culpabilidade continuou sendo o paradigma da imposição da pena, embora com outros fundamentos.

Diante das dificuldades em se conseguir no paradigma finalista tradicional o fundamento material da culpabilidade, buscou-se na ideia de motivação uma alternativa ao “poder atuar de outro modo” como forma de se justificar a imposição da pena a um indivíduo concreto.

Ressalte-se que a normalidade de motivação não é uma questão recente na doutrina da culpabilidade. A ideia de motivação normal como fundamento material da culpabilidade está presente na origem do pensamento normativista, quando Frank (2004) e Goldschmidt (2002), nas suas respectivas concepções normativas de culpabilidade, utilizaram a ideia de normalidade de motivação como requisito material do juízo de censura que consistia a culpabilidade no início do século XX.

Buscou-se, na verdade, uma substituição do conceito de “poder atuar de outro modo” pela aptidão do sujeito para compreender e ser motivado pelas normas jurídicas. O elemento fundante da culpabilidade passaria a ser o fato do sujeito possuir a possibilidade real de ser motivado pelo comando normativo (BUSATO, 2011).

Segundo Pérez Manzano (1990, p. 115), a ideia de capacidade de motivação como fundamento material da culpabilidade iniciou-se na Alemanha com o pensamento de Danner, que substituiu o conceito finalista de “liberdade de eleição” pela “possibilidade de eleição”, que significava, por seu turno, uma normalidade de motivação. Na Espanha, a culpabilidade material entendida como capacidade de motivação foi acolhida, entre outros, por Muñoz Conde e por Mir Puig.

A capacidade de motivar-se conforme as normas, no pós-finalismo, não é corolário de uma postura indeterminista fundada no livre-arbítrio. Trata-se de uma espécie de relação que se estabelece entre o sujeito e a norma, a partir da qual se verifica a possibilidade

de o sujeito motivar seu comportamento a partir dos parâmetros fornecidos pelas normas jurídico-penais.

A motivabilidade, então, passa a ser utilizada como fundamento material da culpabilidade, em substituição ao “poder atuar de outro modo”, e se abandona a tese do livre-arbítrio como pressuposto da culpabilidade. Embora não seja necessariamente decorrência de uma postura filosófica determinista, a citada corrente de pensamento permite que construções doutrinárias neste sentido sejam elaboradas.

No aspecto, Mir Puig claramente adota um posicionamento determinista na sua construção dogmática da culpabilidade; Muñoz Conde parece adotar uma postura agnóstica. Em suma, a noção de motivabilidade não se vincula obrigatoriamente a uma posição em relação ao mais tormentoso dilema – ainda longe de solução – sobre o problema da liberdade humana (MELLO, 2010b).

A despeito de partirem de premissas filosóficas distintas quanto ao problema do determinismo e do indeterminismo, os pensamentos de Muñoz Conde e Mir Puig assemelham-se inicialmente pelo rechaço ao fundamento material da culpabilidade finalista. Mas não é só: há similitudes – mas não identidade – na elaboração de uma culpabilidade relacionada estreitamente com as finalidades preventivas da pena, bem como nos limites demandados por um Estado de Direito, pluralista, social e democrático.

A ideia de motivabilidade surgiu como uma alternativa ao “poder atuar de outro modo”, em que a ideia de livre-arbítrio, tida como indemonstrável, seria substituída pela capacidade de motivação normativa. O culpável seria aquele capaz de reagir diante do comando normativo, isto é, aquele capaz de se motivar pelo conteúdo da norma.

Na verdade, a tese de que o motivável tem maior possibilidade de evitar o delito, quando comparado com o não-motivável, é um dado empírico e estatisticamente discutível, que terminaria na mesma imprecisão teórica do “poder atuar de outro modo”. Carbonell (1996) sustenta que motivabilidade possui os mesmos problemas que pretende supostamente resolver, pois a afirmação de que um sujeito cometeu um fato ilícito quando podia e devia motivar-se pela norma, mas não o fez, equivale a dizer que o sujeito podia e devia levar a cabo um comportamento distinto daquela que o mesmo efetivamente atuou, o que significa dizer que o homem é livre para decidir se prosseguia ou não com a conduta contrária à norma.

Busato (2011, p. 55), na mesma linha, considera a substituição do livre arbítrio pela capacidade normal de motivação uma verdadeira “fraude de etiquetas”. Com efeito, o elemento fundante da culpabilidade pressupõe a norma como determinação e que, por muito ajustada ao finalismo, “*deixa à margem, toda a perspectiva de norma como valoração, especialmente, os efeitos críticos deste reconhecimento*”. Por isso considera que este posicionamento, na medida em que persiste – assim como no finalismo – em assumir a tarefa de

conformação da atitude interna das pessoas, em nada difere da ideia de reprovabilidade, pois “o fundamento de reprovação, baseado na ‘possibilidade de atuar de outra maneira’, significa, exatamente, o mesmo que a Icapacidade de motivar-se normativamente”.

Nesse sentido se dirige a crítica de Cobo del Rosal e Vives Antón (1999, p. 451), para quem a capacidade de motivação é tão pouco comprovável quanto o livre-arbítrio. Além disso, dizem não compreender bem, “[...] sobre uma também genérica motivabilidade normal possa fundar-se um castigo. Pois o castigo pressupõe uma censura pessoal que cabe ao autor da infração por tê-la cometido⁴.

Pérez Manzano (1990, p.128), no aspecto pondera que a ideia de motivação defendida pelos motivacionistas espanhóis pretendem não apenas solucionar a questão do livre-arbítrio, mas também excluir o caráter de censura do juízo de culpabilidade e a ideia de retribuição. No entanto, considera que a ideia de motivabilidade é uma teoria sobre o conteúdo material de culpabilidade que pode servir a distintas finalidades: a) para excluir a culpabilidade tradicional e fundamentar o princípio da necessidade da pena; b) para reformular o conteúdo da culpabilidade dentro de sua função de limite das necessidades preventivas; c) como reinterpretação do “poder atuar de outro modo”. No entanto, a referida autora pondera:

Por outro lado, a possibilidade de demonstrar empiricamente a possibilidade de motivação de um autor concreto numa dada situação num processo penal é tão duvidosa quanto demonstrar a possibilidade de demonstrar o poder atuar de outro modo. Portanto, a teoria da motivação não fornece uma solução original para o problema de da forma de sua determinação, pois recorre também de uma presunção normativa – todos os normais são motiváveis ou todos os não normais são imotiváveis- e ao juízo comparativo tendo como base o homem médio⁵.

Mir Puig (2004) chega a contestar essa tese, sustentando que o sujeito é penalmente responsável não porque tem capacidade normal de motivação, no sentido em que poderia haver-se motivado a si mesmo (porque isso implicaria o reconhecimento da liberdade de vontade), mas sim porque o sujeito pode ser motivado pela norma, no sentido passivo. Para Mir Puig, motivação não é uma capacidade ativa de o sujeito motivar-se, mas sim a

4 No original: “sobre una también genérica motivabilidad normal pueda fundarse un castigo. Pues el castigo supone un reproche personal que se hace al autor de la infracción por haberla cometido.” (COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. 1999, p. 541).

5 No Original: “Por otro lado, la posibilidad de demostrar empíricamente la posibilidad de motivación de un autor concreto en un una determinada situación en un proceso penal es tan dudosa como la posibilidad de demostrar el poder actuar de modo distinto. Por ello, la teoría de la motivación no aporta una solución original al problema de la forma de su determinación, pues se acuda también a una presunción normativa - todos los normales son motivables o todos los no normales son inmotivables - y al juicio comparativo respecto del hombre medio”

capacidade de ser passivamente influído pelas normas, em que a motivação consiste num complexo de forças causais motivadoras percebidas pelo sujeito.

A despeito das justificativas de Mir Puig (2004), é possível encontrar um mesmo viés generalizante que lembra o já criticado barema do “homem médio”, que, em Mir Puig, parece ser substituído pelo paradigma do “homem normal”, que seria uma ficção tão indemonstrável quanto o próprio livre arbítrio, e que poderia ceder espaço ao arbítrio, notadamente numa sociedade pluralista, em que as características do homem “normalmente motivável” podem variar de acordo com inúmeras circunstâncias, e por isso que Mir Puig recorre a critérios extrínsecos ao próprio conceito de culpabilidade, como a justiça e aos princípios do Estado Democrático de Direito para limitar as funções preventivas do Direito Penal.

5. O Novo Viés Interpretativo Dado pelas Neurociências

A Escola Positiva no Século XIX considerava a ideia de livre arbítrio como um pressuposto metodológico errôneo e anticientífico, porque a liberdade rompe a série causal que une os fenômenos entre si. Em outras palavras, a ideia de um ato livre representa uma ruptura, um hiato entre as relações causais que se manifestam de maneira ininterrupta no universo (BOTTIOL, 1977). Com isso, a antropologia e a sociologia criminal surgem como forma de explicar os fenômenos causais que determinam o comportamento humano.

De igual modo, como visto, Gimbernat Ordeig, na segunda metade do Século XX, também apontou razões para descartar a incidência do livre arbítrio, sustentando que as descobertas psicanalíticas fariam sucumbir o livre-arbítrio como base de uma teoria da culpabilidade.

No último quarto do Século XX, estudos de neurociência mais uma vez põem em xeque os processos decisórios tidos como racionais e conscientes. Experiências conduzidas por neurocientistas abriram portas para novas descobertas: o cérebro indica determinadas tomadas de decisões humanas, antes mesmo de que a pessoa tenha consciência de que decidiu desta ou daquela maneira. Em outras palavras, neurocientistas demonstraram que a decisão sobre o agir humano acontece no inconsciente muito antes da pessoa viver conscientemente o impulso (LIBET, 2004).

Surgem, portanto, correntes de pensamento que se rendem de imediato às novas concepções, sob o argumento de que o homem deve render-se à ciência, e, por esta razão, negar por completo a ideia de liberdade de ação, e, por consequência, modificar por completo os fundamentos de imposição de pena a um indivíduo concreto.

5.1. Os Postulados da Neurociência

Há uma conhecida metáfora freudiana segundo a qual Copérnico, Darwin e o próprio Freud seriam responsáveis por três grandes feridas narcísicas da humanidade. Copérnico, ao

desenvolver o heliocentrismo, sustentando que o mundo em que vivemos não é o centro do universo, mas apenas mais um entre tantos outros que giram em torno do sol; Darwin, por demonstrar que o ser humano não é uma espécie diferenciada, mas sim uma entre tantas outras que evoluíram a partir de um ancestral comum, a partir da seleção natural; Freud, por sua vez, é responsável pela última ferida, ao suscitar que a consciência é a menor parte e a mais fraca da vida psíquica, existindo uma série de fatores não conscientes que demonstram que “o ‘eu’ não é senhor em sua própria casa (FREUD, 1996)”.

Deste modo, uma das marcas do Século XX foi a descoberta de processos mentais inconscientes a partir de estudos da psicologia e da psicanálise. A neurociência trouxe uma contribuição adicional – e para seus defensores, decisiva – sobre a questão do livre-arbítrio e os processos decisórios que motivam as condutas humanas.

Na conhecida obra *O erro de Descartes*, aponta Damásio para o que considera um equívoco na concepção cartesiana de que o *pensar e a consciência de pensar* seriam os verdadeiros substrato do existir. Com efeito, para Damásio (2012), antes do aparecimento da humanidade, os seres já eram seres, que evoluímos até o surgimento da humanidade e aquilo que se chama de consciência. Deste modo, a existência precede o pensamento, e que o pensamento consciente é causado pelas estruturas e operações do ser.

Essa é a dimensão com a qual o direito se depara: a descoberta de que a maior parte daquilo que cada pessoa faz ou sente não está sob o seu controle consciente. A consciência é apenas a menor parte daquilo que revela o cérebro, e a maioria das operações cerebrais – inclusive algumas daquelas relacionadas a tomada de decisões – está acima do espaço da mente consciente. O cérebro é visto como um órgão que toma decisões sem que nossa consciência perceba. Na linha do que pondera Eagleman, “*o cérebro faz suas maquinações em segredo, conjurando ideias como uma magia tremenda. Ele não permite que seu colossal sistema operacional seja sondado pela cognição consciente. O cérebro cuida de seus negócios incógnito*” (EAGLEMAN, 2012, p.15).

Nessa ordem de ideias, a neurociência terminaria por concluir que todos estados e processos mentais são causados por processos neurobiológicos que têm lugar no cérebro, como um verdadeiro conjunto de processos físicos, químicos e mecânicos que estão sendo desvendados e descobertos por intermédio do mapeamento do cérebro.

Em suma, a neurociência fez ganhar força novos defensores do determinismo, em que, a partir dos estudos de Libet, entendem que todo comportamento humano esteja condicionado pelo funcionamento neurofisiológico do cérebro humano. E nessa linha de raciocínio, isso termina por reafirmar a crise de culpabilidade com concepções fundadas no livre-arbítrio, pois, sendo o cérebro um órgão físico, sujeito a regras da física, não teria espaço para a ideia metafísica de livre-arbítrio. O cérebro, regido por regras físico-químicas, é considerado como parte do próprio corpo, de modo que emoções, pensamentos,

sensações e sentimentos nada mais são do que processos causais, não sendo possível dissociar o “eu” consciente da própria estrutura física em que ele se localiza.

Demetrio Crespo (2013) faz referências ao que chama de bases de um “neurodeterminismo”, que possuem como característica central a contrariedade à ideia de liberdade de vontade, citando, como exemplos:

- a) Wolf Singer entende que processos construtivos formam aquilo que vem a ser a conduta humana. Cada ação corresponderia por uma combinação entre a constelação que forma o estímulo atual e os estados cerebrais imediatamente anteriores, e que ditos estados cerebrais estão determinados pela organização genética previamente dada pelo sistema nervoso.
- b) Gerhard Roth, para quem a representação tradicional pela qual a vontade se transforma em atos concretos dirigidas por um “eu” consciente não passa de uma ilusão, pois as decisões, desejos e intenções ocorrem no sistema límbico alguns segundos antes que possa ser percebida de modo consciente;
- c) Wolfgang Prinz compara a liberdade de vontade ao “unicórnio”, isto é, uma construção teórica, um produto cultural que não existe na realidade. A liberdade de vontade é tida como uma instituição social que não encontra correspondência com a realidade cientificamente demonstrável do ponto de vista psíquico;

Frisch (2012) pondera que Singer, Roth e Prinz, entre outros, deduziram que há uma incompatibilidade entre teses indeterministas e as investigações neurológicas: com efeito, sustentam que os processos decisórios de cada pessoa estão determinados pelas experiências e modelos de decisão armazenados no cérebro, especificamente no sistema límbico.

A neurociência, portanto, resume o que se chama de livre-arbítrio a um conjunto de processos causais que se processam no sistema límbico, sendo que a suposta consciência de liberdade consistiria numa mera ilusão sem base científica, ficando no mesmo plano metafísico em que se encontram as religiões e a superstição. Nessa linha como pondera Hirsch (2013, p. 44), o sistema límbico seria um “aparato organizado de poder”, frente ao qual o ser humano, enganando a si próprio, se situa aparentemente como livre.

Trata-se, portanto, de um nova embalagem para um velho problema: livre-arbítrio e determinismo, e suas repercussões no juízo que se faz sobre os critérios para a imposição da pena a um indivíduo concreto, que, com maiores ou maiores divergências, se costuma chamar de culpabilidade.

Por essa razão, recentemente tem adquirido relevância determinados estudos que relacionam neurociências com Direito, Direito Penal e culpabilidade, interferindo na

compreensão sobre a liberdade humana, na concepção de culpabilidade e sobre as finalidades da pena. Isso pode acarretar, na linha do que sustenta Queiroz (2013), uma verdadeira revolução, haja vista que a ideia de liberdade de decisão racional seria uma mera ilusão criada pela mente consciente, pois, para significativa parcela de neurocientistas, as decisões humanas procedem de processos neurais complexos inconscientes sobre os quais o “eu” consciente: a) ou não tem poder algum; b) ou tem o mínimo de poder ou influência, já que o cérebro é um órgão como outro qualquer.

Rubia (2013, p.190) chega a afirmar que *“a hipótese de não existência de liberdade parece ser a que melhor se adapta a resultados obtidos experimentalmente até agora”*. E sendo o sistema penal fundado na ideia de culpabilidade, e esta, por sua vez, construída a partir de um sistema de responsabilidade que toma o homem como ser livre dotado de consciência e vontade para atuar de modo conforme ou contrário ao Direito, a neurociência terminaria por estabelecer o chamado “efeito dominó” a que se referira Gimbernat, e terminar por estabelecer um processo de desmoronamento em cadeia dos sistemas de responsabilidade penal e de justificação do direito de punir.

5.2. O “Novo Fim” da Culpabilidade

A tese neurodeterminista não acarreta o fim do Direito Penal. A história demonstra que muitos defensores de postulados deterministas não propugnaram o fim do sistema punitivo. Frisch considera que, ao estabelecer um modelo determinista de tomada de decisões e de condutas, o sistema punitivo seria, à semelhança de modelos desenvolvidos por Feuerbach e von Liszt, fundado em coações psicológicas ou de qualquer outro tipo. Deste modo, as sanções penais seriam aplicadas de modo a condicionar o sistema límbico do autor considerado perigoso (FRISCH, 2012).

A partir das conclusões neurocientíficas de que “poder atuar de outro modo” é uma ficção e que cada comportamento humano estaria programado a partir de mecanismos inconscientes decorrentes da genética, de experiências de infância, de hormônios, toxinas ambientais, doenças, neurotransmissores e circuitos neurais, enfim, uma série de circunstâncias que deixaria muito pouco ou praticamente nenhum espaço à ideia de livre-arbítrio ou o conceito de culpabilidade como resultado de uma conduta livre.

Deste modo, soçobram os fundamentos a partir dos quais é possível considerar o homem como responsável pelos seus atos a partir da ideia de livre-arbítrio. De que maneira é possível compatibilizar tais estudos com a culpabilidade? É possível que, mais uma vez, defensores do livre-arbítrio sustentem que um Direito Penal adequado às descobertas neurocientíficas será caótico, totalitário e que desrespeita a dignidade da pessoa humana? Já que existe uma espécie de programação cerebral inconsciente, a questão novamente estaria no campo da causalidade e da prevenção.

A neurociência, se levadas últimas consequências no Direito Penal, terminaria por terminar com uma distinção entre condutas voluntárias e involuntárias, bem como modificar completamente a compreensão de conceitos como dolo, conhecimento ou intencionalidade (CRESPO, 2013).

Como sustenta Popper (1975), de acordo com o determinismo, qualquer teoria – inclusive a do próprio determinismo, é sustentada em razão de certa estrutura em que se arrima – e no caso da neurociência, esta estrutura é o próprio cérebro. Nas suas palavras (POPPER, 1975, p. 207):

Consequentemente, estamos nos enganando a nós mesmos (e somos fisicamente determinados a nos enganarmos) sempre que acreditamos que há coisas tais como argumentos ou razões que nos façam aceitar o determinismo. Ou, em outras palavras, o determinismo físico é uma teoria que, se verdadeira, não é argumentável, visto que como deve explicar todas as nossas reações, inclusive o que nos parecem ser crenças baseadas em argumentos, como devidas a condições puramente físicas.

Há, na verdade, um medo arraigado de se entender que não existe livre-arbítrio. Daniel Dennet (2000), em obra especialmente dedicada ao tema, sustenta que o livre-arbitrio é um desejo do homem na medida em que nós desejamos decidir com sabedoria sobre nossos atos, a partir de suas expectativas e desejos. O determinismo seria aterrador, ao implicar que todos os nossos atos estão controlados, ou pelo passado, ou por acontecimentos do presente causados por acontecimentos passados que não controlamos, e não queremos perder o controle nem ser controlados por alguém como se fôssemos marionetes.

Então, a discussão reside sobre a importância e repercussão prática que esta descoberta pode causar na solução dos problemas criminais. De um lado, pode-se sugerir que, já que cada um atuou de acordo com determinada predisposição inconsciente a partir do sistema límbico, não é possível considerar cada pessoa responsável pelos seus atos, a partir do que noções como imputabilidade ou culpabilidade restarão inúteis (EAGLEMAN, 2012).

Assim, novamente se decreta o fim da culpabilidade, tida como desnecessária ao desenvolvimento do Direito Penal.

A questão é se o problema do livre-arbítrio é realmente decisivo para que haja um conceito de culpabilidade. Dennet considera que saber ou não se o sujeito no caso concreto, podia ou não ter atuado de outra maneira supõe a existência de uma curiosidade metafísica particularmente pura, que carece de qualquer motivo ulterior, pois a resposta, qualquer ela que seja, não modificará em nada o transcorrer do mundo (DENNET, 2000).

6. Entre Modelos de Culpabilidade. Liberdade e Livre-Arbitrio

Decretar o fim do livre-arbitrio ou da concepção de “poder atuar de outro modo” como fundamento material da culpabilidade não é um privilégio da neurociência. Nem é tampouco um privilégio de visões deterministas.

De fato, há muito a ideia finalista sobre um Direito Penal da culpabilidade tem sido questionada, quiçá superada, pela doutrina jurídico-penal contemporânea, prescindindo-se do livre-arbitrio para fundamentar a imposição da pena a um indivíduo concreto. Como pondera Firsch (2012), a neurociência questiona apenas uma das variantes do Direito Penal da culpabilidade, que é aquela que entende ser a função da pena uma espécie de expiação da culpabilidade do agente .

Na verdade, quando se trabalha com o conceito de culpabilidade, não se faz imediatamente uma referência ao livre-arbitrio como seu fundamento. Do ponto de vista formal, a culpabilidade vai estabelecer critérios de imputação individual de um fato ilícito a um autor determinado, isto é, culpabilidade é um conjunto de critérios por intermédio dos quais os seres humanos consideram suficientes para atribuir a alguém a responsabilidade pessoal pela prática de um injusto penal (MELLO, 2010b). Não depende necessariamente de um conceito ontológico ou empírico de livre-arbitrio. É certo que a neurociência e seus estudos terminam por afastar hipóteses e concepções indeterministas, mas é certo que a culpabilidade e os critérios de responsabilidade individual dela decorrentes não possuem, há muito, uma concepção estritamente empírica de livre-arbitrio.

Com efeito, até defensores do finalismo não mais sustentam a ideia de culpabilidade fundada num livre-arbitrio com base puramente ontológica. Cerezo Mir (2005), por exemplo, considera que a capacidade de atuar de outro modo pode ser demonstrada empiricamente, e que a moderna antropologia consegue compreender o homem como um ser capaz de autodeterminação conforme sentido. No entanto, na sua concepção finalista são introduzidos critérios normativos e axiológicos, tendo em vista que a culpabilidade deve referir-se a um conceito de ser humano inspirado na Constituição. E esse conceito é de um homem que é pessoa, responsável e capaz de autodeterminação conforme critérios normativos.

Feijóo Sanches (2012), por seu turno, pondera que determinismo e indeterminismo são conceitos descritivos que fazem referência ao funcionamento do mundo natural. Porém, a ideia de culpabilidade não será necessariamente modificada sua natureza tem a ver com a configuração valorativa ou normativa da sociedade, isto é, com critérios normativos de imputação.

A relevância sobre as descobertas neurocientíficas para o Direito Penal põe em xeque, na verdade, o conceito de culpabilidade como “poder atuar de outro modo” fundada na

ideia de livre-arbítrio. Mas a culpabilidade, mesmo aquela fundada na ideia de liberdade, subsiste.

Na verdade, são discutíveis as consequências práticas da adoção de um modelo determinista. Há algum tempo, Jimenez de Asúa (1982, p. 63-65) já afirmava:

Desde que Enrique Ferri proclamou a morte do livre-arbítrio e da responsabilidade moral, e implantou a doutrina da responsabilidade social e legal – que levou ao projeto do Código Italiano de 1921 – se tem repetido pelos positivistas e seus seguidores que a imputabilidade penal era um conceito fadado à extinção. Proclamou Ferri que a verdadeira responsabilidade residia no fato de viver em sociedade. Porque o homem que vive nela tem de responder por todos seus atos, sem importar que o sujeito seja ou não imputável, criança ou adulto, demente ou são de espírito. [...] Os positivistas proclamaram responsável a criança e o demente; mas não lhes impunham uma pena, senão os submetiam a um tratamento educativo ou os internavam em um estabelecimento psiquiátrico. Isto mesmo proclamaram também os clássicos, apesar de considerá-los irresponsáveis.⁶

Percebe-se, pois, que mudam as etiquetas, mas a verdade é uma só: mesmo quando o determinismo alcançou os píncaros de popularidade no Século XIX, havia tratamento penal diferenciado para adultos e crianças; para pessoas consideradas mentalmente saudáveis e enfermos mentais. A neurociência trará uma proposta de tratamento diferenciado?

Nesse ponto, parece acertado o posicionamento de Hirsch (2013): a negativa de responsabilidade pessoal e a promoção de um Direito Penal puramente preventivo provocaria um efeito dominó, pois a ausência de liberdade humana acarreta a ausência de liberdade do juiz que julga, do legislador que legisla, de modo que a irresponsabilidade se defrontaria com a irresponsabilidade, de tal sorte que o ideal de liberdade e os direitos dela recorrentes cairiam por terra. Deste modo, conclui que a problemática sobre determinismo ou indeterminismo, sobretudo no que tange ao problema da culpabilidade, deve ser resolvido normativamente.

Não há consenso sobre a existência efetiva do livre-arbítrio, nem tampouco sobre as possibilidades de demonstração empírica da liberdade. Hirsch (1999), um defensor da ideia da liberdade humana, considera, inclusive, que as ciências naturais não conseguiram

6 No original: “Desde que Enrique Ferri proclamó la muerte del libre albedrío y de la responsabilidad moral, e implantó la doctrina de la responsabilidad social y legal – que llevó al proyecto de Código italiano de 1921-, se ha viniendo repitiendo por los positivistas y sus seguidores que la imputabilidad penal era un concepto llamado a extinción. Proclamó Ferri, que la verdadera responsabilidad radicaba en el hecho de vivir en sociedad. Porque el hombre vive en ella ha de responder de todo sus actos, sin importar que el sujeto sea o no imputable, niño o adulto, demente o sano de espíritu. [...] Los positivistas proclamaban responsable al niño y al demente; pero, no les imponían una pena, sino que los sometían a un tratamiento educativo o los internaban en un establecimiento psiquiátrico. Eso mismo proclamaron también los clásicos, a pesar de estimarles irresponsables. (ASÚA, 1982, p. 63-65).

comprovar empiricamente o livre-arbítrio humano, e tampouco há perspectiva de que a referida prova venha a ser obtida no futuro.

No entanto, se há dúvidas razoáveis sobre a liberdade individual, no plano empírico ou filosófico, não se pode negar que há o reconhecimento de um direito fundamental de liberdade do gênero humano, direito este que é reconhecido pela ordem jurídica e compreende uma visão de ser humano construída historicamente e solidificada pela secularização e laicização do Estado de Direito. O ser humano é concebido pelo direito como um ser livre, seja coletiva, seja individualmente. E essa concepção não parece ser mera outorga do Direito positivo. Trata-se de um reflexo do modo com o qual o homem enxerga a si mesmo, e seria difícil conceber uma ordem jurídica que não reconheça, em maior ou menor grau, a liberdade como direito fundamental.

Não se pode deixar de reconhecer que o moderno Estado Constitucional reflete uma visão de ser humano livre, e que a democracia moderna pressupõe o exercício individual e coletivo do direito de liberdade, sem o qual não é possível conceber a dignidade humana.

As dificuldades práticas para se comprovar empiricamente o “poder atuar de outro modo” não implicam, necessariamente, a aceitação de uma postura determinista, nem tampouco representam a negação de um modelo de culpabilidade alicerçado na liberdade humana.

Livre-arbítrio e liberdade são conceitos distintos. O livre-arbítrio, como conceito filosófico, não se confunde com o conceito normativo que significa liberdade.

A necessidade de individualizar e pessoalizar a imputação a partir da culpabilidade traz evidentes problemas para uma concepção determinista, negadora de uma ideia de liberdade. Com efeito, é de manifesta ineficácia – inclusive preventiva – ameaçar e punir alguém por um fato previamente determinado por fatores causais, sem que houvesse possibilidades de atuação alternativa. Ferrajoli (2002), nesse aspecto, assevera que um dos aspectos mais importantes do princípio da culpabilidade é que as condutas culpáveis são as únicas que podem ser lógicas e sensatamente proibidas, pois se não houvesse alternativas de observar ou violar as normas penais incriminadoras, não haveria sentido em proibi-las.

Perez Manzano (1990, p.105-106) pondera que a questão da liberdade não pode ser decidida de modo empírico (seja em favor do determinismo, seja a favor do indeterminismo), por duas razões: 1) a liberdade (assim como a dignidade ou a igualdade), não são características humanas que se possam constatar como a cor dos olhos, pois “[...] as Constituições configuram uma imagem do homem conforme determinadas características, não porque não sejam incontestáveis no mundo físico, mas sim porque tratar o homem em razão desses atributos se considera valorativamente positivo⁷”; 2) a liberdade estudada por métodos

7 No original: “Las constituciones configuran una imagen del hombre conforme a determinadas características, no porque no sean incontestables en el mundo físico, sino porque tratar al hombre en función de estos atributos se considera valorativamente positivo.” (PÉREZ MANZANO, 1990 p.105).

empíricos leva a resultados contraditórios, porque uma análise empírica retrospectiva da liberdade conduz ao determinismo, pois se trata de determinar as causas que levaram o sujeito a agir desta ou daquela maneira (que serão apenas aquelas, e não outras), e uma análise prospectiva conduz ao indeterminismo, pois não será possível fazer uma antevisão do futuro acerca de uma conduta individual.

Se não há perspectiva de resolver de maneira definitiva a questão empírica da liberdade, deve-se analisá-la de acordo com a metodologia jurídica, a partir da perspectiva de homem prevista na Constituição. A liberdade, assim como a dignidade, não são conceitos pertencentes ao mundo físico, mas sim do mundo valorativo; não pertencem ao ser, mas ao dever-ser e, por isso, não se sujeitam a critérios de causalidade, mas de imputação.

A liberdade, se existe ou não no plano ontológico, é uma questão de alta indagação sobre a qual ainda não há resposta. Mas o direito à liberdade existe. É a liberdade um bem jurídico-penal protegido através de normas penais; é a perda da liberdade a consequência jurídica mais frequente imposta ao condenado pela prática da infração penal; a Constituição reconhece a liberdade como um dos princípios e garantias fundamentais; é pela liberdade que se luta quando o homem se vê oprimido pela violência ou pelo arbítrio; o sofrimento e a vulnerabilidade humana quando há perda de liberdade são facilmente perceptíveis.

No aspecto, Hirsch (2013) considera que a ciência jurídica, não sendo ciência natural, deve orientar-se segundo as manifestações da vida social. E como o Direito deve servir ao homem, deve aproveitar a visão que o homem tem de si mesmo, sob pena de cair no vazio. O ser humano sente-se fundamentalmente livre, e esse é o ponto decisivo. Esta visão não significa que o homem não esteja sujeito a pressões ou coações; contudo, a experiência mostra que o ser humano é capaz de resistir a fortes pressões externas, à qual corresponde uma ideia geral de que há um âmbito de livre determinação. Desta maneira o homem se vê e se define como um ser livre e responsável, e é por esse ideal de liberdade que se estabelece uma luta permanente do ser humano.

E é sobre esse alicerce que se constrói a culpabilidade. A autonomia da pessoa, não como uma capacidade pré-social ou pré-jurídica de todo sujeito racional, senão um princípio organizativo dentro de um sistema de liberdades configurado como Estado de Direito (SÁNCHEZ, 2012).

Por isso, mesmo que não exista empiricamente a chamada liberdade, o homem é visto juridicamente como ser livre; existe uma ideia jurídica de liberdade sobre a qual se ergueram princípios cardiais do Estado de Direito. Esta concepção implica reconhecer que o homem, em determinadas situações e circunstâncias, cometeu o delito quando tinha liberdade para não fazê-lo. Quando não existe a referida liberdade, não deve haver culpabilidade, e, por consequência, atribuição de pena. Roxin (2003, p. 803), que se posiciona

de maneira manifestamente agnóstica sobre a existência ou não do livre-arbítrio, reconhece que a liberdade humana é uma regra do jogo social, cujo valor jurídico independe do problema da liberdade discutido pela teoria do conhecimento ou pelas ciências naturais:

Nós nos sentimos autorizados à ‘asserção normativa’ de que uma pessoa cuja capacidade psíquica de controle em uma determinada situação (ainda) está em ordem também pode atuar livremente, porque a autocompreensão natural do ser humano normal se baseia nesta consciência de liberdade e porque uma ordenação razoável da vida humana em sociedade não é possível sem a concessão recíproca de liberdade. Existe portanto um acordo que o Direito Penal deve partir do livre-arbítrio, ainda que o mesmo não possa ser exatamente demonstrado.

Portanto, a neurociência não decretou o fim do Direito penal da culpabilidade, nem conseguiu eliminar a ideia de liberdade como construção normativa. A imagem que o homem tem de si mesmo como alguém que que atua com consciência e vontade pode (ou não) ser uma ilusão. Mas é uma ideia que corresponde aos critérios socialmente tidos como racionais para aferição de responsabilidade individual. A neurociência pode, ao revés, ampliar seu caráter garantidor quando conseguir demonstrar que determinadas situações, tidas como livres pelos critérios normativos da ordem jurídica, não o são. Todavia, decretar o fim da liberdade e como “efeito dominó” toda a construção do Direito Penal da culpabilidade, no mínimo, consiste numa posição precipitada

7. Conclusões

Não há ainda consenso – e talvez jamais haja – sobre a existência ou não da liberdade, no plano ontológico. Mas não há dúvida sobre a existência do direito à liberdade. A Constituição reconhece a liberdade como um dos princípios e garantias fundamentais, é privativa de liberdade a principal resposta penal ao crime. É pela liberdade que se luta quando o homem se vê oprimido pela violência ou pelo arbítrio; o sofrimento e a vulnerabilidade humana quando há perda de liberdade são facilmente perceptíveis.

Obviamente, os estudos da neurociência podem ser extremamente úteis para aferição sobre busca de fundamentos para a imposição da pena a um indivíduo concreto e estabelecer critérios para considerar alguém culpável ou não. Não é função do Direito Penal rechaçar liminarmente os conhecimentos das ciências naturais sobre o objeto daquilo que se chama de culpabilidade. Ao revés, a história tem demonstrado que por diversas vezes que os juristas se valeram do conhecimento científico vigente para fundamentar determinadas concepções acerca da conduta humana.

No entanto, liberdade e livre-arbítrio são conceitos distintos. A visão do homem como ser livre independe da comprovação empírica do livre-arbitrio, pois, ainda que seja

uma ficção, é na ideia de liberdade que se constroem princípios cardeais do Estado de Direito. Esta concepção implica reconhecer que o homem, em determinadas situações e circunstâncias, cometeu o delito quando tinha liberdade para não fazê-lo. Quando não existe a referida liberdade, não deve haver culpabilidade, e, por consequência, atribuição de pena.

Provar empiricamente a existência do livre-arbítrio é tão difícil quanto provar a existência do amor ou da felicidade. Não é possível provar empiricamente que alguém ama ou que alguém é feliz, mas o certo é que o homem se vê como um sujeito capaz de amar e de ser feliz, assim como o ser humano se enxerga como alguém dotado de possibilidades de escolha, e com base nestas possibilidades deve pautar sua vida como homem livre.

Somente é possível conceber e estruturar a responsabilidade penal a partir do juízo de culpabilidade caso se admita, como verdadeiro pressuposto sine qua non, um âmbito de liberdade ao indivíduo. Este âmbito de liberdade permite que a culpabilidade cumpra suas missões mais importantes na esfera jurídico-penal: permite que se estabeleça um limite à potestade punitiva do Estado; consegue fixar um juízo individualizador e subjetivo da imputação (em face do injusto penal); e possibilita estabelecer critérios normativos e valorativos no juízo de imputação, sem que se recorra ao caráter mortalizante das noções de censura e reprovação.

Os ordenamentos jurídicos de um modo geral, desde que adotaram as garantias fundamentais próprias do liberalismo político, buscaram assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade, que implica, no âmbito penal, assegurar direitos fundamentais de liberdade individual, possibilitando ao indivíduo autonomia ética e jurídica, livre iniciativa, garantindo a liberdade de ser e de agir, limitada pela proteção a bens jurídicos fundamentais individuais e coletivos. Para assegurar tal liberdade, emergiram princípios como o da legalidade e os subprincípios dela decorrentes (irretroatividade, taxatividade, etc.). Se um ordenamento jurídico-penal parte da imagem de uma pessoa livre, esta concepção supõe, sem que tenha que ser provado positivamente, que há pessoas que podem decidir-se livremente.

8. Referências

- ASÚA, Luis Jimenez de. *Psicoanálisis criminal*. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- BARATTA, Alessandro. *Integración-Prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica*. En *Revista Doctrina Penal*, n. 29, ano 8, Buenos Aires, 1985.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, v. 1. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto da Silva Franco. 2ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.

- BIRMAN, Joel, *estilo e modernidade em psicanálise*, São Paulo, Ed. 34, 1997.
- BUSATO, Paulo César. *Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal*. In Revista Liberdades – n.º 8-setembro-dezembro de 2011. São Paulo, IBCCRIM, 2011.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tiranto lo Blanch, 1996.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español – Parte General, v. III – Teoría jurídica do delito/2*, 5. reimpr. Madrid: Tecnos, 2005.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal, parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- COIMBRA, Regis Antonio, *Descrição da liberdade numa perspectiva determinista: Aristóteles no contexto da ciência moderna*. Veritas: Revista Trimestral de Filosofia e Ciências Humanas da PUC-RS. v. 43, n. 172. Porto Alegre, PUC, 1998.
- CÓRDOBA RODA, Juan. *Culpabilidad y Pena*. Barcelona: Bosch, 1977.
- COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del Derecho Penal de Culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. “Compatibilismo humanista”: una propuesta de conciliación e neurociencias y derecho penal. IN CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo- Buenos Aires, 2013.
- DAMÁSIO, Antonio R., *O erro de Descartes: Emoção, razão e o cérebro humano*. Trad. Dora Vicente e Regina Segurado. 3. Ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2012.
- DENNET, Daniel, *La libertad de acción: un análisis de la exigencia de libre albedrío*, 2.ed. Barcelona, Gedisa, 2000.
- EAGLEMAN, David, *Incógnito – As vidas secretas do cérebro*. Trad. Ryta Vinagre, Rio de Janeiro, Rocco, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Trd. Ana Paula Zomer e outros, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal; Parte Geral: t.1. questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.
- FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. 2. Reimpr. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
- FREUD, Sigmund. (1914) Sobre o narcisismo uma introdução. In: FREUD, Sigmund. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1996, vol. XIV.

- FRISCH, Wolfgang, *sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad*. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (coord.), *Derecho Penal de La Culpabilidad y Neurociencias*. Pamplona: Civitas/Thomson Reuters, 2012.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática penal? In: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho: en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Pannedille, 1970.
- GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Ricardo C. Nuñez, 2.ed., Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.
- GRACIA MARTÍN, Luis. El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>, 2004, Acceso em 06/11/2013.
- GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro. Trad. Juarez Tavares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- HASSEMER, Winfried. História das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 06, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- HIRSCH, Hans Joachim, *Acerca de la actual discusión alemana sobre liberta de voluntad y Derecho Penal*. IN CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo-Buenos Aires, 2013.
- HIRSCH, Hans Joachim. El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal. En: *Derecho Penal: obras completas*. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni, 1999.
- LIBET, Benjamin, *Mind and Time: The Temporal Factor in Consciousness*, Harvard University Press, Cambridge 2004.
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque, A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã, in: *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*. Salvador, Juspodivm, 2010b.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora, COELHO, Yuri Carneiro, *A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no Direito Penal*. In PRADO, Luiz Régis (Coord). *Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 101-109, 2007.

- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal- Parte General*, 7ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
- MONTES HUAPAYA, Sandro, El principio de culpabilidad como concepto político criminal dentro un Estado de Derecho, social y democrático. En: *Derecho Penal Online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea)*. Año 2007. Disponible en Internet: [http:// www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com)). Acceso em 11/11/2007.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y Prevención; las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990.
- POPPER, Karl. *De nuvens e relógios*. In: *Conhecimento Objetivo*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975.
- QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 9ª Edição. Editora jusPODIVM: 2013.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Thomsom-Civitas, 2003, p. 799.
- RUBIA, Francisco J. Neurociência y Libertad. In CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociencias y Derecho Penal nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Montivideo-Buenos Aires, 2013.
- SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. *Derecho Penal y Neurociencias. Una relación tormentosa?* In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo, *Derecho Penal de La Culpabilidad y Neurociencias*. Pamplona: Civitas/Thomson Reuters, 2012.
- STAECHELIN, Gregor. ¿Es compatible la “prohibición de infraprotección” con una concepción liberal del derecho penal? In: ROMEO CASABONA, Carlos María (coord), *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
- WELZEL, Hans. *Reflexiones sobre el libre albedrío*. In: WELZEL, Hans. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

DIREITO PENAL DO INIMIGO X DIREITO PENAL DO CIDADÃO

DÉA CARLA PEREIRA NERY

Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Mestre em “Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología” pela UPO/Espanha (Universidade Pablo de Olavide de Sevilla). Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador (1991). Professora Doutora da UNEB (Universidade do Estado da Bahia) dos cursos de Graduação em Direito e Pós-graduação (Especialização em Gestão Pública). Professora Colaboradora da ASSECI (Assessoria de Cooperação Internacional) da UNEB (Universidade do Estado da Bahia). Avaliadora do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (BASIS/INEP/MEC). Elaboradora de itens do BNI/ENADE (Banco Nacional de Itens - INEP). Tutora do Ensino à distância da SENASP (Secretaria Nacional de Segurança Pública). Professora do PROCEDH/FESMIP (Programa de Capacitação em Direitos Humanos da Fundação Escola Superior do Ministério Público). Ex-Corregedora Assistente. Delegada de Polícia. Ex-bolsista da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Ex-bolsista da AECID (Agência Espanhola de Cooperação Internacional e Desenvolvimento). Ex-bolsista do FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). Tem experiência na avaliação do ensino superior; experiência didática e prática na área de Direito, com ênfase em Direito Educacional, Direitos Humanos, Direito Penal e Criminologia.

Resumo

O artigo analisa o Direito Penal do Inimigo em contraposto ao Direito Penal do Cidadão, ressaltando a necessidade do Estado não reconhecer o autor do fato delituoso como um inimigo que deve ser destruído, mas sim como um indivíduo que apresentou um comportamento que feriu a norma, contudo não perdeu sua condição de cidadão e seu direito de reintegrar-se à sociedade.

Palavras-chave

Direito Penal do Inimigo; Direito Penal do Cidadão; Delinquente e reintegração na sociedade.

Abstract

The article analyzes the Criminal Law of the Enemy opposed to criminal law in the Citizen, emphasizing the need for the state to recognize the author of the fact tortious

as an enemy that must be destroyed, but as an individual who presented a behavior that hurt the norm, not yet lost its status as citizens and their right to reintegrate into society.

Key words

Criminal Law of the Enemy; Criminal Law of the Citizen; And offender reintegration into society.

1. Introdução

O discurso atual do direito penal do inimigo renuncia as garantias materiais e processuais do direito penal da normalidade. Tais princípios e regras próprias do direito penal do inimigo estão impostos pelo significado das circunstâncias fáticas que caracterizam a atividade e a posição do inimigo frente à sociedade. Portanto, estariam configurados como instrumentos adequados ao fim de prevenção do perigo que representa o inimigo, que somente podem ser alcançados mediante seu vencimento ou sua eliminação na guerra desatada entre ele (o inimigo) e o Estado, através do seu isolamento. Enfim, para enfrentar os inimigos, se recorre nas sociedades modernas aos regulamentos jurídico penais com características que permitem identificá-las como típicas de um direito penal do inimigo.

Segundo Jakobs e Meliá, o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes. Poderá vê-las como pessoas que delinquem, ou seja, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.¹

Neste sentido, Gracia Martín afirma:

En realidad, este llamado Derecho penal del enemigo sería uno que se apartaría de los fines ordinarios del Derecho penal, es decir, de la reafirmación de ordenamiento jurídico o de la norma infringida conforme a la ideología de la llamada actualmente prevención general positiva, de la prevención general de intimidación y de la prevención especial rehabilitadora o de reinserción social. Se trataría más bien de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión e inocuización. El fin principal del Derecho penal del enemigo es la seguridad cognitiva. En él no se trata ya - como sucede en el Derecho penal general - de la conservación o mantenimiento del orden, sino de la producción en el entorno de condiciones soportables por medio de las

1 JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 4. ed. Tradução André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p. 40.

cuales sean eliminados todos aquéllos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas. El Derecho penal del enemigo es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto éstos son actualmente no-personas, y conceptualmente hace pensar en una guerra cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos. ‘El derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, [mientras que] el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad’. Mediante el Derecho penal del enemigo, el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros, y, por ello, en él ‘la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos’.²

Segundo Gracia Martín, uma primeira manifestação do direito penal do inimigo está representada por alguns tipos penais, em que existe uma ampla antecipação da punibilidade a momentos em que os atos realizados somente têm caráter de preparatórios de atos futuros. Ou seja, condutas que consistem em ameaça permanente a princípios básicos da sociedade (falta de segurança), como condutas informadas e motivadas por pertencerem a uma organização que opera fora do Direito. Desta forma, criminalizam-se comportamentos de mera colaboração com grupos e organizações terroristas, inclusive a apologia das infrações de terrorismo ou de seus autores.

A segunda característica do direito penal do inimigo, exposta pelo supra citado penalista consiste na desproporcionalidade das penas, que teriam uma dupla manifestação. Desta forma, a criminalização de condutas no âmbito prévio não é acompanhada de redução da pena com respeito àquela fixada para os fatos consumados ou tentados, relacionados às aludidas condutas prévias. Vale dizer ainda que a circunstância do autor pertencer a uma organização é considerada para estabelecer agravações, consideradas, em princípio, desproporcionadas.

No cenário alemão, Jakobs reconhece também como uma manifestação típica do direito penal do inimigo o fato de que numerosas leis penais alemãs dos últimos anos se autodenominam abertas. São aquelas chamadas “leis de luta ou combate”, que representam, segundo Jakobs, “um passo da legislação penal a uma legislação de combate”.

Ademais, Gracia Martín, menciona ainda que outra forma de identificação do direito penal do inimigo é a considerável restrição de garantias e direitos processuais dos imputados. Afirma este autor:

2 GRACIA MARTÍN, Luis. **El horizonte del finalismo y el “derecho penal del inimigo”**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 106.

Así, se pone ya en cuestión hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, se prescinde del - o se reinterpreta restrictivamente el - principio *nemoteneatur se ipsum accusare*, o, por citar sólo un exponente más, se amplían los plazos de detención policial, para el cumplimiento de “fines investigadores”, así como los de prisión preventiva, y ya en el plano teórico doctrinal se reivindica incluso la licitud de la tortura.³

Por final, o direito penal do inimigo também está caracterizado no âmbito dos regulamentos do direito penitenciário, quando se constata o endurecimento de condições de classificação dos internos, que têm limitados os benefícios penitenciários, ou ainda, ampliado requisitos para a concessão da liberdade condicional.

Por seu turno, no que se refere ao direito penal do cidadão, o Estado não vê o autor do fato delituoso como um inimigo que deve ser destruído, mas sim como um cidadão que apresentou um comportamento que feriu a norma, ou seja, um deslize reparável. Desta forma o indivíduo não perde sua condição de cidadão e seu direito de reintegrar-se à sociedade. Segundo ensinamento de Gracia Martín, citando Jakobs:

El Derecho penal del ciudadano define y sanciona delitos o infracciones de normas que llevan a cabo los individuos de un modo incidental y que son normalmente la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su status de ciudadanos, es decir, en su condición de sujetos vinculantes a y por el Derecho. El delito de un ciudadano ‘no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable’, y por ello, concluye Jakobs, ‘el Estado moderno ve en el autor de un hecho - de nuevo, uso esta palabra poco exacta - normal, [...] no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado - de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo) - a equilibrar el daño en la vigencia de la norma’. Esto es así cuando el autor, a pesar de su hecho, ofrece garantías de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadanos, es decir, ‘como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico’. Por ello, en principio, ‘un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal’, pues éste, por un lado, ‘tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como ciudadano’, y por otro lado,

3 GRACIA MARTÍN, Luis. **El horizonte del finalismo y el “derecho penal del inimigo”**, p. 112.

‘tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad’.⁴

Gunther Jakobs não segue a concepção de Rousseau e de Fichte. Afirma que em princípio um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito o criminoso. Explica que existe uma dupla razão: por um lado, o delinqüente tem direito a voltar a amoldar-se na sociedade, e para isso deve manter-se seu status como pessoa, como cidadão. Por outro lado, o delinqüente tem o dever de proceder à reparação, e também tais deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, ou seja, o delinqüente não poderia despedir-se arbitrariamente da sociedade em virtude de seu fato.

Por outro lado, Silva Sánchez⁵ admite alguma regulação do direito penal do inimigo em determinadas situações extremas e segundo a condição de que aquela resulta sempre o mal menor em termos de proporcionalidade. Portanto, trata de analisar o mal que se causa com o sacrifício de garantias e da liberdade de ação, com o mal a cuja produção tende o perigo que representa o inimigo, que é o que se trata de evitar.

Para Silva Sánchez, o “direito penal do inimigo” e o “direito penal do cidadão” são duas tendências opostas em um contexto jurídico penal. Portanto, é perfeitamente possível que estas tendências se superponham, sejam aquelas que conduzem a tratar o autor como pessoa, sejam aquelas outras dirigidas a tratá-lo como fonte de perigo (ou como meio para intimidar a outros).

Gracia Martín argumenta a respeito da contraposição do direito penal do inimigo e do direito penal do cidadão:

[...] Por esta razón individualiza y distingue a un Derecho penal del enemigo que contrapone al Derecho penal del ciudadano, si bien últimamente quiere relativizar dicha contraposición mediante una presentación del uno y del otro como ‘tipos ideales’ que difícilmente aparecen en la realidad en estado puro, pues, según él, en el Derecho penal del ciudadano existirían elementos del Derecho penal del enemigo y, viceversa, en éste último también habría elementos del primero.⁶

Vejamos no próximo item mais detalhadamente sobre o Direito penal do inimigo.

2. Direito Penal do Inimigo

Em maio de 1985, em conferencia apresentada no Congresso de Penalistas alemães, celebrado em Frankfurt, Gunther Jakobs utilizou pela primeira vez a expressão

4 GRACIA MARTÍN, Luis. **El horizonte del finalismo y el “derecho penal del inimigo”**, p. 99.

5 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 164.

6 GRACIA MARTÍN, Luis. **El horizonte del finalismo y el “derecho penal del inimigo”**, p. 98.

“Feindstrafrecht” (“direito penal do inimigo”), para denominar um direito oposto ao “direito penal do cidadão”. Tal conceito desencadeou nos anos seguintes um grande debate científico e político, tendo em vista que nestes momentos ulteriores Jakobs menciona este conceito não mais com tom de crítica, pois começa a apresentar uma maneira mais aprovadora e legitimadora de sua existência.

Desta forma, em outra Conferencia apresentada no Congresso de Berlim, em outubro de 1999, Gunther Jakobs, diferente do seu primeiro trabalho, assume abertamente a necessidade de um “direito penal do inimigo”, não como um direito excepcional, mas como outra classe de direito penal inevitável.

Por seu turno, menciona Muñoz Conde:

[...] la necesidad de un derecho penal del enemigo [...] sino como otra clase de Derecho penal, sin duda desagradable, pero inevitable, al que a veces tiene que recurrir la sociedad para el mantenimiento de la seguridad cognitiva frente a los que de un modo permanente se mantienen al margen del sistema social y lo atacan. La característica de este Derecho no sería ya sólo la anticipación de su intervención en hechos alejados de la puesta en peligro de bienes jurídicos, sino también la utilización de penas draconianas, más allá de la idea de proporcionalidad, y la derogación o reducción de algunas de las garantías que concede el Estado de Derecho al imputado en el proceso penal.⁷

Segundo a tese de Gunther Jakobs, em relação a determinados tipos de sujeitos, denominados pelo autor como “inimigos”, que de forma permanente, se apartam dos valores fundamentais da sociedade e se integram em estruturas criminais, deve-se utilizar um Direito penal especial, distinto do Direito penal normal aplicável ao restante dos cidadãos. Para Jakobs, estes sujeitos não podem ser tratados como pessoas com todos seus direitos, e o legislador deve reagir frente a eles com métodos que podem ir mais longe do que permite o Estado de Direito.⁸

Muñoz Conde relata as discussões em redor deste conceito, ocorrida no 30º Congresso de Advogados penalistas alemães, ocorrido em Hamburgo, no ano de 1977:

Paradójicamente, muchos de los intervinientes en este Grupo de trabajo aceptan esta descripción de Jakobs, precisamente para incluir en ella y denunciar las recientes reformas penales habidas en Alemania en materia de terrorismo, criminalidad organizada, internamiento en custodia de seguridad, utilización de grandes escuchas en el ámbito domiciliario, etc.

7 MUÑOZ CONDE, Francisco. Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el “Derecho Penal del enemigo”. *Revista Penal*, Madrid, n. 18, p. 336-359, 1997. p. 336.

8 MUÑOZ CONDE, Francisco. Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el “Derecho Penal del enemigo”. *Revista Penal*, p.340.

Pero inmediatamente surgió la cuestión de la legitimidad de un tal Derecho penal del enemigo y de su compatibilidad con el Estado de Derecho. Desde este punto de vista, el profesor friburgués JorgArnold habló de la necesidad de oponer un ‘frente de resistencia jurídico’ a tales tendencias. Por su parte el también profesor de Derecho penal, Frank Saliger, denunció la ambigüedad de la posición de Jakobs que nada entre lo puramente descriptivo y la legitimidad de su concepto, pero sobre todo la amplitud del mismo, en el que cabe incluir desde la tortura y situaciones como la de los presos de Guantánamo, hasta la prisión preventiva, pasando por cualquier otra norma o práctica que más o menos pueda rozar los límites del Estado de Derecho.⁹

Desta forma, Muñoz Conde não discorda com Gunther Yakobs da existência de um “Direito penal do inimigo”, e suas manifestações mais preocupantes, inclusive em Estados democráticos. Entretanto, diverge, posicionando-se de modo a rechaçar, energicamente, tanto no âmbito político como em qualquer outro âmbito, de modo pleno e total, este denominado “Direito Penal do inimigo”.

A evolução de Jakobs, desde sua primeira referencia ao “Feindstrafrecht” (Direito penal do inimigo) no Congresso de Frankfurt de 1985, até sua intervenção no Congresso de Berlín, em 1999, bem como a evolução legislativa que vem sendo produzida nestes anos em muitos países, demonstram a tendência, cada vez mais evidente, ao “Direito penal do inimigo”, inclusive como se apresenta em algumas situações jurídicas, como aos dos presos na Base americana de Guantánamo.

Menciona Muñoz Conde sobre os trabalhos que criticam o Direito penal do inimigo:

En la misma línea crítica se mueve Ulfried Neumann quien además crítica el concepto de Jakobs del enemigo como ‘Unperson’, es decir, como ‘no persona’, que supone privarle de derechos que son básicos en el Estado de Derecho y que deben reconocérseles a todo ser humano. Pero sobre todo critica la indeterminación del concepto de ‘enemigo’, que permite incluir en él a los delincuentes sexuales, a los económicos, a los narcotraficantes, a los terroristas, a los pertenecientes a la ‘criminalidad organizada’ y, en el fondo, a cualquier disidente, cuando no a simples delincuentes comunes habituales; es decir, a todo el que no viva comúnmente dentro de los patrones más o menos rígidos del sistema social, o lo cuestionen de forma más o menos violenta.¹⁰

Menciona Faraldo Cabana, que o destinatário deste novo Direito penal não é o cidadão, senão o inimigo, devendo delimitar quem deve receber esta qualificação. O

9 MUÑOZ CONDE, Francisco. Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el “Derecho Penal del enemigo”. **Revista Penal**, p.340.

10 MUÑOZ CONDE, Francisco. Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el “Derecho Penal del enemigo”. **Revista Penal**, p.346.

“inimigo”, é diferente do “cidadão”, que delinqüe ocasionalmente. Ou seja, o inimigo se caracteriza por haver abandonado de forma duradoura e permanente o Direito, seja através de seu comportamento (delinqüentes sexuais perigosos), seja através de sua vinculação a uma organização delitiva (terrorismo, delinqüência organizada), ou através de sua ocupação profissional (delinqüência econômica, delinqüência organizada).

Segundo FaraldoCabana:

Esta clase de delincuente no puede pretender ser tratada como persona, puesto que no ofrece a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona, esto es, no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal, como manifiesta a través de su conducta. Es una no-persona. Aprovecha la desestructuración de una sociedad occidental ‘que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, para construir su identidad al margen del Derecho’. Frente a él la única reacción posible es la inocuización o neutralización, medidas con las que se pretende procurar una especial seguridad cognitiva. En efecto, uno de los efectos producidos por la introducción de este nuevo Derecho penal es el regreso a nociones que, aunque ni mucho menos desconocidas, si habían quedado abandonadas en el discurso penal continental, como la de inocuización.¹¹

Na visão de Faraldo Cabana, no âmbito do Direito penal de inimigo incluem-se delitos que negam frontalmente os princípios básicos do modelo de convivência nas sociedades ocidentais, como são os crimes de Estado e aqueles cometidos no âmbito de organizações criminais, incluindo o terrorismo. Portanto, no Direito penal do inimigo, estes delitos apresentariam importantes dificuldades de persecução e prova, de forma que para sua repressão faz-se necessário relativizar as garantias substantivas e processuais.

Deste modo, com penas desmesuradas, como o recurso abusivo ao Direito penal, empregando-o mais além do que lhe resulta permitido, com as restrições e limitações dos direitos e garantias constitucionais, é possível que se possa lutar “eficazmente” contra *o inimigo*, mas com certeza também está se abrindo uma porta pela qual podem unir-se, sem ninguém se dar conta, um Direito penal de cunho autoritário, tão incompatível com o estado de Direito como são as legislações excepcionais das mais brutas ditaduras.

Neste diapasão, afirma Faraldo Cabana:

En esta labor se ha tener en cuenta la necesidad de evitar el peligro de caer en la tentación de la ‘perenne emergencia’, pues la experiencia demuestra

11 FARALDO CABANA, Patricia. **Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

que la creación de una legislación excepcional para una situación que se define como extraordinaria, como sucede con la lucha contra el terrorismo y/o la delincuencia organizada, acaba convirtiendo-se en el modelo de la legislación ‘normal’, a la que inevitablemente contagia.¹²

Prossegue este autor, que não é somente que o Direito Penal de inimigo seja um Direito penal ilegítimo e ilegítimável, pois ainda que em algum caso possa parecer que seja o mal menor na luta contra graves formas de criminalidade, esta tendência para a expansão supõe um perigo demasiado elevado, precisamente para aquele que diz defender os princípios básicos de convivência social em um Estado que se quer social e democrático de direito.

No próximo item iremos abordar a tortura sob o âmbito do direito penal do inimigo.

2.1. *A Tortura como Meio Legítimo para a Obtenção de Provas Dentro do Contexto do Direito Penal do Inimigo*

A verdade que o Direito Penal do inimigo não é algo novo, que está sendo visto pela primeira vez. Basta conhecer o Direito Penal das ditaduras passadas e aquelas ainda existentes em qualquer parte do mundo, para saber até onde se pode chegar o Direito Penal. Atrás desta espécie de Direito Penal pode advir Guantánamo, Abu Chraig, a tortura como meio legítimo de obtenção das provas, as Comissões Militares, a supressão do direito de defesa, e como consequência de tudo isto, a pena de morte. Conforme menciona Muñoz Conde:

Naturalmente, eso sólo afectará a los llamados enemigos; para el resto sigue vigente el Estado de Derecho, con todos sus principios y garantías elaboradas por la más refinada Dogmática jurídica penal que conforman el llamando ‘Derecho Penal del ciudadano’, aplicable a los ‘fieles ao Derecho’, que alguna vez hayan tenido la tentación de apartarse de él o la mala suerte de caer accidentalmente en sus redes.¹³

Para Hassemer: “si se contempla al acusado exclusivamente como a un enemigo se estaría atentando contra la dignidad humana; algo completamente inaceptable”¹⁴. Desta forma, adverte o penalista alemão sobre a tendência a uma desmedida proteção em frente ao perigo.

Muñoz Conde referindo-se ao posicionamento de GuntherJakobs, aduz o seguinte:

12 FARALDO CABANA, Patricia. **Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización**, p. 316.

13 MUÑOZ CONDE, Francisco. Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el “Derecho Penal del enemigo”. **Revista Penal**, p.337.

14 HASSEMER *apud* MUÑOZ CONDE, Francisco. Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el “Derecho Penal del enemigo”. **Revista Penal**, p.344.

Tomemos como ejemplo el mencionado específicamente por el Profesor Jakobs al final de su ponencia: la tortura. Por supuesto que la tortura es en muchos países una amarga realidad y, desde luego, hay pruebas más que evidentes de que se practica o se ha practicado contra presos islamistas en las prisiones de Abu Chraig o de Guantánamo. Por este lado, pues, ‘nihil novum sub solo’. Pero de esta realidad no se puede extraer ninguna consecuencia normativa, o por decirlo por una terminología más acorde con la que utiliza el Profesor Jakobs, de la realidad fáctica de la práctica de la tortura no puede deducirse una norma que la permita o la admita como algo sin duda desagradable, pero inevitable, sino más bien lo contrario: negarle cualquier valor normativo a esa realidad fáctica y enfrentarse a la misma ‘contra fácticamente’, es decir, con la sanción penal de los que han violado las normas, tanto nacionales como internacionales, que prohíben los malos tratos y la tortura, cualquiera que sea la finalidad que pretendan alcanzar los que la practiquen. Lo que el jurista respetuoso con esas normas tiene que hacer es, pues, a mi juicio, denunciar la tortura como un grave delito nacional e internacional lo cometa quien lo cometa, llevar a sus responsables ante los Tribunales nacionales o internacionales y decir que el Estado que justifica o permite estos excesos es un Estado de ‘no derecho’, igual que lo fueron él régimen nazi o fascista, el franquista o el estalinista, el de los Militares argentinos o el del General Pinochet en Chile, y lo son, lo han sido y lo serán tantos otros, que, de forma más o menos encubierta, utilizan sistemas de represión brutal, contrarios a los derechos humanos y a la sensibilidad humana más elemental, para asegurar sus intereses o sistemas políticos.¹⁵

Fazendo alusão ao Direito Espanhol, mister salientar que o art. 15 da Constituição Espanhola reconhece o direito à vida e à integridade física e moral, proibindo expressamente a tortura e as penas ou tratamentos desumanos e degradantes. Da mesma forma, a Constituição Brasileira no art. 5, inciso III, determina que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Os direitos fundamentais têm em sua origem um significado filosófico-político, pois significa o estabelecimento de limites ao poder. A defesa do princípio da dignidade humana e como corolário a proibição da tortura constitui direito fundamental do homem, assegurado nas mais diversas constituições.

Em um Estado social e democrático o princípio da dignidade é reitor de todas as condutas. Nada pode justificar a desobediência a esse princípio.

Conceituando o Estado social e democrático, estamos falando daquele que está a serviço de todos os cidadãos, ou seja, não poderá intervir em benefício de determinados

15 MUÑOZ CONDE, Francisco. Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el “Derecho Penal del enemigo”. **Revista Penal**, p.344.

grupos. Neste ponto, fica claro que a dignidade é fundamento de um estado social e democrático, porque a dignidade é característica imanente de todo e qualquer homem, ou melhor, não podem ser considerados dignos um grupo de homens em detrimento de outros homens.

O art. 2.2 da convenção da ONU de 1984 dispõe: “Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificação para a tortura”.

Este artigo da convenção consiste em uma inderrogabilidade absoluta da proibição da prática da tortura, seja em qualquer situação, inclusive nas excepcionais (guerra, ameaça, instabilidade política interna ou outro estado de exceção).

Apenas para ilustrar, podemos observar o que passa no Direito Português. O art. 196, nº 6 da Constituição da República Portuguesa estabelece o direito à integridade física, proibindo a prática da tortura. Desta forma as situações de exceção, como o estado de sítio e estado de emergência, apesar de autorizarem a suspensão de alguns direitos, não poderão nunca admitir a existência da tortura.

Resulta óbvio dizer que a tortura consiste em uma afronta à dignidade humana, pois transforma o ser humano em coisa. Neste diapasão, reflete Grima Lizandra:

La tortura significa una agresión a la dignidad humana. Al torturado se le niega su condición de persona y se le convierte en un objeto. El uso de la tortura significa degradar a la víctima de su condición humana, negarle su libertad, considerarlo ‘algo’ sometido a leyes puramente mecanicistas: su cuerpo en manos del torturador tiene que reaccionar tal como éste pretende. Esta es la idea que está presente en la mente del torturador y que el torturado percibe y vive en su propia persona: ‘tu cuerpo es débil, tan débil que basta que te haga sufrir para que digas y hagas lo que yo quiera: no actuarás conforme a tu voluntad, sino conforme a la mía’. El torturado es considerado por el torturador como un simple objeto en sus manos, lo que supone negarle que es un fin en sí mismo (esencia de la dignidad).¹⁶

Entende-se, desta forma que a tortura questiona a dignidade do torturado como pessoa, sua capacidade e liberdade de decisão, sua integridade física e mental. Enfim, anula sua própria personalidade, negando seu direito de seguir sendo por dentro como a pessoa que é. Como mencionamos anteriormente, na visão de Grima Lizandra, que estamos em perfeita consonância, a tortura ofende a autonomia do indivíduo, cerceando sua liberdade, característica intrínseca da dignidade humana.

16 GRIMA LIZANDRA, Vicente. **Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos**, p. 64.

Ainda que a tortura indagatória tenha o objetivo do descobrimento da verdade, o torturador apenas admite a resposta que espera, ou seja, a vítima não apenas concede uma informação, mas reconhece o torturador como o dono e possuidor de sua palavra.

Por seu turno, existem situações consideradas como “eficientes”, quando através da utilização da tortura, realmente são obtidas informações, que deduzem a verdade. Ainda que seja “eficiente”, conforme entendimento de alguns, não pode ser admitida nem pode ser legitimada, nunca e em nenhum lugar. Admiti-la é rechaçar a dignidade da pessoa humana, fundamento para um estado democrático de direito. Ademais, não se pode proteger a legalidade utilizando de meios ilegais, isto é contraditório e extremamente perigoso. A prática da tortura é injusta e cruel.

A liberdade, e, por conseguinte, a autonomia do homem é uma das dimensões da dignidade. A liberdade é a expressão da grandeza do homem. Este é como uma obra de arte, ou seja, é único em sua espécie. Seguindo este raciocínio, a quantidade não significa nada. E uma pessoa não pode ser sacrificada contra sua vontade, ainda que este sacrifício se traduza no bem de muitas outras pessoas, ou quiçá de apenas uma outra pessoa supostamente mais digna. Neste sentido foi ministrada palestra na universidade Pablo de Olavide de Sevilla (Espanha), ocasião em que Roxin, “Catedrático emérito de Derecho Penal de la Universidad de Munich (Alemania)”, analisou o fato ocorrido em setembro de 2002, quando foi seqüestrado na Alemanha, o filho de 11 anos de idade de um banqueiro, por um jovem jurista de 28 anos de idade, que exigia determinada quantia em dinheiro pelo resgate.

Neste seqüestro supracitado, Daschner, vice-presidente da Polícia de Frankfurt, permitiu na manhã de 1º de outubro que ameaçassem torturar o acusado, se este não indicasse o paradeiro do menino seqüestrado, objetivando salvar a vida da vítima. Contudo, a vítima já havia sido assassinada pelo autor imediatamente depois do seqüestro. Portanto, não era possível o resgate.

Desde que ocorreu este caso, se discute na Alemanha se o comportamento do vice-presidente da Polícia foi conforme ao Direito, se Daschner deve ser castigado e se as informações obtidas do acusado mediante a ameaça de tortura podem ser usadas para provar sua culpabilidade.

Segundo Roxin, em conferência ministrada na universidade Pablo de Olavide de Sevilla:

El deber de garantía de la dignidad humana no se puede limitar, ni siquiera mediante una ley que modifique la Constitución. Entre estas regulaciones legales que prohíben la tortura se encuentran numerosos convénios europeos e internacionales con el mismo contenido.¹⁷

17 Conferência ministrada por Claus Roxin, “catedrático emérito de Derecho Penal de la Universidad de Munich (Alemania)” realizada na Universidade Pablo de Olavide de Sevilla no dia 04 de março de 2004, durante o curso de Doutorado em “Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología”.

Participamos deste mesmo entendimento da inadmissibilidade de qualquer tipo de limitação ao dever de garantir à dignidade humana.

O vice-presidente da Polícia, que ordenou a tortura, invocou o dever do Estado de “evitar prejuízos a seus cidadãos”. En Frankfurt, Allgemeine Zeitung Brugger declara que em um seqüestro é muito provável que a dignidade da vítima seja menosprezada, apesar de que o seu corpo, sua pessoa, seja utilizado como mero meio para o fim de extorquir. Deste modo, reflexiona Brugger, que em uma situação em que a dignidade enfrenta a dignidade, o ordenamento jurídico pode e deve colocar-se do lado da vítima e exigir do autor a revelação do esconderijo.

Roxin menciona que apesar de considerar convincente, não lhe parece correta a posição de Brugger. Em seu sentir:

[...] Ciertamente se puede decir que el secuestrador há vulnerado la dignidad humana de la víctima, al igual que hacen muchos delincuentes. Pero esto no legitima al Estado para atacar por su parte la dignidad humana del autor porque su superioridad moral frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste. Si al Estado le está prohibida toda vulneración de la dignidad humana y con ello también la tortura, entonces, lógicamente, no puede existir por su parte una vulneración de la dignidad humana en la omisión de medidas de tortura. Bien es verdad que el Estado está obligado a proteger la vida y la dignidad humana de sus ciudadanos en la medida de lo posible. Pero sólo en la medida de lo posible: la protección puede ser otorgada siempre sólo dentro de los límites establecidos a la actuación del Estado de Derecho. Entro estos límites se encuentra en primer lugar la prohibición de tortura.¹⁸

Roxin analisa o caso do vice-presidente de polícia de Frankfurt, ressaltando o ponto de vista do policial, ou seja, o conflito de valores jurídicos fundamentais, que são a vida e a dignidade humana. Nesta situação, somente um valor poderia ser protegido, no caso, a conduta foi dirigida a salvar a vida. Para Roxin, o policial tomou o caminho equivocado. Seguindo Roxin, também participamos deste sentir, e apenas para ilustrar, ressaltamos a visão de Kant, ou seja, a de que o homem deve ser tratado sempre como um fim em si mesmo e não somente como um meio para usos quaisquer de esta ou aquela vontade.

Inclusive este caso alemão foi decidido pela Corte Européia de Direitos Humanos, pois em 2005, o condenado Gäfgen ingressou com ação contra a República Federal da Alemanha na Corte Européia de Direitos Humanos, alegando que sua condenação baseou-se em ameaça de tortura, considerada por ele “a mais massiva violação de Direitos Humanos e

18 Conferência ministrada por Claus Roxin, “catedrático emérito de Derecho Penal de la Universidad de Munich (Alemania)” realizada na Universidade Pablo de Olavide de Sevilla no dia 04 de março de 2004.

da proibição de tortura comprovadamente acontecida na Alemanha do pós-guerra”. Neste caso, o tribunal reconheceu que o direito do demandante fora efetivamente violado pelo estado alemão: embora não houvesse tortura, as ameaças equivaliam a um “tratamento desumano”. Também proclamou que nada, nem o salvamento de vidas pode justificar a prática da tortura no Direito internacional, ou mesmo alguma violação aos direitos consagrados no art. 6º parágrafo 3º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.¹⁹

Seguindo esta linha de pensamento, argumenta Alain Aeschlimann, Chefe da Divisão de Proteção do Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICR):

Es indudable que los Estados y las autoridades públicas tienen la obligación de adoptar todas las medidas posibles para proteger la seguridad pública. Sin embargo, deben cumplir esa obligación dentro de un marco jurídico que garantice el respeto de la dignidad humana. La detención y el interrogatorio de las personas que pueden proporcionar información sobre posibles amenazas deben ser conformes a esos principios fundamentales del derecho.²⁰

Podemos observar que, historicamente, sempre que a tortura é tolerada, o resultado é uma permissividade perigosa, que poderia alargar em demasiado e implicaria em muitos

19 Este interessante caso percorreu a jurisdição alemã, passando pelo crivo internacional na Corte Europeia de Direitos Humanos. Trata-se do caso que ficou conhecido como “DaschnerProzess”, que teve lugar entre 2002 e 2004. O estudante de Direito Magnus Gäfgen sequestra o filho de um importante banqueiro de Frankfurt. A polícia acompanha a entrega do resgate, de 1 milhão de euros, e passa a observar os movimentos do sequestrador. Percebendo que, após o resgate, ele não vai ao local do cativo e sim reserva uma viagem, a polícia o prende. Naânsia de salvar a vida do jovem sequestrado, o Chefe de Polícia de Frankfurt Wolfgang Daschner, vendo que o sequestrador preso confessa o crime mas se recusa a dizer o local de cativeiro, passa a fazer-lhe ameaças de sofrimentos físicos equiparáveis à tortura. Crendo nas ameaças, Gäfgen indica o local onde se encontra o cadáver, eis que o garoto sequestrado já estava morto. Trata-se de prova absolutamente nula e imprestável por ilícita, segundo a jurisprudência uníssona alemã e dos tribunais internacionais de Direitos Humanos. No entanto, Gäfgen é condenado a prisão perpétua por homicídio qualificado, em 2003. Em 2004 é a vez de o Chefe de Polícia Daschner e seu subordinado serem também condenados, o primeiro pelo crime de “induzir subordinado à prática de crime” e o segundo pelo crime de constrangimento ilegal (“Nötigung”). Em 2005, o condenado Gäfgen ingressa com ação contra a República Federal da Alemanha na Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando que sua condenação baseou-se em ameaça de tortura, considerada por ele “a mais massiva violação de Direitos Humanos e da proibição de tortura comprovadamente acontecida na Alemanha do pós-guerra”. A ação foi rejeitada. O tribunal reconheceu que o direito do demandante fora efetivamente violado pelo estado alemão: embora não houvesse tortura, as ameaças equivaliam a um “tratamento desumano”. Também proclamou que nada, nem o salvamento de vidas pode justificar a prática da tortura no Direito internacional, ou mesmo alguma violação aos direitos consagrados no art. 6º parágrafo 3º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. No entanto, considerou a Corte Europeia que a condenação de Gäfgen resultou da prova indiciária e de sua confissão, anteriores à ameaça de tortura, e da materialidade do cadáver encontrado no local que ele indicou. E que a posterior condenação do Chefe de Polícia e seu auxiliar, com explícito reconhecimento pelos tribunais alemães de que seus direitos fundamentais efetivamente foram violados trouxe reparação satisfatória ao demandante que, só por isso, não tinha direito à impunidade ou mesmo à retomada de seu processo.

20 Disponível em: <<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwplist265>> Acesso em: 20 set. 2005.

excessos. Mister ressaltar que se tais excessos persistem, ainda que a prática da tortura esteja criminalizada e seja repudiada de uma maneira globalizada (conforme os instrumentos internacionais de combate à tortura), imagine se passamos a aceitar situações excepcionais de admissibilidade da tortura.

Neste diapasão, a legislação internacional é clara quanto ao tema, proibindo o uso de qualquer tipo de tortura e em qualquer situação, estando prevista como cláusula inderrogável no art. 2.2 da Convenção contra a Tortura, art. 4 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 27.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e art. 15.2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Também entendemos que depois das atrocidades ocorridas durante a segunda guerra mundial, tais instrumentos internacionais devem ser continuamente defendidos e respeitados. Argumenta ainda Alain Aeschlimann, Chefe da Divisão de Proteção do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICR):

Sin embargo, las normas acordadas a nivel internacional son mucho más estrictas cuando distinguen lo que es humano y legal de lo que no lo es. El derecho internacional, así como la mayor parte de las legislaciones nacionales, prohíbe comportamientos muy diversos, como los ultrajes contra la dignidad personal, los actos de violencia que atentan contra la vida, la salud y el bienestar, cualquier forma de atentado al pudor, cualquier nivel de brutalidad, los tratos o castigos inhumanos, crueles, humillantes o degradantes, la coerción física o moral, la intimidación, y la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal.²¹

As pessoas que defendem o uso limitado da tortura, aproveitam as preocupações da opinião pública em relação a violência, para justificar a utilização de maus tratos durante os interrogatórios. Em muitas ocasiões ocorridas no Brasil, podemos observar que, diante desta insegurança vivida por todos, a sociedade, de certa forma, urge por uma resposta imediata, que pode significar uma atuação dura da polícia, resultando em “mortes informais” e torturas. A sociedade, muitas vezes, está impregnada do sentimento de vingança. Deseja que o bandido seja efetivamente eliminado da sociedade, seja como seja.

É evidente que a tortura não pode constituir a resposta do Estado para o controle da violência. E repetindo as palavras de Roxin: “[...] pero esto no legitima al Estado para atacar por su parte la dignidad humana del autor porque su superioridad moral frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste”²². E da mesma forma, seguimos argumentando que o Estado não pode proteger a legalidade utilizando de meios ilegais, pois isto seria um contra-senso.

21 Disponível em <<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwplist265>> Acesso em: 20 set. 2005.

22 Conferência ministrada por Claus Roxin, “catedrático emérito de Derecho Penal de la Universidad de Munich (Alemania)” realizada na Universidade Pablo de Olavide de Sevilla no dia 04 de março de 2004.

Neste diapasão compartimos com as opiniões acima aludidas, pois entendemos que o Estado está obrigado a proteger a vida e a dignidade humana de seus cidadãos na medida do possível, dentro dos limites estabelecidos para a atuação de um Estado de direito.

Menciona Tomás y Valiente sobre a eficiência da tortura:

[...] pero como procedimiento para averiguar la verdad, aunque ciertamente falle en muchos casos y pese a que provocará con toda seguridad más confesiones veraces, es innegable que resulta mucho más eficaz que cualquier rito mágico ordálico. Sobre todo teniendo en cuenta que su eficacia opera en un doble sentido: como medio para descubrir la verdad, y como instrumento para intimidar al torturado y a quienes se sienten potencialmente en su lugar. Si no fuera eficaz la tortura en su doble efecto inquisitivo e intimidativo, no estaríamos aquí y ahora hablando de ella; si no fuese eficaz no sería, como ha sido y tal vez sigue en cierta medida siendo, procedimiento empleado en períodos de fortalecimiento del poder, y en función principalmente de los delitos que hayan podido o puedan poner en cuestión los mecanismos y resortes últimos de ese mismo poder.²³

Tomás y Valiente argumenta que a tortura é eficaz, não tanto para o descobrimento da verdade, mas como instrumento intimidativo do Estado. Reflete o autor que mesmo que seja eficaz, como podemos conseguir que o Estado opte por renunciar o uso da tortura e aceite cumprir as medidas desta renúncia? Conclui que para que exista esta renúncia, o próprio Estado deve reconhecer que por cima da eficácia repressiva da tortura existem outros valores. É missão do Direito e de todas as pessoas lutarem pelo máximo de respeito aos direitos humanos. Naspalavras de Tomás y Valiente: “[...] No hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre”²⁴.

Roxin analisa também o debate internacional dos casos das “ticking time bomb situations”, ou seja, casos nos quais aquele que coloca uma bomba é detido pela Polícia, mas não quer revelar o esconderijo da bomba, ainda que sua explosão seja iminente e milhões de pessoas estão ameaçadas. Reflete que nestes casos, o autor da tortura está convencido de que sua atuação se dirige a manter o bem jurídico e salvaguardar a vida, elegendo o único caminho eficaz e com grande probabilidade para a sua proteção. É ainda, que se trata de uma situação singular, que provavelmente não voltará a ocorrer. Neste caso, entende Roxin:

[...] me parece discutible bajo las circunstancias mencionadas, que naturalmente tendrían que ser precisadas, todavía, una exclusión de

23 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **La tortura judicial emEspana**. Barcelona: Crítica, 2000. p.209.

24 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **La tortura judicial emEspana**, p.235.

responsabilidad supralegal. Y ello porque la ley tiene que ser dura e inflexible en la determinación de lo justo y lo injusto cuando se trata de una norma fundamental como la prohibición de tortura. Pero en la cuestión de si el autor tiene que ser castigado en casos ético-sociales extremos tampoco es necesario que la justicia tenga corazón de piedra sino que puede ser indulgente, como hace en otras situaciones extremas y de conflicto.²⁵

Díaz Pita explica que nos países democráticos que vivenciam uma luta antiterrorista, existem duas caras: uma é a investigação dentro da legalidade, de grupos terroristas e de suas atividades; e a outra é mais sinistra, pois é levada a cabo por membros dos Corpos e Forças de Segurança do Estado, que atuam fora da cobertura legal de um Estado democrático.

Díaz Pita argumenta:

[...] los casos encuentra, as veces, una justificación en virtud de la desestabilización política y las secuelas de muerte, lesiones y daños que los atentados de estos grupos dejan como rastro. Y esta justificación há llegado, incluso, a reflejarse en la amplitud de las exigencias para considerar una conducta como constitutiva de tortura.[...] En efecto no se trata aquí más que de la justificación del uso de la tortura en aquellos países con problemas graves de terrorismo [...].²⁶

Neste diapasão Silva Franco mencionando Joan Querel Jimenez fala do quadro sócio-político espanhol, também pertinente em relação à realidade brasileira:

Suele argumentarse que ante la brutalidad de los hechos terroristas, el empleo de métodos expeditivos, aunque prohibidos por la Ley, pueden justificarse. Ello es un craso error por varios motivos. El primero de ellos es que no existe razón que mueva a comportarse como un caballero a quien tortura al presunto terrorista cuando se halla en presencia de otro tipo de delincuente; o dicho de otro modo: la tortura es una práctica progresiva que no conoce límites; hoy puede ser el terrorismo y mañana el tráfico de drogas o siempre el oponente político o el ratero. La segunda razón estriba en la más crasa de las incompetencias profesionales por parte de las autoridades y funcionarios policiales, apoyada por ciertas connivencias en otros sectores, cuanto más violenta y organizada es la delincuencia, tal como ocurre con el terrorismo y otras modalidades de bandolerismo moderno, a respuesta policial tiene que ser más sofisticada y mucho menos visceral. Esperar un comportamiento gentil y cooperativo por parte de un

25 Conferência ministrada por Claus Roxin, “catedrático emérito de Derecho Penal de la Universidad de Munich (Alemania)” realizada na Universidade Pablo de Olavide de Sevilla no dia 04 de março de 2004.

26 DÍAZ PITA, Maria del Mar. El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, p. 25-102, 1997.

(presunto) delincuente es un soberano dislate. Lo difícil no es saltar la Ley a la tolera - máxime cuando se sabe de básicas complicidades, apoyoso y aplausos -; lo difícil es cumplir con la función de prevención y de averiguación de los hechos punibles siguiendo las pautas de la Ley; y, para eso, en primero lugar, hay que conocer la Ley.²⁷

Ainda neste sentir menciona Tamarit Sumalla:

Por sus particulares características la tortura no admite otras causas de exención de responsabilidad criminal que las relativas a la inimputabilidad, aunque una aproximación criminológica a este delito revela que tal posibilidad sería extraña a la realidad cotidiana. La alusión del art. 15 CE a que la tortura se prohíbe ‘en cualquier caso’ ha sido interpretada como la negación de toda posible justificación o exculpación basada en el estado de necesidad. Tan tajante prohibición constitucional priva de fundamento a todo intento de contextualizar la tortura (incluso con fines meramente atenuatorios) en la lucha por defender el orden público democrático frente a la subversión terrorista y permite resolver sin ulteriores consideraciones supuestos académicos como la tortura infringida a un terrorista para arrancarle la información sobre el lugar donde ha colocado un artefacto explosivo. Además del carácter intangible de la dignidad humana resulta fundamental en la prohibición incondicional de la tortura la desconfianza hacia la misma como método eficaz para la averiguación de la verdad, lo cual constituye un clásico argumento abolicionista que desempeñó un rol básico en la obra de Beccaria y otros reformadores. En la línea de lo sostenido, el art. 2.2 de la Convención de 1984 establece que ‘en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.’²⁸

Depois de tudo que foi esboçado, resulta óbvio dizer que a tortura é inadmissível em qualquer situação, inclusive nas excepcionais. Mister ressaltar que seria muito perigoso admitir a tortura somente para determinadas hipóteses, que são qualificadas de extrema gravidade, como por exemplo, o terrorismo (bomba-relógio). O problema consiste na sua inevitável extensão a outros casos, podendo chegar a converter-se em uma prática sistemática e institucionalizada.

Enfim, neste diapasão, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, determina no artigo segundo sobre a inadmissibilidade

27 SILVA FRANCO, Alberto. Tortura. Breves anotações sobre a lei 9.455/97. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 19, p. 57, jul./set. 1997.p. 57.

28 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Comentarios al nuevo código penal**. Barcelona: Aranzadi, 2000. p. 867.

da tortura. Argumenta este dispositivo, e outros instrumentos internacionais citados anteriormente, que em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificação para a tortura. Portanto, a Convenção e demais instrumentos internacionais²⁹ dispõe expressamente a inderrogabilidade da cláusula de proibição da tortura.

3. Direito Penal do Cidadão

Neste item faremos o estudo do Direito penal do cidadão³⁰, fundamentado na dignidade humana, princípio reitor dos direitos humanos.

29 A proibição da tortura está prevista como cláusula inderrogável no art. 2.2 da Convenção contra a Tortura, art. 4 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 27.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e art. 15.2 da Convenção Européia de Direitos Humanos.

30 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p.14. A palavra cidadania origina-se da expressão em latim *civitas*, que quer dizer cidade. De acordo com o ensinamento de Dalmo Dallari: “*A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social*”. Fazendo uma reflexão histórica, vale lembrar que a palavra “*cidadania*” foi usada na Roma antiga para indicar a situação política de uma pessoa e os direitos que essa pessoa tinha ou podia exercer. Desta forma, era realizada a classificação das pessoas para efeito de cidadania. Os estrangeiros e os escravos estavam excluídos da cidadania, e somente uma parte dos cidadãos romanos gozava da cidadania ativa. Apenas o cidadão ativo tinha o direito de ocupar cargos públicos importantes e de participar das decisões políticas, especialmente através do voto.

Segundo ensinamento da Prof^aDr^a Maria Garcia, proferido em Banca de Qualificação do Curso de Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ocorrida em 03/05/2011, a expressão “*cidadão*” denomina o titular de todos os direitos previstos na Constituição. Neste diapasão, afirma Dalmo Dallari: “*A cidadania, que no século dezoito teve sentido político, ligando-se ao princípio da igualdade de todos, passou a expressar uma situação jurídica, indicando um conjunto de direitos e de deveres, jurídicos. Na terminologia atual, cidadão é o indivíduo vinculado à ordem jurídica de um Estado. Essa vinculação pode ser determinada pelo local do nascimento ou pela descendência, bem como por outros fatores, dependendo das leis de cada Estado. Assim, por exemplo, o Brasil considera seus cidadãos, como regra geral, as pessoas nascidas em território brasileiro ou que tenham mãe ou pai brasileiro. Essa vinculação significa que o indivíduo terá todos os direitos que a lei assegura aos cidadãos daquele Estado, tendo também o direito de receber a proteção de seu Estado se estiver em território estrangeiro. Desde o começo do século dezenove foi estabelecida a idéia de que direitos específicos da cidadania são aqueles relacionados com o governo e a vida pública. Em primeiro lugar, o direito de votar e ser votado, mas a partir disso existem outros direitos exclusivos dos cidadãos. Entre esses se acha o direito de ser membro do Tribunal do Júri, além do direito de ter um cargo, emprego ou função na Administração Pública. Como inovação, foi dado ao cidadão o direito de apresentar projetos de lei, por meio de iniciativa popular, tanto ao Legislativo federal quanto às Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. Foi assegurado também o direito de participar de plebiscito ou referendo, quando forem feitas consultas ao povo brasileiro sobre projetos de lei ou atos do governo. Além disso, foi atribuído também aos cidadãos brasileiros o direito de propor certas ações judiciais, denominadas garantias constitucionais, especialmente previstas para a garantia de direitos fundamentais. Entre essas ações estão a Ação Popular e o Mandado de Segurança, que visam impedir abusos de autoridades em prejuízo de direitos de um cidadão ou de toda a cidadania*”.

3.1. *Direitos Fundamentais e Direitos Humanos*

Existe um estreito nexo de interdependência entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, já que o Estado de Direito exige e implica a garantia dos direitos fundamentais, enquanto que estes exigem e implicam para sua realização o Estado de Direito. Desta forma, a conceituação dos direitos fundamentais determina a própria significação do poder público, ao existir uma íntima relação entre o papel assinado a tais direitos e o modo de organizar e exercer as funções estatais.

Os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito de que o sistema jurídico e político em seu conjunto se orientará frente ao respeito e a promoção da pessoa humana. Deste modo, os direitos fundamentais apresentam-se na normativa constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e como marco de proteção das situações jurídicas subjetivas.

Segundo PerezLuño:

En su significación axiológica objetiva los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista.³¹

Em sua dimensão subjetiva os direitos fundamentais determinam a tutela da liberdade, autonomia e segurança da pessoa em frente ao poder e aos demais membros do corpo social. Desta forma, no constitucionalismo atual os direitos fundamentais desempenham uma dupla função: no plano subjetivo seguem atuando como garantias da liberdade individual, acrescentada da defesa de aspectos sociais e coletivos da subjetividade. Por outro lado, no plano objetivo os direitos fundamentais assumiu uma dimensão institucional, a partir da qual seu conteúdo deve funcionalizar-se para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados.

Neste sentido, menciona Perez Luño, referindo-se ao Tribunal Constitucional Espanhol:

³¹ PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 21.

Nuestro Tribunal constitucional ha sabido captar puntualmente esta nueva situación al aludir al ‘doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1,1). (STC de 14 de julio de 1981, en BJC, 1981, n. 5, p. 331).³²

Os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são utilizados muitas vezes, como sinônimos. Entretanto, a Doutrina busca explicar o respectivo alcance de cada uma das referidas expressões. Desta forma, os direitos fundamentais se designam aos direitos positivados no nível interno, enquanto que a expressão “direitos humanos” seria usada para denominar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa.³³

Argumentam Piovesan e Carvalho, fazendo alusão a concepções de outros autores:

Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquín Herrera Flores, compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. No mesmo sentido, Celso Lafer, lembrando DanièleLochak, realça que os direitos humanos não traduzem uma história linear, não compõem a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma causa perdida de antemão, mas a história de um combate.³⁴

Argumenta a autora que o movimento de internacionalização dos direitos humanos surgiu no pós-guerra, como “resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo”. Menciona ainda que a barbárie do totalismo significou a negação do valor da

32 PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**, p. 23.

33 VERGÉS RAMÍREZ, Salvador. **Derechos humanos**: fundamentación. Madrid: Tecnos, 1997. p.16. Segundo este autor, define os direitos humanos, nos seguintes termos: “Aquellas exigencias que brotan de la propia condición natural de la persona humana, y que, por ende, reclaman su reconocimiento, su respeto e incluso su tutela y promoción por parte de todos; pero especialmente de quienes estén constituidos en autoridad”.

34 PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana PaulaVaz de. **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.p.5.

pessoa humana, e arremata que a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, enquanto o Pós-Guerra deveria significar sua reconstrução.

Piovesan acrescenta que na era Hitler o Estado foi apresentado como o grande violador dos direitos humanos, e aquele período foi marcado pela lógica da destruição e descartabilidade da pessoa humana, resultando no encaminhamento de 18 milhões de pessoas para campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus (além de comunistas, homossexuais e ciganos), diante do legado nazista, de condicionar a titularidade de direitos apenas para determinada raça (raça pura ariana).³⁵

Ainda tratando da concepção dos direitos humanos, menciona Perez Luño:

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.³⁶

Os direitos humanos reúnem em sua significação descritiva aqueles direitos e liberdades reconhecidas nas declarações e convenções internacionais, abrangendo também aquelas exigências mais radicalmente vinculadas ao sistema de necessidades humanas, e que deviam ser objeto de positivação, mas não foram. Por seu turno, os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito, pois descrevem somente o conjunto de direitos e liberdades jurídica e institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo Direito positivo. Portanto, os direitos fundamentais tratam-se de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação responde a seu caráter básico ou fundamentador do sistema jurídico político do Estado de Direito.

Piovesan menciona que vem fortalecendo a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Aduz resumidamente:

Esta concepção inovadora aponta a duas importantes conseqüências: 1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos;

35 PIOVESAN, Flávia. **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ, 2008. p.5.

36 PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**, p. 46.

isto é, transita-se de uma concepção ‘hobbesiana’ de soberania centrada no Estado para uma concepção ‘kantiana’ de soberania centrada na cidadania universal; 2^a) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.³⁷

Deste modo, anuncia-se o fim da era em que o Estado soberano tratava seus nacionais como se fora um problema de jurisdição doméstica. Neste cenário, surge a Declaração universal de 1948, introduzindo a concepção de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Conforme explica Flávia Piovesan, “universalidade” porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana”. E acrescenta que “indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa”³⁸.

Deste modo a autora reflete a necessidade de um sistema global em que são adotados tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no âmbito da ONU, com amplo alcance, que são monitorados por Comitês instituídos pelos próprios tratados, como órgãos políticos e outros quase judiciais.

Piovesan e Carvalho ao mencionar sobre os direitos humanos esclarecem que:

Ao final da Segunda Guerra Mundial, emerge a grande crítica e repúdio à idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, captado pela ótica meramente formal. Intenta-se a reaproximação da ética e do Direito e, nesse esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente, do princípio da dignidade humana. Há um reencontro com o pensamento kantiano, com as idéias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant, as pessoas e, em geral, qualquer espécie racional devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso, são chamados “coisas”, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomas meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. Deste modo, ressalta Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim mesmo, nunca como um meio. Adiciona

37 PIOVESAN, Flávia. **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**, p.9.

38 PIOVESAN, Flávia. **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**, p.10.

Kant que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a idéia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio de um princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais.³⁹

Vejamos minuciosamente no próximo item sobre o princípio da dignidade humana, fonte do sistema protetivo internacional dos direitos humanos.

3.2. *O Reconhecimento da Dignidade Humana como Fundamento da Ordem Política e da Paz Social na Perspectiva do Direito Penal do Cidadão*

O alcance da dignidade humana representa a pedra angular do edifício dos direitos humanos, e, por corolário, do direito penal do cidadão. Primeiro, porque tem a função de dar suporte e coesão unitária aos direitos humanos. Segundo, em virtude da conexão interna que apresenta a dignidade com os direitos humanos.

Neste estudo do tema quiçá vale a pena recordar as palavras de Dela Mata Barranco e Pérez Machío, que reflexiona sobre o conteúdo da dignidade humana e da integridade moral:

La dignidad humana, debe recordarse, se presenta como una síntesis de la totalidad de las dimensiones físicas o espirituales específicas de la persona, que inspira y fundamenta los derechos inviolables inherentes a la misma. Se configura en tal sentido como un principio regulativo que inspira y fundamenta todos y cada uno de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de la integridad moral, al que su condición como tal le otorga tanto un especial reconocimiento constitucional como un singular vínculo con la dignidad humana.⁴⁰

Segundo ensinamento de Cerezo Mir:

La referencia a la dignidad de la persona humana es transcendental, pues según filósofos del Derecho de las más diversas orientaciones el respeto a la dignidad de la persona humana es un principio material de justicia de validez a priori. Si el Derecho no quiere ser mera fuerza, mero terror, si quiere obligar a los ciudadanos en su conciencia, ha de respetar la condición del hombre como persona, como ser responsable, como un ser capaz de regir-se por los criterios del sentido, de la verdad y del valor (de

39 PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana PaulaVaz de. **Direitos humanos e direito do trabalho**, p. 7.

40 DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.; PÉREZ MACHÍO, Ana I. El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal. **Revista Penal la Ley**, Madrid, n. 15, p. 45-68, 2005. p. 52.

lo que tiene sentido o es absurdo, de lo verdadero o de lo falso, de lo que es valioso y de lo que no es).⁴¹

Acrescenta o penalista espanhol que:

El respeto a la dignidad de la persona humana aparece en la mencionada corriente de la moderna Filosofía del Derecho europeo, como un límite inmanente al Derecho positivo. Se considera, como hacía ya Radbruch, que no hay más Derecho que el Derecho positivo, pero no todo Derecho positivo es Derecho. Hay preceptos que aunque emanen de la autoridad competente y su cumplimiento pueda ser impuesto por la fuerza carecen de obligatoriedad en conciencia, no son Derecho, si suponen una grave infracción del respeto debido a la dignidad de la persona humana.⁴²

Atualmente existe uma profunda consciência social universal do respeito à dignidade da pessoa. Conforme observamos no capítulo anterior, este respeito é demonstrado através das diversas legislações nacionais e Declarações Internacionais. Entretanto, segue difícil precisar a conceituação da dignidade, permanecendo de abstrata e difícil apreensão.

De acordo com o *Dicionário Aurélio - século XXI*, a expressão “dignidade” pode ser conceituada das seguintes formas: a) cargo e antigo tratamento honorífico; b) função, honraria, título ou cargo que confere ao indivíduo uma posição graduada. (ex.: foi elevado à dignidade de reitor); c) autoridade moral, honestidade, honra, respeitabilidade, autoridade (ex.: é pessoa de alta dignidade); d) decência, decoro (ex.: manteve-se em todo o incidente com perfeita dignidade); e) respeito a si mesmo, amor-próprio, brio, pundonor (ex.: empobrecido ao extremo, sabe conservar a dignidade).⁴³

A palavra “dignidade” deriva do latim *dignitas*, que significa virtude, honra consideração. Entende-se, em regra, a qualidade moral que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida.⁴⁴ Por sua vez, a palavra “digno” se origina do latim *dignus*, que significa honesto, probo, nobre, decente, merecedor, aquele que tem méritos.

No Direito Comparado, podemos mencionar que a Constituição Italiana de 1947 determina em seu artigo 2 que: “La República reconoce e garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en las formaciones sociales donde se desenvuelve su personalidad. Y requiere el cumplimiento de los deberes absolutos de solidaridad política, económica y social”. Por sua vez, a Constituição Alemã de 1949 determina em seu

41 CEREZO MIR, José. **Temas fundamentales del derecho penal**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2001.t. I, p. 364.

42 CEREZO MIR, José. **Temas fundamentales del derecho penal**, t. I, p. 364.

43 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

44 GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana - a ética da responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 272.

artigo 1.1 que: “La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. No artigo 2.1 esta mesma Constituição declara que: “Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otros, ni atenden al orden constitucional y a la ley moral”. A Constituição Francesa de 1958 diz que: “El pueblo francés proclama solemnemente su vinculación a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional; tal como han sido definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”⁴⁵. A Constituição Espanhola, no art. 10.1, dispõe: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. E por fim, a Constituição Federal Brasileira de 1988 declara no seu art. 1º, inciso III, que a República Federativa do Brasil “tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana”.

A dignidade é um valor intrínseco à condição humana, ou seja, não depende de fatores externos. A dignidade humana reside no fato de que o ser humano é um ser único, insubstituível, dotado de intimidade, inteligência, vontade, liberdade, capacidade de amar e de interagir com os demais. Portanto, algo digno é algo que deve ser sempre respeitado e bem tratado, porque é valioso por si mesmo, e não por sua utilidade para isto ou aquilo.

O reconhecimento da dignidade da pessoa como fundamento do Direito implica em identificar o ser humano com sua condição de pessoa. Desta forma, nos dias de hoje, não existe ser humano que não seja pessoa, como ocorreu nos tempos da escravidão. Tampouco podem existir diferentes classes de pessoa, como acontecia na sociedade feudal. Neste sentir argumenta Joaquín Arce y Flórez-Valdés: “[...] la persona, ante el Derecho, há llegado a dar expresión unívoca a una dignidad que no es susceptible de medida ni de variabilidad, toda persona, por serlo, tiene el mismo coeficiente de dignidad”⁴⁶.

No sentir de Fernández García:

[...] voy a entender la noción de dignidad humana como el valor de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social. Además utilizaré el principio de la dignidad de la persona humana como fuente de los valores de autonomía, seguridad, libertad y igualdad, que son los valores que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos.⁴⁷

45 GARRIDO FALLA, Fernando. **Comentarios a la constitución**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 195.

46 ARCE Y FLÓREZ-VADÉS, Joaquín. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p.147.

47 FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio. **Dignidade humana y ciudadanía cosmopolita**. Madrid: Dykinson, 2001. p.20.

Montano entende que:

Dignidad es bondad por sí misma, utilidad, bondad para otra cosa. Es la superioridad o elevación en la bondad y, a su vez, la interioridad o profundidad de semejante realeza. Es la suprema valía interior del sujeto que la ostenta. Es una independencia interior. Es aquella excelencia o encubramiento correlativos a un tal grado de interioridad que permite al sujeto manifestarse como autónomo: que se apoya o sustenta en sí mismo. Es sinónimo de majestad y de realeza.⁴⁸

Muguerza afirma:

El ser humano es un sujeto moral, lo que equivale a decir que es un fin en sí mismo, y que en esa subjetividad, de la que brotan indisolublemente unidas nuestra autoconciencia y nuestra autodeterminación, es donde, en fin, radica la dignidad humana, esto es, aquello que hace que seamos sujetos y no objetos. Por eso la dignidad personal es la quintaesencia de los derechos humanos: el derecho a ser sujeto de derechos.⁴⁹

Para Díaz Pita⁵⁰ a dignidade humana reside na autonomia moral do indivíduo e na consideração do ser humano como fim em sí mesmo⁵¹. Para Vives Anton “el hombre há de ser tratado en la totalidad de sus relaciones como sujeto y no como objeto; toda instrumentalización del sujeto de derecho implica un ataque a la esencia misma de la dignidad de la persona”⁵². E para Kriele o homem tem que ser considerado sempre e preferivelmente como sujeito, fundamentada sempre na liberdade. Menciona que “en la medida en que es libre, no se le puede imponer necesariamente su destino por las circunstancias externas, sino que él mismo lo configura”⁵³.

Essa liberdade fundamenta-se na sua autonomia, pressupõe que somente o homem pode dirigir-se por se mesmo, de acordo com sua própria meta. Montano explica com muita propriedade:

48 MONTANO, Pedro J. **La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal**. Santiago: Universitat de Friburg, 1997.

49 GRIMA LIZANDRA, Vicente. **Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 63.

50 DÍAZ PITA, María del Mar. El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. **Estudios Penales y Criminológicos**, p. 59. Segundo Díaz Pita comentando Garrido Falla “por dignidad humana hay que entender la propia cualidad de ser humano y el respeto a esa cualidad que todos tenemos por el hecho de ser personas. O sea, la superioridad o importancia que se le concede a una persona por el simple hecho de serlo y con independencia de la forma en que se comporte”.

51 GRIMA LIZANDRA, Vicente. **Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos**, p. 62.

52 GRIMA LIZANDRA, Vicente. **Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos**, p. 62.

53 GRIMA LIZANDRA, Vicente. **Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos**, p. 62.

Los animales, más que moverse son movidos. Por ejemplo, en presencia del agua un perro sediento no tiene otra opción que la de calmar su sed. Al contrario el hombre hambriento o sediento, puede decidir, por razones de la más diversa índole, aplazar el momento en que esas pulsiones fisiológicas sean satisfechas. Y como algo similar sucede en las distintas circunstancias que configuran su existencia, cabe afirmar que el hombre goza de un cabal dominio sobre los actos que han de conducirlo a sus distintos objetivos. Encierta forma, *essu próprio modelador y creador*.⁵⁴

Portanto, o homem é digno porque é livre; ou seja, é senhor de suas operações. A liberdade é um índice da inegável grandeza do ser humano. Ademais, o homem é como um diamante ou uma obra de arte, que gozam de valores por se mesmas, porque constituem exemplares únicos em sua espécie. Por isso, a quantidade não conta para nada. Ou seja, a pessoa não pode ser sacrificada contra sua vontade, ainda quando tal sacrifício signifique o bem de muitos, a exemplo do caso da bomba-relógio (terrorismo), em que se cogita a possibilidade de sacrificar um em prol de uma determinada coletividade.

Como menciona Montano: “el ser humano propiamente no tiene un cuerpo, sino que lo es. Su cuerpo goza, participadamente, de la misma dignidad constitutiva que corresponde al alma que es por donde le viene su ser-personal”⁵⁵.

Por fim, o reconhecimento da qualidade de pessoa a todo o ser humano e a consagração da dignidade de todas as pessoas, justifica-se no pensamento de Kant. Ou seja, de que o homem tem um fim próprio, diferentemente de todas as coisas. Desta forma, o homem é um “ser de fins”, frente aos seres que lhe rodeia. Aindaneste sentir argumenta González Pérez: “la dignidad de la persona no es superioridad de un hombre sobre outro, sino de todo hombre sobre los seres que carecen de razón”. Neste entendimento, Tomás y Valiente afirma que a dignidade constitui atributo do homem, de todo homem, e de qualquer homem.⁵⁶

Muitas pessoas escreveram a respeito da dignidade, mas certamente Kant é quem marca com maior precisão uma definição do que seja esta tão abstrata expressão.

Kant afirma que: “Aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es dignidad”⁵⁷. Refletindo o imperativo categórico de Kant, entendemos que todo homem,

54 MONTANO, Pedro J. *La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal*, p. 140.

55 MONTANO, Pedro J. *La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal*, p. XXII.

56 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *La tortura judicial em España*, p.148.

57 GRIMA LIZANDRA, Vicente. *Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*, p.60.

como fim em si mesmo não pode ser utilizado meramente como um meio e tratado como uma coisa. Desta forma, todo homem detém um valor intrínseco, que é a dignidade.

Todo ser racional, ou seja, todo homem possui um valor que não é relativo, que não pode ser substituído por alguma outra coisa equivalente. Segundo Kant, a dignidade consiste neste valor. A dignidade não tem preço, porque é superior, não permitindo nenhuma equivalência.⁵⁸

Nas palavras de Kant:

El hombre y, en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como un fin.⁵⁹

E explicando melhor, Kant continua argumentando:

El valor de todos los objetos que podemos obtener por medio de nuestras acciones es siempre condicionado. Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, empero, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres racionales llámense personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es un objeto del respeto).⁶⁰

Desta forma, argumenta Grima Lizandra:

Tradicionalmente se dice que la dignidad humana es la categoría predicable de todo hombre por el mero hecho de serlo y que, diferenciándolo del resto de seres y objetos del mundo, significa considerarlo libre y con iguales derechos que los demás seres humanos. La dignidad humana

58 ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 277. Esta interpretação de Nicola Abbagnano ressalta que a dignidade como princípio da dignidade humana é entendida como a exigência anunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”. Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por ex., um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. Argumenta Abbagnano que o que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa equivalente; o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem dignidade. Entende ainda que substancialmente, a dignidade de um ser racional consiste no fato de ele não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo.

59 GRIMA LIZANDRA, Vicente. **Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos**, p.60.

60 GRIMA LIZANDRA, Vicente. **Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos**, p.61.

supone considerar al hombre libre, en el sentido de capaz de elección, con voluntad de autodeterminación. Y de otro lado, la dignidad humana también exige la igualdad de derechos de todos los hombres, la proclamación de la existencia de una única categoría de hombres.⁶¹

Neste sentido, entendemos que a dignidade consiste no ponto diferencial. Ou seja, a dignidade humana constitui característica da pessoa humana, diferenciando-a dos demais seres vivos e dos objetos.

Neste raciocínio, refletimos:

[...] debemos partir de Kant, que hace descansar la dignidad sobre dos bases: de un lado, en la consideración de que el hombre es un fin en sí mismo, que no puede ser utilizado meramente como un medio y que no debe ser tratado cual una cosa; y de otro lado, en el reconocimiento de la libertad y autonomía del ser humano.⁶²

Assim, participamos do entendimento supracitado de Montando, no sentido de que devemos analisar a dignidade em dois parâmetros: a) o homem é um fim em si mesmo; b) a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional.

4. Conclusões

Enfim, entendemos a dignidade humana não somente como o mais valioso, o que não tem preço, o que exige um respeito imediato, senão também o direito a ter direitos. É neste sentido que também constitui o princípio reitor dos direitos humanos e premissa básica para a construção do Direito penal do cidadão.

Como esclarece De la Mata Barranco e Pérez Machío⁶³, a dignidade humana apresenta-se como um princípio regulativo que inspira e fundamenta todos e cada um dos direitos fundamentais, dentre os quais encontra-se a integridade moral, suprimida, em razão da inocuização do indivíduo, ou seja, de sua segregação e isolamento, dentro da proposta do Direito Penal do Inimigo.

Conclui-se, portanto, que a dignidade humana é o fundamento do Direito Penal do Cidadão, ou seja, embasa o entendimento de que apesar do indivíduo ter cometido um

61 GRIMA LIZANDRA, Vicente. **Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos**, p.59.

62 MONTANO, Pedro J. **La dignidad humana como bien jurídico tutelado por El derecho penal**, p. 60.

63 DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.; PÉREZ MACHÍO, Ana I. El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal. **Revista Penal laLey**, 2005.

erro, ferindo a norma penal, não deve perder sua qualidade de cidadão, e, como tal, pode e deve ser reintegrado à sociedade.

5. Referências

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho penal**: concepto e principios constitucionales. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CEREZO MIR, José. **Temas fundamentales del derecho penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001. t. I.
- HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S.; GREGORIO, Carlos G. **Resolución alternativa de conflictos y sistema penal**. Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998.
- HULSMAN, Louk. **Sistema penal y seguridad ciudadana**: hacia una alternativa. Barcelona: Ariel, 1984.
- JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 4. ed. Tradução André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RODRÍGUEZ MESA, María José. **Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos**. Granada: Comares, 2000.
- ROLIM, Marcos et al. **Justiça restaurativa - um caminho para os direitos humanos?** Porto Alegre: Ed. Instituto de Acesso à Justiça - IAJ, 2004. Textos para debates.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução para o espanhol de Diego Manuel Luzón Pena. Madrid: Civitas, 2003. t. I.
- ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Tradução para o espanhol de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976.
- ROXIN, Claus. **Proibição da tortura. O caso Daschner** Prozess. Sevilha: Universidade Pablo de Olavide, 04 mar. 2004. (Conferência proferida na Universidade Pablo de Olavide, em Sevilla-Espanha, durante o curso de Doutorado em “Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología”).
- ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

FALSOS BENS JURÍDICOS E POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS: UMA APROXIMAÇÃO CRÍTICA

ÉRIKA MENDES DE CARVALHO

Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (Espanha). Professora Associada de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná. Coordenadora do Núcleo de Estudos Penais e da Pós-Graduação em Ciências Penais da UEM.

GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA

Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor de Direito Penal e Criminologia na Universidade Estadual de Maringá. Professor do Mestrado em Ciências Jurídicas do UNICESUMAR.

Resumo

O presente estudo realiza uma aproximação crítica às incriminações constantes da Lei 11.343/2006 a partir da perspectiva da teoria do bem jurídico para, primeiramente, demonstrar que - sob a ótica da tutela de bens individuais - não respeitam o princípio da autonomia e expressam a opção do legislador por um inadmissível paternalismo penal. Já sob o enfoque da proteção de um (aparente) bem jurídico coletivo, opera a desconstrução daqueles comumente apontados como legitimadores da intervenção penal – saúde pública, segurança pública, paz pública -, seja porque não possuem qualquer realidade existencial, seja porque representam a soma de bens jurídicos individuais. Desmascara-se, ademais, a racionalidade oculta por trás da irracional proteção conferida a falsos bens jurídicos, a saber, a mera preservação da vigência normas penais incriminadoras, totalmente dissociadas da realidade concreta e forçadas para a afirmação de um punitivismo doloroso e sem limites.

Palavras-chave

Bem jurídico-penal; Lei de Drogas (Lei 11.343/2006); Paternalismo penal; Falsos bens jurídicos coletivos.

Resumen

El presente estudio realiza una aproximación crítica a las incriminaciones presentes en la Ley 11.343/2006 a partir de la perspectiva de la teoría del bien jurídico para, en

primer lugar, demostrar que – desde el punto de vista de la tutela de bienes individuales – no respetan al principio de la autonomía y expresan la opción del legislador por un inadmisibile paternalismo penal. Por otra parte, desde el punto de vista de la protección de un (aparente) bien jurídico colectivo, opera la desconstrucción de aquellos comúnmente apuntados como legitimadores de la intervención penal – salud pública, seguridad pública, paz pública -, sea porque no poseen ninguna realidad existencial, sea porque representan la suma de bienes jurídicos individuales. Se desnuda, además, la racionalidad oculta por detrás de la irracional protección conferida a falsos bienes jurídicos, a saber, la mera preservación de la vigencia de las normas penales incriminadoras, totalmente disociadas de la realidad concreta y forjadas para la afirmación de un punitivismo doloroso y sin límites.

Palabras clave

Bien jurídico-penal; Ley de Drogas (Ley 11.343/2006); Paternalismo penal; Falsos bienes jurídicos colectivos.

1. Introdução

A dogmática penal trava acirrado debate, na atualidade, acerca da necessidade de se recorrer ao conceito de bem jurídico para legitimar a intervenção punitiva. Há quem defenda que essa noção mostra-se em franco declínio, já que grande parte das tipificações prescinde por completo desse fundamento material. Nesse sentido, argumenta-se que seria perfeitamente admissível abrir mão do conceito de bem jurídico e optar por outras bases limitadoras e/ou legitimadoras da resposta penal ou, pelo menos, relativizar aquele em determinados casos. Noutra perspectiva, sustenta-se que o abandono da noção de bem jurídico, como base material limitadora das construções típicas, pode conduzir a uma arbitrariedade desmedida e perigosa, que culmina na proteção do próprio ordenamento penal, com independência dos concretos conteúdos normativos.

Inicialmente, busca-se examinar as propostas que postulam a substituição da noção de bem jurídico como referente material do delito, sob o argumento de que a referida noção encontra-se em flagrante crise e que a expansão do Direito Penal evidenciaria, de modo irremediável, que não cumpriu com a função principal a que se propunha, a saber, a limitação do espaço de criminalização.

Algumas dessas tendências doutrinárias, de matiz funcionalista, questionam precisamente a utilidade do conceito de bem jurídico, que deveria ser abandonado ou esvaziado materialmente, uma vez que fracassou na tentativa de circunscrição da amplitude do sistema normativo e não é levado em consideração no processo de elaboração das leis penais incriminadoras.

Outras orientações doutrinárias, igualmente funcionalistas, sugerem a relativização do conceito de bem jurídico, admitindo a intervenção jurídico-penal mesmo em situações (excepcionais) onde não seja possível detectar a presença de um bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão. Essas últimas tendências, embora não prescindam da noção de bem jurídico, acabam por aceitar a ampliação do catálogo de tipos penais em determinadas hipóteses nas quais – do ponto de vista de seus partidários – a (s) conduta (s) típica (s) não lesa (m) ou expõe (m) a perigo de lesão qualquer bem jurídico. Essas situações seriam um sintoma da insuficiência do conceito de bem jurídico como critério material exclusivo hábil a fundamentar uma intervenção penal subsidiária e mínima e abririam espaço para a influência decisiva – e, fatalmente, inflacionária do sistema punitivo – de considerações político-criminais (v.g. prevenção geral) como critérios de legitimação da criação de leis penais incriminadoras.

Por fim, são apresentadas propostas de revitalização da noção de bem jurídico como critério material suficiente para a delimitação da intervenção penal. A presença, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, de incriminações sem bem jurídico – ou ancoradas em *pseudos* bens jurídicos – não seria evidência da falência desse conceito, mas mostra da inconstitucionalidade do (s) tipo (s) penal (is) e sintoma de uma intervenção punitiva desarrazoada, excessiva, ilegítima e arbitrária.

O presente trabalho pretende examinar o estado atual da discussão, no Brasil, e conferir especial destaque às propostas que defendem a extirpação dos tipos penais constantes da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) do ordenamento jurídico, em função da ausência de bem jurídico protegido.

2. Conceito Material de Delito e Proteção de Bens Jurídicos

Do ponto de vista dogmático, o conceito de bem jurídico forjou-se como o principal referente material (de) limitador do âmbito de intervenção jurídico-penal, mesmo que durante alguns momentos históricos razões políticas tenham motivado o abandono desse critério ou sua substituição. Ainda que nosso trabalho não se proponha a abordar a evolução histórica do conceito de bem jurídico e a examinar suas funções declaradas e ocultas, cabe aqui enfatizar que uma delas sempre foi a de tratar limitar os espaços de criminalização possíveis, com apoio também em outros critérios – constitucionais e político criminais – auxiliares (tais como os princípios da legalidade, da intervenção mínima ou da subsidiariedade, da lesividade, da culpabilidade, da proporcionalidade). Não vamos nos debruçar, nesse trabalho, na extensa e polêmica discussão acerca da legitimidade do Direito Penal como meio de solução de conflitos sociais ou de se assegurar uma coexistência social harmônica e pacífica, como sugere ainda a dogmática penal. Concordamos que a resposta punitiva não é a única e muito menos a melhor via para a tutela das relações

sociais, de interesses individuais, coletivos ou difusos ou mesmo do próprio ordenamento jurídico. Ocorre que quando a resposta punitiva se dá, faz-se necessário investigar – em termos dogmáticos, político criminais e criminológicos - seus pilares de sustentação. Sob a perspectiva dogmática, cabe examinar, inicialmente, se haveria um conceito material de delito por trás de sua difundida definição analítica (conduta típica, ilícita e culpável) e se esse conceito material se encontra edificado sobre a base da necessidade de proteção de bens jurídicos.

A função de tutela de bens jurídicos é apontada há séculos como a missão primordial do Direito Penal. Mas essa função não seria, de modo algum, exclusividade do Direito Penal. É compartilhada por outros ramos do ordenamento jurídico, de forma que tal ideia não pode ser suficiente, por si só, para identificar a função específica e própria do Direito Penal¹. Com efeito, se assumimos que inexistente diferença qualitativa entre ilícitos penais e administrativos, por exemplo, não haveria razão para sustentar que o Direito Administrativo sancionador não incorpora a noção de bem jurídico e se limita a tutelar, tão somente, funções da Administração. Todavia, se o Direito – e o Direito Penal em particular – não pretende figurar como um mero exercício dos cidadãos na obediência, as normas jurídicas – e, notadamente, as normas jurídico penais – devem incorporar proibições e comandos de agir que tenham por objetivo a conservação ou a produção de determinados objetos e valores inerentes às relações sociais (bens jurídicos) a fim de permiti-las e orientá-las, fomentando uma convivência pacífica e de respeito a interesses individuais e coletivos.

O bem jurídico, do ponto de vista material, pode ser definido como “todo bem, situação ou relação desejados e protegidos pelo Direito”². Sua tutela pelo Direito Penal não é irrestrita, posto que o cumprimento de suas funções sociais pressupõe, algumas vezes, que seja exposto a situações de perigo toleradas ou permitidas pelo próprio ordenamento jurídico. Pode-se dizer, portanto, que o Direito Penal protege bens jurídicos apenas diante de algumas formas de agressão ou de perigo particularmente intoleráveis³.

Uma das funções (político criminais) atribuídas ao conceito material de bem jurídico consistiria na limitação do arbítrio legislativo. É forçoso reconhecer, porém, que a “a capacidade limitativa do conceito material de bem jurídico com relação ao arbítrio do legislador penal é realmente escassa”⁴, pois, como observa com acerto Cerezo Mir, “o âmbito de proteção dos bens jurídicos estará determinado pelas concepções ético-sociais, jurídicas

1 GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006, p.56-57.

2 CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, t. I. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1998, p.13-14, que acrescenta que “a soma dos bens jurídicos constitui a ordem social criada e protegida pelo Direito”.

3 Cf. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5 ed. São Paulo: RT, 2011, p.110 e ss.

4 GRACIA MARTÍN, Luis, op.cit., p.57.

e políticas dominantes”⁵. Consequentemente, sempre haverá uma atuação condicionada, motivada ou orientada pelas contingências sociais ou políticas, por exemplo, de um dado momento histórico ou mesmo pelo clamor midiático.

De fato, o catálogo de bens jurídicos passíveis de proteção jurídico-penal é variável e diretamente vinculado aos valores e interesses daqueles que detém o poder político, pois “os Códigos penais não protegem interesses a-históricos nem valores eternos desvinculados da estrutura social de um lugar e de um tempo concretos”⁶.

O importante, conforme assinala Mir Puig, é que os objetos reais de tutela (realidades materiais ou imateriais) expressem uma dimensão social, de forma que sua indenidade represente “uma *necessidade social*” e condicione “as *possibilidades de participação* do indivíduo nos sistemas sociais”⁷. Sob a ótica jurídico-filosófica, contudo, se o Direito Penal não pretende ser mera expressão de força e de poder político ou simplesmente imposição de terror por parte do Estado, suas normas não podem estar dissociadas do respeito ao homem como pessoa. Se assim for, a positividade em conflito com o princípio material de justiça de validade *a priori* do respeito à dignidade da pessoa humana não possuirá qualquer força obrigatória⁸.

A noção de bem jurídico não se confunde com seu substrato – que, enquanto dado ontológico, não traduz qualquer juízo axiológico –, embora possa radicar em uma realidade material (v.g. vida, integridade física, patrimônio) ou imaterial (v.g. honra, saúde coletiva, intimidade). Ainda que grande parte da doutrina defina o bem jurídico como valor ou como interesse, totalmente distinto e/ou independente da realidade empírica que constitui seu substrato⁹, partilha-se aqui da concepção que extrai o bem jurídico a partir de sua base empírica (material ou imaterial)¹⁰. Nessa perspectiva, reconhece-se que a noção de bem jurídico – no sentido dogmático (*de lege lata*), de objeto efetivamente tutelado pelo plano normativo – encontra na realidade concreta seu autêntico conteúdo e sobre esta incidem juízos de valor que selecionam os interesses merecedores de tutela penal.

Distanciar ou desvincular totalmente o conceito de bem jurídico da realidade concreta oferece riscos que a dogmática penal não pode e nem deve assumir. Isso não significa

5 CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, t. I, p.14, nota 6.

6 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General. 9 ed. Barcelona: Reppertor, 2011, p.161.

7 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General, p.163.

8 Cf. CEREZO MIR, José, op.cit., p.18.

9 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. T. I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, §2, n.9, 15 e 24; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p.275-276.

10 Cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Parte General. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1976, p.11-15.

dizer que bem jurídico e substrato do bem jurídico sejam a mesma coisa. São claramente diferentes: mesmo que o bem jurídico radique em uma realidade empírica (substrato material do bem jurídico) ele vai além desta última, pois incorpora uma dimensão valorativa nela ausente. Entretanto, essa dimensão valorativa não deve abandonar a realidade concreta que constitui seu sustentáculo. O Direito Penal não pode proteger valores em si, mas realidades existenciais concretas (de caráter material ou imaterial), que só alcançam o status de bens jurídicos quando apresentam valor funcional para seus titulares e para a sociedade¹¹.

A assunção de bens jurídicos divorciados da realidade empírica pode conduzir, conforme bem adverte Mir Puig:

“à ‘evaporação’ do conceito de bem jurídico, ao priva-lo da referência aos concretos objetos existenciais que o Direito penal deseja proteger. O bem jurídico acaba, por esta via, por deixar de ser um ‘bem’ dotado de concreto conteúdo real, para confundir-se com a abstrata ‘finalidade da lei’ – como chegou a sustentar a exacerbação do conceito neokantiano de bem jurídico em um sentido meramente ‘metódico-teleológico’. Isso não significa que devam ser equiparados o bem jurídico e seu substrato empírico. Pelo contrário, já se disse mais acima que um ‘bem’ é sempre *algo mais* que uma ‘coisa’. Mas também é essa ‘coisa’, só que contemplada em seu valor funcional: o bem é uma *coisa valiosa*, entendendo aqui por coisa toda realidade existencial com independência de seu caráter material ou imaterial. O conceito de bem jurídico é, pois, expressão de uma relação dialética de realidade e valor”¹².

Embora os interesses, os dados e os elementos da realidade concreta não figurem como bens jurídicos fora do plano normativo – ao qual ascendem quando apresentam uma dimensão valorativa funcional, sob a perspectiva individual ou coletiva -, constituem sim a base sobre a qual devem se projetar os juízos valorativos. Do ponto de vista político criminal (*de lege ferenda*) só devem merecer a tutela penal aqueles interesses, dados, elementos ou relações da realidade concreta efetivamente portadores de acentuada relevância para a própria existência do indivíduo ou da coletividade. Essa dimensão social do bem jurídico deve orientar a tutela penal e fornecer a concretude material necessária à edificação do ordenamento jurídico.

É forçoso reconhecer, porém, que mesmo essa noção de bem jurídico – que conjuga suas dimensões ontológicas e valorativas – apresenta uma reduzido – e, por vezes, discutível – papel de limitação do arbítrio do legislador penal ou de redução do exercício do

11 Cf. MIR PUIG, Santiago, op.cit., p.163.

12 MIR PUIG, Santiago, op.cit., p.163.

poder punitivo¹³. Sobretudo porque se trata aqui do desempenho uma função *positiva* – expressa na análise do significado funcional valioso que determinados dados, interesses ou relações devem apresentar para merecer a tutela penal -, mas não *negativa* – no sentido de excluir ou privar aqueles dados, interesses ou relações do conceito de bem jurídico. Essa função negativa não poderia ser desempenhada exclusivamente pelo conceito (político criminal) de bem jurídico, mas por outros princípios limitativos do Direito Penal (v.g. intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade).

Em síntese, sustentamos que o conceito de bem jurídico, embora forjado no plano normativo (valorativo), apresenta um referencial material (ontológico), conectado à realidade existencial (material ou imaterial). O substrato empírico que serve de base ao bem jurídico não exclui a análise axiológica do sentido funcional desses elementos, dados, interesses ou relações concretos sob a perspectiva individual ou coletiva. Esse ‘filtro valorativo’ será responsável pela seleção dos concretos elementos, dados, interesses ou relações cujo significado social ou político, extraído à luz de um determinado momento histórico, ensejará o recurso à tutela penal (subsidiária).

É difícil, porém, responder à crítica dirigida ao conceito material de bem jurídico segundo a qual a escolha dos bens merecedores de tutela penal será feita por aquele grupo social que detenha o poder político. E isso porque o substrato material do bem jurídico não impede que determinado interesse, elemento ou relação social seja erigido à categoria de bem jurídico penal e tampouco assegura a imutabilidade do catálogo de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico penal. Logo, caberá essencialmente ao plano valorativo eleger, a partir da realidade concreta, quais interesses, dados ou relações sociais devem merecer a proteção penal.

Essa realidade concreta, porém, não pode ser substituída (segundo a concepção que assumimos como ponto de partida, de cunho onto-axiológico) pela ‘finalidade da lei’ ou por valores sem qualquer conteúdo real¹⁴. Quando assim for, a ausência de um conteúdo real e concreto conduz à aludida ‘evaporação’ do conceito de bem jurídico, posto que este estará dissociado de uma referência aos objetos existenciais fundamentais que ao Direito Penal incumbe tutelar.

Realizada a seleção daqueles objetos, interesses ou relações especialmente valiosos do ponto de vista social e político (processo este claramente valorativo), caberá perquirir

13 Nesse sentido, por exemplo, GRACIA MARTÍN, Luis, op.cit., p.57, MIR PUIG, Santiago, op.cit., p.163; CERESO MIR, José, op.cit., p.14, nota 6.

14 Nesse sentido, Mir Puig assevera que “um Direito Penal protetor de bens jurídicos não tutela puros valores em si mesmos, mas realidades concretas: nenhuma proteção jurídico-penal mereceria o ‘valor vida’ se não se encarnasse na vida de uma pessoa real; o Direito penal não deve proteger o ‘valor vida’ enquanto tal valor, mas as vidas concretas dos cidadãos> mas claro que estas vidas reais não constituem bens jurídicos enquanto meros dados biológicos, mas por seu valor funcional para seus titulares e para a sociedade” (op.cit., p.163).

o significado dogmático do interesse, dado ou relação social efetivamente tutelado pela norma penal concretamente infringida por meio da conduta humana (ação ou omissão) proibida ou ordenada. Nesse sentido, é preciso destacar que a ausência de periculosidade da conduta ou de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido poderá, agora, elidir o injusto material da específica figura delitiva.

3. A Crise do Conceito de Bem Jurídico: Superação ou Relativização?

Conforme examinado, o conceito de bem jurídico se propôs originalmente, em termos dogmáticos, a limitar a extensão do poder punitivo e circunscrevê-lo à sanção de condutas (ações ou omissões) perigosas ou lesivas a determinados interesses, elementos ou relações sociais merecedores de tutela por parte do Direito Penal. Assim, o conceito material de delito consiste em vislumbrá-lo como aquela conduta que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos fundamentais para o indivíduo e para a sociedade, representando uma grave violação de normas de determinação construídas a partir das concepções ético-sociais, políticas e econômicas dominantes em um determinado momento histórico.

Pois bem, na atualidade, esse conceito experimenta uma grave crise. Especialmente na Alemanha, onde a dogmática penal apresenta acentuado grau de desenvolvimento. Entre as causas aventadas para essa crise encontra-se o notório processo de expansão do Direito Penal, que implica em incremento punitivo, criação de novos bens jurídicos, ampliação da severidade na execução das penas e diminuição ou mesmo supressão de garantias penais e processuais penais¹⁵. O conceito de bem jurídico não cumpriu – argumenta-se – com suficiência e êxito sua função de limitação material do poder punitivo e essa falha seria facilmente identificada quando, justamente a pretexto de proteger novos bens jurídicos ou de conferir uma mais eficiente tutela a bens já conhecidos, ampliam-se os âmbitos de tutela ou se estende a intervenção penal a situações nas quais não se identifica qualquer bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão.

O aludido fracasso do conceito de bem jurídico é apontado como motivo para sua superação, tanto do ponto de vista dogmático (de objeto efetivamente tutelado pela norma jurídica penal concretamente infringida) quanto em seu sentido político-criminal (de objeto/relação/dado da realidade que mereça ser protegido pelo Direito Penal). Outras propostas se direcionam à relativização do dogma do bem jurídico, sem, contudo, postular sua total supressão.

A mais expressiva das propostas voltadas à superação do dogma do bem jurídico é aquela feita por Günther Jakobs. Este explica sua teoria do delito nos moldes funcionalistas

15 Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *Harm Principle*. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Orgs.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012, op.cit., p.135.

sistêmicos da seguinte forma: o fato delitivo representa uma “rebelião contra a norma, e a pena rechaça essa rebelião”, pela dor que inflige e pela eliminação do “risco de erosão geral da vigência da norma”¹⁶ (a denominada ‘prevenção geral positiva’). O importante, portanto, seria a “proteção da vigência da norma”. A tese da proteção de bens jurídicos, afirma Jakobs, “ao tomar como ponto de referência um bem, arranca de um ponto de partida errôneo; pois o Direito é uma relação entre pessoas; só através destas também entram em ação os bens”¹⁷.

Como na sociedade as pessoas se vinculam através de normas, endereça-se a essas pessoas a expectativa de que suas condutas se ajustem a essas normas (‘expectativa normativa’), expectativa essa que, quando frustrada pela conduta delitiva, não será abandonada, mas confirmada com a imposição de uma sanção. A vigência das normas jurídico-penais seria assegurada, de conseguinte, “por meio de uma pena imposta num procedimento formal”¹⁸.

A pena, segundo Jakobs, deve ser “algo mais que coação, que infligir dor”, a pena “deve ser uma resposta com o conteúdo de que o ataque do autor contra a estrutura normativa da sociedade não é determinante e que essa estrutura mantém sua configuração sem modificações”¹⁹. Entretanto, resta claro que, para ele, a pena é a concretização de uma resposta que confirma a vigência normativa “à custa do autor, já que este deve ressarcir à sociedade pelo dano na vigência da norma que produziu”²⁰, e que tal ressarcimento significa a imposição, ao autor da violação da vigência normativa, de determinados “custos”, através da privação de “meios de desenvolvimento” (v.g. de todos esses meios – assim, a pena de morte -, da maioria deles, durante um período de tempo – assim, a pena privativa de liberdade - ou de alguns deles – assim, a pena de multa). Com a imposição da pena, pretende-se compensar o dano que o autor produziu à vigência da norma primária

16 JAKOBS, Günther. ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: MAIER, Julio B. J.; CÓRDOBA, Gabriela E. (Orgs.) *¿Tiene un futuro el Derecho penal?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p.54.

17 JAKOBS, Günther, op.cit., p.54.

18 JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p.13.

19 JAKOBS, Günther, ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: MAIER, Julio B. J.; CÓRDOBA, Gabriela E. (Orgs.) *¿Tiene un futuro el Derecho penal?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p.56. Para Jakobs “através do mero fato de que um delito seja perseguido se mostra que se pretende manter a configuração que a sociedade teve até o momento; inclusive a mera denominação de um delito como tal delito significa sua marginalização comunicativa; portanto, é possível que exista comunicação acerca da estrutura normativa da sociedade sem a imposição de uma pena, sem dor. Todavia, uma comunicação que tenha lugar através de uma mera denominação é etérea, e isso pode não ser suficiente frente a um fato que não se esgota em uma mera afirmação contrária à vigência da norma, mas que também executa o ato que lesa a vigência, e o objetiva nesse sentido” (op.cit., p.56).

20 JAKOBS, Günter, op.cit., p.56.

e fomentar na coletividade uma “atitude natural de fidelidade ao ordenamento jurídico”²¹ (*prevenção geral positiva*).

Pois bem, para Jakobs o sistema penal e a imposição da pena não se orientam imediatamente à proteção de bens jurídicos – este seria apenas um “resultado *mediato*” e “parcial”²². O Direito Penal protege, na verdade, a vigência normativa, que encerra a expectativa de não lesão/perigo ao bem jurídico.

Em crítica à concepção de proteção de bens jurídicos, Jakobs argumenta, em síntese, que: 1) essa concepção pode abarcar tudo – “pode-se proclamar como bem jurídico também a manutenção de um determinado partido político, ou a pureza de uma raça humana, ou outros objetos, como aconteceu *de facto* na Alemanha da época nacionalsozialista”²³; 2) o Direito “não é um muro protetor colocado ao redor dos bens, mas é uma relação entre pessoas”; 3) se o importante é a proteção de bens jurídicos, os delitos de perigo abstrato alcançam legitimidade, pois “não há nada mais efetivo que intervir quanto antes”²⁴; 4) a tese da proteção de bens jurídicos só conta com argumentos jurídico-políticos, mas não com argumentos jurídico-dogmáticos ou teórico jurídicos; 5) a exemplo da tese da proteção das normas, só se legitima quando a sociedade cujo Direito é retratado atinge um determinado grau de evolução.

Pois bem, a proposta de superação da tese da proteção de bens jurídicos elaborada por Jakobs é a tentativa mais bem acabada de esvaziamento do conceito de bem jurídico empreendida pela dogmática penal contemporânea. É importante destacar que a tese de Jakobs não pretende oferecer limites ao poder punitivo, sob o argumento de que a escolha do conteúdo das normas penais a serem tuteladas seria uma questão política, não científica²⁵.

Para refutar a tese de Jakobs e oferecer limites mais precisos ao poder punitivo, seria necessário que a concepção da proteção de bens jurídicos: 1) não permitisse que tudo fosse compreendido pela noção de bem jurídico, mas tão-somente dados, relações e interesses que contassem como uma base sólida na realidade social concreta, excluídos sentimentos, moralismos e conceitos vazios de conteúdo; 2) que o Direito Penal não assumisse com a pretensão (irreal) de blindar os bens jurídicos de ataques e consumos inerentes à vida em sociedade, posto que aqueles não são “peças de museu”, como já destacava Welzel; 3) assumisse a pertinência das estruturas típicas de perigo abstrato, sempre que “a

21 Logo, “a pena *significa* uma contradição do significado do fato, e a dor da pena deve *produzir* prevenção geral positiva” (op.cit., p.60).

22 Assim, “Direito Penal protege a vigência da norma, e só de modo mediato e parcial também bens” (JAKOBS, G., op.cit., p.67).

23 JAKOBS, G., op.cit., p.69 e ss.

24 JAKOBS, G., op.cit., p.67.

25 JAKOBS, G. *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Trad. Manuel Cancio Meliá. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, p.15 e ss.

capacidade geral da ação para a colocação em perigo do bem jurídico” preenchesse com suficiência “as exigências do injusto material” sob o prisma do desvalor da ação; 4) contasse com argumentos dogmáticos, aliados aos argumentos políticos, em uma construção onto-axiológica, buscando na noção de dignidade humana um limite material inalienável à seleção do bem jurídico em matéria penal; 5) partisse necessariamente de uma construção política democrática, já que em sociedades totalitárias a proteção do arcabouço normativo não leva em consideração o conteúdo deste, do ponto de vista do respeito aos direitos fundamentais e da condição do homem como pessoa.

A tese da proteção de normas, segundo Jakobs, “retrata o Direito com maior exatidão” precisamente porque se conforma com o ordenamento tal como é, mesmo quando as normas incriminadoras se orientam à tutela de funções, de bens vazios de conteúdo concreto, de moralismos, de sentimentos, ou seja, mesmo quando não é possível identificar qualquer bem jurídico.

O processo de incriminação é, essencialmente, político. A partir dessa constatação, a teoria da proteção normativa sustenta que o importante é proteger a vigência normativa primária e compensar, através da imposição de uma pena, o dano produzido àquela. A tese da proteção de bens jurídicos não se orienta à proteção do ordenamento, mas de seu suporte real contemplado em seu valor funcional²⁶.

A adoção de uma postura normativista extrema prescinde, assim, do exame do conteúdo normativo para conferir destaque à proteção do ordenamento penal, com independência de seu conteúdo valioso e sem qualquer vinculação com a realidade concreta. Não se preocupa, portanto, com a colocação de limites (onto-axiológicos) àquele conteúdo. A proteção de bens é vista como mediata e parcial.

Postulamos aqui a inversão dessa perspectiva e priorizamos a proteção de realidades existenciais (materiais ou imateriais) valiosas - e não a mera proteção do revestimento normativo (formal), do invólucro legal, -, já que uma norma que não tenha por objeto dados, relações ou interesses do plano real concreto, selecionados a partir de critérios político-criminais restritivos do poder punitivo e limitados pela perspectiva de respeito à dignidade do homem como pessoa, não é *materialmente* Direito.

A criticada insuficiência do conceito de bem jurídico como limite material para os processos de criminalização não deve ensejar o esvaziamento daquele e sua substituição pela proteção da vigência normativa - como pretende, por exemplo, Jakobs - mas antes o reforço de suas bases concretas, de seus limites políticos em um Estado social e democrático de Direito (o único capaz de oferecer diretrizes teórico-restritivas ao poder punitivo) e a

26 Como concluir Mir Puig, “o bem é uma *coisa valiosa*, entendo aqui por coisa toda realidade existencial com independência de seu caráter material ou imaterial. O conceito de bem jurídico é, pois, expressão de uma relação dialética de realidade e valor” (op.cit., p.163).

operacionalização de instrumentos constitucionais que (formalmente) declarem a inconstitucionalidade de normas penais que tutelem sentimentos, moralismos, bens incompatíveis com a Constituição democrática e social ou delitos de conduta²⁷.

A teoria da proteção da vigência normativa proposta por Jakobs não conseguiu – e tampouco foi essa a sua pretensão – conferir limites materiais eficientes ao poder punitivo estatal, a exemplo de outras teses que rechaçam a teoria da proteção de bens jurídicos. Substituir o conceito de bem jurídico pela vigência da norma²⁸ significa abandonar qualquer possibilidade de restrição ou delimitação do poder punitivo e, antes, corroborar cegamente o ordenamento jurídico posto.

Sem prescindir da tese da proteção de bens jurídicos, há aqueles que admitem relativizações a ela. Não cabe expor aqui os variados matizes dessas concepções, mas tecer algumas considerações sobre os argumentos que Roxin, por exemplo, expende em favor dessa relativização.

O funcionalismo teleológico roxiniano não compartilha da tese da proteção da vigência da norma, ao contrário. Segundo Roxin, “a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”²⁹. O injusto penal é construído “como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico”³⁰, e não como desautorização da vigência da norma. Assim, “as condutas típicas são sempre afetações de bens jurídicos sob a forma de realização de riscos não permitidos criados pelos homens”³¹.

27 Também refutam o conceito de bem jurídico como diretriz limitadora do poder punitivo, entre outros, Stratenwerth e Amelung. O primeiro argumenta que a amplitude do referido conceito impede a precisão de seu conteúdo, o que o leva a propor sua substituição pela noção de “relações da vida como tais” e a configuração apenas de *delitos de comportamento*, baseados nas convicções homogêneas presentes em uma determinada sociedade – vide, assim, STRATENWERTH, Gunther. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.365-372. O segundo, por sua vez, entende que o bem jurídico desempenha apenas uma função de interpretação, cabendo ao procedimento legislativo democrático conferir legitimação aos valores sociais no âmbito de uma sociedade essencialmente plural – cf., por exemplo, AMELUNG, Knut. *El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.227-264.

28 E por “norma deve ser entendida a expectativa de que uma pessoa, em uma situação determinada, se comportará de uma maneira determinada” - JAKOBS, G. *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA, 2007, p.227.

29 ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.16-17.

30 ROXIN, Claus. *El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual*. In: MAIER, Julio B. J.; CÓRDOBA, Gabriela E. (Orgs.) *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p.73.

31 ROXIN, Claus, op.cit., p.74.

Para Roxin, os bens jurídicos podem ser definidos como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”³². Admite, portanto, que os bens jurídicos podem ser criados pelo próprio legislador, não sendo fixados necessariamente a ele em um momento prévio à normatividade. Assume um conceito liberal, pessoal e crítico de bem jurídico, que “pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima”³³.

Apona algumas hipóteses nas quais apenas uma análise mais profunda poderia extrair sua eventual compatibilidade em relação ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos – assim, por exemplo, a proteção de sentimentos - e indica que são inadmissíveis “normas penais motivadas ideologicamente ou que atentam contra Direitos fundamentais e humanos”; a mera transcrição das finalidades da lei tampouco fundamentaria um bem jurídico; atentados contra a moral ou contra a própria dignidade humana não lesam um bem jurídico, assim como também não afetam um bem jurídico as incriminações de tabus e as autolesões conscientes e não tutelam qualquer bem jurídico as leis penais simbólicas e cujos objetos de proteção sejam abstrações vagas e incompreensíveis³⁴.

Recentemente, defende uma “moderada”³⁵ relativização da teoria da proteção de bens jurídicos, apresentando três esferas onde a proteção penal seria legítima, ainda que nelas não se pudesse vislumbrar um bem jurídico, a saber, a proteção de embriões, de plantas, de animais e da vida das gerações futuras³⁶.

Cabe alertar, por um lado, que essa relativização divisada na concepção de Roxin ocorre, em parte, porque esta concebe o bem jurídico como um *valor* ou como uma *finalidade*, distintos de sua base real concreta, o que acaba por conduzir o bem jurídico a um processo de “espiritualização” e “evaporação”, conforme destaca Mir Puig, ao “privá-lo da referência aos concretos objetos existenciais que o Direito Penal deseja proteger”³⁷. Se atentarmos precisamente para tais bases concretas, poderemos divisar com maior possibilidade de êxito o bem jurídico tutelado (v.g. patrimônio genético, meio ambiente) ou, ante sua ausência, postularmos a conseqüente descriminalização.

32 ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, p.18-19.

33 ROXIN, Claus, op.cit., p.20.

34 ROXIN, Claus, op.cit., p.20-25.

35 Vide COSTA, Helena Regina Lobo da, op.cit., p.137, quem sustenta, com razão, que “quando admite a criminalização de âmbitos sem qualquer bem jurídico subjacente, Roxin acaba por possibilitar, ainda que implicitamente, o alargamento de tais âmbitos ou a justificação de novos âmbitos de criminalização sem bem jurídico. Com isso, ao fim, o autor enfraquece o conceito, pois relativiza sua aplicação”.

36 Cf. ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? In: HEFENDEHL. Roland. *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.443-458.

37 MIR PUIG, Santiago, op.cit., p.163.

De outra parte, embora critique que muitas vezes o bem jurídico protegido “tenha se desvanecido sob a pluma de um legislador desorientado, em conceitos gerais vagos” e que “não poucas vezes também a jurisprudência, em um cuidado exagerado de Estado de direito – por exemplo, no Direito penal do tráfico de drogas – tenha ignorado as diferenciações dogmáticas existentes entre os atos preparatórios, a tentativa e a consumação, ou entre a autoria e a participação”, conclui Roxin que “não se deve afrontar tais defeitos fazendo com que o Direito penal se retire desses âmbitos”³⁸, mas, pelo contrário, fortalecê-los do ponto de vista de seu cultivo dogmático. Contudo, defende-se aqui – no caso do Direito Penal do tráfico de drogas – precisamente a retirada da intervenção jurídico penal e não seu fortalecimento à custa de adaptações forçadas de categorias dogmáticas e, especialmente, da relativização da teoria da proteção de bens jurídicos.

4. Lei de Drogas e Falsos Bens Jurídicos: A (Ausência) de Bem Jurídico como Limite Material à Intervenção Penal

A tese da exclusiva proteção de bens jurídicos vem sendo paulatinamente relativizada em alguns âmbitos da intervenção penal sob o argumento de que nem sempre é possível detectar um bem jurídico protegido, o que demonstraria a fragilidade desse (suposto) limite material ao poder punitivo do Estado.

Especificamente em matéria de política de drogas, o Estado se vale do Direito Penal como um instrumento de controle social hábil à proteção de um discutível bem jurídico de caráter coletivo, que seria lesado ou ameaçado de lesão com a realização das condutas típicas constantes da Lei 11.343/06: a saúde pública.

No caso da posse de drogas para consumo pessoal, tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/2006, tem-se um exemplo incontestado de um Direito Penal paternalista, cujos estreitos limites são detectados por Schünemann não apenas a partir “do postulado da autonomia da pessoa, mas também de sua inaptidão para proteger bens jurídicos”³⁹. O legislador, na atualidade, tende a “querer estabelecer um Direito penal paternalista, onde o autor é protegido de si mesmo”, o qual, porém, não preenche, “em muitos casos, por sua inidoneidade para a proteção de bens jurídicos, os requisitos mínimos do Direito penal e, por isso, já é ilusório por razões constitucionais”⁴⁰.

O recurso a um bem jurídico de caráter coletivo para a criminalização de condutas associadas às drogas acaba por mascarar o problema central da decisão pela intervenção penal nessas hipóteses: a ausência de um autêntico bem jurídico que a legitime.

38 ROXIN, Claus. *Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva*. Buenos Aires: Hammurabi, 2013, p.481.

39 SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema de la teoría del delito. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Trad. José Milton Peralta. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p.60.

40 SCHÜNEMANN, Bernd, op.cit., p.61.

Na Lei de Drogas, os tipos ali elencados são comumente apontados pela doutrina como orientados à proteção da saúde pública. Se prescindirmos desse bem jurídico coletivo, supostamente afetado pelas condutas previstas nos referidos tipos penais e, como sugere Luis Greco, “trabalharmos unicamente com bens jurídicos individuais, em especial com a integridade física de quem recebe o tóxico, transformando esses crimes em crimes de perigo abstrato”, seria possível, primeiramente, vislumbrarmos “a criticabilidade da proibição, que tutela um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular” e, além disso, deslegitimarmos a absurda sanção cominada, “pois se o tráfico de tóxico nada mais é do que uma conduta que gera um perigo abstrato de lesão à integridade física, essa conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de lesão, no caso de lesões corporais”⁴¹, sancionadas em sua forma leve com pena de detenção de três meses a um ano.

Uma estratégia para escancarar o absurdo desse paternalismo penal expresso na Lei de Drogas seria, portanto, reconduzir os tipos a bens jurídicos individuais – tais como a vida e a integridade física dos dependentes químicos, por exemplo – e abolir a referência a um (aparente) bem coletivo – como a saúde pública (soma das várias integridades físicas individuais). Em não se lançando mão dessa via, interpreta-se os tipos da Lei de Drogas como crimes de lesão ou de perigo concreto a um bem jurídico coletivo. E a saúde pública seria o bem jurídico coletivo mais frequentemente apontado como ofendido pelas condutas típicas ali incriminadas.

Logo, uma crítica às incriminações constantes da Lei de Drogas a partir da perspectiva da teoria do bem jurídico deve, primeiramente, demonstrar que a incriminação daquelas condutas - sob a ótica da tutela de bens individuais - não respeita o princípio da autonomia e expressa a opção do legislador por um inadmissível paternalismo penal⁴² (especialmente no caso do art. 28)⁴³. E deve também demonstrar que essa intervenção punitiva não tem qualquer possibilidade de êxito, do ponto de vista da prevenção, para alcançar a proteção pretendida.

41 GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bem jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.95.

42 Sobre o tema, vide, entre outros, MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Trad. Pablo de Azcárate. 3 ed. Madrid: Alianza Editorial, 2013; DWORKIN, Gerald. Paternalismo: algumas novas reflexões. Trad. João Paulo Orsini Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, p.71-80, jul./dez. 2012; SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? Trad. Luís Greco. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, jul/dez. 2012, p.47-70; HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. In: HEFELDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.47-48; GRECO, Luís. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, p.81-92, jul./dez. 2012.

43 Mas a adoção dessa perspectiva, em contrapartida, poderia - especialmente no Brasil, que incrimina a indução, o auxílio e a instigação ao suicídio - legitimar a incriminação de condutas como o tráfico (art.33).

Já sob o enfoque da tutela de um bem jurídico coletivo, deve operar precisamente para a desconstrução daqueles comumente apontados como legitimadores da intervenção penal – saúde pública, segurança pública, paz pública -, seja porque não possuem qualquer realidade existencial (são vazios, estéreis), seja porque representam a soma de bens jurídicos individuais.

O Direito Penal de drogas representa, conforme assinala Schünemann, “o núcleo duro do Direito Penal paternalista”⁴⁴, hoje em franca expansão. Para driblar as críticas endereçadas a dispositivos que se orientam a proteger o indivíduo de si mesmo (paternalismo direto), são forjados bens jurídicos coletivos (v.g. saúde pública) como “pseudojustificação de antecipações intoleráveis da proteção de bens jurídicos individuais”⁴⁵. Porém, a mera soma de bens jurídicos individuais não pode ser suficiente para legitimar a existência de um bem jurídico coletivo ou transindividual que, nas hipóteses do Direito Penal de drogas, disfarça a inexistência de realização de perigo concreto ou de lesão à integridade física individual e a ausência de periculosidade intrínseca às condutas incriminadas.

Interpretados como delitos de perigo abstrato a bens jurídicos individuais, certos tipos penais da Lei 11.343/2006 não resistem à crítica de que se apoiam sobre os pilares de um “paternalismo duro e direto”, que não consegue ser ocultado mesmo “por trás do suposto bem coletivo saúde pública”⁴⁶. Sob essa perspectiva, o problema não seria propriamente a técnica de construção dos referidos tipos penais – como delitos de perigo abstrato -, mas sim a ausência de periculosidade às condutas criminalizadas e de justificação para incorporação de tipos penais puramente paternalistas.

Segundo Schünemann⁴⁷, os tipos penais elaborados para prevenir autolesões por parte do titular do bem jurídico recebem quatro críticas penais, a saber: 1) não atingem a sociedade, já que não produzem qualquer dano social ou lesão a um bem jurídico alheio ou coletivo; 2) a cominação de uma pena e sua aplicação produzem, em geral, mais danos do que benefícios à pessoa afetada⁴⁸; 3) a reprovação jurídico-penal dirigida ao próprio

44 SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? Trad. Luís Greco. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, jul/dez. 2012, p.55, especialmente p. 56 e ss. O autor destaca que “a mais intensa e aguda forma de paternalismo se manifesta nos tipos penais da Lei de Entorpecentes (§29 e ss., BtMG), cuja finalidade é proteger cada cidadão individual da tentação das drogas” (op.cit., p.57).

45 SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? Trad. Luís Greco. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, jul/dez. 2012, p.59.

46 Conforme demolidora crítica de SCHÜNEMANN, Bernd, op.cit., p.59.

47 Vide SCHÜNEMANN, Bernd, op.cit., p.60.

48 Destaca Hassemer, nessa perspectiva, que “o mercado, os produtos, os consumidores – todos eles, devido ao Direito penal das drogas, se subtraem a todo e qualquer controle sólido da política de saúde do estado. As mãos pesadas do Direito penal, que dominam esse campo, são incapazes de propiciar qualquer regulamentação”. Logo, opina, “pesa na conta da proibição penal as mortes e enfermidades de pessoas, devido ao consumo de substâncias cheias de impurezas, porquanto não submetidas a qualquer controle.

titular do bem jurídico parece ser moralmente inadequada; 4) a cominação da pena é ineficaz, já que não atinge fins de prevenção geral⁴⁹. A estas objeções se soma outra, de cunho jurídico-filosófico, vinculada à filosofia da liberdade e baseada no conceito de autonomia da pessoa, que refuta o emprego do Direito para alcançar objetivos paternalistas.

Quanto à configuração de tipos penais de perigo abstrato para a proteção de bens jurídicos de terceiros (*paternalismo jurídico-penal indireto*), entendemos que tampouco estaria legitimada a antecipação da intervenção penal. Mesmo quando se argumenta que, nesses casos, seria viável uma proteção penal de ‘verdadeiros bens jurídicos de terceiros’, reconhece-se que não estão “nem um pouco claros os pressupostos sob os quais se pode antecipar a tutela de um bem jurídico por meio de delitos de perigo abstrato”⁵⁰. E um dos problemas seria encontrar o verdadeiro bem jurídico a fundamentar tais incriminações. Aventa-se, nesse sentido, o chamado *sistema social estatal*, mas o próprio Schünemann reconhece a fragilidade desse argumento para criar um bem jurídico específico merecedor de tutela penal⁵¹.

Também sob o enfoque de um bem jurídico coletivo as incriminações do Direito Penal de drogas recebem fortes críticas. São intentos de ocultar a antecipação da intervenção punitiva que aniquila a autonomia individual, acobertando-a sob a égide de um suposto bem coletivo. A ofensa a esse aparente bem coletivo (v.g. saúde pública, segurança pública) justificaria a intervenção penal e burlaria a violação aos princípios da ofensividade – já que estaríamos ante ‘delitos de lesão’ – e da proporcionalidade, violações estas que ficam completamente escancaradas quando vinculamos tais incriminações com bens jurídicos individuais. Assim, a manifesta desproporcionalidade das sanções cominadas ao tráfico de drogas (reclusão de cinco a quinze anos, e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa – art.33, Lei 11.343/2006) quando comparadas às lesões corporais gravíssimas (sancionadas com reclusão, de dois a oito anos – art.129, §2º, CP) seria,

Também o perigo da infecção com AIDS, através do compartilhamento de seringas, deve ser debitado nessa conta” (HASSEMER, Winfried. *Descriminalização dos crimes de drogas*. Trad. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. In: WINFRIED, Hassemer. *Direito Penal. Fundamentos, Estrutura, Política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.329).

49 Cético em relação à possibilidade de atendimento, pelo Direito Penal, de demandas preventivas, mostra-se, por exemplo, HASSEMER, Winfried. *Direito Penal simbólico e tutela de bens jurídicos*. Trad. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. In: HASSEMER, Winfried. *Direito Penal. Fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.227-229.

50 SCHÜNEMANN, Bernd, op.cit., p.68.

51 Analisando o citado argumento, Schünemann pondera que “qualquer condução de vida pouco saudável (como o consumo exagerado de carne ou uma vida sedentária) parece ser lesiva ao sistema social; por outro lado, o sistema social é, na verdade, sobrecarregado principalmente pelos cidadãos que, por viverem de modo extremamente saudável, chegam a uma idade avançada” concluindo que “o argumento referido ao sistema social pode, assim, ser usado em qualquer sentido e é por isso mesmo imprestável” (op.cit., p.68).

acintosamente, legitimada pela ‘lesão’ (e não perigo abstrato) a um bem jurídico coletivo (saúde pública)⁵²⁻⁵³.

A teoria do bem jurídico não deve, porém, ser empregada para legitimar intervenções desproporcionais. Além disso, os bens jurídicos coletivos não podem ser ‘cartas na manga’ de um legislador ávido por justificar seus excessos.

Ante a ausência de um bem jurídico hábil a fundamentar tais incriminações, cabe indagar sobre os motivos que estão por trás dessa intervenção punitiva, exemplo claro de um *tipo penal de autor*⁵⁴. Delitos sem bem jurídico – ou *delitos de comportamento*, segundo Hefendehl – são manifestações de um punitivismo inadmissível, que se edifica sobre bases dogmáticas incertas – a presença de uma ‘convicção enraizada da obrigatoriedade da norma de comportamento’⁵⁵ – e questionáveis⁵⁶.

5. Drogas e Proibicionismo

As drogas são tema recorrente dentre as discussões criminológicas, especialmente nas vertentes críticas. Por outro lado, são raras as tentativas de aproximações entre essa perspectiva e as dogmáticas (críticas). Dentro da ideia defendida por Zaffaroni de uma criminologia cautelar⁵⁷, que visa prevenir massacres estatais, é possível pensarmos na utilização

52 Adverte-se que “é preciso cuidado com pseudobens jurídicos coletivos. Falar em saúde ou incolumidade pública, por ex., esconde os déficits de legitimidade de antecipações da tutela penal” (GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bem jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.97).

53 Com o propósito de esquivar as críticas, são apontados danos remotos ou consequências indiretas advindas das condutas criminalizadas (v.g. sensação de insegurança despertada na coletividade), o que igualmente não oferece supedâneo legítimo para se forjar um bem jurídico coletivo, nem mesmo segundo a teoria da imputação objetiva, posto que não são abarcadas pelo fim de proteção da norma. De conseguinte, “pode-se, assim, formular a diretriz de que a *menção a danos remotos não basta para fundamentar um bem jurídico coletivo*” (GRECO, Luís, op.cit., p.53).

54 Discorrendo sobre os problemas de legitimidade do artigo 12 da então vigente Lei 6.368/1976 – hoje, artigo 33 da Lei 11.343/2006 - notadamente sua fundamentação em uma concepção de tipos de autor, Luís Greco extrai consequências para sua interpretação, defendendo que só deve ser aplicado nas hipóteses de habitualidade e intuito de lucro, elementares típicas adicionais não indicadas expressamente – vide GRECO, Luis Tipos de autor e lei de tóxicos, ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n° 43, 2003, p.226 e ss., especialmente p.235.

55 HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.190-191.

56 Criticamente, sustenta Luís Greco que “o critério proposto por Hefendehl – a existência de uma convicção enraizada da obrigatoriedade da norma de comportamento em questão – parece-me, entretanto, bastante duvidoso, em especial porque ele prova demais: esse critério permite criminalizar o adultério, a troca de casais e muitos outros comportamentos sexualmente desviantes” (GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bem jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.55).

57 Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Palavra dos Mortos – Conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

da potência crítica também aos argumentos (ditos) duros. Desta forma, seria possível teorizar em um sentido de redução de dores.

Depois de mais de 30 anos de políticas latino-americanas pautadas pela guerra às drogas promovida, especialmente, pelos Estados Unidos da América⁵⁸, o século XXI viu a tendência revisionista da repressão ganhar espaço. Esta tendência redundou, inclusive, na edição de nossa Lei 11.343/2006 e a dita despenalização das condutas do usuário. Isto, por óbvio, não excluiu a necessidade de discussão quanto ao proibicionismo direcionado ao traficante.

Thiago Rodrigues traz importante contextualização do proibicionismo enquanto tendência e, não só, de realidade concreta:

Como tônica da Proibição, a guerra às drogas jamais se aproximou da meta em erradicar o negócio e o consumo de psicoativos no mundo. O caráter militar assumido pela luta internacional contra as drogas ilícitas deve ser encarado não como uma inovação completa do proibicionismo, mas sim como a transposição para o plano internacional da lógica coercitiva e policial de controle social consolidada localmente pela via da repressão a consumidores e negociantes de substâncias psicoativas. Com isso, afirma-se que a dimensão diplomático-militar assumida pela Proibição é um desdobrar das táticas de controle social brotadas no início do século XX que forja uma inusitada modalidade de prevenção geral internacional. Questionado como solução universal para a questão do comércio e uso de psicoativos, o proibicionismo vem sendo alvo de críticas que procuram apontar saídas alternativas e novos percursos que prescindam da condenação e da criminalização como caminho para lidar com as drogas, substâncias envoltas em hábitos e práticas que se apresentam, aos olhos de cada vez mais observadores, como não suprimíveis ou incontornáveis⁵⁹.

Os efeitos das políticas proibicionistas são bastante concretos e significam sangue derramado. Além disso, são inegáveis os reflexos em nossas hiperinflacionadas taxas de encarceramento, bem como nos homicídios, especialmente os de jovens e negros. Conforme Vera Guilherme e Gustavo Ávila:

Uma das recrudescências trazidas pela lei 11.343/06 é irrelevante para o universo de autores preocupados com os usuários: por trás de seu discurso universalista, esconde a questão social envolvida na determinação de quem serão os encarcerados. Os encarcerados serão os traficantes, marcados por uma definição de classe social e de sua incapacidade ou pouca

58 DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua Criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004; DE CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 171-173.

59 RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 141.

capacidade para consumo de bens. A princípio, a questão do usuário estaria resolvida no que se refere ao seu pior medo – o encarceramento⁶⁰.

Ruggiero⁶¹ refere às dificuldades em classificar, cientificamente, o termo “droga”. Não raro, tal tentativa de etiquetamento está amparada em avaliações políticas e, especialmente, morais. Dessa forma, “a palavra ‘droga’ carrega consigo uma noção de norma e de proibição; ela faz alusão a algo a que devemos manter distância: indica uma separação social. Por essa razão, ‘droga’ não é um conceito descritivo, mas avaliativo: é uma senha que implica automaticamente uma proibição”⁶².

Além do mais, sabemos, existem muitas distorções em como é percebido o vício por parte do senso comum. Neste sentido, as pesquisas de Carl Hart têm sistematizado os equívocos que também alimentam o proibicionismo.

Um dos principais pilares da argumentação relativa à *saúde pública* é o efeito de adição derivado da utilização das substâncias (consideradas) ilícitas. Existem pesquisas demonstrando que mais de 75% dos usuários de “drogas” - seja o álcool, remédios ou as ilegais – não enfrentam o problema do vício⁶³. Há mais de duas décadas, tem sido demonstrado que apenas são acometidos pelas chamadas “compulsões” entre 10 e 25% daqueles que experimentam até as substâncias consideradas mais “pesadas”, como heroína e *crack*⁶⁴.

Além disso, as tradicionais pesquisas envolvendo ratos e a necessidade de dopamina, causada especialmente pela cocaína, também estão sendo questionadas. Isto porque, quando os roedores são colocados em um ambiente onde não existe apenas uma alavanca que libera uma nova dose da substância, o uso tende a diminuir sensivelmente⁶⁵. Ou seja: os fatores ambientais/sociais são determinantes para a adição em “drogas”⁶⁶.

Como sabemos, não é legítimo ao Direito Penal proteger bens jurídicos fundados essencialmente em preceitos morais, sob pena de aproximar-se muito daquilo que diz combater⁶⁷. A proteção irracional ao falso bem jurídico-penal saúde pública possui uma racionalidade oculta: “os mortos existem não pelo uso de drogas feitas ilícitas, mas sim por uma política criminal de extermínio da população jovem, negra e pobre da nossa cidade”⁶⁸.

60 GUILHERME, Vera M.; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Abolicionismos Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 30.

61 RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e Mercados – Ensaio e Anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 81.

62 RUGGIERO, Vincenzo, op.cit., p.81.

63 HART, Carl. *Um Preço Muito Alto*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 23.

64 HART, Carl, op.cit., p.23.

65 HART, Carl, op.cit., p. 95-100.

66 Cf. HART, Carl, op.cit., p.95 e ss.

67 RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e Mercados – Ensaio e Anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 81-82.

68 ZACCONE, Orlando D’Elia Filho. *Indignos de Vida*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 266.

Assim, o ramo jurídico-penal acaba por legitimar um verdadeiro *genocídio*, chamado de “guerra às drogas”. Em meio ao fogo cruzado, vidas de policiais, “traficantes” e inocentes são ceifadas em um ciclo (aparentemente) infindável de dores e sofrimento. Os fins declarados são a proteção da saúde pública ou da segurança pública, porém, os resultados desse fenômeno chamado proibicionismo são vergonhosos.

No Brasil, especialmente, temos aquilo que Zaccone define como “forma jurídica de extermínio de traficantes”, os chamados “autos de resistência”:

“Se no período 2001/2011 contabilizamos mais de 10 mil pessoas mortas a partir de ações policiais em nosso estado, podemos afirmar que uma parte significativa dessas mortes foi legitimada no marco de uma ‘guerra às drogas’. Não podemos afirmar, no entanto, se neste mesmo período tivemos o mesmo número de pessoas mortas pelo consumo destas substâncias proibidas”⁶⁹.

A constatação é melancólica: temos uma guerra sem sentido algum. Derramamos sangue sem justificativa racionalmente demonstrável por quaisquer das ciências criminais: dogmática, política criminal ou criminologias. É necessária a revisão urgente dos esforços de proteção a um bem jurídico inexistente, cujos resultados no sentido preventivo são risíveis.

6. Conclusões

Apenas a partir da teoria do bem jurídico como fundamento material da criação de normas penais incriminadoras seria possível desconstruir intervenções punitivistas alheias à realidade concreta, tal como se observa nas criminalizações referentes às drogas.

As tentativas de substituição da teoria do bem jurídico não lograram fornecer limites materiais ao poder punitivo estatal.

Nos delitos constantes da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), as criminalizações são vinculadas a um suposto bem jurídico, a saúde pública. Trata-se, porém, de um falso bem jurídico-penal. O recurso a bens jurídicos aparentes, de natureza coletiva, encobre uma antecipação indevida da atuação do Direito Penal e uma inadmissível ingerência na autonomia individual.

A ausência de um autêntico bem jurídico não é, contudo, sintoma da deficiência desse referencial material, mas manifestação de uma intervenção penal ilegítima, arbitrária e desproporcional.

Criminalizações sem bem jurídico significam, em verdade, mera tutela da própria vigência normativa, com independência de suas bases concretas (materiais ou imateriais)

69 ZACCONE, Orlando D’Elia Filho. *Indignos de Vida*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 266.

relacionadas à vida em sociedade. Por essa razão, uma das mais relevantes funções asinaladas à teoria do bem jurídico é precisamente desmascarar falsos bem jurídicos⁷⁰ e, consequentemente, desnudar a desnecessidade da intervenção jurídica.

7. Referências

- AMELUNG, Knut. El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.227-264.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, t. I. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Orgs.). *Direito Penal como crítica da pena. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p.133-149.
- DE CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua Criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- DWORKIN, Gerald. Paternalismo: algumas novas reflexões. Trad. João Paulo Orsini Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, p.71-80, jul./dez. 2012.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006.
- _____. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.
- GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, p.81-92, jul./dez. 2012.
- _____. Tipos de autor e lei de tóxicos, ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n° 43, 2006.
- GUILHERME, Vera M.; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Abolicionismos Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

70 Assim, GRECO, Luís, op.cit., p.35.

- HART, Carl. *Um Preço Muito Alto*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- HASSEMER, Winfried. *Direito Penal. Fundamentos, estrutura, política*. Trad. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p.209-230.
- HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.179-196.
- HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.37-52.
- IENNACO, Rodrigo. *Bem jurídico e perigo abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.
- JAKOBS, Günther. ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: MAIER, Julio B. J.; CÓRDOBA, Gabriela E. (Orgs.) *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p.53-71.
- _____. La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA, 2007.
- _____. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- _____. *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Trad. Manjel Cancio Meliá. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Trad. Pablo de Azcárate. 3 ed. Madrid: Alianza Editorial, 2013.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 9 ed. Barcelona: Reppertor, 2011.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5 ed. São Paulo: RT, 2011.
- RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 140-152.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2 ed. Trad. Nereu José Giacomolli e André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

- _____. *Sistema del hecho punible* 1. *Acción e imputación objetiva*. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.
- _____. El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual. Trad. Raúl Pariona Arana. In: MAIER, Julio B. J.; CÓRDOBA, Gabriela E. (Orgs.) *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?* Buenos Aires: Ad- Hoc, 2009, p.73-90.
- _____. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.443-458.
- _____. *Derecho Penal*. Parte General. T. I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e Mercados – Ensaaios e Anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? Trad. Luís Greco. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, p.47-70, jul/dez. 2012.
- _____. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. El sistema de la teoría del delito. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Trad. José Milton Peralta. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.
- STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.365-372.
- TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Parte General. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- ZACCONE, Orlando D’Elia Filho. *Indignos de Vida*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Palavra dos Mortos – Conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

INSTITUIÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER A PARTIR DA ALTERAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA: POR UMA ALTERNATIVA MENOS RIGOROSA BASEADA NA CONCILIAÇÃO PARA ENFRENTAR ESSE MAL

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professora Pesquisadora da Universidade Ceuma. Promotora de Justiça no Maranhão, titular da 21ª Promotoria de Defesa da Mulher da Comarca de São Luís.

Resumo

Estuda-se a suspensão condicional do processo penal, instituto em que consiste na suspensão do curso processual, por ordem judicial, por certo período de tempo, desde que o acusado aceite, com a concordância de seu advogado, cumprir algumas condições, em face de proposta do Ministério Público, uma vez presentes os requisitos exigidos em lei, sendo que, após terminado o período de prova sem revogação do benefício, o processo é arquivado. A aplicação do referido instituto foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal para os casos de violência doméstica contra a mulher em 2012. Defende-se que seja criada uma lei restabelecendo a possibilidade de aplicação da suspensão condicional aos referidos casos, como uma opção para punição formal nas hipóteses em que a vítima já voltou a conviver maritalmente com o acusado ou pelo menos passou a manter uma relação amigável com ele, utilizando o período de prova para fazer o acompanhamento do acusado por um período considerável, no qual se cuidará principalmente de sua reeducação.

Palavras-chave

Suspensão Condicional do Processo Penal; Violência Doméstica contra a Mulher; Alteração da Lei Maria da Penha.

Abstract

This paper studies the conditional suspension of the penal process. This institute consist in the suspension of the procedural course by judicial

decision for a certain period, provided accused, with the agreement of his defender, accept to fulfil some conditions, due to proposal from the public prosecutor if there are requirements established in the law and after finished the probation period, the process is archived. It shows that Brazilian Court Supreme forbidden application of this institute to domestic violence against the woman cases in 2012. However, it defends that is important create a law establishing that is possible apply the conditional suspension of the process to this cases as an option to the formal punishment, when the victim is living with the accused or she is her friend, with the monitoring of the aggressor for considerable period, when his reeducation will be observed.

Key words

Conditional Suspension of the Penal Process; Domestic Violence against the Woman; Amendment of the Law Maria da Penha.

1. Introdução

A suspensão condicional do processo é um instituto despenalizador¹, que foi instituído pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), através do qual a autoridade judicial, a partir de proposta do Ministério Público aceita pelo réu e seu defensor, suspende o andamento do processo sob determinadas condições, por um período de prova de dois a quatro anos, sempre que presentes os requisitos de natureza objetiva e subjetiva previstos na legislação.

O requisito objetivo para aplicação do instituto consiste em que o crime tenha pena mínima igual ou inferior a 1 ano. Já os requisitos subjetivos são as exigências de que o acusado não esteja sendo processado ou seja condenado por outro crime e atenda outros critérios requeridos para a aplicação da suspensão condicional da pena, que dizem respeito a características do agressor e circunstâncias da infração penal.

A Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), que instituiu mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em seu art. 41, prevê que não se aplica a Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados em ambiente doméstico.

Após a promulgação dessa Lei, logo surgiram vozes na doutrina a favor e contra a aplicação da suspensão condicional do processo aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Os discordantes defendiam a aplicação da letra fria da lei, em face da necessidade de um maior rigor no tratamento de crimes em ambiente doméstico. Os favoráveis argumentavam, em síntese, que o referido instituto despenalizador estava por

1 Instituto despenalizador é aquele pelo qual se evita a aplicação de pena, sem que haja exclusão do caráter ilícito do fato.

acaso na Lei nº 9.099/95, porquanto não se referia apenas a delitos de menor potencial ofensivo, mais também àqueles de médio potencial ofensivo, razão pela qual poderia continuar a ser utilizado em relação aos crimes de que trata a Lei Maria da Penha.

A divergência se instalou também entre os Tribunais de Justiça dos estados e até entre a 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Com efeito, a 6ª Turma do STJ, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 154.801-MS, datado de 14/12/2010, publicado no DJe de 3/11/2011, cujo relator foi o Min. Celso Limongi, dando interpretação conforme à Constituição, considerou possível a suspensão condicional do processo nas hipóteses de crimes de lesão corporal cometida no âmbito familiar contra a mulher.

Pondo fim à divergência, em sessão de 9 de fevereiro de 2012, com acórdão publicado no DJe de 17/02/2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, por votação unânime, declarou a constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006, julgando procedente a Ação Direta de Constitucionalidade – ADC 19-DF, ajuizada pela Presidência da República, com o objetivo de uniformizar a interpretação desses dispositivos legais.

Ao julgar constitucional o art. 41 da Lei nº 11.340/2006, a Suprema Corte afastou a possibilidade de aplicação de qualquer dos institutos despenalizadores aos casos de violência doméstica contra a mulher, quais sejam, a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Na maioria das democracias constitucionais, a interpretação da constituição envolve o Poder do Judiciário (tipicamente a Suprema Corte ou Corte Constitucional) (MARMOR, 2005, p. 140). No Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal - STF, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102, caput), estando reservado a ele dar a última palavra sobre a interpretação da Lei Fundamental nas ações de controle de constitucionalidade difuso (em sede de recurso extraordinário) e nas ações de controle de constitucionalidade concentrado (ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, arguições de descumprimento de preceito fundamental e ações de inconstitucionalidade por omissão).

No modelo brasileiro, portanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal, enquanto o detentor da última palavra sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis, o que para Andrei Marmor (2005, p. 140) significa *resolver questões de profunda importância moral e política, com base em uma orientação textual muito limitada, resultando em decisões jurídicas que devem durar por décadas e são praticamente quase impossíveis de mudar pelo processo democrático regular*.

Isso é particularmente verdade no que diz respeito a temática sob análise. A Constituição previu a conciliação para os casos de infração de menor ofensivo, considerando ser

a melhor forma de se resolver os conflitos judiciais de pequena monta. Ocorre que entre a edição da Lei dos Juizados Especiais Criminais, em 1995, e a Lei Maria da Penha, em 2006, os institutos da composição civil e da transação penal foram desvirtuados, particularmente nas hipóteses de violência doméstica contra a mulher, transformado o primeiro em pedido de perdão do agressor para a vítima, que na grande maioria dos casos era aceito, e o segundo, reduzido ao pagamento de cestas básicas ou prestação isolada de serviços à comunidade, o que os tornavam inefetivos e acabavam gerando sensação de impunidade.

Com relação à suspensão condicional do processo, todavia, não há nada a questionar e criticar, na medida em que sequer chegava a ser aplicado, pois os processos, em sua grande maioria, encerravam-se com a composição civil dos danos ou com a transação penal.

Defende-se, de *lege ferenda*, que a Lei Maria da Penha seja alterada para permitir a suspensão condicional do processo em se tratando de crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, com pena mínima igual ou inferior a um ano e desde que presentes os requisitos subjetivos estabelecidos pela Lei nº 9099/95, considerando ainda a possibilidade da oitiva da vítima e da equipe multidisciplinar, por entender que a conciliação, promovida entre o Ministério Público e o acusado e seu defensor, é a forma mais célere e mais justa de solucionar conflitos dessa natureza e evitar problemas futuros, além de ser uma medida menos gravosa para atingir o mesmo objetivo, o fim da violência doméstica.

Tal instituto permite que o acusado, uma vez suspenso provisoriamente o processo, fique sob o acompanhamento do Judiciário por dois a quatro anos, período em que se submete a condições, que podem ser: a) obrigatórias, quais sejam: pagar à vítima o valor da reparação dos danos causados, demonstrado por ela em audiência; não frequentar certos lugares; não se ausentar da Comarca a não ser com autorização do juiz; e comparecer mensalmente em Juízo para justificar suas atividades; e b) facultativas, como por exemplo: dividir bens adquiridos durante o casamento ou união estável; aceitar que os filhos fiquem sob a guarda materna; pagar pensão alimentícia; efetuar prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade; fazer curso de reeducação do agressor; cumprir medidas protetivas de não se aproximar da vítima, de não entrar em contato com a ofendida por qualquer meio de comunicação e de frequentar sua residência e local de trabalho e, se for o caso, não usar arma de fogo se tiver porte de arma e comparecer à programa oficial ou comunitário de tratamento de usuários dependentes de álcool ou drogas.

Caso o denunciado descumpra alguma condição, o processo volta a ter seu andamento regular. Expirado o período de prova, sem revogação da medida, em face do descumprimento de qualquer das condições, o juiz declarará extinta a punibilidade, evitando em muitos casos a condenação, que acarreta, além da pena privativa de liberdade, a sanção de o nome do agressor ser lançado no rol dos culpados, com imensos prejuízos para a sua vida profissional.

Como foi amplamente divulgado pela mídia, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.501/12, o qual permite a suspensão condicional do processo nas situações de violência doméstica contra a mulher, mas teve a apresentação do parecer da relatora na Câmara adiada, em razão de o STF ter se manifestado sobre o assunto há pouco tempo e devido a críticas realizadas por vários órgãos e instituições, como a Secretaria de Políticas para as Mulheres e o Conselho Nacional de Justiça.

Entretanto, o Legislativo não pode deixar de apreciar a questão com a celeridade que o caso requer sob o simples argumento de que a Corte Constitucional deliberou sobre o tema há pouco tempo. Importa, na verdade, avaliar os fundamentos da decisão, quando então se poderá verificar que o STF julgou sem levar em conta a necessidade da existência, nos casos de violência doméstica contra a mulher, de uma abertura ao diálogo e à conciliação, devidamente regrada por lei e controlada pelo Judiciário, como a possibilidade de suspensão condicional do processo quando o ciclo da violência ainda não se instalou por estar no seu início e em que, passados os momentos iniciais da ocorrência do fato, o réu e a vítima já se reconciliaram.

Portanto, é preciso que o Poder Legislativo exerça suas funções. Se é verdade que o STF tem a última palavra quanto à interpretação constitucional, essa última palavra deve ser entendida como provisória. Isso porque o STF também pode errar, cabendo ao Legislativo, enquanto órgão cujos integrantes foram eleitos pelo povo e, portanto, mais legitimado democraticamente, corrigir o problema, recriando o instituto para os casos de violência doméstica contra a mulher, o qual foi descartado por aquele órgão, se tal medida lhe parecer constitucional, instituindo, assim, a possibilidade de um diálogo entre os poderes, já que sua decisão estará novamente sujeita a controle de constitucionalidade, em prol da justiça e da democracia.

2. A Suspensão Condicional do Processo

2.1. Conceito

A suspensão condicional do processo, também chamada de suspensão provisória do processo, consiste na interrupção do curso de ação penal pública, por um período de dois a quatro anos, mediante o cumprimento de condições obrigatórias e facultativas, em face de proposta do Ministério Público, desde que presentes os requisitos objetivo e subjetivos estabelecidos em lei, a qual gera efeitos uma vez aceita pelo acusado e seu defensor e homologada pelo juiz, como previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Homologado o acordo entre o Ministério Público e o acusado, o juiz suspende o processo e submete o denunciado a período de prova, sob as condições aceitas. Segundo Júlio César Leite Carvalho (2010), como a homologação da suspensão do processo depende da aceitação do réu, fica evidenciado o caráter de bilateralidade contido no instituto.

Para que o período de prova revista-se do caráter educativo e corretivo, característico da prevenção geral, recomenda-se a existência de um plano de adaptação social e submissão do beneficiário a uma vigilância não ostensiva, objetivando o desenvolvimento de sua responsabilidade social (BITENCOURT, 2005, p. 155). Não teria sentido impor condições e deixar de acompanhar o seu cumprimento.

O requisito objetivo para a proposta de suspensão do processo é que a infração penal imputada ao réu tenha pena mínima igual ou inferior a um ano.

Os requisitos subjetivos são que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena, descritos no art. 77 do Código Penal.

Segundo o art. 77 do Código Penal, a execução da pena privativa de liberdade poderá ser suspensa desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do referido diploma legal.

O art. 44 do Código Penal dispõe que as penas restritivas de direitos são autônomas e se substituem as privativas de liberdade: se a pena aplicada não for superior a quatro anos; quando o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; se o crime for culposo; o réu não for reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Não se aplica, entretanto, o disposto no art. 77, inciso III, do Código Penal, por ser incompatível, em relação à suspensão do processo. Em outras palavras, mesmo quando incabível a substituição da pena prevista no art. 44 do Código Penal, pode haver a suspensão condicional do processo (GRINOVER, 1995).

As condições que o juiz submete o acusado, após suspender o processo, dividem-se em obrigatórias ou facultativas.

As obrigatórias são as estabelecidas nos incisos I a IV do § 1º da Lei 9.099/95, quais sejam: 1) reparação do dano, cujo valor merece ser estabelecido em audiência com a presença da vítima; 2) proibição de frequentar determinados lugares; 3) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz e 4) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

As facultativas são especificadas pelo juiz, inclusive a partir de indicação do Ministério Público. Referidas condições, em face do princípio da proporcionalidade, devem ser adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Constituem exemplos de condições facultativas as de:

frequentar curso de habilitação profissional ou de instrução escolar; atender aos encargos da família; submeter-se a tratamento de desintoxicação; frequentar cursos de reabilitação de alcoolismo; submeter-se a tratamento médico ou psicológico quando haja indicação de sua necessidade e eficácia; entregar ao Estado ou Instituições de auxílio comunitário “cestas básicas” de alimentos ou medicamentos; não acompanhar, alojar ou receber cestas pessoas (MIRABETE, 1997, p. 162).

Outro exemplo de condição facultativa é a monitoração eletrônica. Por outro lado, a própria jurisprudência vem entendendo que a suspensão condicional do processo não é uma medida meramente despenalizadora, que simplesmente possibilite ao denunciado obstar a ação penal contra si iniciada, sendo necessário que as condições impostas repercutam de alguma forma na vida do acusado, para que este não reste ileso mediante acordo que o beneficie. Nesse sentido, há várias decisões que admitem como condição a imposição de prestação pecuniária e também de prestação de serviços à comunidade, entre as quais se destaca a seguinte:

HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO CONDIÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA. Possível a fixação como condições de suspensão do processo, de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, inexistindo qualquer ilegalidade segundo precedentes desta Corte. Ordem denegada (Habeas Corpus nº 70051889731, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 06/12/2012).

Consoante Damásio de Jesus (2011), o ofendido não intervém na suspensão condicional do processo, uma vez que não é titular da pretensão punitiva, podendo, entretanto, ser ouvido a respeito da condição da reparação do dano. Por ser um direito disponível, pode a vítima, nesse momento dizer-se satisfeita com uma reparação menor, o que satisfaz o requisito legal.

Entende-se, entretanto, que a oitiva da vítima é importante, nos casos de violência doméstica, também para se verificar a viabilidade da suspensão condicional do processo.

Expirado o prazo do período de prova sem revogação, a autoridade judicial deve declarar extinta a punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95). Entretanto, *a extinção de punibilidade fundada neste dispositivo legal pressupõe o cumprimento por parte do beneficiário de todas as condições estabelecidas na proposta do sursis processual* (CARVALHO, 2010, p. 29), inclusive a reparação integral do dano.

2.2. Natureza Jurídica

O que explica a natureza jurídica da suspensão condicional do processo é o desejo de não demandar, por parte do autor da ação penal e do acusado, em face de uma abertura

legal. Observado do ponto de vista do Ministério Público, é um poder-dever, uma vez presentes os requisitos para sua proposição. Do lado do denunciado, consiste em uma forma de defesa em que este não contesta a imputação, quer para admitir a culpa quer para proclamar sua inocência.

Mas não é só. A transação celebrada entre as partes com vistas à suspensão condicional do processo é mero ato de postulação, na medida em que cabe ao juiz a última palavra sobre o que foi acordado. Ele pode suspender ou não processo, embora essa decisão seja, na verdade, poder-dever, na medida em que não pode ser negada caso esteja de acordo com as exigências legais. De qualquer modo não se pode afastar o fato de que há sempre um controle judicial.

2.3. Fundamentos

Entre os fundamentos jurídicos da suspensão condicional do processo cabe destacar o princípio da discricionariedade regrada, o princípio da autonomia da vontade somado ao princípio da ampla defesa, e o princípio da desnecessidade da prisão (GRINOVER, 1995).

O princípio da discricionariedade regrada, no que diz respeito ao instituto ora estudado, encontra-se fixado na Constituição Federal, precisamente nos arts. 98, I, que prevê a conciliação nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, 5º, LXXVIII, o qual reconhece como direito fundamental a duração razoável do processo, e 129, I, segundo o qual o Ministério Público promoverá, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Percebe-se por esses dispositivos que cabe a lei traçar a forma e os limites de atuação do *Parquet*, inclusive possibilitar-lhe dispor sobre o prosseguimento da persecução penal, tendo em vista os dispositivos constitucionais relacionados à possibilidade de previsão de conciliação, em se tratando de delitos de menor potencial ofensivo, e ao direito fundamental da duração razoável do processo.

O princípio da autonomia da vontade aliado princípio da ampla defesa são outros fundamentos do instituto. Isso porque sem a aceitação do acusado não há a possibilidade de o processo ser suspenso mediante condições a serem cumpridas justamente pelo imputado. Chama-se atenção também para o fato de que, ao aceitar a proposta de suspensão do processo, o réu dispõe sobre uma parcela dos seus direitos e garantias.

O terceiro fundamento da suspensão condicional do processo consiste no princípio da desnecessidade da pena de prisão de curta duração. O meio (pena de curta duração) não é adequado, podendo-se dizer até que é utópico, para atingir os fins (castigar e ressocializar o criminoso e prevenir o delito), sendo mais indicado o cumprimento de condições por um período bem superior, em que o autor do fato será monitorado pelo sistema de justiça, evitando ademais a sua estigmatização, por ter seu nome lançado no rol dos culpados.

2.4. Finalidade

Na feliz expressão de Antônio César Leite de Carvalho, a suspensão condicional do processo, trazida no bojo da Lei nº 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, é um *instrumento jurídico inovador e revolucionário*.

Com efeito, referido instituto, aplicado mediante o método consensual, nos casos de crimes de menor e médio potencial ofensivo, sempre que presentes certos requisitos, visa afastar a imposição de pena privativa de liberdade ao réu, gera maior celeridade processual, promove a participação dos diretamente envolvidos (vítima e acusado) com a finalidade de se chegar mais perto da pacificação social, além de oferecer maiores possibilidades de ressocialização do suposto agressor.

Tudo isso, seguindo uma tendência rumo à desburocratização do processo – tornando-o mais simples, mais rápido, mais eficiente, mais democrático e mais próximo da sociedade – e a desburocratização das controvérsias, tratando-as, sempre que possível, pelos meios alternativos que permitem evitar ou encurtar o processo, como a conciliação (GRINOVER, 1995).

A suspensão do processo permite ainda a introdução de conhecimentos de outras áreas, na medida em que antes da audiência para essa finalidade, pode ser determinada a realização de estudo psicossocial do caso, com o qual será possível ter-se uma radiografia psicológica e social do problema e dos envolvidos, importante não só para se verificar a viabilidade da medida, como também para a definição de condições facultativas, visando não apenas punir o agressor, mas também resolver a lide social.

Ademais, penas de curta duração não são adequadas nem se mostram eficientes para resolver o conflito, sobretudo os casos de violência doméstica, em que o agressor, em regra, volta a ter contato com a vítima. Nessas condições, sempre que atendidos os requisitos objetivos e subjetivos, a suspensão condicional do processo apresenta uma resposta muito melhor para o problema.

3. Violência Doméstica contra a Mulher no Brasil

A violência contra a mulher em ambiente doméstico decorre de um fenômeno sociocultural alimentado pela ideologia patriarcal², no qual, em razão dos papéis desempenhados por homens e mulheres na sociedade, os primeiros se sentem superiores e por isso discriminam e exercem dominação sobre as pessoas do sexo feminino com as quais têm vínculo familiar ou afetivo, enquanto as segundas se veem como inferiores e por isso se submetem aos desejos e aspirações de pais, parceiros, ex-parceiros, filhos.

2 A ideologia patriarcal é acompanhada pelo machismo, pensamento retrógrado que defende a inferioridade da mulher e em consequência prega a sua dominação pelo homem.

Quando as mulheres se contrapõem a esse modelo surgem desavenças entre os envolvidos, que estão na origem da violência doméstica e familiar contra a mulher. Nas sociedades ocidentais, com a emancipação feminina e as conquistas legais que a acompanharam, verificadas a partir do fim do século XIX e consolidadas no século XX, cada vez mais homens e mulheres passaram a travar disputas entre si, levando à desintegração parcial desse poder patriarcal, que, todavia, continua a existir e a fazer vítimas.

E, consoante Amini Campos e Lindinalva Corrêa (2009), é raro que o espancamento de uma parceira íntima ocorra apenas uma vez, pois com o tempo a violência se escalona, torna-se mais frequente, assim como a gravidade dos ferimentos aumenta. No mesmo sentido Elena Ceballos (2001), que retrata a violência doméstica contra a mulher como um fenômeno que se dá em ciclos, cujas fases são as seguintes: fase de acumulação de tensão (período de agressões psíquicas e violências físicas de menor ofensividade), fase aguda de golpes (período de agressões físicas mais graves e reiteradas), fase da calma “amante” (período em que se observa arrependimento e afeto do agressor).

Justamente por isso, verifica-se a necessidade de uma legislação forte e de políticas públicas específicas, que tratem com seriedade a questão.

A Lei nº 11.340, publicada em 07 de agosto de 2006 e que entrou em vigor em 22 de setembro do mesmo ano, denominada Lei Maria da Penha³, foi um marco para a prevenção e o combate da violência doméstica contra a mulher no Brasil, porquanto não só previu penas mais rigorosas e efetiva punição para os agressores, como também trouxe medidas de proteção e de assistência em favor das vítimas. Todos esses avanços, como a própria ementa da Lei dispõe, tiveram por objetivo concretizar o §8º do art. 226 da Constituição Federal, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Antes da vigência da Lei nº 11.340/2006, chamava atenção a situação de impunidade dos autores de violência doméstica contra a mulher no país. Isso se dava porque a maioria das infrações penais praticadas com esse tipo de violência, como vias de fato, ameaças, injúrias e lesões corporais leves, era considerada de menor potencial ofensivo, caso

3 O nome dado à Lei 11.340/2006 é uma homenagem à farmacêutica e bioquímica Maria da Penha Maia Fernandes, que em 1983 sofreu duas tentativas de homicídios por parte de seu marido, tendo ficado paraplégica em razão do primeiro delito. Maria da Penha levou 19 anos para ver o seu agressor punido. Na sua luta para a responsabilização criminal de seu marido, essa mulher de fibra, em conjunto com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM, formalizou denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA, que resultou na condenação do Brasil em 2001. Através do Relatório nº 54 da OEA, o Estado brasileiro foi obrigado a pagar indenização em favor de Maria da Penha e recebeu recomendação para adotar diversas medidas, dentre elas a de simplificar os procedimentos penais para reduzir o tempo de tramitação processual.

em que devia ser aplicada a Lei nº 9.099/1995. Essa Lei estimulava as vítimas a desistirem da persecução penal e, quando tal desistência não ocorria, os poucos agressores que eram punidos recebiam penas muito brandas, geralmente de pagamento de multas ao Estado ou de fornecimento de cestas básicas para instituições beneficentes, sendo que, no caso de transação penal⁴, uma vez aceita a proposta, o crime ou contravenção penal desaparecia, pois não ensejava reincidência, não constava de certidão de antecedentes e nem tinha efeitos civis. Claro está que tais “punições” não tinham o condão de pôr fim à violência doméstica nem ressocializar o autor do fato, pois muitos dos agressores “punidos”, sentindo-se livres, retornavam para casa e voltavam a agredir as vítimas.

Mas a Lei nº 11.340/2006, ao mesmo tempo em que foi recebida com aplausos e entusiasmo por parte da doutrina e movimentos de mulheres, também ganhou opositores e críticos. Em razão disso, passou a ser aplicada de diferentes modos. Os principais pontos de discordância eram quanto à necessidade de representação da vítima⁵, nos casos de crimes de lesão corporal leve ou culposa, como condição para que o Ministério Público ajuizasse ação penal contra o autor do fato e a possibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores, quais sejam, composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo, nas hipóteses de violência doméstica contra a mulher.

Em 09 de fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal -STF, ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade - ADC nº 19-DF e a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4.424-DF, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, em acórdão publicado em 17 de fevereiro de 2012, afirmou que dispositivos da Lei Maria da Penha, antes geradores de divergências nos Tribunais e na Doutrina, são constitucionais ou devem ser interpretados conforme a Constituição, em face dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, para proteger o direito das mulheres de viverem livres da violência e da discriminação. Na referida sessão, apreciando a ADC 19-DF, a Corte Suprema declarou a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006⁶. Na mesma oportunidade, ao julgar a ADI 4.424-DF, o entendimento da

4 Acordo entre o autor do fato e o Ministério Público, homologado pelo juiz, em que o primeiro, em troca da não instauração da ação penal, aceita que lhe seja imposta uma pena não privativa de liberdade.

5 Manifestação da vítima no sentido de que o autor do fato seja responsabilizado criminalmente.

6 Lei 11.340/2006. *Art. 1º. Esta lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (...) Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente. Parágrafo único: Será garantido o direito de preferência, nas varas*

maioria dos membros do STF foi no sentido de que nos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher em ambiente doméstico, mesmo de caráter leve, atua-se mediante ação penal pública incondicionada, independente da representação da vítima.

Essas decisões fortaleceram o ânimo daqueles que acreditam que, aplicando-se a Lei nº 11.340/2006, de modo a dar-lhe a maior efetividade possível, poder-se-á, se não eliminar, ao menos reduzir os números da violência doméstica contra mulher.

Mas a verdade é que as estatísticas desse tipo de violência no Brasil continuam a desafiar os especialistas. Passados mais de oito anos desde a entrada em vigor da Lei nº 11.340/2006, os registros de ameaças e lesões corporais em ambiente doméstico aumentam a cada ano em todo país. Comumente explica-se essa situação, argumentando que, antes, havia muito mais subnotificações ou cifras negras envolvendo a violência doméstica, de modo que não tem havido um crescimento no número de casos, mas de notificações. Essa análise, entretanto, falha quando se fala, por exemplo, de feminicídios. Segundo estudo do Instituto de Pesquisa Aplicada – IPEA, do governo federal, divulgado em 25 de setembro de 2013 (GARCIA et al, 2013), a Lei Maria da Penha não diminuiu as taxas de mortalidade por agressão no Brasil. Esse levantamento revelou que a proporção de feminicídios por cem mil mulheres vista em 2011 (5,43), superou o patamar observado em 2001 (5,41). Por outro lado, a mesma pesquisa constatou que não houve impacto, ou seja, não houve redução significativa das taxas anuais de mortalidade, comparando-se o período antes e depois da vigência da Lei nº 11.340/2006. Se a taxa de mortalidade por cem mil mulheres no período de 2001/2006 (antes) foi de 5,28, no período de 2007/2011 alcançou 5,22.

Mesmo que se diga que a Lei nº 11.340/2006 só passou a ter uma maior efetividade a partir do julgamento do STF antes citado e que, portanto, ainda não houve tempo de a decisão gerar efeitos positivos, o certo é que um diploma legal como a Lei Maria da Penha não tem o condão por si só de mudar a realidade, sem falar que apresenta pontos que precisam ser alteração, como é o caso da proposta contida neste artigo. Além disso, para a redução dos índices da violência doméstica contra a mulher faz-se necessária também a implementação de diversas políticas públicas voltadas para a inclusão das mulheres no sistema educacional, sua inserção no mercado de trabalho, geração de mais vagas em creches e escolas de tempo integral, criação de centros de recuperação para dependentes químicos, realização de campanhas publicitárias maciças promovendo a igualdade de gêneros, entre outras.

criminais, para o processo e julgamento das causas referidas no caput. (...) Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

4. O Diálogo entre os Poderes Judiciário e Legislativo e os Motivos para a Instituição da Suspensão Condicional do Processo para os Casos de Violência Doméstica

As diferentes Teorias do Diálogo entre os Poderes rechaçam a ideia do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser exercida pelos demais poderes, e defendem que não existe uma última palavra ou, pelo menos de que a Corte Constitucional a detenha por meio do controle de constitucionalidade.

Supondo que há uma última palavra e que esta pertence à Corte Constitucional, essa última palavra deve ser entendida como “última palavra provisória”, que não impede novas rodadas procedimentais, em que se produz um diálogo entre o Poder Judiciário e Legislativo (MENDES, 2011).

Isso porque após a declaração da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de certa lei poderá o Poder Legislativo reformar a Constituição ou editar novamente uma lei declarada inconstitucional ou constitucional pela Suprema Corte, que poderá ser novamente chamada a se posicionar sobre a constitucionalidade da emenda constitucional ou da novel lei.

Esse tipo de Modelo não extingue a possibilidade de erro, mas maximiza as possibilidades de acerto, na medida em que cada instituição há de buscar as melhores razões públicas para justificar suas decisões (MENDES, 2011).

Por ocasião do julgamento da ADI 4424, o STF entendeu que nos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher em ambiente doméstico, mesmo de caráter leve, atua-se mediante ação penal pública incondicionada. No seu voto divergente, o Ministro Cezar Peluzo advertiu o legislador da eventual conveniência de se manter o procedimento da Lei nº 9.099/95 para os casos de violência doméstica contra a mulher, sob os seguintes argumentos: a) a celeridade é um dos ingredientes importantes do combate à violência, porque quanto mais rápida for a decisão da causa, maior será sua eficácia; b) a oralidade, ínsita na lei, é outro fator importantíssimo, sobretudo porque essa violência se manifesta no seio da sociedade; c) muitas mulheres não fazem a delação, não levam a notícia-crime por decisão que significa exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade de seu destino; d) no meio de convivência eventualmente já pacificada mediante de renovação do pacto familiar, a mulher ofendida pode ser surpreendida com uma sentença condenatória, que terá consequências imprevisíveis no seio familiar; e) a sentença condenatória pode desencadear maior violência por parte do parceiro agressor; f) o constituinte e o legislador levaram em consideração, como valores que têm de ser de algum modo compatibilizados, a necessidade da proteção da condição da mulher e a necessidade da manutenção da situação familiar.

Esses mesmo argumentos podem ser utilizados para sustentar a tese da necessidade de instituição da suspensão condicional do processo nos crimes praticados contra a mulher em ambiente doméstico.

Com efeito, saber se tal possibilidade seria constitucional ou não envolve resolver a colisão entre o direito das mulheres de viver sem violência no âmbito da família (art. 226, § 8º) e outros bens da coletividade também constitucionalmente protegidos, quais sejam: a possibilidade de conciliação quando se tratar de infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, I), a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII) e a proteção da família (art. 226, *caput*).

Para a solução de colisão de direitos fundamentais, por meio da produção de norma de decisão, Robert Alexy (2008) advoga a realização de uma ponderação dos direitos contrapostos, que envolve a aplicação do princípio ou máxima da proporcionalidade.

Consoante Willis Santiago Guerra Filho (1999), referido princípio impõe a busca de um solução de compromisso, pela qual se respeita, em determinada situação, mais um dos direitos contrapostos, procurando desrespeitar o mínimo possível o outro ou os outros direitos colidentes, e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhes seu núcleo essencial.

Integram o princípio da proporcionalidade três princípios parciais: o da adequação (segundo o qual o meio empregado deve ter idoneidade para alcançar o resultado pretendido), o da necessidade (também chamado de postulado do meio mais benigno, pelo qual o meio escolhido para atingir determinado fim deve ser o mais ameno, o menos interventor) e da proporcionalidade em sentido estrito (ou postulado da ponderação propriamente dita) (ALEXY, 1999).

As máximas parciais devem ser usadas na sequência. Se utilizado o princípio da adequação, verifica-se que qualquer dos meios adequados resolvem a colisão, sem causar prejuízos a qualquer dos princípios em jogo, escolhe-se qualquer deles sem necessidade de lançar mão das outras máximas parciais. Observando que um dos meios é menos gravoso que outro ao princípio sob o qual recai a intervenção, então deve-se optar por esse meio. Caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização do princípio que precisa ceder, ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é a exigência de sopesamento (ALEXY, 2008).

Segundo Robert Alexy (2008), a ponderação ou sopesamento divide-se em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.

Lindinalva Rodrigues Dalla Costa (2014) defende a incompatibilidade da Lei Maria da Penha com o instituto da suspensão condicional do argumento de que a aceitação desse instituto para os casos de violência doméstica contra a mulher deixaria os crimes sem julgamento, os agressores sem castigo e as vítimas sem voz; não levaria em conta a peculiaridade e a potencialidade das ofensas, passando a simplesmente medi-las pela quantidade da pena cominada, o que afrontaria a própria razão de existir da Lei Maria da Penha e em última análise os próprios direitos fundamentais das mulheres; ignoraria que a violência doméstica, por se tratar de comportamento reiterado e cotidiano, carrega consigo grau de comprometimento emocional que impede as mulheres de romper a situação de violência, ou seja, a escalada desse tipo de violência e seu verdadeiro potencial ofensivo.

Ao contrário dessa autora, entende-se que a suspensão condicional do processo é plenamente compatível com a Lei Maria da Penha. A criação de uma alternativa à punição formal com a inserção do nome do condenado no rol dos culpados, mas que por outro lado importaria no acompanhamento do agressor por um tempo considerável, mediante o cumprimento de condições importantes para a sua reeducação, levaria não só a solução da lide mas do conflito social subjacente.

Por outro lado, há casos clássicos em que a aplicação do instituto da suspensão do processo parece o mais indicado, quais sejam, desde que a violência tenha sido um ato de pequena monta e isolado, quando a vítima já voltou a conviver com o agressor de forma harmônica, ou quando não tem mais qualquer tipo de contato com ele. Nessas hipóteses, em muitos casos, o que se vê durante a instrução criminal é que a vítima distorce a verdade, dizendo que se autolesionou, deu início às agressões ou tudo não passou de um acidente, visando a absolvição do acusado.

Assim, não existem conhecimentos fundados cientificamente que decidam indubitavelmente em favor da suspensão condicional do processo ou da manutenção da vedação a este instituto.

Nessa situação, a decisão do legislador pela suspensão condicional do processo teria que ser aceita pelo Supremo Tribunal Federal, pois, segundo Robert Alexy (2008, p. 591), *o legislador tem uma prerrogativa de avaliação e decisão para a escolha entre diversos caminhos potencialmente adequados para alcançar um objetivo legal.*

Encerra-se, afirmando, com base em Conrado Hübner (2011), que é desejável que poderes desafiem uns aos outros, desde que articulem razões de melhor qualidade. Assim, embora se reconheça a autoridade da decisão proferida pelo STF na ADC 19-DF, a democracia tem a ganhar se a razão pública (padrão de argumentação moral que deve disciplinar a deliberação política) estimular a ação do Poder Legislativo para inserir na Lei Maria da Penha a possibilidade de suspensão condicional do processo.

5. Conclusões

A suspensão condicional do processo consiste na interrupção do curso de ação penal pública, por um período de dois a quatro anos, mediante o cumprimento de condições obrigatórias e facultativas, em face de proposta do Ministério Público, desde que presentes os requisitos objetivo e subjetivos estabelecidos em lei, a qual gera efeitos uma vez aceita pelo acusado e seu defensor e homologada pelo juiz, como previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Referido instituto despenalizador teve sua aplicação definitivamente aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADC 19-DF, em Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 09 de fevereiro de 2012.

A violência doméstica contra a mulher é um fenômeno gravíssimo observado nas sociedades patriarcais, que se dá em ciclos, com as fases de agressões verbais, agressões físicas e pedidos de desculpas aceitos pela vítima, ciclos esses em que o parceiro ou ex-parceiro se torna cada vez mais agressivo, chegando até a matar a ofendida.

No Brasil foi instituída em 2006 uma nova lei com o objetivo de coibir esse tipo de violência, a Lei 11.340/2006, porquanto não só previu penas mais rigorosas e efetiva punição para os agressores, como também trouxe medidas de proteção e de assistência em favor das vítimas.

Apesar disso os índices de violência, notadamente dos feminicídios, continuam alarmantes. Isso demonstra que, além da Lei, para a redução dos índices da violência doméstica contra a mulher, faz-se necessária também a implementação de diversas políticas públicas que deem autonomia e independência à mulher.

Por outro lado, a instituição da suspensão condicional do processo no âmbito da Lei Maria da Penha não significa, em hipótese alguma, qualquer convivência com a violência doméstica e familiar contra a mulher, a qual precisa ser enfrentada e combatida de forma rigorosa, porém uma medida sensata, tanto mais quando se tem conhecimento de várias situações concretas as quais são submetidas ao Poder Judiciário em que a vedação da aplicação desse instituto despenalizador traz mais danos às partes envolvidas que benefícios.

Em muitas ocasiões, a suspensão condicional do processo com o acompanhamento adequado pelo Sistema de Justiça de autores de violência de menor gravidade (avaliado a partir do caso concreto, após a oitiva dos envolvidos e estudo do caso), as quais ocorreram apenas uma vez, possui a capacidade de produzir resultados mais positivos do que uma simples condenação, sem qualquer ingrediente educativo ou que tenha em vista mudanças comportamentais.

Por tudo isso, defende-se de *lege ferenda* a alteração da Lei Maria da Penha de modo a permitir a aplicação da suspensão condicional do processo para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

6. Referências

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 217, jul./set. 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis n. 9.099/95 e 10.259/2001*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CAMPOS, Amini Hadad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos humanos das mulheres: doutrina, prática, jurisprudência, modelos, direito comparado, estudo de casos, comentários a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), Legislação Internacional e Coletânea de Normas*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CARVALHO, Júlio César Leite de. 2.ed. rev. e atual. *Juizados especiais criminais: suspensão condicional do processo à Luz da Lei 9.099/95*. Curitiba: Juruá, 2010.
- CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa. 2001. *La violencia doméstica: análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*. Granada: Editorial Comales S.L., 2001.
- COSTA, Lindinalva Rodrigues Dalla. *Da incompatibilidade da Lei Maria da Penha com o instituto da suspensão condicional do processo*. Disponível em: arquivos.mp.pb.gov.br/criminal/artigo_irdc.pdf. Acesso em: 03.09.2014.
- GARCIA, Leila Posenato et al. 2013. Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf. Ul-timo acesso em: 04 de fevereiro de 2014.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995*. São Paulo: RT, 1995.
- JESUS, Damásio. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARMOR, Andrei. *Interpretation and legal theory*. Revised second edition. Oregon: Oxford and Portland, 2005.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Atlas, 1997.

LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LOS FENÓMENOS MIGRATORIOS

THAMARA DUARTE CUNHA MEDEIROS

Professora Titular de Direito Penal da Universidade Estadual da Paraíba. Possui experiência na docência com ênfase no Direito Público, especialmente, Direito penal, Direito penal internacional, Direito penal econômico, Criminologia, Conflitos migratórios e tráfico de pessoas. Foi consultora do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. Atualmente é Diretora Técnica do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

Resumen

El presente artículo tiene por objetivo analizar la legitimidad de la intervención penal en los actuales flujos migratorios. La premisa principal considera que la utilización del derecho penal como instrumento de gestión para controlar flujos migratorio ratifica el discurso del miedo hacia la inmingración y fomenta la criminalidad organizada que se ha estructurado frente a las políticas tolerancia cero contra la inmigración, especialmente, la trata de personas y el contrabando de migrantes. En este sentido, el analisis y la delimitación del bien jurídico “ política migratória” sugiere una reflexión a la luz de las bases principiológicas del Derecho Penal y despierta cuestiones que implican en una redefinición del derecho de punir en la sociedad del riesgo.

Palabras clave

Inmigración; Bien jurídico penal; Sociedad del Riesgo.

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a legitimidade da intervenção penal nos fluxos migratórios atuais. A principal premissa considera que a utilização do direito penal como instrumento de gestão para controlar os fluxos Migratorio ratifica o discurso do medo em relação à imingração e incentiva o crime organizado que tem se estruturado frente à política de tolerância zero contra a imigração, em especial os crimes de tráfico de pessoas e contrabando de migrantes . Neste sentido, a análise e definição do bem jurídico “política de imigração” sugere uma reflexão à luz das bases principiológicas do direito penal e suscita questões que implicam numa redefinição do direito de punir na sociedade do risco.

Palavras-chave

Imigração; Bem jurídico penal; Sociedade do risco.

1. Introducción

Es un hecho innegable que el fuerte incremento de los actuales flujos migratorios hacia España se ha presentado como inesperado¹, sobre todo, por la velocidad con que se han producido y aumentado las inmigraciones irregulares, lo que ha generado los ambivalentes discursos que entonan las políticas migratorias de la mayoría de los Estados europeos y en este estudio, de España, cuyas directrices revelan la vulnerabilidad y la incertidumbre con que se gestionan los flujos migratorios y sobre todo, confirman la tendencia de recurrir al Derecho penal como *primer ratio* para resolver los conflictos sociales.

Frente a esta coyuntura, la opción de acudir al Derecho penal como instrumento de control de los flujos migratorios, en especial de aquellos que se realizan de forma irregular, se concreta a cada día de manera más amplia y notable, esto es, las políticas migratorias están gestionando la inmigración a través de instrumentos punitivos lo que ratifica y agrava el discurso mediático y político de que la inmigración es un factor de riesgo estructural que en los próximos años va a acentuarse por lo que será necesario poner en marcha políticas pro-activas para hacer frente al problema migratorio.

Siendo así, analizar la cuestión migratoria desde los postulados punitivistas requiere, *a priori*, un enfoque del objeto de estudio desde las ciencias penales en sentido amplio, es decir, desde la criminología, sociología criminal así como de política criminal y de la dogmática penal, sin embargo, aunque un análisis pluridisciplinar sea importante y necesario, en esta estudio nos centraremos en la perspectiva político criminal los fenómenos implicados, precisamente, porque la intervención del Derecho penal en el ámbito de los movimiento migratorios, desde nuestro entender, presenta algunas controversias que exigen un abordaje que aproxime la realidad normativa a la realidad social en un intento aclarar su inherente complejidad.

La tutela penal de la inmigración es resultado de los cambios ocurridos en la configuración mundial global, y sobre todo, se enmarca en la coyuntura contemporánea de la política criminal del riesgo y seguridad.

Es cierto, como ya hemos comentado, que la intervención del Derecho penal es este ámbito, sugiere diversos planteamientos. Por un lado, se ha visto como necesaria la regulación penal de ciertas conductas, sin embargo, por otra parte, se considera que la

¹ Vid., IZQUIERDO, A *La inmigración inesperada*. Trotta. Madrid, 1996.

intervención del Derecho penal en este ámbito es desproporcionada y va más allá de los principios que limitan el *ius puniendi* del Estado.

2. ¿Es Legítima la Intervención del Derecho Penal en los Movimientos Migratorios?

Desde que iniciamos este estudio, muchas interrogantes incidieron en nuestro análisis crítico sobre la tutela penal de los fenómenos migratorios, no obstante hay un cuestionamiento que aún nos sigue desafiando: ¿Es legítima la intervención del Derecho penal en los movimientos migratorios? Es decir, el Derecho penal como forma más grave de la intervención del Estado frente al individuo encuentra legitimación² para criminalizar conductas referentes a los flujos migratorios? Y si es legítima, de qué manera puede el Derecho penal actuar en el desplazamiento humano transfronterizo sin comprometer los principios de un Estado social y democrático de derecho. En otros términos, importa saber en qué medida es necesaria la participación del Derecho penal en el ámbito de los movimientos migratorios.

Tal cuestionamiento nos remite a importantes discusiones doctrinarias que se enmarcan en el panorama de complejidad y de difícil comprensión que atraviesa la Ciencia punitiva actualmente, precisamente, en lo que atañe a los criterios de legitimación material del contenido de las normas penales, puesto que el proceso de selección de lo que debe y puede proteger, de acuerdo con la naturaleza instrumental del derecho penal aún entusiasma y desafía la doctrina penal, sobretodo, si tenemos en cuenta la actual política criminal de gestión de riesgos que se enfrenta con crecientes problemas de legitimidad debido al avance normativo hacia directrices autoritarias con criterios de legitimación exógenos y que no concurren con los principios de garantía liberales³.

Evidentemente que una intervención punitiva legítima debe observar el contexto histórico, político y social en el sentido de seleccionar los fundamentos axiológicos y

2 Vid. ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. *Política Criminal*. COLEX, Madrid, 2001, pp. 33-3, quién expresa que no es conveniente confundir “legitimidad” con “legitimación”. Mientras que la primera refiere a la confianza de los ciudadanos al gobierno del Estado, la segunda nos ubica en el plano teórico de la justificación de las medidas adoptadas por el Estado. Asimismo señala la autora que “en la realidad se suele fundamentar las actuaciones políticas en la mera legitimación, esto es, en los índices de acatamiento y aceptación de los ciudadanos olvidando que de lo que se trata es de dilucidar si la actuación política responde a unos parámetros externos, que constituyan valores consensuados en la sociedad”; porque la legitimidad de la actuación político-criminal reside “no en su capacidad para organizar las respuestas que la sociedad demanda frente al fenómeno criminal, sino en prevenir dicho fenómeno dentro del sistema de valores democráticos

3 NAVARRO CARDOSO, F., *El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador*. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed). *Serta. In memoriam Alexandri Baratta* Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1328.

teleológicos que están en concordancia con los fines del Derecho penal, ya que como destaca Silva Sánchez⁴ “*Sólo una vez conocidos que fines debería cumplir el Derecho penal en una sociedad de constitución socio-cultural determinada, podrá decirse si son las atribuciones de fines compatibles con el Derecho positivo son correctas o no*”.

Por otro lado, es cierto que el Derecho penal como un instrumento de control social sancionador siempre ha despertado polémicas, no obstante, existe un amplio consenso en la doctrina científica de que su finalidad legítima debe atender a un fin genérico de protección, es decir, su intervención está legitimada siempre que haya una conducta que lesione o ponga en peligro un bien jurídico⁵.

No obstante, también es cierto que aunque la finalidad legítima del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos, dicha afirmación no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que a todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinarse la intervención del Derecho penal, por lo tanto, no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico-penal⁶. Como pone de relieve Morillas Cueva⁷, el Derecho penal cumple una función de protección de bienes jurídicos más vitales para el mantenimiento de la convivencia social, bienes jurídicos que se manifiestan, pues, como valores esenciales del individuo y de la sociedad.

Desde estos términos, podemos concluir que el criterio de valoración de la intervención penal deberá ser la teoría del bien jurídico, no obstante, definir las condiciones que

4 SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2ed. Ampliada y actualizada. Buenos Aires, 2010, p. 315.

5 Vid. GOMÉZ DE LA TORRE BERDUGO, I/ ARROYO ZAPATERO, L. *Et al. Curso de Derecho penal. Parte General*. 2ed. Adaptada a la reforma de 2010 del CP. Ediciones experiencia. Barcelona, 2010, p. 5. Los autores enfatizan que fundamentar el Derecho penal en la necesidad de su existencia para mantener el modelo de sociedad supone haber resuelto previamente el problema de su legitimación. Destacan que la necesidad de que una determinada conducta esté castigada con una determinada pena ha de ser demostrada y la demostración ha de producirse en todos los momentos por los que pasa el sistema penal. Es decir, ha de demostrarse: a) que es necesario para el mantenimiento del orden social que una determinada conducta esté tipificada por el legislador como delictiva y que su realización está amenazada con una pena de determinada intensidad. b) que es necesario que el comportamiento de un ciudadano, que ha realizado la conducta prevista por la ley como delictiva, sea castigado con una determinada intensidad de pena. c) que es necesario que el condenado a una pena sufra de modo definitivo en sus bienes una privación de esa intensidad. Como ha afirmado Gimbernat, el reproche más grave que puede hacerse el legislador es que una pena que prevea en su ordenamiento resulte innecesaria, es decir, que el estado cause más padecimiento del absolutamente imprescindible.

6 MIR PUIG, S. *Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del ius puniendi*, en: el mismo. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pág. 159 y ss., Edit. Ariel, Barcelona. Vid. ZAFFARONI, E.R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*. Op.Cit., pp.491-496, quienes apuntan que de conformidad con los principios rectores de la política criminal democrática no todas las lesiones ni los peligros serán pasibles de sanción penal, sino sólo aquellos que permanezcan luego de su confrontación con los principios de última ratio, subsidiaridad, proporcionalidad, merecimiento y necesidad de pena.

7 MORILLAS CUEVA, L. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal*. Op. cit., p. 94.

permitan precisar cuándo estamos ante un bien jurídico-penal aún revela innumerables controversias en la dogmática penal. Las dificultades se manifiestan frente a los criterios que han considerarse para delimitar a un bien jurídico protegible penalmente ya que estimar la entidad del bien jurídico digno de tal protección requiere la elaboración de concepto material que actúe como referente de la actividad legislativa, cumpliendo de esta manera, una función legitimadora de la intervención punitiva.

Así, teniendo en cuenta lo dicho y considerando que las reacciones frente a las nuevas incriminaciones inciden tanto en el aspecto de su legitimidad como de su eficacia, la reflexión a seguir tiene por objeto sistematizar los posibles criterios de legitimación de la tutela penal de la política migratoria. Para ello, partiremos del análisis de uno de los principios de protección estructurales de una intervención penal garantista, es decir, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

2.1. Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos

2.1.1. Cuestiones Previas

Establecer el bien jurídico⁸ de los tipos penales consiste para la doctrina y jurisprudencia penal un reto importante a la hora de justificar y legitimar la intervención punitiva del Estado. Así, para alcanzar tal objetivo, partimos del siguiente cuestionamiento: ¿De qué criterios disponemos para saber con certeza qué nuevos bienes jurídicos debemos llevar al Código Penal⁹?

Teniendo en cuenta este planteamiento, Cuello Contreras¹⁰ en el análisis de los presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en derecho penal sostiene que el concepto de bien jurídico aunque goce de gran tradición en Derecho Penal se desarrolla en un contexto de considerable imprecisión teórica en cuanto a la determinación de sus perfiles¹¹.

8 CUELLO CONTRERAS, J. *Presupuestos para una teoría del bien jurídico*. Anuario de Derecho Penal, 1981, p. 463. Destaca aún que “Para la doctrina penal actual, la importancia del Bien jurídico presenta una doble faceta: una, que afecta a su utilidad para la interpretación de los tipos penales (interpretación teleológica) y otra, referida a los criterios y límites con que el legislador puede crear nuevos tipos penales -o hacer desaparecer los ya existentes.” *Ibidem*.

9 *Ibidem*., p. 462

10 *Ibidem*., p. 462.

11 Vid. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, L. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*. Ley Penal. 2. ed. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 98ss quien señala que la idea conceptual y funcional de bien jurídico ha sufrido una constante transformación que todavía se puede estimar inacabada [...], FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do Crime*. Coimbra Editora. Editora Revista dos Tribunais. 1ªed brasileira, 2ª ed portuguesa, São Paulo, 2007, p. 122, señala que não constituindo o bem jurídico um conceito fechado e apto à subsunção, bem se compreende que, apesar de toda a evolução e progresso verificados, continuen hoje a discutir-se varias questoes relativas 1ª sua concreta verificação.

Vives Antón¹² también alude a que “*el concepto de bien jurídico es uno de los más problemáticos de la dogmática, pues todo en él se discute: desde su condición **entra o extra** normativa hasta su virtualidad hermenéutica y, sobre todo, su capacidad de servir de límite a los posibles excesos del legislador*”.

En efecto, “[...] *qué es en realidad un bien jurídico supone un incómodo esfuerzo en la tarea de dar una respuesta satisfactoria*”. Ante tal interrogante, Hefendehl enfatiza

[...] que en el intento de definir positivamente un bien jurídico se llega rápidamente a un resultado que nos desilusiona: la relatividad social y político-jurídica del fenómeno bien jurídico nos condenan a la triste encrucijada de elegir entre la vaguedad o la selectividad. O bien utilizamos una definición tan vaga que no enuncia claramente sus atributos y funciona como cláusula general, o bien usamos un concepto que incluye únicamente a una parte de los bienes jurídicos protegidos y consentidos por nuestros Códigos penales¹³.

Interesante y curiosa resulta la reflexión sugerida Hefendehl si observamos que los bienes jurídicos a proteger, tal como enfoca Cuello Contreras¹⁴

se extraen de la realidad social, en la que están enraizados, serán las Ciencias sociales las llamadas a proporcionar al Derecho penal el conocimiento de la realidad social del delito e, incluso a aconsejar qué medidas son las más eficaces para atajarlo. Ello, sin embargo, no debe hacer olvidar que la última decisión sobre qué debe castigarse y cómo, es una decisión política.

Dicho esto, cabe añadir las consideraciones de Morillas Cueva¹⁵ para quién la realidad social es, sin duda, la referencia inmediata para selección de los bienes jurídicos, con todo, señala que se trata concepto ambiguo ya que actúan intereses muy diversos y, a veces, enfrentados tales como los intereses económicos, sociales, personales, mediáticos entre otros. Para armonizar estos intereses, destaca el referido autor que los Estados democráticos y de derecho conciben la Constitución como una norma directriz obligatoria para la convivencia y resalta que, siempre, será ésta la más adecuada, “*por su forma de elaboración y por sus presupuestos formales y materiales, como vehículo garantizador de las libertades y necesidades ciudadanas*”.

12 VIVES ANTÓN, T. S., *Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico*. Disponible en: TOL702.781 www.tirantonline.com

13 HEFENDEHL, ROLAND *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto?* Anales de Derecho. Universidad de Murcia, n. 19, 2001, p. 148-147.

14 CUELLOCONTRERAS, J. *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del delito*. 3ed., Dykinson, Madrid, p. 55; *Vid.* HORMAZABAL MALAREE, H. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objetivo protegido por la norma penal*. Editorial jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1992, p. 11 quien destaca que por ser el Estado el responsable por la determinación de los objetos a ser protegidos, la forma y la intensidad de su protección, se trata de una decisión política, por lo tanto, de una decisión no neutral la que toma el Estado cuando designa los bienes jurídicos que habrán de ser protegidos penalmente, que serán naturalmente sus bienes jurídicos.

15 MORILLAS CUEVA, L. *Derecho Penal. Parte General. Op. cit.* p. 98

En la valoración de Roxin¹⁶ la idea de bien jurídico se concibe desde la noción de Estado de derecho que se extrae de los principios contenidos en la Constitución. Los bienes jurídicos se presentan en sus palabras como “*realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin*” y añade que “*la concepción de bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico*”¹⁷.

Según se ha visto, la comprensión de lo que es y significa el bien jurídico exige un planteamiento que exprese una estructura social en el que los individuos y las cosas se relacionan entre sí formando una compleja red, cuyo mantenimiento existe una voluntad mayoritaria pues de ello depende la existencia mínima del Estado de Derecho. “*Ese mantenimiento impone la necesidad de que ciertos intereses sean custodiados penalmente. A veces esos intereses serán derivaciones de derechos humanos superiores. Cuando esos intereses de diverso origen son reputados como imprescindibles en el máximo grado se transformarán en bienes jurídicos penalmente tutelables*”¹⁸.

No obstante, aunque la doctrina mayoritaria reconozca la concepción del bien jurídico desde una perspectiva restrictiva y garantista, cabe aún destacar los que enfocan la definición de bien jurídico desde las aportaciones de las tesis funcionalistas basadas en la confirmación de la vigencia de la norma. Sobre este tema Jakobs¹⁹, alega que “*el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma*”. En este sentido, para el doctrinador alemán, el bien jurídico representa un papel secundario.

Dicho planteamiento es criticable por importante sector doctrinal²⁰, Olmedo Cardenete²¹ afirma que aunque la categoría del bien jurídico no es un “muro de contención”

16 ROXIN, C. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* en HEFENDEHL, R. (editor) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?* Barcelona, 2007, p. 448.

17 ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, 2003. pp. 57-58 y añade este autor que “los bienes jurídicos no tienen una eterna validez iusnaturalista, sino que se ven afectados por los cambios en la estructura constitucional y las relaciones sociales.” *Ibidem. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* *Op. cit.* p.458 En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J. “*El Derecho Penal Español*” *Op. cit.* p. 59.

18 QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*. Thomson Aranzadi. Elcano, 2010, p. 70.

19 JAKOBS, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 2000, p. 11.

20 Vid. ROXIN, C. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, en la teoría del bien jurídico. *Op. cit.*, p. 456-457. Roxin no comparte de este entendimiento, pues el sistema social no debe ser conservado por su propio beneficio, sino en beneficio de las personas que viven en sociedad.

21 OLMEDO CADERNETE, M y NETO ARAÚJO, F. *Introducción al derecho penal*. Ara Editores, Perú, 2007, p. 62-63

demasiado eficaz para los excesos del legislador y que cualquier máxima ha podido ser elevada doctrinalmente al rango de bien jurídico, existen bienes jurídicos inspirados en derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos cuya instrumentalización dogmática permite determinar el comportamiento penalmente relevante. Añade que “*la protección de la vigencia de la norma no proporciona criterios interpretativo alguno y sobre todo, no permite (de) limitar el alcance de la norma penal pues se carece de una guía valorativa que oriente la interpretación de los términos en los que se pronuncia el tipo penal*”.

Así, de acuerdo con lo expuesto, aunque el concepto de bien jurídico no presente unidad teórica en los debates científicos, su determinación constituye un criterio fundamental para el intérprete indagar el significado y fundamento jurídico de la conducta realizada. En este sentido, Olmedo Cardenete²² sostiene que, “*el reconocimiento de un bien jurídico concreto y la determinación de su contenido sirve para acotar el alcance de la norma penal a través de su interpretación teleológica que toma de guía el bien jurídico tutelado por la norma*”.

Además, nos parece importante señalar que en un Estado social y democrático de derecho que sobrevive a la sombra de los riesgos matizados por la expansión del derecho penal²³, la teoría de bien jurídico protegido consolida la misión del derecho penal que en palabras acertadas de Jescheck²⁴ “*es la protección de la convivencia en sociedad de las personas*”. Es decir, “*las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos*”²⁵.

En esta perspectiva, Cuello Contreras²⁶ enfatizando los argumentos de Jescheck señala que el Derecho penal tiene encomendada la tarea de proteger la coexistencia en sociedad según las directrices de la Constitución y, argumenta que “*sólo merecen protección penal aquellos bienes que realmente cumplen una función social imprescindible para la convivencia pacífica de todos, no bastando a tales efectos, con que se trate de un bien sólo relevante*

22 *Ibidem.*, p. 62

23 Vid. PÉREZ CEPEDA, A.I. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. IUSTEL, Madrid, 2007, p. 23. Opina la citada autora que la presión de la sociedad de riesgo incita a una política –criminal simbólica, ya que el logro de la seguridad se convierte en motivo determinante de la ordenación de la vida social, y como el derecho penal, ciertamente, debe sentirse vinculado al pensamiento democrático, está en la obligación de medir y traducir la discusión político criminal entre las instituciones comunitarias, de un lado, y la opinión pública de otro, que actualmente presenta dicha tendencia.

24 JESCHECK, H-H./ (WEIGEND), Th., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Traducción de la 5ª ed. Alemana por M. Olmedo Cardenete, Granada, 2002, p.2

25 ROXIN, C. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* *Op. cit.* p. 447.

26 CUELLO CONTRERAS, J. *Presupuestos para una teoría del bien jurídico*. *Op. cit.* p. 461. Sobre la Finalidad del Derecho penal señala que ésta no será la de indicar a los ciudadanos, conforme a un orden ético determinado, como ha de dirigir su conducta sino solo garantizar la seguridad al objeto de que aquellos puedan desarrollarse individual y socialmente según su propia libertad y responsabilidad.

*a la luz de una determinada concepción ética, religiosa, ideológica o de cualquier otra índole, aunque se la dominante en la sociedad*²⁷.

Desde nuestro juicio, consideramos que en una sociedad democrática y pluralista, la protección de los intereses jurídico penales se desvelan desde las necesidades sociales cuya escala de valores encuentra sus límites en los preceptos constitucionales que legitiman y fundamentan el Estado social y democrático Derecho. Así que, en este ámbito, el derecho penal, además de no poder amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución, debe observar las valoraciones sociales mayoritarias que sirven de parámetro normativo fundamental para el legislador penal emprender su tarea de concreción legislativa de las conductas intolerables por su dañosidad social²⁸.

2.1.2. Delimitación del Bien Jurídico Penal en la Sociedad del Riesgo

Partimos del entendimiento de que el bien jurídico es el fundamento material de la dogmática penal, sin embargo, debemos admitir que el análisis actual del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en el ámbito del paradigma penal de las sociedades democráticas contemporáneas encuentra en los postulados de la sociedad global del riesgo desafíos de orden político criminal que sugieren cuestionamientos cuya discusión encierra controversias sobre la persistencia del citado principio y preconiza el apareamiento de una nueva dogmática penal.

En verdad, tal como ya hemos comentado, los tiempos que corren en el ámbito de las ciencias penales, no son precisamente los mejores para la teoría del bien jurídico. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como elemento integrante de una teoría de la legitimación del Derecho penal, se encuentra en crisis.

Desde este planteamiento Moccia²⁹ observa que el bien jurídico sufre actualmente una crisis que cuestiona su función más significativa: *“la de delimitar la intervención penal, y ello como consecuencia de entender legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión al bien jurídico, sin tener en cuenta el criterio del daño social de la conducta, en nombre de un exasperado pragmatismo de la eficiencia”*³⁰.

27 *Idem.*, *El Derecho Penal Español. Parte General*. Op. cit., p. 54.

28 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *Funciones y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Anuario de Derecho Penal, 1990, p. 10.

29 MOCCIA, S. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales. En: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 113 y ss.

30 *Ibidem*, p. 114-115. Vid., FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do Crime*. Coimbra Editora. Editora Revista dos Tribunais. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa, São Paulo, 2007, p. 133-154, quien aborda la actual crisis del derecho penal del bien jurídico.

En esta coyuntura, delimitar y precisar la legitimación del Derecho penal en una sociedad moderna y compleja como la que tenemos polariza polémicos argumentos sobre el presente y futuro del Derecho penal moderno³¹, sin embargo, la doctrina científica mayoritaria³² sigue sosteniendo que al Derecho penal le corresponde la tutela de bienes jurídicos y que, por tanto, estos deben actuar como límite del *ius puniendi*.

Asimismo De Toledo y Ubieto³³ argumenta que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos tiene por objetivo dotar de ciertos contenidos materiales a esos bienes jurídicos en el sentido de obligar al Estado a deparar protección normativo-penal a determinados intereses y a no otorgársela a otros. En sus palabras

Es producto de la lucha contra el Poder. Derivado de la confrontación histórica entre quienes, por encima de cambios cosméticos, procuran la inmovilización del sistema jurídico o su valoración en el único sentido del afianzamiento y expansión más sutil de su poder, pues con ese sistema satisfacen sus particulares intereses (de siempre ya realizados), y quienes pugnan por su modificación auténtica, y no solo por su leve permeabilización, ya que todavía no da cobijo o no lo da suficientemente a los intereses difundidos de la mayoría y al ejercicio efectivo de los que formalmente se reconocen a cada individuo (que están aún por realizarse).

Ante tal razón, el fundamento material del bien jurídico, como requisito para la criminalización de conductas, además de ser imprescindible en un Estado social y democrático de Derecho³⁴ impone al legislador la obligación de concretar los valores de convivencia susceptibles de lesión en el desarrollo de las relaciones sociales, aunque, como advierte Silva Sánchez³⁵ haya una significativa discrepancia entre las concepciones doctrinales acerca del bien jurídico penalmente protegible y la realidad de los bienes jurídicos penalmente protegidos en virtud de los nuevos procesos de incriminación.

En esta línea, Ferrajoli³⁶ esboza cuatro criterios para una política criminal orientada a la tutela máxima de bienes con el mínimo necesario de prohibiciones y castigos. Según el referido autor, el primero y más importante es el criterio de justificar las prohibiciones

31 Vid., supra, p. 66-76.

32 Vid. MIR PUIG, S. Derecho Penal. PG. 6ª edic., p. 128 ss., advierte que como límite del *Ius puniendi* del Estado, se tiene que el Derecho penal se fundamenta en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos dentro de un Estado social y democrático de derecho vinculado a este principio se encuentra el principio de dañosidad o lesividad (*nullum crimen sine iniuria*), según el cual, el Derecho penal trata de evitar lesiones a los bienes jurídicos más importantes.

33 DE TOLEDO Y UBIETO, E.O. *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Op. cit., p. 19.

34 ZAFFARONI, E.R., /ALAGIA, A., /SLOKAR, A., Derecho Penal. Parte General. 2. Ed., Ediar, Buenos Aires, 2002. Op. cit., p. 483-511.

35 SILVA SANCHEZ, J. M. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Op. cit., p. 453.

36 FERRAJOLI, L. Derecho y Razón. Op. cit., p. 471.

sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, completando la vaguedad del mismo, afirmando que ningún bien justifica su protección penal, en lugar de una de carácter administrativo o civil, si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena. Además, sugiere un criterio axiológico que establece que las prohibiciones no sólo deben estar “dirigidas” a la tutela de bienes jurídicos, sino que además deberán ser “idóneas”. De allí que “*una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes*”³⁷.

Desde estos términos, se puede deducir que si un determinado bien jurídico puede estar razonablemente protegido sin recurrir al Derecho penal, no pueden inculparse las conductas lesivas del mismo. De este modo, la necesidad de protección penal aunque sea condición necesaria, no es condición suficiente, pues no todo bien jurídico que necesite la protección penal es, sólo por ello, un bien jurídico penal³⁸.

En efecto, en concordancia con la referida línea argumentativa, podemos concluir que el contenido material del bien jurídico penal debe restringirse al merecimiento y necesidad de protección penal, lo que en palabras de Mir Puig³⁹ se expresa así: “*Para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (también en sentido político-criminal), cabe exigir de él dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho pena*”.

Es evidente que la idea de merecimiento de protección penal es compleja, y su concreción, dada su base axiológica, probablemente más difícil aún que la idea de necesidad de protección penal, ya que el bien jurídico penalmente protegible suele sujetarse a los cambios históricos y condicionarse por las estructuras socio-culturales de una sociedad⁴⁰.

El merecimiento de la protección comprende la determinación de qué realidades es justo hacer uso de la protección penal, en el sentido de que se presenten especialmente valoradas y fundamentadas. En este sentido, como pone de manifiesto Silva Sánchez⁴¹, no basta con que un determinado bien jurídico merezca la protección penal, e incluso pueda necesitar de ella, ante la ineficacia de otros medios. Es preciso también que sea susceptible de ser protegido penalmente, extremos éste que no concurre en todos los casos, y para cuya valoración conviene tener muy en cuenta las condiciones reales de todo el sistema penal.

37 *Ibidem.*, p. 473.

38 Vid. SILVA SANCHEZ, J. M. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Op. cit., p. 456.

39 MIR PUIG, S. *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*. En: AA. VV. *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Santiago de Compostela, 1991, p. 162.

40 SILVA SANCHEZ, J. M. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Op. cit., p. 456

41 *Ibidem.*, p. 459.

De acuerdo con Muñoz Conde⁴² una determinación injusta del merecimiento de pena es inaceptable desde el punto de vista normativo, por muy útil que parezca y añade que una determinación inútil del merecimiento de pena también es injusta, pues produce más daños que beneficios o porque, en todo caso, impone al ciudadano al criminalizar su conducta una carga que no es necesaria para conseguir una meta correcta y que, por tanto, no se puede justificar adecuadamente.

El bien jurídico, por lo tanto, sólo puede llegar a serlo, más allá de cualquier tipo de fundamentación normativa, cuando existe una clara necesidad social, que con cierta frecuencia se ponga en peligro o se lesione y cuya lesión produzca sentimientos reales de amenaza⁴³.

Siendo así, nos parece oportuno destacar las palabras de Cuello Contreras⁴⁴, quien afirma que “*respecto a los bienes jurídicos a proteger penalmente, debe reinar el mayor consenso social posible, por lo que, en la duda sobre la eficacia de la protección penal de un determinado bien jurídico, se debe optar por la no punición*”.

Asimismo plantea Tavares⁴⁵, que

La construcción valorativa del bien jurídico, como dato del ser, significa orientar su cognición al propósito de someter sus conclusiones a una contraprueba, o sea el proceso cognitivo debe estar subordinado, ante todo, a un juicio de refutabilidad correspondiente a los principios de un Estado democrático. [...] Con ello, solo será caracterizado como bien jurídico aquello que pueda ser concretamente lesionado o puesto en peligro, pero de modo tal que la afirmación de esa lesión o de ese peligro sea susceptible de un procedimiento de contestación. [...] Es preciso que ese valor presente además sustancialidad, de forma que se pueda fundamentar un procedimiento de demostración de la lesión o puesta en peligro sufridas.

42 HASSEMER, W/ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Op. Cit., p. 68.

43 Vid. MOCCIA, S. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. Op. Cit., p. 60. Detaca que el estrecho vínculo con la realidad social ha propiciado que el bien jurídico asuma una importancia esencial en la reconstrucción del tipo de injusto y, por ello, un rol fundamental de garantía en la delimitación del instrumento penal. Por consiguiente, junto con la tradicional función dogmático-interpretativa, el bien jurídico ha pasado a desempeñar una función crítica y trascendente al sistema penal, entendiéndose como criterio decisivo para una política criminal expresiva del Estado social de Derecho. Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.) *Fundamentos de Derecho penal*. PG. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 97 “Si el Derecho penal de una sociedad democrática se legitima porque resulta necesario y útil para la prevención de hecho delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho penal (y a la pena) deviene en ilegítimo desde el mismo momento en que las investigaciones empírico-sociales sobre la criminalidad demuestran que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna.

44 CUELLO CONTRERAS, J. *Derecho penal español. Parte general*. Op. Cit., p.66.

45 TAVARES, J., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, (trad. Cunarro), Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 83.

Hechas estas consideraciones, en las reflexiones que siguen abordaremos, sin pretensión de exhaustividad, la protección penal de los bienes jurídicos colectivos.

2.1.3. La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos

La aparición de los bienes jurídicos colectivos se ha visto incrementada con el desarrollo de las sociedades actuales, principalmente ante el avance de la ciencia y de la tecnología en el marco de la sociedad global del riesgo cuyas consecuencias han propiciado la aparición de nuevas formas de criminalidad⁴⁶. Frente a tal panorama, la doctrina científica señala la necesidad de cuestionar y redefinir dinámicamente los intereses merecedores de tutela penal⁴⁷, pues, la legitimación de la protección penal los bienes jurídicos colectivos aún no manifiesta un consenso⁴⁸.

De hecho, la incorporación en los textos penales de los bienes jurídicos colectivos ha sido ampliamente cuestionable⁴⁹. Las reacciones frente a la protección penal de estos bienes inciden tanto en el aspecto de su legitimidad como de su eficacia. Los argumentos doctrinales suelen destacar la idea de vulneración del principio de exclusiva protección

46 MATA Y MARTÍN, R. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Comares. Granada. 1997, p. 5.

47 Vid., CORCOY BIDASOLO, M. *Protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales y derecho penal mínimo*. En: Derecho penal del siglo XXI. Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 370.

48 Vid. CORCOY BIDASOLO, M. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal. Op. Cit. p.27ss. Sostiene la autora que La legitimidad o ilegitimidad de la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales se debe encuadrar en el marco de la sociedad compleja en la que nos encontramos inmersos en los albores del S. XXI, y de las consecuentes nuevas sociedades, nevos valores, nuevos problemas de los miembros de la sociedad que, aun cuando no se conciba como sociedad del riesgo, al menos hay que calificarla como sociedad compleja. En una sociedad altamente tecnificada e industrializada como es la nuestra, en la existen una serie de relaciones de interacción interpersonales anónimas crecientes, se tienen que ir cuestionando y redefiniendo dinámicamente los intereses merecedores de tutela penal. Vid. ROXIN, C. Derecho penal. Parte general. Op. cit. p. 62, quién resalta que: debe reflexionarse sobre el hecho de que para el mantenimiento de la vida en nuestro planeta, los tipos penales referidos al futuro, solo podrán realizar una pequeña aportación. En este campo, junto con convenios internacionales y trabajo informativo para cambiar las mentalidades, tendrá que entrar en juego el instrumental de política social de todo el ordenamiento jurídico. Es decir aunque nos viéramos forzados a ir aquí y allá más lejos de la protección de bienes jurídicos concretos y a proteger jurídico penalmente contextos de vida» mediante normas de conducta relativas al futuro, seguiría siendo válido en esa medida el principio de subsidiariedad. No obstante, aquí, se abren paso evoluciones que probablemente cobre, gran importancia en el Derecho penal del siglo XXI; pero, a lo sumo conducirán a una cierta relativización, y no a un abandono de la idea de bien jurídico.

49 Vid. SOTO NAVARRO, S. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna”. Comares. Granada. 2003, p. 171ss. Vid. GRACIA MARTIN, L. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia. Tirant lo blanch. 2003, p. 132, quien apunta que la crítica, en realidad consiste en una negación de la condición misma de bienes jurídicos a estos nuevos objetos de protección penal. Lo protegido aquí, se dice, no serían en realidad bienes jurídicos, sino funciones, esto es, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica, o bien contextos, entornos o condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales; en fin, sólo objetos ficticios de tutela que sirven de pretexto para una ampliación de la incriminación de comportamientos”

de bienes jurídicos, pues el grado de concretización de dichos bienes se difumina y la tipificación de las conductas expresan, sobre todo, objetivos de organización política, económica y social.

Dicha problemática confirma, por lo tanto, que uno de los cuestionamientos actuales que afronta la teoría del bien jurídico es su empleo en el ámbito de los denominados bienes jurídicos colectivos. La proliferación de reformas legales que introducen en los códigos penales preceptos protectores de tales bienes ha dado origen a una intensa polémica sobre su procedencia⁵⁰.

Pues bien, hechas estas consideraciones, importa cuestionarse sobre qué es un bien jurídico colectivo. La doctrina científica expresa que estamos en presencia de un bien colectivo cuando “*sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a cada individuo*”⁵¹. Asimismo Soto Navarro⁵² destaca que todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, de tal manera que nadie puede ser excluido en su uso, ni tampoco existe una rivalidad en el consumo, es decir, el uso o disfrute de ese bien por un individuo no perjudica ni impide que otro individuo haga lo mismo. Afirma que los rasgos más destacados de estos bienes son su titularidad compartida: la indisponibilidad, la indivisibilidad y su naturaleza conflictual. Sin embargo, advierte que ni la titularidad compartida ni la indisponibilidad son caracteres exclusivos de los bienes jurídicos colectivos, por cuanto también pueden predicarse, dentro de ciertos límites, de algunos bienes jurídicos individuales. En efecto, el auténtico criterio diferenciador nos viene dado con el rasgo de la indivisibilidad que sólo poseen los bienes jurídicos colectivos y es ahí en donde radica su especialidad.

Las posiciones se discrepan en claro antagonismo⁵³ cuando se refieren a su admisibilidad como categoría autónoma de la Ciencia penal. En este sentido, desde una visión

50 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS J. L. *La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*. RECPCR, nº 15, diciembre 1998, en <<http://cienciaspenales.org/REVISTA%2015/diez15.htm>>.

51 HEFENDEHL, R. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. trad. de E. Salazar Otuño, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 04-14 (2002), p. 4, disponible en <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. El autor aún advierte que “*Tendríamos que ser prudentes en este punto e intentar en la medida de lo posible la erradicación del ordenamiento penal de los bienes jurídicos aparentes. Siempre que se oiga que un tipo delictivo debe proteger la validez del ordenamiento jurídico, la seguridad colectiva o el orden público o la seguridad del tráfico, debería colocarse junto a éstos una luz roja de alarma. ¿Qué es realmente la seguridad del tráfico? En nuestra opinión es simplemente la protección de los bienes jurídicos individuales (como la vida o la salud) de los participantes en el tráfico automovilístico. No se trata, pues, de un bien jurídico colectivo*”. *Ibidem.*, p. 9.

52 SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Op. cit., p. 194.

53 Vid. MIR PUIG, S. *Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi*. Op. cit., p. 205 y ss. Quién observa dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno, es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos. El primero es el adoptado por el Estado social autoritario, caracterizado por subordinar el individuo al todo social. El Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque:

estructuralista-sistémica, identificamos los bienes jurídicos colectivos sin referente individuales, es decir, aquellos que aluden a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y del sistema social⁵⁴.

A la inversa, Hassemer, Muñoz Conde, Padovani y Terradillos Basoco⁵⁵, admitiendo que existe una relación de dependencia entre los bienes individuales y colectivos, argumentan que los bienes jurídicos colectivos sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo. Estos autores estiman, en líneas generales, que la intervención penal debe orientarse en el sentido de que los intereses de la persona sean favorecidos frente a los de la sociedad y del Estado, funcionalizando los intereses generales desde el punto de vista de la persona y deduciendo los bienes sociales y estatales a partir de los individuales. Desde estos argumentos niegan la autonomía funcional de los bienes jurídicos colectivos y defienden un derecho penal vinculado a principios, que justifique y limite su intervención en función de si tutelan intereses humanos dignos de protección⁵⁶.

Concretamente Hassemer⁵⁷ destaca que

Un derecho penal que extiende su ámbito a todos los posibles bienes jurídicos universales se acerca al derecho administrativo y ello repercute también en la concepción de la pena que defienda. Ya no se trata del restablecimiento de bienes jurídicos palpables; se trata de predicciones de riesgo, de dominio del peligro, de intervención antes incluso de que se produzca la lesión. La diferencia entre represión y prevención, que tradicionalmente separa al derecho penal del derecho administrativo o de policía, ha devenido molesta y obsoleta.

le importan los intereses colectivos en la medida en que condicionen la vida de los individuos. La razón es obvia: se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema.

54 SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Op. cit., p. 181.

55 Vid. HASSEMER, W. *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales. Tomo 45, 1992, p. 235 ss.

56 Vid. SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Op. Cit., p. 301. Expresa el autor que “al ser la persona un ser social, sólo puede preservar y realizar sus intereses dentro de la sociedad y de las instituciones de la misma, lo que no sólo permite sino que incluso obliga a proteger penalmente, en ciertos casos, a la Administración pública o de Justicia, a las instituciones económicas o laborales. Pero sí, hace preciso concebir tales bienes en un sentido instrumental respecto a la persona humana, referencia fundamental, como vimos, de todo bien jurídico-penal. Ello tiene varias repercusiones: desde la perspectiva de la fragmentariedad, no podrán incriminarse modalidades de ataque a tales bienes que no redunden en peligro grave para los individuos; tal incriminación precisará de una especial fundamentación de las razones que lo abonan; asimismo, deberá obrarse con mayores reservas a la hora de fijar el ámbito de protección penal”. Vid., ALCACER GUIRAO, R. *La protección penal del futuro y los daños cumulativos*. Op. cit., p.162, quien explica que los bienes jurídicos colectivos, mas allá de las múltiples clasificaciones doctrinales, pueden dividirse en dos grandes grupos: bienes jurídicos intermedios, que se configuran como contextos previos de lesión de bienes jurídicos individuales, y que, por tanto, pueden reconducirse directamente a un bien jurídico personal y bienes jurídicos institucionales, los cuales comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses individuales, sino que son verdaderos bienes.

57 HASSEMER, W. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999, p. 117.

Ahora lo que queremos es prevención a toda costa, sin excepciones y con las armas más sofisticadas.

En planteamiento similar, Moccia⁵⁸ afirma que si entendemos legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión, pierde sentido la función de delimitación del bien jurídico, desde el momento en que la incriminación de cualquier conducta, incluso la más inocua desde el punto de vista de la dañosidad social, puede siempre reconducirse a la tutela de fundamentales, aunque remotos, bienes jurídicos.

Roxin⁵⁹, refiriéndose a los bienes jurídicos colectivos, sostiene que el concepto de bien jurídico no puede limitarse a bienes jurídicos individuales y que por lo tanto debe incluir a los bienes jurídicos de la comunidad. Sin embargo, señala que éstos sólo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual.

En argumento similar, De Figueiredo Dias⁶⁰ opina que los bienes jurídicos colectivos deben ser considerados como auténticos bienes jurídicos y añade que la relevancia autónoma de los dichos bienes colectivos se deduce del potencial de multiplicación indeterminada de intereses de toda y cualquier persona.

Por otro lado, Stratenwerth⁶¹, propone que la protección debe recaer en conductas referidas al futuro, sin retro-referencia a intereses individuales, es decir, más allá de la protección de bienes jurídico-penales individuales, en respuesta a un marcado antropocentrismo.

Asimismo Corcoy Bidasolo⁶² sugiere que la tutela de los bienes jurídicos colectivos debe estructurarse desde una protección jurídico penal de las normas de conducta referidas al futuro sin retro-referencia a intereses individuales. Según la citada autora, la nueva dogmática penal debe atender a los intereses de la actual sociedad sin olvidar los principios garantistas, no obstante, añade que los bienes jurídicos colectivos aunque autónomos tienen su calificación como intereses predominantes en la sociedad y su legitimación requiere que sirvan al mejor desarrollo personal de cada individuo en la sociedad.

58 MOCCIA, S. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y refugios liberales*. Op. cit., p. 115.

59 ROXIN, C. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* Op. cit., p. 458.

60 FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do Crime*. Op. cit., p. 150-151.

61 Vid. STRATENWERTH, G. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. En: HEFENDEHL, R. (Ed.) *La Teoría del bien jurídico. ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Op. cit., p. 371-372, indica que no se puede desconocer las consecuencias sobre las generaciones futuras, incluso, las decisiones normativas básicas que atañen a todos como colectividad, deben discutirse con razones para la cobertura penal o no, y ello debe hacerse sin el gravamen del dogma del bien jurídico. En sentido similar vid. DE FIGUEIREDO DIAS, J. p. 148-154.

62 CORCOY BIDASOLO, M. *Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. Op. Cit., pp.29-30. De la misma autora, vid., *Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo*. Op. cit., 374.

Igualmente, Bustos Ramírez⁶³ señala que los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo, y en conformidad al funcionamiento del sistema social.

Soto Navarro⁶⁴ añade que la diferencia respecto a los bienes jurídicos tradicionales de corte individual es que éstos se refieren a necesidades de uno con el otro, en tanto los bienes jurídicos colectivos están referidos a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de un colectivo o del grupo social. Son, por tanto, bienes jurídicos macrosociales, referidos al funcionamiento del sistema que implican necesariamente una intervención estatal para promover la atención de dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales.

Desde la perspectiva de Mir Puig⁶⁵

[...] la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración. El problema que se plantea en este punto es el de si la extensión del interés a amplias capas de la población ha de conducir a afirmar la suficiente importancia de dicho interés para que pueda convenirse en objeto de Derecho penal. Puede suceder que un interés muy difundido en la sociedad no afecte a cada individuo más que en forma leve. El Estado social no puede desconocer la significación que por sí misma implica la extensión social de un determinado interés. Pero tampoco ha de prescindir de exigir como mínimo una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo.

El autor apunta que esta sería una solución para evitar la actual tendencia de hipertrofiar el Derecho penal a través de una administrativización de su contenido de tutela que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del orden colectivo.

En definitiva, podemos sintetizar los debates doctrinarios cuanto a la legalidad y legitimidad de la tutela penal los bienes jurídicos colectivos entre los que argumentos postulados por los representantes de la Escuela de Frankfurt⁶⁶ que sostienen una teoría personalista del bien jurídico, desde la cual, los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo y por otro lado los que defienden una protección autónoma de bienes colectivos en el sentido de que deben protegerse los bienes jurídicos colectivos independientemente si dañan la vida o salud de las personas.

63 BUSTOS RAMIREZ, J. *Los bienes jurídicos colectivos*. RFDUC, V. 11, 1986, p. 137.

64 SOTO NAVARRO, S. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna” Op. cit., p. 174.

65 MIR PUIG, S. *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Derecho, Barcelona, 1994, p. 165.

66 HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Op. cit., p. 108 ss.

3. Conclusões

Así las cosas, en lo que respecta a esta investigación, la política migratoria como actividad estatal dirigida a ordenar los flujos migratorios se establece, según parte de la doctrina científica como bien jurídico colectivo, fundamentado en la protección de la estructura socioeconómica que supuestamente podría deteriorarse por un incremento de la presión migratoria⁶⁷.

En verdad, su proyección como bien jurídico-penal se extrae sobre todo, de la coyuntura político-social retratada en la alarma social y el miedo, de la invocación a situaciones de emergencia, es decir, de que la inmigración se transforme en un riesgo incontrolable.

Ante tal razón, resulta complejo legitimar la política migratoria como bien jurídico-penal ya que, en rigor, se trata de una función estatal cuyos objetivos consisten en regular el control de los flujos migratorios.

Siendo así, teniendo en cuenta los planteamientos expuestos, opinamos que la protección penal de la política migratoria desde una perspectiva de *lege data*, difícilmente se justifica en virtud de la ausencia material del hecho punible.

En estos términos, la configuración típica del artículo 318 bis CP español, que estaba vigente antes de la reforma penal de marzo de 2015, planteaba problemas tanto cuanto a la legitimación cuanto a la aplicación pues, si consideramos que el objeto de lesión es la normativa administrativa que regula la entrada y permanencia de los extranjeros en España, la política migratoria se establece, por sí misma, como bien jurídico autónomo, alejándose de cualquier referencia a intereses personales.

Siendo así, importa considerar, que la intervención penal en el ámbito de los movimientos migratorios ha de realizarse en el marco del Estado de Derecho y con pleno respeto de los principios fundamentales del mismo.

Desde nuestro juicio, la protección penal de un bien jurídico no resulta propiamente de su naturaleza individual o colectiva, más bien de su importancia y relevancia para la sociedad, siempre y cuando los demás medios de control social hayan fallado en este objetivo.

Así, conforme pone de manifiesto Polaino Navarete⁶⁸,

No cabe legislar a golpe emocional de sangriento suceso de la realidad social, especialmente en materia penal, so consecuencia de alumbrar un resultado insatisfactorio, insuficiente, ineficaz o directamente contraproducente.

67 Vid. ARROYO ZAPATERO, L. *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos*. Op. cit., p.33

68 POLAINO NAVARRETE, M. La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: ¿más derecho penal? p. 720. Disponible en: <<http://vlex.com/vid/322135>>.

Antes bien, el legislador penal ha de ser extremadamente cauto, ponderado y previsor en su tarea incriminadora de nuevas formas delictivas, que son el necesario contrapunto de los procesos descriminalizadores.

Por ende y tras lo dicho, se puede afirmar que la intervención penal en los fenómenos migratorios atiende a la actual tendencia por la búsqueda de seguridad por medio del Derecho punitivo cuya actuación se revela en las formas de un Derecho penal del riesgo que se fundamenta en una política criminal de prevención⁶⁹

4. Referências

- ARROYO ZAPATERO, L. Y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., (Dir.): *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos* en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca. Cuenca, 2001.
- BECK, U. *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España, 2002.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. *Los bienes jurídicos colectivos*. RFDUC, 11, 1986.
- CORCOY BIDASOLO, M. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. En: CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dir.)/ GÓMEZ, V. (coord.): *La Política Criminal en Europa*. Atelier, 2004.
- CUELLO CONTRERAS, J. *Presupuestos para una teoría del bien jurídico*. Anuario de Derecho Penal, 1981.
- CUELLO CONTRERAS, J. *Fundamentos para un sistema lógico-funcional del Derecho Penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006. Disponible en: RECPC 08-01 (2006) _ <http://criminet.ugr.es/recpc> _ ISSN 1695-0194;
- GOMÉZ DE LA TORRE BERDUGO, I/ ARROYO ZAPATERO, L. *Et al. Curso de Derecho penal. Parte General*. 2ed. Adaptada a la reforma de 2010 del CP. Ediciones experiencia. Barcelona, 2010
- IZQUIERDO, A *La inmigración inesperada*. Trotta. Madrid, 1996.
- MIR PUIG, S. *Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi*. En: Estudios penales y criminológicos, XIV, 1991.

⁶⁹ Vid., para profundizar el análisis: HERRERO, HERRERO, C. *La prevención, principal vía realizadora de la Política criminal*. En: BUENO ARÚS, F./ KURY, H., et al. (Directores). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfredo Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 1237ss.

- MIR PUIG, S. *EL Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ed. Ariel, S. A, Barcelona, 1994.
- MOCCIA, S. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales*. En: SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho penal, Homenaje a Claus Roxin*, Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- NAVARRO CARDOSO, F., *El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad*. En: PÉREZ ÁLVAREZ, F., (Ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.
- POLAINO NAVARRETE, M. *La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: ¿más derecho penal?* En: MATEU CARBONEL, J.C Y OTROS(-Coords.) *Estudios penales en homenaje al profesor COBO DEL ROSAL*. Dykinson, Madrid, 2005.
- ROXIN, C. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* en HEFENDEHL, R. (editor) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?* Barcelona, 2007.
- SILVA SANCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2ed. Ampliada y actualizada. Buenos Aires, 2010
- SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Comares, Granada, 2003.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, L. *Política Criminal*. COLEX, Madrid, 2001.

MULHER E EXECUÇÃO DA PENA: INSTRUMENTO DE EXCLUSÃO SOCIAL E CONSTRUÇÃO DE UMA CIDADANIA DE SEGUNDA CLASSE

JOSEP PONT VIDAL

Graduado em Sociologia - Universitat Bielefeld - Alemanha (1986), Mestrado em Sociologia Política - Universitat Bielefeld (1987), Doutorado em Sociologia Política na Universidad de Barcelona (1997). Professor adjunto e pesquisador do Núcleo de Altos Amazônicos (UFPA). Atualmente realizando pos doutorado Universidade de Barcelona (UB). Link: <http://lattes.cnpq.br/5665902360700834>

DAIANE LIMA DOS SANTOS

Doutoranda da Universidade de Alicante (Espanha); Mestra em Desenvolvimento Sustentável (NAEA/UFPA); especialista em Direito Administrativo e Administração Pública (UNAMA), Direitos Humanos (UCB) e Metodologia do Ensino Superior (UEPA). Defensora Pública do Estado do Pará (2007 à atualidade) e professora universitária desde 2006. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9577053859981662>

Resumo

Discute a utilização do direito penal como forma de exclusão social, um instrumento de poder utilizado para aplicar penas privativas de liberdade a condutas de um determinado seguimento social. Analisa o encarceramento como mecanismo de exclusão social e limitador do exercício de direitos que afeta de forma diferenciada homens e mulheres. Discorre sobre a mulher encarcerada como integrante de um grupo vulnerável e questões relativas ao gênero. Segue tratando do binômio recorrente: vulnerabilidade econômica e a seletividade do sistema penal. Apresenta o desenvolvimento da agenda política e a proteção da mulher em diplomas internacionais, e discute o encarceramento como forma de exclusão social. Apresenta um perfil das presas no estado do Pará representativo do cenário nacional. E, por fim propõe caminhos a serem trilhados para o enfrentamento da exclusão social da mulher encarcerada.

Palavras-chave

Mulheres encarceradas; Grupo vulnerável; Direito Penal; Exclusão.

Resumen

Discute el uso del derecho penal como una forma de exclusión social, como una herramienta de poder utilizada para aplicar penas privativas de libertad a un seguimiento social. Examina el encarcelamiento como mecanismo de exclusión social y limitador del ejercicio de derechos que afecta a hombres y mujeres de forma diferente. Comprende a las mujeres encarceladas, como parte de un grupo vulnerable y las cuestiones relacionadas con el género. Habla del binomio recurrente: la vulnerabilidad económica y la selectividad del sistema penal. Se presenta el desarrollo de la agenda política y la protección de las mujeres en los diplomas internacionales, y discute el encarcelamiento como una forma de exclusión social. Presenta un perfil de presas en el estado de Pará representante en la escena nacional. Y, por último propone maneras de combatir la exclusión social de las mujeres encarceladas.

Palabras clave

Mujeres encarceladas; Grupo vulnerable; Derecho penal; Exclusión.

1. Introdução

As mulheres representam uma menor escala dentro do sistema punitivo, ou seja, 7% dos encarcerados no Brasil, e no mundo as cifras são ainda menores. Todavia, quando o Direito penal as alcança, há uma ampliação de vulnerabilidade mais nefasta do que para os homens, pois é quebrado o papel social de submissão destinada à mulher em um sistema patriarcal.

Ademais, o cárcere feminino potencializa os danos sociais, principalmente em lares em que a mulher é a única ou principal provedora. Portanto, o estudo do binômio criminalidade/gênero permite um olhar os efeitos produzidos quando o sujeito criminalizado trata-se de uma mulher.

No Brasil em dezembro de 2011, conforme dados do INFOPEN (Sistema Nacional de Informações Penitenciárias), são 33.289 mulheres encarceradas. Todavia, encarceramento é crescente¹, sendo o crescimento nacional, no período de 2005 a 2011, de 74% no regime fechado. Em termos nacionais, o aumento do encarceramento feminino não foi acompanhado pelo correspondente aumento do número de vagas, existindo 82 (oitenta e dois) estabelecimentos prisionais com capacidade para 20.231 mulheres, gerando um déficit de 13.827 em dezembro de 2011.

1 O Departamento Penitenciário Nacional, em decorrência da crescente taxa de encarceramento feminino, iniciou, em 2011, o Projeto Efetivação dos Direitos das Mulheres no Sistema Penal que, por meio da análise de dados do INFOPEN, lançou o Mulheres presas-dados gerais, publicado no site: www.mj.gov.br/depen. E visa ainda efetivar o INFOPEN mulher, com nova base de dados.

Não obstante tais números a presa continua sendo em grande medida invisível quando se trata de políticas públicas de gênero, ou de lutas sócias das mulheres, ou ainda, quando se trabalha a proteção de grupos vulneráveis e de seus direitos. A mulher e o homem são tratados de forma indistinta no sistema penal, ocultando a desigualdade.

Nos primeiros tópicos o artigo trata da problematização, justificativas e objetivos, depois discorre sobre a mulher encarcerada como integrante de um grupo vulnerável e questões relativas ao gênero. Segue tratando do binômio recorrente: vulnerabilidade econômica e a seletividade demonstrando a importância da renda para o estudo da criminalidade.

No tópico seguinte situa o leitor sobre a o desenvolvimento da agenda política e a proteção da mulher em diplomas internacionais, sem a pretensão de ser completo. E por fim trata do encarceramento como forma de exclusão social.

Apresenta do último tópico dados sistematizados em pesquisa de campo realizada para elaboração de dissertação de mestrado no NAEA/UFPA, que utilizou técnica qualitativa e quantitativa aplicando questionários a 202 mulheres presas no Pará, que traz um perfil representativo do cenário nacional. E finaliza abordando a problemática em linhas gerais e propondo alguns caminhos a serem trilhados.

2. Problematização

O artigo propõe a discussão do encarceramento como um fenômeno seletivo, que apresenta relação com aspecto econômico e que produz um exercício de cidadania e de direitos diferenciadas para a clientela do direito penal. Propõe um olhar crítico sob um matiz de gênero buscando elucidar: Como e se o encarceramento da mulher interfere na exclusão social e no exercício de direitos?

A investigação centrasse nesse problema, todavia acaba em alguma medida por tangenciar alguns outros como: quais as consequências do encarceramento feminino para o exercício de direitos? A cidadania exercida pelas mulheres presas é plena? O encarceramento da mulher é mais gravosas que o encarceramento dos homens? Existem estudos nessa área? Como a seletividade penal tem aborda essa temática? A mulher tem sido objeto de estudo da criminologia? O preso ou a presa exercer efetivamente sua cidadania?

Essas são algumas questões planteadas no artigo objeto de reflexão, que na verdade são impossíveis de ser respondida na sua integralidade dada a limitação da proposta apresentada. No que nos centramos em busca esclarecimentos e suscitar o debate.

3. Justificativa

O direito criminal é seletivo e cumpre uma função de controle social. Estando em pleno desenvolvimento uma construção teórica crítica que busca correlação com a

sociologia, filosofia e antropologia. Apresentando uma evolução da escola clássica, das teorias positivistas, teorias ecológicas, teoria da associação diferenciada, anomia e subcultura delitiva até chegar ao estágio atual de desenvolvimento.

Não obstante tal evolução o direito penal e o criminal sempre foram pensados para um sujeito masculino, elaborado a partir de um ideário do homem, estando à história das mulheres e o crime invisibilizado. Os manuais e mesmo as obras clássicas fazem pouca ou nenhuma referencia a mulher, que na verdade sempre sofreu as consequências repressoras do Estado.

Por outro lado, o movimento feminista busca a proteção das mulheres e quando se aproxima do direito penal o faz para descriminalização de tipos específicos como o aborto e adultério ou a busca de maior proteção aos bens jurídicos ligados à dignidade sexual. Não se aproximando das implicações do delito de tráfico de entorpecentes que é hoje o crime mais importante em análise quantitativa, posto que mais da metade das mulheres brasileiras cumprem pena em regime fechado por esse delito.

No que temos no Brasil um verdadeiro espaço em branco desta historia, o cárcere de mulheres não ingressou na agenda teórica global ou brasileira, a presença de mulheres no cárcere recebe o mesmo tratamento da presença masculina, com exceção do direito a maternidade.

A mulher presa é um ser quase invisível teoricamente, socialmente e na elaboração e desenvolvimento de políticas públicas. Todavia, no Brasil representa 7% da população carcerária no que a questão de gênero deve integrar a pauta teórica e política na discussão de direitos humanos.

4. Objetivos

Nesse sentido o artigo objetiva suscitar a discussão sob uma perspectiva de gênero, considerando a mulher encarcerada como integrante de um grupo vulnerável. E se propõe: Analisar o encarceramento como mecanismo de exclusão social e limitador do exercício de direitos que afeta de forma diferenciada homens e mulheres. E como objetivos específicos: Visibilizar a mulher encarcerada como integrante de um grupo vulnerável; Pontuar a proteção da mulher no ordenamento jurídico internacional; e, assinalar o encarceramento como mecanismo de exclusão social e limitador do exercício da cidadania;

5. A Mulher Encarcerada como Grupo Vulnerável e a Questão de Gênero

Etimologicamente a palavra vulnerabilidade vem do latim *vulnerare*, significando ferir, ou *vulnerabilis*, que causa lesão. Assim, vulnerável seria o que pode ser ferido, sujeito

a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido. Historicamente, os vulneráveis vêm sendo considerados os deficientes mentais, físicos, as crianças, os senis e os institucionalizados, deixando-se de fora as populações subdesenvolvidas, que padecem de vulnerabilidade social, como produto da repressão e da pobreza (BARCHIFONTAINE, 2006).

Para Guimarães (1996, p. 371), “grupos vulneráveis são aqueles grupos de pessoas que mais facilmente têm seus direitos humanos violados”. A concepção de direitos humanos adotada pelas Organizações das Nações Unidas (ONU) é bem ampla, englobando desde uma prisão arbitrária até a ausência de condições de vida adequada, incluindo-se normalmente nestes grupos, além dos citados alhures, populações indígenas, os doentes terminais, os trabalhadores migrantes, os refugiados, as minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas, e as vítimas da pobreza extrema e crônica.

A ampliação dos grupos vulneráveis é feita diuturnamente. Claramente são reconhecidos como tal o idoso, a criança, a pessoa com deficiência e os homossexuais. Todavia, a este rol devem ser acrescentados o preso, a presa e os egressos do sistema penitenciário, posto que também sofrem, potencialmente, a violação de seus direitos.

Na medida em que a privação de direitos transforma os presos em uma minoria desprotegida, a sociedade tem a falsa noção de que o abuso sobre os presos não merece a atenção pública e que a prisão quanto mais tenebrosa mais eficiente (SÉGUIN, 2001, p. 39).

Desenvolve-se o processo de desvalorização dos direitos fundamentais descritos por Beiras (1997, p. 21), ou seja, que “los derechos fundamentales de las personas que se hallan privadas de su libertad se encuentran ‘devaluados’ respecto de los derechos semejantes de aquellos individuos que se desenvuelven em la vida em libertad”. Em outras palavras, que os direitos dos reclusos são de segunda categoria. Constando o desenvolvimento de um discurso jurídico da desvalorização desses direitos, que nega a satisfação das mínimas necessidades do recluso. A aplicação da pena apresenta como consequência o afloramento de outra dimensão de direitos, que esta em um plano inferior, permitindo assim que matem o preso se este pretende escapar, que se exija trabalho mesmo que não paguem um salário digno, que é possível abrir e censurar sua correspondência. Relegando os outros direitos do preso a um segundo plano quando comparado a uma pessoa que goza de liberdade.

Boaventura de Souza Santos (2003) ao desenvolver os mecanismos do sistema capitalista relativo à igualdade e exclusão afirma que a cidadania, que é soma dos direitos efetivamente exercidos pelos indivíduos ou grupos, nas sociedades capitalistas resume-se a uma questão de graus. Existindo três categoriais: os super-cidadãos, os restantes e os não-cidadãos.

Existem os super-cidadãos – os que pertencem à sociedade civil íntima – e os restantes. Os restantes, que formam a sociedade civil estranha,

albergam cambiantes múltiplos de cidadania. E existem ainda os não-cidadãos, indivíduos e grupos sociais que pertencem à sociedade civil incivil e às zonas fronteiriças entre a sociedade estranha e a sociedade civil incivil. As experiências de vida dos indivíduos pertencentes à segunda categoria correspondem a esta ausência de cidadania e caracterizam realmente não só as suas relações com o Estado, como ainda as suas interações com os outros indivíduos, incluindo por vezes os que compartilham a sociedade civil incivil. Estas experiências de vida variam de acordo com a circunstância de o não-cidadão haver sido expulso de algum tipo de contrato social e, conseqüentemente, da inclusão social que este tornava possível (pós-contratualismo), ou de o cidadão não haver alguma vez sequer experimentado qualquer tipo de inclusão social contratual (pré-contratualismo). No primeiro caso, a cidadania é vivida como ruína ou memória, enquanto, no segundo, ela é ou uma aspiração irrealista ou uma ideia absolutamente ininteligível. A não-cidadania é o grau zero da inclusão assente no contrato social. (SANTOS, 2003, p.22)

O exercício efetivo de direitos que constitui o grau de cidadania depende da inclusão ou exclusão social, sendo a prisão, os manicômios, as instituições totais o lugar por excelência da exclusão social, que alberga os já excluídos socialmente, e, por conseguinte limitando seu grau de cidadania.

A prisão como instituição total gera estigmas, constituindo-se em um rito de passagem que diminui as chances do reingresso no mercado de trabalho, relegando-os ao trabalho informal, tendo em vista a corriqueira exigência dos antecedentes criminais para a contratação. Ademais, a deficiência deste grupo ao acesso à educação é outro fator limitante, que também não é suprido quando da permanência na prisão.

A mulher é tida como um grupo vulnerável, considerando-se tanto a distinção de sexo, como natural e biológica, e a de gênero, como social e cultural. Daí a necessidade da declaração da igualdade entre homem e mulher nos mais diversos diplomas legislativos ao longo da história.

Portanto, a utilização do termo “gênero” em uma dimensão analítica necessita de novos paradigmas teóricos, de um olhar histórico nas diferenças construídas socialmente entre os sexos, bem como das relações de poder que permeiam tal construção na interação humana, saber como funcionam e como se transformam as relações entre homens e mulheres.

Para Conceição (2009), o feminismo aparece como um pensar que promove mudanças, que desconfia da naturalidade, que se autocritica, sendo capaz de criticar até o binário sexo-gênero, quebrando as identidades rígidas, buscando um mundo em que ser homem ou mulher não faça diferença, não faça pensar em qualquer vantagem.

A “mudança do sentido da palavra mulher tem se dado de forma lenta e se dá sempre por meio de relações de poder, da desigualdade dos poderes, de suas lutas” (AZERÊDO, 2011, p. 30).

Enquanto esta construção histórica não ocorre e a igualdade material não é alcançada em sua plenitude, a questão de gênero continua a ser relevante. Na medida em que estamos longe deste ideário de igualdade, seja relacionado à constituição de um papel social para a mulher, que é um *locus* vulnerável em uma sociedade patriarcal, seja quando comparamos gênero e relações de produção.

A relação entre homens e mulheres estabelece-se social e culturalmente sobre o exercício político de divisão ou compartilhamento de poder. Assim, a violência de gênero não seria apenas aquelas impostas pelos homens às mulheres no âmbito de suas relações interpessoais. Teria um aspecto mais amplo. Seria toda espécie de ação voltada a reduzir as possibilidades de participação feminina nos espaços de decisão, o que ocorre não apenas no âmbito doméstico, mas, sobretudo no espaço público (PADRO; XIMENES, 2012).

A prática estatal que ignora os recortes sociológicos de gênero na valoração das condutas penais de mulheres é não apenas recorrente no judiciário brasileiro, mas representa a seletividade sexista, racial e de classe sobre a qual se sustenta a dominação elitista masculina e branca da sociedade brasileira, negando intencionalmente a um número cada vez maior de mulheres, a sua condição de sujeitos de direitos (PADRO; XIMENES, 2012, p. 110).

É mister para redução da vulnerabilidade, que além da realização de direitos sociais da apenada, seja reduzida sua invisibilidade com a presença feminina nos espaços sociais na condição de sujeito.

Outro aspecto que precisar ser analisado e que amplia a vulnerabilidade refere-se à cultura legítima. Tal cultura é massificada nos meios de “comunicação de massa”, que criam um cenário binário em que existe o mocinho e o bandido, o cidadão e o criminoso, o bom e o mau, legitimando uma visão social em que o preso é o outro. Um estado em que a violência precisa ser combatida, sendo a mídia um importante veículo a desempenhar a legitimação de um discurso em que a visão social da presa, isto é, sua voz não é ouvida, produzindo e reproduzindo a violência simbólica. A imprensa condena o fato e a pessoa do preso.

Os novos papéis que a mídia entrou a desempenhar, configurando-se como um conjunto de agências de comunicação social do sistema penal que podem mesmo desempenhar tarefas próprias das agências executivas, resultam não apenas numa estável legitimação publicitária da hipercriminalização, mas sobretudo num instrumento de compreensão induzida dos conflitos sociais a partir da estreita lógica binária infracional. Este

novo sistema penal, na sua face dura, não postula no encarceramento as utopias preventivas ressocializantes, senão a mais e asséptica neutralização do condenado (BATISTA;ZAFFARONI, 2003, p. 487).

A construção da dominação vai além do econômico, para a construção de *habitus* ou subjetivações de subordinação, em que a mulher não se apresenta como sujeito de sua própria história, como nos contos da Branca de Neve e da Cinderela, desde cedo internalizadas, que ficam aguardando a chegada do príncipe encantado que irá salvá-las.

A mulher encarcerada tem a realização desse sonho ainda mitigada, pois além da questão de cor e gênero, ainda padece de mais um estigma: o cárcere, que lhe marcará em todas as relações sociais desenvolvidas.

Assim, ocupa muitas vezes o lugar de não sujeito, convivendo com a dicotomia entre santa/puta, figurando como vítima de violência, o que ensejou a criação, no Brasil, da Lei Maria da Penha, mas pouco diz sobre a possibilidade da vulnerabilidade econômica, social, racial e de gênero apresentar outra resposta, no caso à prática de crime. Tal ausência gera a invisibilidade da mulher como sujeito de delitos, até porque em termos quantitativos não é a mulher a grande preocupação do sistema penitenciário.

A simples proposta feminista de igualdade com os homens não é a solução dos problemas, pois que na realidade é a sociedade maculada pela desigualdade, que simula a igualdade. Assim, a diferença não é apenas sexual, é de raça, é de classe, está implícita na posição social da mulher encarcerada, que não atendeu aos padrões exigidos, sendo culpada por sua desigualdade².

6. Um Binômio Recorrente: Vulnerabilidade Econômica e a Seletividade Penal

Em relação à mulher encarcerada, considera-se necessário um diálogo com Wacquant (2007) que descreve de forma mais específica o processo de criminalização da pobreza, em que as políticas sociais foram substituídas pelo cárcere, a partir de um estudo realizado nos Estados Unidos.

Wacquant (2007) faz uma análise acerca da reforma de assistência social dos Estados Unidos com a implementação da *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation*, de 1996, uma reforma de perspectiva neoliberal que põe fim ao *Welfare*, instalando-se o *Workfare*, implementando cortes nos benefícios sociais, com o discurso de que estimulava uma “cultura de dependência”.

2 Muito se escreveu a cerca da mulher, a história da sexualidade, as diferenças entre sexos, gêneros e a formação da identidade; para tal, ver Foucault (A História da Sexualidade e a Vontade do Saber), Freud, Beauvoir, e dentre obras recentes, Luci Helena Baraldo Mansur (Solidão e solidude: Passagem feminista do Estado civil ao território da alma).

Ele descreve a passagem de políticas públicas relacionadas à diminuição da pobreza para a criminalização da pobreza, de um Estado Social para o penal, sem qualquer preocupação de inserção da população, majoritariamente negra e migrante, com a consecução de emprego como a formação profissional ou a criação de postos de trabalho.

Em relação à mulher, os governos estaduais receberam incentivos para reduzir as cotas de atendidas pela assistência social, e tais planos seriam inteiramente voltados para o aperfeiçoamento das mães solteiras carentes por intermédio de oficinas de habilitação voltadas para ensiná-las as normas culturais dominantes e a submissão no trabalho. Tratando a pobreza como medo de falhar, dependência, má atitude, mentalidade de vítima e baixa autoestima. E, por fim os beneficiários da assistência foram tratados como desviantes, diminuindo-se os benefícios e ampliando-se os critérios para ingresso e permanência nos programas visando à diminuição de gastos.

Tais gastos foram diminuídos e houve a passagem do *welfarestates* para o *workfares-tates*, sendo paralelamente ampliado o braço carcerário do Estado. Pearce (1978), apud Carlás e Smirich (1999), também assevera a ocorrência da “feminização da pobreza” havendo uma tendência de concentração de casos de baixa renda familiar, estando à mulher desempregada e dependendo de assistência social.

No Brasil, a política do *welfarestates* não foi implantada em sua plenitude, como ocorreu nos EUA. Portanto, políticas visando o Estado de bem estar social somente podem ser diminuídas com o neoliberalismo, posto que a desigualdade social no Brasil é latente, ocupando a 84ª posição entre os 187 países avaliados no estudo, apesar de ter subido uma posição no ranking 2011 do IDH medido pelo PNUD, ocupando a 6ª colocação nas economias do mundo. Portanto, o processo ocorrido nos Estado Unidos tomou outras feições no Brasil, em face das diferenças do processo de colonização e desenvolvimento.

Nesse sentido, no Brasil importou-se a política penal de endurecimento de penas, no que podemos citar a Lei de Entorpecentes (Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006) que ampliou as penas cominadas aos delitos nela previsto, não havendo tal endurecimento do aparelho penal relativo a crimes cometidos pelas classes abastardas. De modo que, o fenômeno do endurecimento penal de crimes geralmente praticados pelas classes populares foi ampliado (GOMES, 2007), como ocorreu nos EUA.

Todavia, no âmbito do encarceramento feminino temos as presas provisórias e definitivas em sua maioria acusadas ou condenadas pela prática de tráfico de drogas, não havendo o desenvolvimento de políticas públicas efetivas visando à mudança deste perfil. Assim como nos EUA, no Brasil não são desenvolvidas políticas de geração de emprego e renda eficientes para essa parcela da população.

A afirmação de Wacquant (2007) representa bem a realidade brasileira, pois na mesma década em que se veem os pequenos traficantes e consumidores de drogas dos bairros pobres serem jogados na prisão aos milhares, é também aquela em que a “malversação em quadrilha organizada”, crime típico do capitalismo dominante, se generaliza, estando os “ricos” em uma mansidão penal. Para ele a instituição carcerária serve como principal instrumento de gestão da miséria na América.

Prossegue a análise, inferindo que depois de presos, os orçamentos reservados às atividades voltadas à reinserção foram os primeiros a ser cortados, embora não tenham atingindo sequer um décimo das despesas carcerárias (WACQUANT, 2007, p. 295). A filosofia penal hoje dominante nos Estados Unidos pode ser resumida nesta expressão, muito em voga entre os profissionais penitenciários: “*Mike prisoners smell like prisões*” – fazer com que os presos cheirem a presos. O encarceramento, diz ele, deve voltar urgentemente a ser o que era em sua origem e que nunca deveria ter deixado de ser: um sofrimento (a palavra prisão deriva de *poena*, que significa dor) (WACQUANT, 2007, p. 296).

Desta feita, o autor, a partir de uma análise macro, indica a função da prisão, sustentando a tese de que possui importância fundamental na manutenção do neoliberalismo, pois apresenta uma ameaça de punição e controle dos excessos e desvios, assim adequando os indivíduos a um modelo de trabalho precário de desregulamentação. Logo, as “prisões da miséria” produzem subjetividades punitivas, realimentando a necessidade das prisões, identificando na pobreza, indivíduos perigosos potencialmente criminosos que necessitam de controle (WACQUANT, 2007; COIMBRA, 2001; GUIMARAES; MENEGHEL; OLIVEIRA, 2006).

7. O Desenvolvimento da Agenda Política e a Proteção da Mulher em Diplomas Internacionais

A discussão da mulher enquanto grupo vulnerável ganha relevo em várias agendas e compromissos internacionais sobre a proteção dos direitos humanos e do desenvolvimento, tal qual na Agenda 21, adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em junho de 1992.

A proteção aos grupos vulneráveis objetiva: garantir que todos os indivíduos que deles fazem parte tenham oportunidade de desenvolver plenamente seus potenciais (inclusive um desenvolvimento saudável físico, mental e espiritual); dar aos jovens a oportunidade de desenvolver, estabelecer e manter vidas saudáveis; permitir que as mulheres desempenhem seu papel chave na sociedade; e, por fim, apoiar populações indígenas por meio de oportunidades educacionais, econômicas e técnicas.

Enquanto a Agenda Brasileira, buscando a redução das desigualdades sociais, traz como estratégia³, relativa à promoção de grupos socialmente vulneráveis, as seguintes

ações: articular uma rede envolvendo órgãos governamentais, organizações do terceiro setor e instituições privadas voltadas para o resgate de experiências variadas de capacitação para a cidadania e para a sustentabilidade; garantir o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres por meio de ações integradas no âmbito do governo e da sociedade civil. (PUCSP, 2013, não paginado).

Outros documentos internacionais importante são os produzidos pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) chamado de Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), que cria, em 2011, o Índice de Desigualdade de Gênero (IDG), que analisa três dimensões: saúde reprodutiva, capacitação e mercado de trabalho. Tal índice varia de zero a um, e quanto mais alto seu valor, maior a desigualdade entre mulheres e homens. Em uma lista de 146 países, o Brasil ficou na 80ª posição.

Não se pode olvidar que é longa a discussão acerca dos direitos das mulheres e a construção de documentos internacionais³ visando à igualdade de gênero. Dentre elas a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará, que define o conceito de violência contra a mulher como

[...] qualquer ato ou conduta baseada nas diferenças de gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na esfera privada. Aponta, ainda, direitos a serem respeitados e garantidos, deveres dos Estados participantes e define os mecanismos interamericanos de proteção. (Promulgada por meio do decreto nº 1973, em 1º de agosto de 1996.);

Há de se destacar ainda que dos oito objetivos do milênio estabelecidos pela ONU, em 2000, para serem atingindo em 2015, após analisar os principais problemas do mundo, vários estão relacionados às mulheres. O terceiro é a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres, posto que no Brasil, as mulheres já estudam mais que os homens, mas ainda têm menos chances de emprego, recebem menos do que homens trabalhando nas mesmas funções e ocupam os piores postos. Em 2008, 57,6% das brasileiras eram consideradas economicamente ativas, frente a 80,5% dos homens. Em 2010, elas ficaram com 13,6% dos assentos no Senado, 8,7% na Câmara dos Deputados e 11,6% no total das Assembleias Legislativas (PNUD, 2013, não paginado).

3 Carta das Nações Unidas (1945); Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher (1948); Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953); I Conferência Mundial sobre a Mulher (Cidade do México, 1975); Convenção Para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher - CEDAW (1979); II Conferência Mundial sobre a Mulher (COPENHAGUE, 1980). O Instituto Internacional de Pesquisa e Treinamento para a Promoção da Mulher (INSTRAW) é convertido em um organismo autônomo no sistema das Nações Unidas; III Conferência Mundial Sobre a Mulher (NAIRÓBI, 1985); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (BELÉM, 1994); IV Conferência Mundial sobre a Mulher (BEIJING, 95).

O grande rol de normas internacionais que passaram a integrar o direito brasileiro por meio da ratificação e posterior promulgação, bem como a modificação constitucional do art.5º, § 3ª acrescido pela Emenda 45, de 08/12/2004, tornam-se equivalentes a emendas constitucionais os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. A previsão do art.5º, § 4ª, em que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, e tem manifestado adesão, demonstram a ampliação do rol de direitos humanos, que podem inclusive agora galgarem status constitucional.

Não obstante, tal ampliação à realização de tais direitos, o fornecimento de condições para o desenvolvimento humano ainda precisa avançar, o que pode ser constatado facilmente saindo-se do âmbito estritamente jurídico e passando-se a analisar indicadores econômicos. Em relação ao IDH, o Brasil ocupa somente a 84ª posição e o IDG, ocupa a 80ª posição.

Em relação ao conceito de “Grupos Vulneráveis”, podemos dizer que “são aqueles grupos de pessoas que mais facilmente têm seus direitos humanos violados” (GUIMARÃES, 1996, p. 371) e o adotado pelo PNUD para desenvolvimento humano “definido como um processo de ampliação das escolhas das pessoas para que elas tenham capacidades e oportunidades para serem aquilo que desejam ser [...] o foco é transferido do crescimento econômico, ou da renda, para o ser humano” (PNUD, 2013, não paginado).

Chega-se assim a três conclusões: 1 – não é a extensão da carta de direitos existentes em um país que elimina sua violação e os torna exequíveis; 2 – o desenvolvimento econômico de um país por si não elimina a existência de grupos vulneráveis; 3 – a atenção deve estar voltada para o ser humano, observando características sociais, culturais e econômicas.

8. O Encarceramento como Forma de Exclusão Social

A ideia do encarceramento como forma de exclusão social necessariamente amplia o foco para discutir como a política criminal é dirigida e qual a motivação da punição de determinadas condutas, enquanto outras que apresentam igual ou maior dano social são esquecidas, ficando à margem do aparelho punitivo. Isto é, “por que os crimes contra os consumidores não são punidos?”, “por que é possível realizar transação penal em crimes ambientais?”, “por que os crimes de colarinho branco não são alcançados pelo direito penal e os políticos criminosos ainda estão se reelegendo?”

Batista e Zaffaroni (2003) trazem a hipótese de que o sistema penal de cunho neoliberal, direcionado aos contingentes humanos, por ele mesmo marginalizado, opera

mediante uma dualidade discursiva, dividindo-se em dois tipos de consumidores, quais sejam, os ativos e os falhos. Para o grupo de consumidores ativos, o sistema penal aplica medida despenalizante, em sentido amplo, tais quais as leis dos juizados especiais estaduais e federais e a previsão de substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Ao segundo grupo, de consumidores falhos, corresponde a uma privação de liberdade neutralizadora, com uma política diametralmente oposta, tais como a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) e o regime disciplinar diferenciado. Deste modo, a programação criminalizante neoliberal apresenta dois caminhos conflitantes, com a convivência de dois subsistemas penais com regras e procedimentos para duas clientelas de extrações sociais igualmente distintas⁴.

A criminalização é direcionada à configuração e preservação de lugares sociais, cujas fronteiras delimitadas funcional e territorialmente não poderiam ser ultrapassadas. Assim, enquanto cumpria as intermináveis jornadas de trabalho, o operário estava em seu lugar, confortado pelo oportuno discurso ético-jurídico que associa trabalho à honestidade e ociosidade à corrupção (BATISTA; ZAFFARONI, 2003).

A população mais pobre constitui o grande contingente dos institucionalizados, criminogenizados, psiquiatrizados, considerada como ameaçadora, tendo a atribuição social de objetos de legitimação dos discursos e lógica da necessidade de existência dos aparatos, das práticas e das instituições de controle penal. A política deliberada de pseudocuidado é camuflada pelo discurso de tolerância zero à criminalidade (BRAUNSTEIN, 2007, p. 43). Deste modo, “o sistema penal se retroalimenta deliberadamente das desigualdades sociais, sobretudo daquelas relacionadas a gênero, raça e classe” (PRADO; XIMENES, 2012, p. 108).

Assim, somente os vulneráveis às práticas e aos aparatos de dominação, os consumidores falhos são clientela histórica do direito penal e das penas privativas de liberdade. A dicotomia ora apresentada sempre esteve presente entre cidadãos e não cidadãos, entre “selvagens” e cristãos, entre ricos e pobres, sendo historicamente renovada.

Atualmente, a lógica neoliberal é determinante para o aumento da vulnerabilidade social, pois banaliza a violência enquanto estrutura de dominação, utiliza o direito penal como forma de controle social, revertido de um discurso legitimador de fortalecimento do estado penal e diminuição da violência: o discurso da “tolerância zero”.

Portando, a prática do sistema penal está dirigida para castigar os pobres e não necessariamente para aqueles que trazem mais danos sociais. Durante a história nacional,

4 Tal ideia dicotômica e classificadora também foi apresentada por vários autores: nas categorias pessoa e não pessoa realizada por Goffman (2010); cidadão e não cidadão por Jakobs (2001); Zoé e bíos, *homo sacere homo sapiens* por Agabem (2010); cidadão e “subcidadão” por Souza (2006).

o Direito penal foi utilizado como controle social de forma latente. Tal fato já fora destacado por Lemos-Capeller (1990), e desde 1981 a produção do grupo de criminologia de Maracaibo, que teve enorme importância para o pensamento criminológico latino-americano, concluía após vários estudos que a criminalidade que causa maior dano social na América latina é a decorrente da exploração econômica e do abuso do poder político. Todavia, na contramão dessa argumentação, a criminalidade efetivamente combatida era a relacionada à criminalidade social.

Garland (2008) observa o crime como uma construção política, e a resposta a ele, a punição, não está desarticulada das outras instituições sociais, pois o crime seria uma construção política, um fenômeno que emerge das interações sociais em um mundo construído a partir de relações de poder já dadas e marcadas pela desigualdade de recursos de poder.

Segundo ele, a partir dos estudos das sociedades estadunidense e inglesa (associada à crise do *Welfare State* e a aplicação de uma política neoliberal), com repercussões no tratamento duro empregado ao crime, foi abandonado o projeto de inclusão, de ressocialização, passando a confiar em elementos de exclusão:

Uma sociedade precisa refletir não somente a respeito de como os indivíduos devem ser punidos, mas sim sobre questões mais amplas, como a política penal afeta comunidades, opiniões políticas, economia e cultura da sociedade de maneira geral (GARLAND; COMCIENCIA, 2008).

Como define Zaffaroni (2002), existe uma seletividade da criminalização secundária com uma orientação burocrática sobre pessoas sem poder, relativa a fatos grosseiros e alguns insignificantes, provocando uma distribuição seletiva que toma a forma de epidemia, atingindo apenas aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalidade seletiva, na medida em que suas características se enquadram perfeitamente nos estereótipos criminais, visto que sua educação somente permite realizar ações ilícitas, toscas e de fácil detecção, e por que o etiquetamento permite a assunção do estereótipo, cumprindo-se então a profecia. Assim, a criminalização da pobreza revela tal mecanismo, pela natureza dos atos praticados que em regra são delitos patrimoniais e de tóxicos e pelo perfil dos criminalizados.

Igualmente, a discussão sobre a criminalidade passa a transcender os motivos que conduzem as pessoas e as mulheres ao cárcere. Em outras palavras, temos que parar de perguntar sobre quais os motivos determinantes que levaram uma pessoa específica a cometer crimes. Isto é “por que a Maria se envolveu com drogas?”, “ela precisava mesmo do dinheiro?”, “por que ela não foi ser diarista, babá ou cozinheira?”. Temos que perguntar: “por que o delito de tráfico de entorpecentes tem uma pena tão alta quanto comparado

aos delitos de colarinho branco?”, “por que o direito penal protege o matrimonio de forma mais dura que a vida?”, “por que uma egressa e pior vista que um egresso?”.

Na discussão apresentada, a mulher encarcerada pertenceria ao grupo de consumidores falhos, o que pode ser constatado por meio da análise do perfil da penada, mesmo que superficial, que possui pouco capital econômico, bem como, pela natureza dos crimes a elas imputados, em sua maioria tráfico de drogas, relacionados, portanto, à aquisição de renda, que se enquadra na política criminal de endurecimento da pena.

Isso nos levando a concluir que a mulher sofre uma dupla inclusão pelo direito penal: a primeira refere-se à sua condição econômica, enquanto a segunda refere-se à questão cultural (MANSUN, 2011), que pode ser abordada na perspectiva de neutralizar a cultural dos povos dominados, ou ainda, para a reafirmação da cultura do patriarcado para manutenção dos papéis sociais.

Além da questão econômica, soma-se, conforme Sposato (2007, p. 254), o argumento de que “as mulheres criminalizadas enfrentam práticas jurídicas e institucionais profundamente marcadas por relações patriarcais”, sofrendo assim, uma discriminação específica, pois o sistema penal tende a reproduzir a estrutura social e manter a estrutura de gênero.

Tal elemento cultural da criminalização feminina é histórico, pois na Idade Média e depois na colonização brasileira, estava ligada à bruxaria, à feitiçaria; enfim, à transmissão da cultura. Destarte, a criminalização de sua conduta mitiga a transferência às outras gerações, o que foi feito no Medievo com as feiticeiras e também no Brasil com as velhas índias das aldeias, selvagens, “mulheres de seios caídos”, retratadas como distribuidora da carne humana (MANSUR, 2011, p. 63-72), sendo este, um dos caminhos possíveis para se romper a cultura dos povos dominados.

Para Prado; Ximenes (2012), a subordinação feminina é decorrente da forma como a mulher foi construída socialmente, possibilitando mostrar que os espaços sociais foram mudando, inclusive referente às práticas delituosas. Assim,

Enquanto permanecessem confinadas na zona que uma explícita geopolítica criminal lhes destina, as prostitutas estavam em seu lugar, amparadas por um curioso discurso ético-jurídico que lhes reconhece uma “utilidade social”; fora daí passavam a constituir um escândalo, que a imprensa denunciaria e a polícia reprimiria severamente, ou uma ofensa à saúde pública (BATISTA; ZAFFARONI, 2003, p. 457).

Na década de 1970, a principal causa de encarceramento feminino estava ligada aos movimentos subversivos. Isto ocorreu no auge do regime militar, seguido em menor escala pelos tipos penais denominados como femininos, ou seja, o infanticídio,

o homicídio “passional” e o aborto (PRADO; XIMENES, 2012). Hodiernamente, a incursão nas práticas delituosas está ligada ao tráfico de drogas.

Ora, a mudança nas categorias de crimes em que as mulheres são condenadas demonstra uma mudança no desempenho de seu papel social, visto que no Brasil colônia as condenações estavam ligadas à bruxaria e ao curandeirismo; relacionada ao papel público de cuidado desempenhado pela mulher, passando aos crimes considerados femininos, como o infanticídio.

O homicídio passional demonstra seu papel privado. Durante o regime militar, novamente, o papel público é relevado com o envolvimento das mulheres em lutas políticas, e atualmente a criminalidade está ligada, novamente, ao papel público, a mulher como provedora da família, havendo correlação à prática de tipos penais para aferição de recursos financeiros.

O rigor do poder punitivo estatal relativo à mulher tem dois efeitos específicos: reforça a construção patriarcal de reserva de determinados espaços para participação exclusivamente masculina, razão por que são impostas penas mais severas para mulheres do que para homens por idêntica imputação criminosa. E, por fim, seleciona e exclui da possibilidade de ascensão social e econômica as que compõem o maior grupo social brasileiro: mulheres negras e pobres (PRADO; XIMENES, 2012).

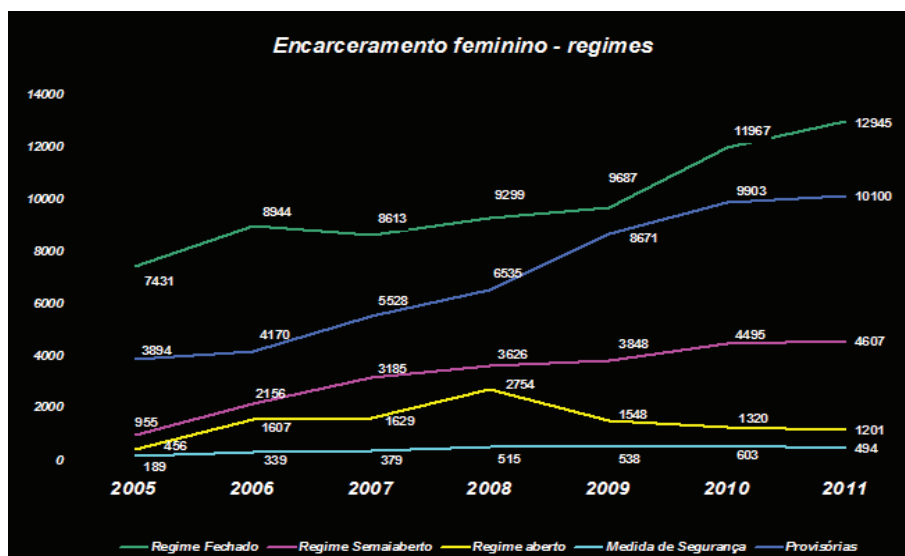
Apesar de representar uma menor escala dentro do sistema punitivo, (as mulheres representam 7% dos encarcerados), quando o Direito penal as alcança, há uma ampliação de vulnerabilidade mais nefasta do que para os homens, pois é quebrado o papel social de submissão destinada à mulher, o de mulher virginal. Ora porque são as mulheres que exercem a guarda da prole e dos idosos majoritariamente nos lares. Ora porque a ocupação anterior das mulheres que estão no cárcere relaciona-se a atividades domésticas exigindo mais confiança para recolocação no mercado de trabalho.

Exemplificando: no imaginário social é mais fácil compreender as razões que levam o homem a delinquir; ou ainda é mais fácil contratar um egresso como pedreiro, carpinteiro, capinador, ou qualquer outro serviço braçal, do que compreender a mulher presa e suas razões, ou contratá-la como cozinheira ou babá para cuidar dos filhos e do lar de uma família. Ademais, quando o homem é encarcerado, a mulher assume a prole; mas isso não ocorre quando é a mulher a encarcerada.

Assim, o cárcere feminino potencializa os danos sociais, principalmente em lares em que a mulher é a única ou principal provedora. Portanto, o estudo do binômio criminalidade/gênero permite um olhar acerca dos efeitos produzidos quando o sujeito criminalizado trata-se de uma mulher.

É fato que, em termos percentuais, as mulheres representavam, em dezembro de 2011, conforme dados do INFOPEN (Sistema Nacional de Informações Penitenciárias), 7% do total da população penitenciária brasileira. Em termos absolutos, são 33.289 mulheres encarceradas. Tal encarceramento é crescente⁵, sendo o crescimento nacional, no período de 2005 a 2011, de 74% no regime fechado. Esse dado significa um acréscimo de 159% de presas provisórias, conforme se vislumbra pelo gráfico abaixo. Em termos nacionais, o aumento do encarceramento feminino não foi acompanhado pelo correspondente aumento do número de vagas, existindo 82 (oitenta e dois) estabelecimentos prisionais com capacidade para 20.231 mulheres, gerando um déficit de 13.827 em dezembro de 2011.⁶

Gráfico 1 - Encarceramento feminino por regime



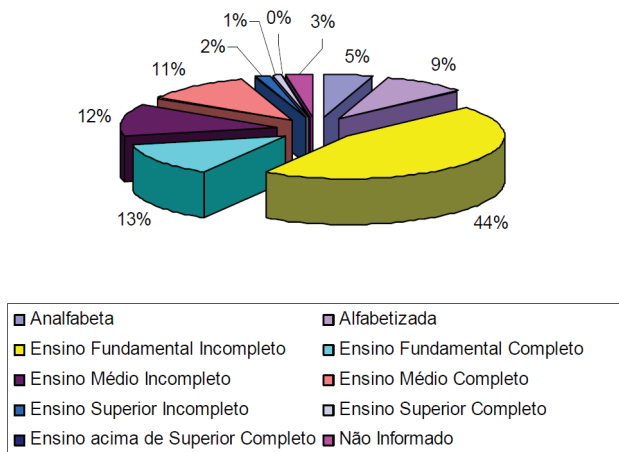
Fonte: Ministério da Justiça (2011)

A escolaridade da presa brasileira é outro fator que demonstra seu grau de exclusão, conforme dados abaixo.

5 O Departamento Penitenciário Nacional, em decorrência da crescente taxa de encarceramento feminino, iniciou, em 2011, o Projeto Efetivação dos Direitos das Mulheres no Sistema Penal que, por meio da análise de dados do INFOPEN, lançou o Mulheres presas-dados gerais, publicado no site: www.mj.gov.br/depen. E visa ainda efetivar o INFOPEN mulher, com nova base de dados.

6 Os dados coletados no INFOPEN, informados pelo Estado, representando o sistema oficial, devem ser analisados criticamente.

Gráfico 2 - Escolaridade das presas no Brasil



Fonte: Projeto Efetivação dos Direitos das Mulheres no Sistema Penal/MJ (2011).

A população carcerária feminina brasileira, em sua maioria, é de raça negra ou parca; de idade entre 18 a 29 anos; e de baixa escolaridade: analfabetas, alfabetizadas e com ensino fundamental incompleto.

9. Mulher Presa: de Quem Estamos Falando?

Apresenta-se os principais dados do perfil da mulher presa no Pará, em pesquisa de campo realizada em 2012 nos três centros de recuperação que abrigavam mulheres no Pará localizados em Ananindeua, Santarém e Marabá, com aplicação de questionários para 202 mulheres que representavam 73% do universo, sendo possível traçar o perfil da presa do Pará⁷, tais dados em grande medida estão em conformidade com o perfil do INFOPEN (Sistema Nacional de Informações Penitenciárias), todavia são mais completos tendo em vista que os questionários continham 61 itens. Segue os principais dados sistematizados (SANTOS, 2013).

A pesquisa centralizou a atenção nas condições sociais, econômicas, culturais e de saúde da mulher encarcerada, e não apenas sobre o indivíduo, assim como fazem as abordagens sociológicas. Constatou-se que a prática do encarceramento é estrutural, e o perfil

⁷ A pesquisa é qualitativa e quantitativa, bibliográfica e documental, como técnicas utiliza a entrevista semiestruturada, questionário, grupo focal e observação, apresenta resultados de pesquisa desenvolvida no programa de mestrado NAEA/UFPA

da presa com baixa escolaridade e renda, desagregação da família, dificuldade de acesso à saúde pertencente ao universo prisional em grande parte estava presente fora dele no meio social. Os dados levantados corroborando com a tese de que o sistema penal é seletivo e escolhe a massa dos excluídos marcada pela pequena quantidade de capitais econômicos, culturais e sociais. E, mesmo considerando que o crime pode estar presente em todas as classes sociais o apenamento com a privação da liberdade somente ocorreu a uma clientela selecionada.

A presa condenada no Pará tem o seguinte retrato com percentuais aproximados: 76% são paraenses, metade estão em regime fechado, com idade média de 34 anos, sendo que 60% têm no máximo 34 anos, 80% estão presas por tráfico, metade cumpriu entre um (1) a três (3) anos da pena, com média de condenação de oito (8) anos, tendo como concentração de ingresso o ano de 2011, destaca-se que 70% não tem advogado, são mães com média de três filhos, e 67% deseja estudar e/ou trabalhar no futuro.

Ressalta-se que Marabá apresenta diferenças, pois quase metade é oriunda de outros estados, com maior percentual de condenações por tráfico (90%) do estado. Enquanto Santarém destaca-se pelo maior percentual do regime fechado com 71%.

Constatou-se em relação ao capital social que 61% se declara pardas ou negras, 83% heterossexuais, 88% são mães, mais da metade dos filhos estão sob a guarda dos ascendentes, somente 10% estão com o pai, aproximadamente 45% não recebem visitas familiares sendo declarado como principal fator impeditivo a distancia para o CR, seguidas de razões financeiras e do desejo de não recebe-las, metade dos parentes que exercem visita são mãe ou filho, e somente 20% é composta de marido/companheiro, a população e majoritariamente solteira com 58% aproximadamente, 2/3 não recebem visitas íntimas, mais da metade não recebe qualquer assistência da família, 48% dos maridos ou companheiros respondem a processo criminal, 70% estão trabalhando não havendo distinção se dentro ou fora da prisão, um terço cometeu o delito com o marido ou companheiro. Em Santarém ocorrem especificidades apresentando um número significativo de bissexuais representando ¼ das presas e o maior percentual de visitas íntimas com quase 65% e quase 90% dos maridos ou companheiros respondem a processo. No instrumento qualitativo detectou-se que as relações familiares são pautadas por constrangimento no exercício da visita e ausência de espaço físico adequado como o berçário, as relações com os funcionários apresentam-se conflituosas em decorrência do tratamento conferido as visitas, registrou-se denuncia de autoritarismo e subtração de objetos e alimentos.

No que tange o capital econômico quase metade declara exercer a profissão de empregada domestica, quase 70% exerceu trabalho infantil, menos de 10% tinham CTPS assinada antes da prisão, somente 20% auferiam renda superior a um salário mínimo, e quase 45% ganhava até meio salário mínimo, mais da metade trabalham na prisão,

mais de 90% percebem somente R\$ 99,00 (noventa e nove reais). As mulheres presas em Marabá apresentavam o dobro de CTPS assinadas antes do cárcere. Destaca-se que em Santarém mais de 70% de empregadas domésticas antes do cárcere, tais diferenças explica-se pelo desenvolvimento econômico regional. Os dados qualitativos apresentam sentimento dicotômico em relação ao trabalho, pois há valorização do trabalho realizado fora da prisão ou em funções profissionalizantes, e de outra banda sentimento de exploração com o trabalho exercido na prisão, que somente é realizado para remição da pena. O ingresso em concurso público é visto como alternativa extramuros e o prazo de cinco anos para presta-lo como injusto.

Detectou-se na pesquisa que mais de 65% das presas são analfabetas ou tem ensino médio incompleto; quase metade declara não estudar, a avaliação da qualidade de ensino com conceitos bom e excelente ultrapassa metade, 40% declaram que sempre leem na prisão, e quase 70% afirmam que nunca realizou qualquer atividade relacionada a esporte, teatro e dança, e 47% afirmam que nunca assistiram filmes na prisão. Marabá apresenta a melhor qualidade de ensino com 65% de avaliação bom e excelente e Santarém apresenta a maior escolaridade do Pará com 65% das presas com ensino médio incompleto. Evidenciou-se com o grupo focal que a oferta de vagas escolares é insuficiente, a ausência de merenda e materiais escolares são fatores que dificultam o aprendizado, o estudo no cárcere foi apresentado como oportunidade negada no ambiente externo e requisito para a futuro emprego, ressurgindo a hostilização pelos funcionários e o uso de algema como fatores desmotivadores.

Diagnosticou-se que o acesso ao tratamento de saúde difícilíssimo e a qualidade precária, 46,5% declaram padecerem de alguma doença, tendo como maiores percentuais hipertensão, seguido de gastrite e depois cisto ou mioma; 88% já precisou de atendimento médico, e 60% avaliam como péssimo, mais da metade nunca receberam o tratamento médico que necessitavam e somente 13% sempre foram atendidas. Ananindeua apresenta a maior necessidade de tratamento de saúde, pois 56% das presas afirmam serem portadoras de doenças enquanto Marabá apresenta a melhor avaliação do serviço de saúde. Apresentou-se no grupo focal o sentimento de total abandono e omissão do Estado, a indiferença e normalidade da doença, a impossibilidade de oferecimento de tratamento como regra, a existência da “água milagrosa” expressão usada por presas e funcionários em decorrência da inexistência de medicamentos, o fortalecimento da fé em Deus pela ausência de tratamento.

Ao passo que em relação às drogas os dados quantitativos são dicotômicos, pois 80% declaram não usar drogas na prisão, todavia quando perguntado sobre a necessidade de tratamento 43% preferiu não responder, sendo que 11 mulheres em Ananindeua declaram que gostariam de receber tratamento. Ao passo que nos dados levantados pela técnica qualitativa relata-se elevado índice de usuárias, surge à ideia do vício adquirido no cárcere,

do tratamento oferecido ser inadequado por realizar-se no hospital psiquiátrico, piorando o quadro, e da ocorrência de violência sexual durante o tratamento.

A discussão da criminalidade não pode prescindir da discussão de gênero do papel da mulher na sociedade, demonstrando-se pelo perfil da encarcerada que a mulher de classe média, inserida no mercado de trabalho formal, com maior capital econômico e cultural, frequentando as universidades e que tem acesso as novas tecnologias não estão incluídas no sistema penitenciário. Portanto, todo debate em torno do papel da mulher na sociedade, social, sexual ou no mundo do crime, deve ter como premissa a dominação social a exclusão social da mulher, e a quantidade de capitais detidos, tais condições também se reproduz no mundo do crime e tem consequências no cárcere.

Inferese-se que a população carcerária feminina condenada é jovem, de baixa escolaridade, recebia menos que um salário mínimo, estava inserida no mercado informal especialmente como doméstica, são mães com mais de três filhos, apresentam grau importante de ruptura com laços familiares ampliando a vulnerabilidade, tem história de envolvimento com drogas pelo uso ou pelo tráfico e exerceu trabalho infantil. Durante o cárcere quase metade declara não estudar, mais da metade trabalham na prisão, sendo que a renda auferida para 90% é menos que cem reais, necessitam de tratamento de saúde durante o cárcere, e mais da metade nunca recebeu o tratamento médico que precisava, e quando o recebem avaliam como de péssima qualidade, aproximadamente 45% não recebem visitas familiares, 2/3 não recebem visitas íntimas, mais da metade não recebe qualquer assistência da família, um terço cometeu o delito com o marido ou companheiro e quase metade dos maridos ou companheiros respondem a processo criminal.

Tais dados compõem um retrato de exclusão social a que esta população foi submetida antes do ingresso na prisão, aprofundando-se com o aprisionamento, em sua trajetória foram vitimizadas pela pobreza e pela desigualdade social. As conclusões reforçam um ciclo no sistema penal baixo capital econômico, social e cultural – criminalidade – cumprimento da pena – liberdade – ampliação da vulnerabilidade - baixo capital econômico, social e cultural.

Constatou-se que em relação ao acesso a justiça 70% são assistidas somente pela Defensoria Pública, pois não tem advogado particular. Dois terços dos defensores declaram que nunca ingressaram com qualquer ação para consecução de direito social, a Defensoria no período pesquisado não propôs qualquer ação judicial visando à ampliação de renda, educação ou saúde. Em relação ao capital social verificou-se que a Defensoria Pública ajuizou duas ações individuais uma para garantir a visita íntima homoafetiva, uma em Ananindeua e outra em Santarém, a primeira impulsionou a publicação de portaria regulamentando a visita homoafetiva em Ananindeua e a segunda possibilitou o exercício da visita para todas as demais em Santarém.

10. Conclusões

A mulher encarcerada integra um grupo de relevante vulnerabilidade, tendo com muita facilidade seus direitos humanos violados, em especial os relativos à realização de direitos sociais, tais quais: o acesso à educação, seja formal ou informal; contato com a sociedade e possibilidade de reinserção social e no mercado de trabalho. Antes, durante e após o cárcere, essas mulheres têm baixo capital econômico, integrando a clientela preferencial do direito penal, qual seja, os pobres.

O conceito de vulnerabilidade e violação de direitos não pode ser cindido da compreensão de desenvolvimento, a partir da realização do ser humano, e da mulher de toda a sua potencialidade. Não se trata, por conseguinte, da ressocialização, e sim de ampliação de possibilidade de exercício de poder, das relações desenvolvidas da mulher com o mundo.

Assim, amplia-se a leitura somente econômica da vulnerabilidade desvelando relações de poder submersas no discurso legitimador do direito penal. Logo, apesar do atendimento das necessidades básicas, está destacado em vários documentos internacionais, em particular no que se refere à educação dos grupos vulneráveis e mais pobres, como condição para o desenvolvimento sustentável e a estabilidade social e política, o que permite maior participação de segmentos populacionais, hoje praticamente alijados do processo político.

Está estabelecida nos documentos do PNUD a firme convicção de que o fortalecimento das instituições nacionais e internacionais de proteção aos grupos vulneráveis é indispensável para a promoção da democracia, da realização dos direitos humanos e do desenvolvimento. E do relatório de 2010, é preciso trazer à baila o paradigma do desenvolvimento humano como fundamento ético à expansão das liberdades, entendidas como possibilidades de os indivíduos e as coletividades realizarem plenamente suas potencialidades.

Ainda estamos longe da inclusão e redução da vulnerabilidade, posto que isso requer não só ausência de obstáculos institucionais à tomada de decisões e ações (instituições democráticas, direitos humanos), mas reais chances materiais, físicas e simbólicas para tomar decisões e executar ações que garantam acesso à ocupação produtiva, ao rendimento, aos estudos e a uma vida saudável.

No caso brasileiro, tem presença marcante nos organismos internacionais, uma diplomacia ativa que ratifica os tratados e os faz ingressar no ordenamento jurídico. E, além disso, é marcado pela heterogeneidade e pluralismo, que deve integrar tal ordenamento à agenda política, ao planejamento e execução de políticas públicas, ampliando as ações afirmativas já em curso, e ampliando-as para a perspectiva dos integrantes do sistema penal, em especial do gênero feminino e as egressas, desafio que precisa ser pensado e vencido.

Para tanto, é mister o fortalecimento das instituições nacionais e internacionais de proteção aos grupos vulneráveis, havendo a necessidade de articulação entre as instituições públicas e as organizações da sociedade civil e o empresariado para tal desiderato.

Há ainda um agravante em relação à mulher presa que precisa ser lembrado, qual seja, o estigma pelo cometimento do crime, a baixa renda, a falta de formação profissional para o mercado formal, a quase ausência de cursos para mercado formal, a ausência de financiamento para os empreendimentos, a falta de representação política. Assim, este grupo torna-se como um dos últimos a ser alcançado por qualquer benefício social; pois quando efetivamente isto ocorre, não se tem condições de participar ou influenciar no processo de tomada de decisão.

É necessário o desenvolvimento de novas estratégias de ação que perpassam por uma atuação política para construção da agenda para elaboração de políticas públicas com vista à aquisição de recursos que podem ser advindos de instituições nacionais e internacionais. Além disso, a imprescindível participação da sociedade civil; a atuação jurídica mais efetiva por meio de ações coletivas ou ações civis públicas para a realização dos direitos, em especial, os sociais desse grupo vulnerável; a intensificação da produção acadêmica na área, para estudar os papéis a serem desempenhados pelas ONGs; a utilização da rede de assistência já criada para a criança e adolescente; o estabelecimento de parcerias entre entidades públicas e privadas. E, finalmente, o chamamento do setor privado para que, caso ingresse nos presídios, o faça de forma articulada com as políticas públicas, para que dessa forma possam contribuir positivamente para o desenvolvimento da mulher presa.

A atuação do Estado e a execução de políticas públicas ganham importância, em especial dos agentes jurídicos juízes, promotores, defensores e procuradores, haja vista porque podem buscar o rompimento com a lógica do campo social e ser essa parcela de profissionais envolvidos no campo jurídico que está buscando a ruptura das representações.

Portanto, acredita-se que o caminho a ser trilhado pelo poder público reside na atuação administrativa, na elaboração, na execução e na avaliação de políticas públicas ou na judicialização de demandas visando à consecução de sua cidadania, com ampliação de suas possibilidades econômico, cultural e social para realização de seus direitos sociais e, por conseguinte, atingindo a redução da vulnerabilidade da mulher presa. Essa é sem dúvida a ideia norteadora.

E, visando o *empowerment*, traduzido comumente como empoderamento dos grupos vulneráveis, em uma tradução mais literal, no que se prefere à ampliação da capacidade de potencializar a atuação desses grupos, em conjunto com a esfera pública que poderá ser mais democrática e com a sociedade civil que atualmente tem a tendência de atuação em rede.

Dentro das estratégias, destaca-se “o *empowrment* da sociedade civil organizada, que se mede pela sua capacidade de ter demandas e projetos reconhecidos e aceitos em suas negociações com os representantes do mercado e do Estado, nos conselhos e conferências” (SCHERER-WARREN, 2006, p. 135). A gestão de políticas públicas pode ser mais ou menos influenciada pela sociedade civil, no que dependerá das relações de forças entre representantes das redes de movimentos sociais, da esfera estatal, do mercado de conselhos setoriais e das grandes conferências (SCHERER-WARREN, 2006).

Todavia, sem a participação da sociedade civil e o *empowrment* desses grupos que lhes permita pensar em suas demandas, estabelecer suas necessidades e ampliar a sua capacidade como sujeito, o desenvolvimento humano não ocorrerá.

Outro ponto que deve ser analisado é o fato de, apesar do avanço das discussões das questões de gênero, o cárcere ainda não ter entrado nessa agenda política de forma contundente, permanecendo a mulher caracterizada como grupo vulnerável, e tendo necessidade de especial atenção à saúde e educação. Entretanto, a questão carcerária ainda não foi construída: eis o desafio.

11. Referências

- AGABEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- ARBEX Jr., José. **Showrnlismo: a notícia como espetáculo**. 4. ed. São Paulo: Casa Amarela, 2005.
- AZERÊDO, Sandra. **Preconceito contra a mulher: diferença poemas e corpos**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Vulnerabilidade e dignidade humana**. O mundo social, São Paulo, ano 30 v. 30 n. 3 jul./set. 2006. Disponível em: <http://www.scamilo.edu.br/pdf/mundo_saude/38/vulnerabilidade_dignidade.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2012.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIO, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, nov. 2003-2006.
- BEIRAS, Iñaki. **La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de um ciudadano de segunda categoria**. Barcelona: Libreria Boch, 1997.
- BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- BOURDIEU, Pierre.. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz (português de Portugal) 14. ed. Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2010.

- BRASIL. **Relatório do desenvolvimento humano de 2011. Sustentabilidade e equidade:** um futuro melhor para todos. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br>>. Acesso em: 05 jan. 2014.
- _____. **Relatório do desenvolvimento humano de 2013. Progresso humano num mundo diversificado:** <<http://www.pnud.org.br>>. Acesso em: 05 jan. 2014.
- _____. **Projeto mulheres/DEPEN. Mulheres Presas:** dados gerais. Disponível em: <www.mj.gov.br/depen>. Acesso em: 10 out. 2012.
- _____. **Agenda 21.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socio-ambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em: 21 mar. 2012.
- BRAUNSTEIN, Helio Roberto. **Gênero e prisão:** o encarceramento das mulheres no sistema penitenciário brasileiro, 2007. Disponível em: <<http://www5.usp.br/pesquisa/acervos-online/>>. Acesso em: 29 mar. 2012.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Grupos vulneráveis e desenvolvimento humano. In: _____. (Org.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.** São José, CR: IIDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996.
- CARLÁS, Marta B; SMIRICICH, Linda. Do ponto de vista da Mulher: Abordagens feministas em estudos organizacionais. In: **Handbook de estudos organizacionais.** (Org.). da edição original Stewart R, CybtiaHardy, Walter R. Nord; Miguel Caldas, Roberto Fachin. Tânia Fischer, org. da edição brasileira. São Paulo: Atlas, 1999.
- COIMBRA CMB. Práticas Psi e Tortura no Brasil. **Grupo tortura nunca mais.** 2001. Disponível em: <<http://www.torturanuncamais-rj.org.br>>. Acesso em : 3 abr. 2012.
- CONCEIÇÃO. Antonio Carlos de Lima da. Teorias feministas: da “questão da mulher” ao enfoque de gênero. **RBSE**, v. 8, n 24, p. 738-757, dez. 2009. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/Conceicao_art.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2013.
- DOS SANTOS, Maria de Nazaré Silva Gouveia. **A execução da pena privativa de liberdade:** a realidade atual do sistema penitenciário do Pará. 2004. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Pará UFPA, Belém, 2004.
- FERREIRA, Jairo. Mídia, jornalismo e sociedade: a herança normalizada de Bourdieu. **Estudos em Jornalismo e Mídia**, v. 2, n.1, 2005. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br>>. Acesso em: 5 jan. 2014.
- IDH/DESENVOLVIMENTO HUMANO. Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/DesenvolvimentoHumano.aspx?indiceAccordion=0&li=li_DH>. Acesso em: 5 jan. 2014.
- GARLAND, David. **A cultura do controle:** crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. Disponível em: <http://www.comciencia.br/comciencia/?section=8&edicao=35&tipo=entrevista>. Acesso em: 5 jan. 2014.

- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigo do direito penal)**. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2014.
- GUIMARAES, Cristian Fabiano; MENEGHEL, Stela Nazaré; OLIVEIRA, Carmem Solveira. Subjetividade e estratégias de resistências na prisão. **Revista Ciência e profissão**, Universidade Vale dos Sinos, v. 26 n. 4, p. 632-645, 2006.
- GUIMARÃES, Lytton. Grupos vulneráveis e desenvolvimento humano. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José, C.R: IIDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996.
- JAKOBS, Gunter; MÉLIA Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- LEMOS-CAPELLER, Wanda da. Violência e políticas criminais de ajustamento social. **Fascículos de Ciências penais**, , ano 3. v. 3. trimestral out./nov./dez. p. 39-56, 1990. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- MANSUR, Luci Helena Baraldo. **Solidão-solitude**: passagem feminista do Estado civil ao território da Alma. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2011.
- PRADO, Danciel Nicory do; XIMENES, Rafson Saraiva. **Redesenhando a execução penal 2**: por um discurso emancipatório democrático. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.
- PUCSP. Disponível em:<http://www.pucsp.br/ecopolitica/projetos_fluxos/doc_principais_ecopolitica/Agenda21%20Brasil.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o direito ser emancipatório?**. Revista Crítica de Ciências Sociais [Online], 65 | 2003, colocado online no dia 01 Agosto 2012, criado a 28 Maio 2015. URL : <http://rccs.revues.org/1180> ; DOI : 10.4000/rccs.1180
- Santos, Daiane Lima dos. **A atuação da Defensoria Pública do Pará e a mulher encarcerada** / Daiane Lima dos Santos; Orientador, Josep Pont Vidal.– 2013.
- SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação & Realidade. Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez. p. 71-99, 1995.
- SCHERER-WARREN, Ilse. Inclusão social e cidadania: A perspectiva das organizações, redes e movimentos. In: AMARAL JUNIOR, Aécio; BURITY, Joanildo de A.(Org.). **Inclusão social, identidade e diferença**: perspectivas pós-estruturalistas de análise social. São Paulo: Annablume, 2006.

- SÉGUIN, Elida. (Coord.). **Direitos das minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SPOSATO, Karyna Batista. Mulher e cárcere: uma perspectiva criminológica. In: REALE JUNIOR, Miguel. PASCHOAL, Janaína. **Mulher e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SETTON, Maria da Graça Jacintho. Um novo capital cultural: pré-disposições e disposições à cultura informal nos segmentos com baixa escolaridade. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 26, n. 90, abr. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302005000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 set. 2012.
- SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006. (coleção origem).
- VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIO, Alejandro. **Derecho Penal: Parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. 3. ed. ver. amp. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003- 2007.

OS POSTULADOS DO LIBERALISMO E A CRISE DO PODER DE PUNIR DO ESTADO

CRISTINA S. ALVES LOURENÇO

Doutora em Direito Penal e Criminologia. Membro do Conselho de Política Criminal e Penitenciária do Estado do Pará – Brasil. Diretora do Departamento de Direito Criminal da Escola Superior da Advocacia. Professora de Direito Penal e Criminologia da Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário do Pará - CESUPA e Faculdade Estácio - FAP. Advogada.

Resumo

O Liberalismo introduziu uma nova forma de pensar e de sentir o homem. Este deveria ser titular de direitos e por isso não poderia estar mais à mercê de um poder arbitrário e desumano que empregava perseguições religiosas e restrições. Com a introdução desses novos postulados que hoje são imprescindíveis à convivência em sociedade e também ao desenvolvimento do homem como ser de direitos. No entanto, ao revés do que aconteceu no chamado Estado Liberal, em que o cidadão se preocupava com as suas garantias frente ao Estado intervencionista, porque se via como um objeto, hoje, o cidadão também se preocupa com suas garantias, mas baseado em outro fundamento, agora não se vê como um objeto, mas sim como vítima, passando a requerer um aumento da segurança. Do mesmo modo, a criação dos novos riscos, inerente a uma civilização que se quer avançada em termos tecnológicos, tende a não mais limitar o poder punitivo do Estado diante de uma efetiva lesão grave de um bem jurídico importante e carente de tutela penal; com isso, o Estado tende a aumentar seu poder repressivo, infligindo muitas vezes princípios básicos de um Estado que se quer garantidor, formando-se um paradoxo. De um lado, cidadãos querendo segurança e abrindo mão cada vez mais de sua liberdade e, do outro, o Estado “garantidor”, cerceando cada vez mais as liberdades, ultrapassando os limites impostos pelos vários princípios e gerando uma grande insegurança jurídica. Com a problemática posta, o presente estudo adotou o método dedutivo no qual foi possível observar que: (i) a utilização de leis penais em branco, sem um parâmetro a ser seguido, infringem o Princípio da Legalidade; (ii) a inclusão desenfreada de leis que, inúmeras vezes possuem conteúdo vago e impreciso, violam o Princípio da Legalidade e da Intervenção Mínima; (iii) a proliferação dos delitos de perigo (abstrato e concreto), elevando-se os atos preparatórios à delitos, causando, assim, uma violação ao Princípio da Intervenção Mínima; (iv) uma mudança no conceito de bem jurídico, que cede aos interesses individuais em prol dos interesses coletivos, buscando uma nova fundamentação;

(v) diante dessas alterações, a pena tende a ser mais elevada e fator de exclusão, mas nem por isso mais eficaz e o Direito Penal tende a descer o gráfico da pirâmide e converter-se em *prima ratio* da sociedade.

Palavras-chave

Liberalismo; Poder Punitivo do Estado; Princípio da Legalidade.

Abstract

The liberalism introduced a new way of thinking and feeling man. This should be the right holder and so could not be more at the mercy of an arbitrary and inhuman power which employed religious persecution and restrictions. With the introduction of these new postulates that today are essential to living together in society and the development of man as a being of rights. However, the reverse of what happened in the so called Liberal State, where citizens worried about their front guarantees to the interventionist state, because they saw it as an object; Today, the citizen is also concerned with their guarantees, but based on other grounds, not now sees itself as an object, but as a victim going to require an increase in security. Similarly, the creation of new risks inherent in a civilization that wants advanced in technological terms, tends to no longer limit the punitive power of the state before an actual serious injury of an important legal interest and lacking in criminal custody, with therefore, the state tends to increase their repressive power inflicting often basic principles of a state that wants guarantor. Forming a paradox, on the one hand citizens wanting security giving up more and more of their freedom, and on the other the state “guarantor” abridging increasingly freedoms, surpassing the limits imposed by the various principles and generating a great legal uncertainty. To put problems, this study adopted the deductive method in which it was observed that: (i) the use of criminal laws blank, without a parameter to follow, violating the Principle of Legality; (ii) the inclusion of rampant laws many times have vague and imprecise content, violating the Principle of Legality and Minimum Intervention; (iii) the proliferation of dangerous offenses (abstract and concrete), rising acts preparatory to the offenses, thus causing a breach of the Minimum Intervention Principle; (iv) a change in the legal and concept that gives the individual interests in favor of collective interests, seeking a new foundation; (v) the face of these changes, the penalty tends to be higher and exclusion factor but no more effective and criminal law, tends to lower the graphic of the pyramid and turn into material ratio of society.

Key words

Liberalism; Punitive Power of the State; Principle of Legality.

1. A Evolução do Estado

O Estado é a sociedade política organizada, que apresenta povo, território e poder, tendo por características gerais a complexidade de organização e atuação; a institucionalização do poder nos órgãos representativos; a capacidade de exercer coerção (em âmbito penal, por exemplo); a autonomia do exercício do poder político; e a sedentariedade, no que se refere à “continuidade não só no tempo, mas também no espaço, no duplo sentido de ligação do poder e da comunidade a um território e de necessária fixação nesse território”¹. Trata-se de um “produto definido pela racionalização do poder que objetiva atender aos anseios de segurança, certeza e previsibilidade exigidos pelas emergentes sociedades de massa”².

Para a manutenção da ordem em uma sociedade faz-se necessária a utilização da coerção estatal, porém o uso dessa força, sem moderação e sem a devida necessidade, torna seu uso ilegítimo, mesmo que na repressão de um ilícito, podendo o Estado passar facilmente de agente garantidor a agente repressor, transformando a sua finalidade, que é assegurar a tranquila convivência em sociedade.

Desde a Idade Média, culminando na Revolução Francesa, se requer que o uso do poder punitivo deve respeitar as pessoas e suas liberdades, ensejando, por consequência, a minimização do poder do Estado perante os cidadãos, devendo o governo dos homens se transformar em governo das leis ou da razão³.

O Estado Liberal, emanado do Iluminismo, tem como pressupostos: o império da lei orientada à defesa dos direitos (que eram anteriores e transcendiam o próprio Estado) e liberdades fundamentais, a separação de poderes e a legalidade da atividade administrativa.

Em sentido liberal, cuida-se:

De la relación que el Estado mantiene com el derecho, relación que, tras el triunfo del movimiento constitucional, solo podía consistir en la plena sumisión del Estado a la norma jurídica. Se entiende así que el núcleo fundamental de La categoría Estado de Derecho lo constituyera la idea de *imperio de la ley* [...] ⁴.

1 MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 6.

2 MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania*: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 40.

3 Isso se tornaria uma faca de dois gumes, já que a ideia de que só o que está na lei correspondia ao direito permitiu a fundamentação de Estados Totalitários que se resguardavam sob o manto da legalidade.

4 MORALES, Ángel Garrorena. *Teoría de la constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 51-52.

Diante disso, almeja-se garantir que não haja intromissão do Estado nas relações entre indivíduos e essa intromissão somente será permitida para assegurar a coexistência das liberdades individuais por meio do Direito.

É nesse sentido o entendimento de Zagrebelsky ao afirmar que o Estado de Direito indica um valor e aponta uma direção de desenvolvimento do corpo estatal. Como valor, a eliminação da arbitrariedade do seio da máquina pública por meio de um controle legal das atividades dos detentores do poder político. Quanto à direção, seria a inversão da relação entre poder e direito: não mais *rex facit legem* e sim *lex facit regem*⁵.

Cabe ressaltar que no Estado de Direito (liberal) a classe dominante (burguesia) “formulou os princípios filosóficos de sua revolta social” e depois “nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social”. Porém, “no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens”, os quais foram sustentados somente de modo formal, “uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”⁶.

Na Primeira Grande Guerra, o Estado passa de liberal a social, havendo então a inclusão dos direitos sociais nos textos constitucionais. O marco inicial foi a Constituição do México de 1917 e atingiu a Europa em 1919 com a Constituição de Weimar, que era entendida como um texto de natureza formal que dispunha acerca do que o Estado (ente político) poderia ou não fazer, não havendo, porém, relação vinculante, o que na prática resultou na não observância, por parte do poder público, dos direitos sociais nela contidos, transformando-se em exemplo de texto constitucional ineficaz⁷.

Com a Segunda Guerra Mundial, passa-se a dar maior importância aos princípios como forma de oposição à doutrina do império da lei.

Em razão da crise de governabilidade gerada pelo Estado Social passa-se à criação de um Estado Constitucional regido pela supremacia da Constituição e, por vezes, referido

5 “El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión entre la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *nachstaat* y del *polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 21).

6 BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 42.

7 “O problema principal dos direitos fundamentais de Weimar era o de sua força de validade. Na literatura bramia há um litígio sobre isto, se e em qual proporção as normas de direitos fundamentais, do título de direitos fundamentais, eram meras proposições programáticas sem força vinculativa jurídica” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 98).

como sinônimo de Estado Democrático de Direito⁸, onde se tem a construção de uma dogmática constitucional emancipatória⁹.

Silva afirma que o Estado Democrático se refere à “garantia geral dos direitos da pessoa humana” e não somente de uma classe ou de um grupo determinado de pessoas eventualmente no controle político ou não, fazendo-se aplicar a todos os componentes da sociedade e que, para se materializar, “há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos”¹⁰. Nesse contexto, vale referir o art. 2º da Constituição da República Portuguesa de 1986, segundo o qual o Estado Democrático de Direito é:

Baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democrática, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando à realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

A ampliação ilimitada dos horizontes do Direito Penal para que solucione problemas que outras áreas jurídicas (ou não) não resolvem e dá margem a uma distorção na própria caracterização desse ramo como ciência. A importância do tipo penal e seu significado na estruturação da proteção da sociedade se encontram desgastados.

Dessa maneira, o Direito Penal é chamado para resolver todos os problemas que afligem a sociedade, como meio de pacificar a situação e refletir uma ideia de proteção. Esse caráter simbólico que o Direito Penal adquire se perfaz em consequência da ineficácia que possui para resolver esses problemas para o qual foi eleito, já que:

[...] cuanto más amplio sea el campo del Derecho penal, menos se podrá esperar que éste atienda a cuestiones fundamentales; un Derecho penal

8 “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. Comentário ao art. 1º, *caput*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 113-116).

9 “Na moderna concepção do direito constitucional desenvolveu-se uma renovada linha doutrinária conhecida como dogmática constitucional emancipatória, tendo esta vertente o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da ideia de dignidade da pessoa humana” (CLÈVE, Clemerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15-16, grifos no original).

10 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 119-121.

excesivamente amplio tendrá necesariamente como objeto cuestiones secundarias, al contrario de lo que ocurre con un Derecho penal cuyo núcleo se concentra en intereses vitales de las personas¹¹.

É bem verdade que essa função simbólica pode desenvolver-se levando em consideração que os meios de comunicação, com sua capacidade de chegar ao grande público e de influenciar em sua opinião, atendem aos anseios do legislador, que não está preocupado com o bem comum, mas sim com fins pessoais. Diante disso, o Estado tende a aumentar seu poder repressivo, infringindo, muitas vezes, princípios básicos de um Estado que se quer garantidor, formando-se um paradoxo: de um lado, cidadãos querendo segurança, abrindo mão, cada vez mais, de sua liberdade; e do outro, o Estado “garantidor”, cerceando, cada vez mais, as liberdades, ultrapassando os limites impostos pelos vários princípios e gerando uma grande insegurança jurídica.

2. O Direito Penal “Moderno”

2.1. Proliferação de Leis Penais em Branco¹²

A proliferação de leis penais em branco serve ao esfacelamento do Princípio da Legalidade, que obriga o legislador a determinar a conduta proibida, devendo a lei penal ser prévia, escrita, estrita e certa.

Este princípio está intimamente ligado com os ideários do Iluminismo, tratando de proteger ao cidadão contra o poder de punir ilimitado. Isso ocorre a partir do momento em que há necessidade de serem elencadas, mediante normas, as condutas que não podem ser praticadas e as que devem ser praticadas, surgindo assim a possibilidade de o cidadão conhecer o que pode ou não fazer, assim como surge para o Estado a fundamentação para a possível punição. O que deve ser considerado como crime deve ser elencado de maneira prévia, certa, escrita e estrita. Além disso, é necessário que essa norma tenha tanto vigência quanto validade, ou seja, que tenha seguido os trâmites de elaboração e votação e promulgação exigidos para uma lei ordinária e que tenha conformidade com a Lei Maior.

O princípio fica afetado quando o legislador não estabelece com clareza o suposto de fato, já que sua remissão se fará a uma norma de hierarquia inferior, podendo resultar “riesgos de deslegalización de la materia penal y, en definitiva, de posible ejercicio de competencia legislativa por instancias que no la poseen”¹³.

11 HASSEMER, Winfried. Por qué y con qué fin se aplican las penas? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 3, p. 317-331, 1999, p. 328.

12 Sobre a utilidade e necessidade de sua utilização ver MUÑOZ, Conde, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 5. ed., 2002, p. 38-39.

13 GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, n.16, p. 65-103, 1993, p. 66.

A possibilidade de remissão enfrenta, em primeiro lugar, o problema da normativa reguladora em matéria penal, pois entendemos que sempre afeta direitos fundamentais. Não podemos esquecer que a norma penal tem função de proteção de bens jurídicos, empregando meios de especial gravidade nos casos de ataques mais ofensivos à convivência da sociedade¹⁴.

Outra questão se refere a como podemos articular a garantia da irretroatividade da lei penal em relação à sucessão normativa de leis de hierarquia inferior à qual se remetem as leis penais em branco. Nesse sentido, adverte Silva Sánchez que, da mesma maneira que não se pode aplicar retroativamente uma lei desfavorável, não se pode assegurar que uma norma extrapenal posterior, que atenua os efeitos punitivos, deva ser aplicada ao réu¹⁵.

O único meio de preservar o teor garantista que possui este Princípio é obrigar o legislador a descrever, de maneira mais precisa possível, o núcleo essencial da proibição, ficando, se houver necessidade, à norma de menor hierarquia unicamente os elementos complementários, mas não essenciais e, dessa maneira, o princípio opera como limite da reserva de lei e como mantenedor da seguridade jurídica.

2.2. *O Limite Mínimo e Máximo da Pena como Expressão de uma Finalidade de Prevenção Geral*

Em decorrência das exigências acima citadas, foi necessário estabelecer para cada norma que protegia um bem jurídico, uma pena a ser aplicada. Essa pena abstrata, prevista pelo legislador, deveria ter um mínimo e um máximo que deveria refletir a valoração atribuída ao bem jurídico que estava sendo protegido mediante aquela norma.

Quando a pena passava de um plano abstrato e genérico para um plano concreto e individual, a dosagem deveria levar em consideração a gravidade do delito e as finalidades da sanção a ser aplicada. Em razão disso, o correto seria afirmar que a pena a ser aplicada em razão da individualização feita pela sentença deveria primar pela prevenção geral e especial positivas.

Assim, quando houvesse a imposição de uma pena estaria se confirmando o valor daquele bem jurídico e também buscando que aquele condenado não praticasse mais fatos descritos como crimes, procurando a ressocialização do mesmo.

Mas será que a análise ainda pode ser vista assim? Isso porque o estabelecimento do mínimo e máximo para uma pena sempre esteve ligado à questão de legalidade. Era

14 Sobre a função da normativa penal de proteção de bens jurídicos e de motivação, ver GARCÍA ARÁN, M., op. cit., p.57-65; e FIGUEIREDO DIAS, J., *Direito Penal 2. Parte Geral: As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra, Faculdade de Direito, 1988, p. 43 e ss.

15 SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “leyes penales en blanco”. *Revista Jurídica de Cataluña*, n.1, p. 87-89, 1994.

necessário haver parâmetros para o legislador e aplicador da lei. Mas que parâmetros são esses e em que estão fundados?

É notório perceber que o mínimo e o máximo deixaram de ser uma fundamentação apenas legalista passando para um plano funcionalista, ou seja, a aferição de um mínimo e máximo de pena tem ligação direta com a finalidade que se quer com esses limites.

Diante das últimas alterações e criações feitas pelo legislador penal nos parece claro que a finalidade a ser atingida tem sido a prevenção geral negativa, ou seja, intimidar. Isso reflete a política de emergência e a função simbólica do direito penal.

Ora, se o que buscamos através dos limites impostos à pena é uma intimidação geral, quem poderá nos deter? Quanto é necessário para que essa intimidação realmente aconteça? A pena deve primar por isso?

Se a legalidade foi a causa e fim da introdução de limites para a aplicação da pena, hoje essa mesma legalidade foi reduzida a segunda plano, o que interessa é conseguir através de sanções cada vez mais duras, reprimir a criminalidade crescente, intimidando todos e qualquer um.

2.3. Ampliação dos Limites do Direito Penal e Consequente Ampliação de Leis Penais

A ampliação dos horizontes do direito penal, para que solucione problemas que outras áreas jurídicas não resolvem, dá margem a uma distorção na própria caracterização desse ramo como ciência.

O Direito Penal se configura como uma das instâncias de controle social confirmadora das outras instâncias, devendo ser utilizado somente quando estas se revelem insuficientes para a proteção desses bens jurídicos, que possuem relevância constitucional e necessidade de proteção penal e somente quando haja uma grave lesão a esses bens jurídicos; e também quando quem afeta ao bem jurídico deve ser merecedor de pena (Princípio da Lesividade e da Fragmentariedade).

Nesse sentido, o princípio da intervenção mínima se coloca como o centro de tensão entre o Estado Democrático e o Estado Social, já que no Estado Democrático se tem a identificação com o princípio da intervenção mínima tanto em relação à descriminalização quanto com a redução das penas afitivas; enquanto que no Estado Social se tem a identificação com novas formas de delitos para satisfazer a proteção de interesses coletivos.

O Direito Penal é chamado para resolver todos os problemas que afligem a sociedade, como meio de pacificar a situação e refletir uma ideia de proteção. Esse caráter

simbólico que o Direito Penal adquire é gerado em consequência da ineficácia que possui para resolver os problemas para os quais foi escolhido, já que:

[...] cuanto más amplio sea el campo del Derecho penal, menos se podrá esperar que éste atienda a cuestiones fundamentales; un Derecho penal excesivamente amplio tendrá necesariamente como objeto cuestiones secundarias, al contrario de lo que ocurre con un Derecho penal cuyo núcleo se concentra en intereses vitales de las personas¹⁶.

Como ensina Hassemer:

El Derecho penal y la pena han sido elevados a la categoría de fuente de expectativas para la solución de los grandes problemas políticos y sociales, y la necesidad perentoria de actuar se asocia, para los responsables de calmarla, con el aumento de prohibiciones, intervenciones y sanciones penales¹⁷.

Essa manifestação crescente de produção de leis, aliadas à percepção de que essas leis nascem defeituosas tanto como ao cumprimento das garantias formais como materiais, afeta a um valor intrínseco da vida humana, que é a segurança jurídica¹⁸. O indivíduo, a cada dia, enxerga-se mais limitado em seus direitos e em sua liberdade.

O Direito Penal deve se configurar como uma das instâncias de controle social confirmadora das outras instâncias, devendo ser utilizado somente quando estas se revelem insuficientes para o desenvolvimento normal da sociedade.

O Direito Penal deve proteger, essencialmente, os bens jurídicos fundamentais da sociedade e só intervir quando há uma conduta que lesione gravemente esses bens jurídicos. Daí resulta a relevância constitucional e a necessidade de proteção penal dos bens jurídicos; e que a conduta deve ser merecedora de pena¹⁹.

Assim, o Princípio da Intervenção Mínima se coloca como o centro de tensão entre o Estado Democrático de Direito e o Estado Social porque no Estado Democrático tem-se a identificação com o Princípio da Intervenção Mínima, tanto em relação à descriminalização como com a redução das penas sobre o duplo lema: “menos delitos” y “menos prisão”. Já no Estado Social tem-se a identificação com novas formas de delitos para satisfazer a proteção de novos interesses, como os de natureza coletiva.

16 HASSEMER, W. “¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 3, 1999, p. 328.

17 HASSEMER, 1999, p. 319.

18 Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo. *Actualidade Pena*, n.15/8, 1996, p. 250; MUÑOZ CONDE, Francisco. El «Moderno» derecho penal en el nuevo código penal: principios y tendencias. *La Ley*, n.3, 1996.

19 A respeito da dignidade penal ver ANDRADE, Manuel Costa. *A dignidade penal y la carencia de tutela penal, como referências de uma doutrina teológico-racional do crime*. Coimbra, [s.d.].

2.4. A Questão dos Tipos Penais de Perigo

A criação de novos tipos penais de perigo se dá como forma de antecipar a barreira protetiva do Estado, em razão das transformações tecnológicas que, ao lado do progresso e do bem-estar, também trouxeram riscos²⁰.

Contudo, cabe salientar que não são todos os riscos que são proibidos, há certos riscos que pertencem a uma esfera a qual a sociedade tem que tolerar, por serem necessários e úteis. São os chamados “riscos permitidos”.

Disso resultam inúmeros questionamentos, como: em que medida se pode admitir a atividade perigosa em razão do desenvolvimento técnico, científico e do bem-estar social? Qual o nível tolerável para esses riscos? Qual o critério valorativo para estipular se um risco é permitido?

Esses riscos fazem com que o legislador estenda a área de atuação do Direito Penal, fazendo com que a lei antecipe a incriminação à possibilidade de lesão. Prittwitz se refere a esse caráter expansivo do Direito Penal com um significado tridimensional: ampliação da área de proteção a novos bens jurídicos, antecipação à punição e, com isso, a diminuição nas exigências de reprovação²¹.

Essa antecipação se fará por meio de algumas técnicas legislativas, como: os delitos de perigo abstrato ou concreto²², a elevação a delitos de atos preparatórios ou de formas de participação e os chamados “delitos de obstáculos”²³.

Há, portanto, o abandono do Direito Penal de lesão, próprio do Estado liberal clássico, passando, cada vez mais, a utilizar o Direito penal de perigo, próprio do Estado de prevenção.

Deve-se considerar que, para que haja o menor prejuízo possível aos princípios do Estado Democrático, o legislador deverá atentar para o fato de que tais condutas a serem tipificadas possuem uma probabilidade de lesão, já que o que se deve evitar não é o perigo,

20 Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

21 PRITTWITZ, Cornélius. *Sociedad del riesgo y Derecho Penal*. In: *Material del Programa de Doctorado “Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología”*. n. 6, 2003.

22 No que tange as dificuldades na legitimação constitucional dos delitos de perigo abstrato, SILVA SÁNCHEZ, entende que estes devem ser considerados, tentativa de delitos de perigo concreto, expressamente tipificados. SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida. *La Ley*, n. 3, p. 977 e ss., 1998. Sobre os delitos de perigo abstrato, BARBERO SANTOS, M. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto. ADPCP, p. 488 e ss., 1973. RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid, 1994, p. 238-239; TÓRIO LÓPEZ, A. Los delitos de peligro hipotético. ADPCP, T. XLIV, 1991.

23 Termo utilizado por alguns autores, entre eles MANTOVANI, para designar aqueles delitos que castigam atos que se manifestam como possibilidade para a comissão de outros delitos. Por todos, ver MANTOVANI, F. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1992, p. 236 e ss.

mas sim a lesão ao bem jurídico. Isso é o que legitima a intervenção penal nos delitos de perigo²⁴.

2.5. O Conceito de Bem Jurídico²⁵

Este conceito depende sempre das condições sociais, econômicas e culturais de uma determinada sociedade em um dado momento histórico.

Podemos aceitar que as raízes desse conceito de bem jurídico, que está vinculado ao conceito material de crime, se encontram no período do Iluminismo e vem evoluindo, passando por Birnbaum, Binding, Liszt, Honig e Schwinge, não significando que seja uma linha constante de evolução, mas sim que:

La impresión que la historia del bien jurídico deja es la de un proceso en espiral a lo largo del cual se sucedieron fenómenos de revolución en el sentido etimológico(revolutio), de retorno al que juzgava ya irrepitiblemente abandonado. No menos vincada es la impresión de extrema liquidez y mimetismo del concepto, capaz de asumir los contenidos y desempeñar los papeles aparentemente mas irreconciliables y antinómicos²⁶.

Em sociedades democráticas, o Direito Penal é visto como instrumento de proteção de bens jurídicos e estes operam como limite e fundamento ao direito de punir do Estado.

Esses bens jurídicos, em razão do Estado Democrático, devem ter uma índole social, devem-se proteger os interesses coletivos que afetam a todos os indivíduos²⁷, sem se perder de vista que devem ter como fundamento um bem individual²⁸ e tenham necessidade de tutela penal para que não se estenda a incidência do Direito Penal, já que este somente deve intervir quando uma conduta possa constituir um obstáculo para o exercício dos direitos dos cidadãos.

24 Contrariando esse posicionamento, o que se proíbe não é o perigo de lesão ou a lesão mesma do bem jurídico, e sim a “perigosidade geral”. O risco passaria nesse sentido a ser motivo para o legislador tipificar uma conduta.

25 Sobre os vários conceitos de bens jurídicos ver JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal. – Parte General*, Vol. I, Barcelona, Bosch, p. 9-10; ROXIN, C., “Sentido y Limites de la Pena Estadual”, en *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Madrid, Reus, 1976, p. 21; MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 5ª edición, 2002, p. 59; POLAINO NAVARRETE, M., *El Bien Jurídico en el Derecho Penal*, Universidade de Sevilla, 1974, p. 356.

26 COSTA ANDRADE, M., “A Nova Lei dos Crimes contra a Economia à Luz do Conceito de ‘Bem Jurídico’”, in *Direito Penal Económico*, Coimbra, Centro de Estudos Judiciários, 1985, p. 76.

27 CARBONELL, J.C., “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, en *CDJ*, XXXVI, 1994, Monografía “Intereses difusos y Derecho Penal”, p. 11 y ss.

28 No sentido de que todos os bens jurídicos supra-individuais possuem uma referência individual, *ibidem*, p. 16 e ss.

2.6. Os Fins da Pena

Os fins da pena é algo difícil de diagnosticar, já que, frente ao fracasso da ideia de ressocialização e de uma expansiva ideia de insegurança, vemo-nos novamente diante da ideia de retribuição, que há muito deixou de ter interesse no Direito Penal, uma vez que esta teoria entendia a pena como um fim em si mesmo, sem uma finalidade.

Na atualidade, há uma conjugação de finalidades porque se reconhece que esta deve ter uma finalidade, ao menos de prevenção general.

2.6.1. Retribuição

Não há como negar que essa finalidade está presente sempre que se comina ou se aplica uma pena. A nossa sociedade, apesar de ter evoluído e passado por tantas Revoluções, em que se pregava a humanização, o respeito ao outro, a igualdade, a liberdade, não conseguiu se desvencilhar da ideia de vingança e consequentemente de aplicação de pena privativa de liberdade.

Para contribuir ainda mais, temos o fracasso da ideia de ressocialização e de uma expansiva ideia de insegurança que nos traz mais uma vez à Teoria da Retribuição.

A pena é a expiação dos pecados, é o acalento para a sociedade. O que vemos são Códigos Penais cada vez mais repressivos, reduzindo o âmbito de aplicação das penas alternativas com a consequente ampliação da pena de prisão.

2.6.2. Prevenção Geral

Em sua vertente negativa, a pena é uma mensagem à sociedade, com o fim de proteger bens jurídicos. Pode derivar de uma ideia de ameaça e causar um terror penal.

Essa ideia de mais ameaça, mais pena e menos tolerância está precisamente incursa na Teoria da Tolerância Zero, segundo a qual se castigam pequenos delitos, atacando-se o mal pela raiz, considerando que a sensação de insegurança se deve mais a esses pequenos delitos. Contudo, há que ter em conta que os pequenos delitos estão relacionados às condições sociais, fazendo com que essa política de Tolerância Zero criminalize mais a pobreza.

As penas tendem a ser graves, desproporcionais ao delito e à culpabilidade e, mesmo assim, não conseguem ser eficazes.

Sua vertente positiva teria mais vantagens se fosse bem aplicada. Vende-se ao cidadão uma ideia de insegurança e, depois, cria-se uma norma para estabilizar e tranquilizar os cidadãos. Isso nos vai aproximando do retribucionismo.

2.6.3. Prevenção Especial

Em razão de a culpabilidade estar baseada na ideia de liberdade de vontade, não se questiona qual influência teve o entorno social para quem se torna um delinquente, simplesmente diz que era livre, cometeu o crime e precisa ser reabilitado. Não será hora de nos perguntamos: Quem estamos mandando para a prisão? E por quê? Necessitam da prisão?

A crise na ideia de ressocialização é tamanha que, diante da impossibilidade de conseguir tal intento, contenta-se com as simples ideias da não dessocialização e da incapacitação. É o reconhecimento da impotência do Estado diante do homem criminoso.

A ideia da não dessocialização se desloca para dois pontos: o indivíduo que ingressa no sistema penal não deve sair pior do que entrou; e, se possível, como o sistema carcerário nada mais é do que um perpetuador de condutas ilícitas, deve-se apelar para as alternativas à prisão.

A ideia da inocuidade, uma mera custódia e controle para evitar novos delitos, se faz por meio da aplicação das seguintes teorias:

- a) Teoria *Selective Incapacitation*: enquanto o preso está na prisão, não reincide, não coloca em perigo a sociedade; assim, quanto mais tempo esteja na prisão melhor. Sem embargo, por uma razão de economia, devem-se selecionar os indivíduos que cometem a maior parte dos delitos, que tem maior probabilidade de reincidência, os que são especialmente perigosos, cabendo perguntar, nesse ponto, como se deve determinar essa maior perigosidade;
- b) Teoria *Three Strikes and you're out*: depois do cometimento dos delitos, o terceiro se deve castigar mais gravemente porque demonstra que é incorrigível. O que demonstra uma afronta ao Princípio “*non bis in idem*”.

Há uma diminuição ou quase anulação da tolerância perante um fato praticado descrito na lei como crime. Essa ideia de mais ameaça, mais pena e menos tolerância está precisamente disciplinada em outra teoria, a da *Tolerância Zero*, que criminaliza cada vez mais a pobreza.

3. Conclusões

A sociedade, na medida de suas necessidades, foi criando e definindo o comportamento de seus componentes, enquadrando-os de acordo com os valores de cada época, tendo sempre em consideração a ideia de força.

Parece claro que a ideia da justiça do Direito está intimamente ligada à legitimidade do poder, considerando assim que o poder sem direito é cego e o direito sem poder é vazio.

Com as transformações ocorridas na sociedade se faz sentir uma nova forma de ver o direito e, sobretudo, o Direito Penal. O cidadão se sente inseguro mediante um panorama de violência e cobra do Estado uma efetiva intervenção para erradicação, ou pelo menos, de um ponto de vista mais realista, para a diminuição da violência e dos conflitos sociais.

Em nosso entender, o cidadão parte da ideia que entre ter uma liberdade aparente com pouca ou nenhuma segurança - e dizemos aparente porque vivemos em uma sociedade onde os conflitos sociais colocam em perigo os bens imprescindíveis para o desenvolvimento da pessoa e não há uma confiança mútua entre os participantes de um mesmo conglomerado social - e uma maior intervenção do Estado em seu direito de liberdade em favor de uma maior segurança, o cidadão não vê outra possibilidade que optar em abrir mão de uma (grande) parcela de liberdade em favor de uma maior segurança.

No entanto, essa eficácia que o cidadão busca não pode ser encontrada em um maior endurecimento do Direito Penal, este eleito como primeiro e único meio de combate aos desvios da sociedade.

A manutenção de um Estado Constitucional e Democrático, que possui na sua Carta Maior um catálogo de direitos e garantias e, ainda, como fundamento o Princípio da Dignidade da Pessoa, requer que o direito de punir de um Estado sofra inúmeras limitações. E isso, por várias razões, dentre as quais:

- a) O Estado, por ter legitimidade para intervir nos casos de ataques aos bens jurídicos protegidos, precisa usar moderadamente desse direito que lhe foi conferido para que não acabe se igualando ao criminoso, perdendo, assim, a sua legitimidade perante a sociedade e perante o próprio criminoso;
- b) O Estado está delineado pelos contornos da democracia, do liberalismo, do social e do garantismo, não podendo, assim, ultrapassar a barreira criada pela Constituição quando da previsão de inúmeros direitos e garantias assegurados aos cidadãos, entre eles o direito à liberdade e à presunção de inocência;
- c) O Estado somente pode intervir nos casos de ofensas aos bens jurídicos por meio de um devido procedimento, respeitando o acusado como cidadão, independentemente da acusação que lhe recai. Nesse sentido, o Estado, como órgão acusador, precisa estar na mesma posição que o acusado para que se possa realmente assegurar o princípio da igualdade processual. Além disso, como órgão julgador, o Estado nunca poderá perder de vista que, antes de possuir o adjetivo acusado, ele próprio é o substantivo, o cidadão;
- d) Para a possível aplicação de uma sanção é necessário que se observem os princípios e garantias, dispostos na Lei Maior para o processo penal, entre eles, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, o direito à prova e à presunção de inocência;

- e) O Estado não deve aplicar penas indeterminadas e cruéis ou tratamentos forçados, pretendendo, assim, a ressocialização ou a reabilitação do condenado. O princípio da dignidade humana, mais uma vez, terá um papel importantíssimo nesse momento de individualização da resposta penal porque enseja a ideia de que se deve respeitar a personalidade e a autodeterminação de cada um;
- f) Também devem ser respeitadas, quando da aplicação de uma pena, as finalidades de prevenção;
- g) E, sobretudo, o agente deve ser responsabilizado pelo que fez e não pelo que é ou pelo que pensa.

Em resumo, poderíamos dizer que o direito de punir está limitado a quatro situações: no funcional, devendo respeitar os limites do devido processo legal; no objetivo, vinculado à ordem jurídica como um todo; no subjetivo, porque somente pode ser exercido pelo Estado, sendo um direito indelegável; e no material, já que deve respeitar os princípios informadores.

De tudo isso, fica claro perceber que a crise que envolve o sistema punitivo se apresenta em várias dimensões: na eficiência, na legitimação social e na ética.

4. Referências

- ALEXYS, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ANDRADE, Manuel Costa. **A dignidade penal e a carência de tutela penal, como referências de uma doutrina teológico-racional do crime**. Coimbra, [s.d.].
- _____. A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de ‘Bem Jurídico’. In: **Direito Penal Económico**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985, p. 76-85.
- BARBERO SANTOS, M. *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*. **ADP-CP**, p. 488 e ss., 1973.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Lucia Guidicini y Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- BERGALLI, Roberto. *Conflicto social y control penal*. **RFDUC**, n. 11, 1986, p. 99-115.
- BITENCOURT, Cezar. **Tratado de direito penal: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

- CALSAMIGLIA, Alberto. *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel, 1990.
- COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- DE LUCAS, Javier (coord.). *Introducción a la teoría del derecho*. 3. edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal 2: parte geral: as consequências jurídicas do crime**. Coimbra: Faculdade de Direito, 1988.
- _____. **Liberdade, culpa e direito penal**. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*. Tradução de Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2001.
- _____. El derecho como sistema de garantías. In: **Jueces para la Democracia**. Barcelona, 1992, p. 16-17.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, n.16, p. 65-103, 1993.
- GRAY, John. **Liberalismo**. Tradução de María Tereza de Mucha. Madrid: Ed. Alianza, 1994.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Ed. Bosch, 1984.
- _____. *Por qué y con qué fin se aplican las penas?* **Revista de Derecho Penal y Criminología**, n. 3, p. 317-331, 1999.
- MANTOVANI, F. *Diritto penale: parte generale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1992, p. 236 e ss.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ed. Ariel, 1994.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- MORALES, Ángel Garrorena. *Teoría de la constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. El “moderno” derecho penal en el nuevo código penal: principios y tendencias. *La Ley*, n.3, 1996.

- _____; GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2002.
- _____; HASSEMER, WINFRIED: *Introducción a la criminología*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2001.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal*. Universidad de Sevilla, 1974.
- PRITTWITZ, Cornélius. *Sociedad del riesgo y Derecho Penal*. In: *Material del Programa de Doctorado “Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología”*. n. 6, 2003.
- RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid, 1994.
- ROXIN, Claus. *Acerca del desarrollo reciente de la política criminal*. CPC, n. 48, p. 795-810, 1992.
- _____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2000.
- _____. *Sentido y Límites de la Pena Estadual*. In: *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus, 1976.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Ed. J. M^a Bosch, 1992.
- _____. *Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida*. *La Ley*, n. 3, p. 977 e ss., 1998.
- _____. *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “leyes penales en blanco”*. *Revista Jurídica de Cataluña*, n.1, p. 87-89, 1994.
- _____. *Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo*. *Actualidade Pena*, n.15/8, p. 250, 1996.
- _____. *Reflexiones sobre las bases de la política criminal*. In: *Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Tório López*. Granada: Ed. Lomares, 1999. p. 209-217.
- _____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. Comentário ao art. 1º, *caput*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TÓRIO LÓPEZ, A. *Los delitos de peligro hipotético*. **ADPCP**, T. XLIV, 1991.
- VERGARA, Francisco. *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*. Versión de Javier Cid. Madrid: Ed. Alianza, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Ed. Ediar, 1981. V. III e IV.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COM TRATAMENTO PSQUIÁTRICO E PSICOLÓGICO PARA ABUSADORES

MIRZA MARIA PEDROSA PORTO DE MENDONÇA

Doutora em Direito pela Universidad Del Museo Social Argentino. Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professora da Universidade Católica de Pernambuco. Advogada. E-mail: mirzaporto@bol.com.br

Resumo

A pesquisa realizada teve como objetivo investigar a opinião de profissionais das áreas do direito e da saúde sobre o perfil do abusador sexual de crianças no âmbito familiar e a eficácia do tipo de penalização que ele sofre. Esse tipo de crime tem como sujeito ativo alguém que, provavelmente, não goza de sanidade mental suficiente para controlar a sua inclinação para a ilicitude, podendo ou não ser classificado como doente mental. A investigação abrange a incidência e os efeitos desse acontecimento na vida intrafamiliar. Versa sobre essa temática com o objetivo de estabelecer um novo paradigma jurídico no âmbito das penas na esfera mais particular do direito penal. O trabalho almeja demonstrar a relevância social do tema e a necessidade de um efetivo agasalho normativo para os abusadores sexuais, principalmente os intrafamiliares e realiza uma proposta clara de alteração legislativa no que se refere a esse tipo de crime, postulando a necessidade de adequar a lei à realidade fática. Argumenta que o tratamento psicanalítico dos agressores como forma de pena é mais importante do que a simples privação da liberdade. Defende que a legislação vigente é incipiente e inadequada para esses casos, sendo esta opinião corroborada por um significativo número de especialistas. Não se pretende com isso defender o criminoso que pratica o abuso sexual, mas buscar soluções para a impunidade e o respeito ao princípio da individualização da pena.

Palavras-chave

Abuso sexual; Vítima; Abusador; Penalização; Tratamento.

Abstract

The research aimed to investigate the opinion of professionals in law and health areas on the profile of the sexual abuser of children within the family and the effectiveness of the type of penalty he suffers. The offender is someone who probably does not enjoy enough sanity to control its inclination to unlawful and may or may not be classified as

mentally ill. The research covers the incidence and effects of this event on intra-family life. Deals with this issue in order to establish a new legal paradigm in the context of the penalties in the most private sphere of criminal law. The work aims to demonstrate the social relevance of the topic and the need for an effective regulatory sweater for sexual abusers, especially the intra-family and makes a clear proposal for legislative changes with regard to this type of crime, arguing the need to adapt the law the objective reality. It argues that psychoanalytic treatment of offenders as a means of punishment is more important than the simple deprivation of liberty. It argues that the current legislation is incipient and inadequate for such cases and this opinion supported by a significant number of experts. This is not to defend this criminal who practice sexual abuse, but to seek solutions to impunity and respect for the principle of individualization of punishment.

Key words

Sexual abuse; Victim; Abuser; Penalty; Treatment.

1. Introdução

Este artigo contempla parte dos estudos da tese *EL OTRO LADO DEL ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR: UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO* (Mendonça, 2014). Versa sobre a temática do abuso sexual, com análises que visam a estabelecer um novo paradigma jurídico no âmbito das penas, na esfera mais particular do Direito Penal. Contudo, não se pretende limitar o estudo do tema, pela abrangência das situações que envolvem família, sentimentos e desvios psicológicos. Assim, devido à complexidade da questão, abordará o perfil psicocriminal de agentes do abuso sexual no seio familiar e a visão sociocriminal do abusador.

O fenômeno foi visto a partir de um corte metodológico que aborda o fato do abuso restrito ao âmbito familiar, situação em que ocorre com maior frequência, independentemente de raça, credo, condição social, nacionalidade ou formação cultural.

2. Família, os Princípios Constitucionais e o Abuso Sexual

A organização da sociedade dá-se em torno da estrutura familiar e não em torno de indivíduos ou de pequenos grupos. Num conceito amplo, família é o organismo formado por todas as pessoas ligadas por um vínculo de sangue, ou seja, todas as pessoas originadas de um tronco ancestral comum, o que significa que, dentro dessa órbita, estão inclusos todos os parentes consanguíneos.

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Trata-se de instituição necessária e

sagrada para o desenvolvimento da sociedade como um todo e, por isso, é merecedora de ampla proteção do Estado (GONÇALVES, 2005:12).

O que prevalece no Direito de Família é seu conteúdo personalíssimo, focado numa unidade ética e social. Desse modo, caso as normas sejam violadas, poderá ocorrer a suspensão ou a extinção do poder familiar, a dissolução da sociedade conjugal, ou seja, a cessação dos direitos exercidos pelos membros de uma família entre si e na sociedade (GONÇALVES, 2005: 2). Assim, o conteúdo do Direito de Família foca no estudo acerca de casamento, união estável, filiação, alimentos, poder familiar e outros. A esse respeito, Maria Berenice Dias destaca:

O direito das famílias – por estar voltado à tutela da pessoa – é personalíssimo, adere indelevelmente à personalidade da pessoa em virtude de sua posição na família durante toda a vida. Em sua maioria é composto de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis. (DIAS, 2009: p. 35).

2.1. *Princípios Constitucionais e Família*

Os princípios revestem-se de grande relevância, porque marcam, basicamente, todo o sistema jurídico. São as proposições genéricas que informam a ciência e que proporcionam as bases valorativas sobre as quais se constrói o sistema jurídico.

O Código Civil brasileiro, buscando adaptar-se à evolução social, à boa-fé e à função social dos direitos, incorporou mudanças legislativas e trouxe consigo ampla regulamentação dos aspectos essenciais do Direito de Família à luz dos princípios e normas constitucionais, dando guarida ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Paulo Bonavides,

“Os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei”. (Apud DIAS, 2009:56).

2.1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

É indiscutível a importância do princípio da dignidade humana, tanto em sentido amplo quanto em sentido mais restrito, como esteio dos sistemas jurídicos em geral e, em particular, do sistema constitucional brasileiro.

Nesta abordagem sobre a violência, suas consequências e a ingerência do poder judiciário, não se pode dissociar o enfoque dos direitos humanos, também em relação

ao abusador, pois o agente que pratica o delito também deve ter seus direitos humanos respeitados. Isso está acontecendo? Será que a dignidade humana do abusador sexual é completamente ignorada? É fundamental que se busque uma decisão legislativa para a minimização de um problema que vem sendo ignorado pela Justiça.

Com esteio nesse entendimento, é que se pronuncia o jurista Ingo Wolfgang Sarlet:

Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio ou direito fundamental não deva ser superestimada, já que não se trata de conceitos necessariamente antitéticos e reciprocamente excludentes, não só, mas também, pelo fato de que as próprias normas de direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição encontrarem – pelo menos em grande parte – seu fundamento na dignidade da pessoa humana, também é possível reconhecer que do próprio princípio da dignidade da pessoa podem e até mesmo devem ser deduzidas posições jusfundamentais (direitos e deveres), ainda que expressamente positivadas, de tal sorte que, neste sentido, é possível aceitar que se trata de uma norma de direito fundamental, muito embora daí não decorra, pelo menos não necessariamente, a existência de um direito fundamental à dignidade. (SARLET, 2011:574).

Pode-se dizer que o princípio da dignidade humana é a base para a boa convivência entre os membros da entidade familiar, pois dele advieram os demais direitos de família. Importante ressaltar o respeito à dignidade humana como sendo a base de todos os direitos nacionais, uma vez que viver dignamente é respeitar os limites de cada um, a fim de proporcionar uma boa relação familiar e social.

2.2. *A Organização Familiar e a Proteção à Criança e ao Adolescente*

A família é uma entidade histórica, interligada aos rumos do desenvolvimento da humanidade, mutável na exata medida em que se modifica a cultura e a arquitetura da própria história através dos tempos. Qualquer que seja a sociedade que se queira estudar – antiga ou moderna, oriental ou ocidental –, dois polos serão sempre referidos: o econômico e o familiar.

De acordo com o entendimento de Dias (1997:35):

Cada vez mais a ideia de família se afasta da estrutura do casamento. A possibilidade do divórcio e o estabelecimento de novas formas de convívio revolucionaram o conceito sacralizado de matrimônio. A existência de outras entidades familiares e a faculdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na própria família. Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais.

Conforme Saraiva (2005:34), no Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, encontram-se os fundamentos dos três grandes sistemas de garantias (primário, secundário e terciário) que estabeleceram as diretrizes para uma política pública que prioriza as crianças e os adolescentes, reconhecendo a sua condição de pessoa em processo de desenvolvimento. São eles:

Sistema primário – refere-se às políticas públicas de caráter universal para atendimento a toda a população infanto-juvenil brasileira sem quaisquer distinções (traduzido especialmente pelos arts. 4º, 86 e 87, do ECA):

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

- I. Políticas sociais básicas;
- II. Políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem;
- III. Serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;
- IV. Serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;
- V. “Proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente”.

Sistema secundário – possui natureza preventiva e abrange as medidas de proteção dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, que sejam vítimas

e cujos direitos fundamentais foram violados (especialmente os arts. 98 e 101). Essas medidas protetivas são aplicáveis às crianças e aos adolescentes vitimados.

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I. Por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II. Por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III. Em razão de sua conduta.

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I. Encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II. Orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III. Matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV. Inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V. Requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI. Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII. Acolhimento institucional;
- VIII. Inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX. Colocação em família substituta.

(Parágrafos 1º. ao 12 – ver no texto oficial)

Sistema terciário – trata das medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes em conflito com a lei por terem cometido atos infracionais, ou seja, aqueles que passam da condição de vitimizadores a vitimizados (refletido especialmente nos arts. 103 e 112 (SAPIENZA e PEDROMÔNICO, 2010:106).

Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I. Advertência;
- II. Obrigação de reparar o dano;
- III. Prestação de serviços à comunidade;

- IV. Liberdade assistida;
- V. Inserção em regime de semiliberdade;
- VI. Internação em estabelecimento educacional;
- VII. Qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Pela legislação brasileira, o direito à proteção especial às crianças e adolescentes abrange os aspectos relativos ao trabalho, com idade mínima de 14 anos para a admissão, aquisição de direitos trabalhistas e previdenciários; garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; conhecimento da atribuição de ato infracional com defesa técnica por profissional qualificado; respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, obedecendo aos princípios da excepcionalidade na aplicação de medidas privativas de liberdade; estímulo do poder público para o acolhimento por guarda de órfãos ou abandonados; acesso a programas de prevenção e atendimento especializado aos dependentes químicos. Além disso, a lei prevê a punição contra o abuso, a violência e a exploração sexual infanto-juvenil (SARAIVA, 1999:76).

3. O Abuso Sexual

De acordo com Parisotto (2001), existem quatro categorias distintas de abuso sexual: a pedofilia, o estupro, o assédio sexual e a exploração sexual profissional. Dessa forma, a psicologia caracteriza o abuso sexual pelo não consentimento da criança na relação sexual com o adulto ou em qualquer contato físico com propósito sexual. Também se considera abuso sexual a coerção ou a submissão de menor à exposição de estímulos sexuais inapropriados para a sua idade e desenvolvimento psicológico e/ou intelectual, ou a jogos de sedução afetiva perpetrados pelo abusador.

Ainda, segundo Furniss (1993:19):

O abuso sexual pode ser considerado uma Síndrome de Segredo, pois, na maioria das vezes, as crianças encontram dificuldades em revelar o que lhes aconteceu. Uma das razões para isso é a falta de preparo de quem recebe a denúncia para lidar com o tema. [...] é necessário que o profissional tenha capacidade pessoal e profissional para lidar com o assunto, assim como uma estrutura de apoio.

O abuso sexual contra crianças e adolescentes ocorre com uma frequência assustadora e é considerado no Brasil como um problema de saúde pública que “vitimiza”. Percebe-se, pelos casos divulgados nos meios de comunicação, que o tabu, o esconderijo dos casos está sendo quebrado. Infelizmente, também pode ser percebido que a punição ao abusador não está sendo adequada.

Está claro que o descaso político com relação a esses casos que atormentam a sociedade tem levado a indagações a respeito da eficácia do Direito Penal e da punição que está sendo proposta para esses abusadores.

Atualmente, a violência é um dos piores problemas enfrentados pela sociedade. Manifesta-se das mais diversas formas. Embora presentes ao longo dos tempos, somente nos dias de hoje, frente à consciência da relevância dos direitos humanos, tornou-se prioridade combatê-la.

Violência é “o ato ou efeito de violentar, de empregar força física (contra alguém ou algo) ou intimidação moral contra (alguém)” (HOUAISS, 2010:866).

Pode-se afirmar que violência doméstica contra menores de idade:

“Representa todo ato ou omissão, praticados por pais, parentes ou responsáveis, contra crianças e adolescentes que – sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima – implica, de um lado, uma transgressão do poder/dever de proteção do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, isto é, uma negação do direito que crianças e adolescentes têm de serem tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. (GUERRA, 1998:32).

Já a violência sexual ou a exploração sexual, conceituada genericamente, significa “o ato sexual, relação hetero ou homossexual entre adulto e criança ou adolescente, objetivando utilizá-la para obter uma estimulação sexual.” (GUERRA, 1998:32).

É também definida como:

“... envolvimento de crianças e adolescentes, dependentes e imaturos quanto ao seu desenvolvimento, em atividades sexuais que não têm condições de compreender plenamente e para as quais são incapazes de dar o consentimento informado ou que violam as regras sociais e os papéis familiares. Incluem a pedofilia, os abusos sexuais violentos e o incesto, sendo que os estudos sobre a frequência sexual violenta são mais raros do que os que envolvem violência física.” (GUERRA, 1998:33).

3.1. O Abusador Sexual

No Brasil, são poucos os estudos sobre o perfil dos abusadores, daí a necessidade de tentar defini-lo para os fins desta análise.

O abusador, em sua grande maioria, nega o ato violento, a severidade do abuso, a natureza abusiva da ação, os efeitos prejudiciais do abuso à vítima e a responsabilização pelo crime. São pessoas que apresentam dificuldades em manter relações íntimas e dificuldades emocionais, podendo ou não apresentar quadro patológico definido.

Segundo Moura (2007), o vitimizador sabe que seu ato é errado e, aparentemente, não consegue controlar-se, entretanto o abuso não gera prazer ao abusador, e sim alívio da ansiedade. Geralmente, são compelidos à repetição.

O abusador pode ser violento, porém quase sempre usa a violência de forma silenciosa ou velada, no entanto, sente medo e negará o abuso quando denunciado. A mesma autora refere que o maior dano à criança é a concretização de suas fantasias sexuais, que deveriam permanecer em seu imaginário.

Quando ocorre dentro do seio familiar (o abusador é o pai ou padrasto, por exemplo), o processo é bastante complicado. Normalmente, interna-se a criança para sua proteção, e toda uma equipe trabalha com o clareamento da situação. Por vezes, o abusador espanca a criança e esta necessita ser tratada fisicamente. A família se divide entre os que acusam o abusador e os que acusam a vítima, culpando esta última pela participação e provocação do abuso. O tratamento, então, é inicialmente direcionado para a intervenção em crise (JARDIM, 2009:92). O abusador, a vítima e a família devem ser tratados a longo prazo. É evidente que o fato de o abuso de crianças ser um crime, o tratamento do abusador torna-se mais difícil. Por isso, deve ser feito em paralelo com a pena.

Assim, ao acusar o agente, a principal sanção que a população anseia é a prisão, quando não aspira à castração química. É crença errônea, arraigada na consciência do povo brasileiro, a de que somente a prisão configura a resposta penal. A pena privativa de liberdade, quando aplicada genericamente a crimes grave e leves, o que Michel Foucault chamaria de punição generalizada (apud. BECCARIA:69), só intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade, com um agravante: a precariedade dos estabelecimentos prisionais no Brasil propicia o convívio indistinto de pessoas de periculosidades diversas, constituindo-se estes em autênticas universidades do crime organizado, onde os detentos assimilam as sofisticadas condições e técnicas voltadas para a prática criminosas.

Segundo Zaffaroni, “a ressocialização está longe de ser objetivo da pena de prisão. Perdeu-se muito a bússola da ressocialização não sendo mais possível considerá-la utopia, algo irrealizável ou algo absurdo, aquilo que jamais poderá ser feito porque está em oposição à lógica”. (ZAFFARONI, 2004:31)

A problemática do abuso sexual, principalmente o interfamiliar, não pode ser restrita ao ponto de vista jurídico. É um assunto a ser esclarecido com apoio de outras áreas do conhecimento, a fim de que o juiz possa julgar de acordo com o princípio da verdade real, fundamentado pela equidade. Muitas são as tentativas de compreensão teórica do abuso

sexual, de seu causador e da situação dessa violência dentro de um contexto mais amplo, o que requer uma abordagem interdisciplinar. O vitimizador deveria receber acompanhamento terapêutico com profissionais da área de saúde mental, tais como psicólogos e psiquiatras, e não ficar apenas relegado à aplicação de uma pena que limite sua liberdade.

A maioria dos agressores são pessoas comuns que mantêm preservadas as demais áreas da personalidade, defende Lencarelle (2002:60). Podem ser bons profissionais e ter destaque na sociedade. Trata-se, no entanto, de pessoas perversas, que utilizam estratégias e disfarces, mostrando-se muitas vezes autoritárias ou moralistas.

Outro ponto observado por Lencarelle é que há possibilidades de evoluir de uma situação de abusado (a) a abusador (a) na idade adulta, em decorrência da prática sexual precoce e suas implicações psicológicas, permanecendo com isso na cena traumática da agressão sexual (LENCARELLI¹, 2002:61).

Segundo Alberto França Jardim, existem quatro tipos de abuso sexual: pedofilia, estupro, assédio sexual e exploração sexual profissional. Seja qual for o tipo de abuso perpetrado, há necessidade de tratamento tanto dos abusadores, quanto das vítimas.

Diante dos objetivos do artigo, tratar-se-á dos abusadores sexuais intrafamiliares.

As causas do abuso são variáveis. O molestador geralmente justifica seus atos, racionalizando que está ofertando oportunidades à criança de desenvolver-se no sexo, ser especial e saudável, inclusive praticando sexo com a permissão desta. Como ressalta JARDIM (2009:91), pode envolver-se afetivamente e não ter qualquer noção de limites entre papéis ou de diferenças de idade.

Cabe sintetizar, um dos tipos de classificação estabelecido por autores que tratam da matéria:

a) Pedófilo abusador:

O tipo mais comum de pedófilo abusador é o indivíduo imaturo.

b.1.1) Pedófilo molestador

A característica marcante do pedófilo molestador é o padrão de comportamento invasivo com utilização frequente de violência. Tem prazer imenso em seduzir, diminuindo, assim, seus problemas com a baixa autoestima, que provavelmente o acometem, e mantém várias vítimas seduzidas em estágios diferentes, esperando sua ação. A internet é um meio de busca de alvos bastante comum para esse tipo de agressor, cujo comportamento sexual é composto de sexo oral e vaginal. O uso de pornografia infantil melhora seu desempenho e a conquista da vítima. É frequente

¹ Disponível em: [http://www.abrapia.org.br/antigo/textos/ Artigos/O perfil psicológico do abusador.htm](http://www.abrapia.org.br/antigo/textos/Artigos/O%20perfil%20psicol%C3%B3gico%20do%20abusador.htm)

esse tipo de molestador infantil colecionar filmes caseiros e/ou fotografias das crianças que foram suas vítimas;

b.1.2) Molestador situacional inescrupuloso (moral ou sexual) -

Esse agressor abusa de quem está disponível para satisfazer suas necessidades sexuais e o fato de atacar crianças faz parte desse contexto, não sendo a sua prioridade;

b.1.3) Molestador situacional inadequado –

Alguns autores enfatizam a possibilidade de que esse tipo de molestador sofra de alguma forma de transtorno mental (retardo mental, senilidade etc.) que o impossibilita de perceber a diferença entre certo e errado em suas práticas sexuais, ou seja, o caráter delituoso de seus atos;

b.2) Pedófilo molestador preferencial -

Para o molestador desse grupo, a gratificação sexual só será alcançada se a vítima for uma criança. A característica marcante desse tipo de molestador é a violência extrema, que chega até o homicídio. Ele pode ser do tipo: sedutor, sádico e introvertido;

b.2.1) Pedófilo molestador preferencial sedutor, esse perfil representa um dos grupos mais perigosos, visto ser difícil para a criança escapar das suas mãos. Geralmente ele corteja, presenteia e seduz seus alvos e é capaz de percorrer qualquer distância para alcançá-los;

b.2.2) Pedófilo molestador preferencial sádico –

Esses agressores pretendem molestar crianças com o expresso desejo de machucá-las. Seu excitação sexual é diretamente proporcional à violência, que pode ser fatal.

b.2.3) Pedófilo molestador preferencial introvertido –

É um indivíduo que prefere crianças, mas não tem habilidade pessoal para seduzi-las. Tipicamente, mantém mínima comunicação verbal com a criança que escolhe.”².

O seio da família é profundamente atingido pelo vitimizador sexual. Quem é esse vitimizador? O que o leva a abusar sexualmente dos seus entes?

Como fruto de investigação, destaca-se o perfil do abusador, visto por GUTIERREZ:

“El abusador sexual dentro de la familia, de manera notable, asumirá un papel dominante, de neto corte autoritário, imponiendo una rígida

2 SERAFIM, Antonio de Pádua, SAFFIL, Fabiana, RIGONATTI Sérgio Paulo, CASOY Ilana, BARROS, Daniel Martins, Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças, Disponível em: <http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol36/n3/pdfs/105.pdf>, acesso em: 21 de junho de 2013.

disciplina, a fuerza de golpes, vejaciones e castigos. Sin embargo, también como constante, suelen verse evidentes distinciones de trato, entre hijos e hijas, abusados o no sexualmente, recibie las primeras prebendas o pseudo privilegios (en cuanto a alimentación, vestimenta, salidas con el abusador, y libertades, dentro de la dinámica de familia, etc.). El sujeto intenta practicar un eficaz control sobre la vida de los demás. Aparecen como individuos de marcada rigidez, meramente superficial, profundamente infelices y solitarios, cerrados, inclusive a mantener amistad con otras personas (conocidos de su trabajo o actividad, por ejemplo).” (GUTIERREZ. 2007:57)

A ausência de uma preocupação mais específica com a identificação do caráter e das condutas do vitimizador, dos significados atribuídos por ele à prática da violência, caracteriza negligência e omissão das políticas públicas no sentido de prevenir a reincidência desse tipo de delito, de favorecer a ressocialização do abusador e de alcançar a cura, vez que existe essa possibilidade, em alto percentual, conforme afirma o psicodramaticista Maher Musleh (2008).

A maioria das pessoas, ao ouvirem a expressão “abusador sexual”, geralmente tem a imagem de uma pessoa “diferente”, um “tarado”, um “depravado”, um “escroque doméstico”, uma “besta”, um “bicho”, uma pessoa esquisita, cheia de hábitos estranhos. No entanto, essa ideia não corresponde à realidade. As criações imaginárias e preconcebidas pelo grupo social com referência ao aspecto do abusador são equivocadas, uma vez que, regra geral, o abusador sexual é uma pessoa que tem aparência comum, é socialmente adequada, um verdadeiro cavalheiro e, por que não dizer, um sedutor.

Colocando em destaque o último adjetivo (sedutor) referente ao abusador, torna-se importante relatar trechos de uma conversa com um médico psicanalista, responsável pelo acompanhamento de um abusador sexual intrafamiliar:

M.S.

“Tive a oportunidade de atender a um abusador apenas. Ele era de classe média. Foi em hospital da rede pública. Ele era um sedutor. Com a continuidade das sessões ele começou a ter uma postura de quem pretendia me seduzir; relatei a conduta em reunião de grupo de profissionais. Não tive condições de continuar a atendê-lo. Não tenho como diagnosticar. Relatou durante uma das sessões que havia sido abusado na infância.”

Na tese, afirma-se, com segurança, que o vitimizador pode pertencer a qualquer classe social, e ter elevado grau de instrução. Pode o abusador ter alto poder aquisitivo, e ser encontrado entre médicos, autoridades, empresários, professores e outros, sendo descabido o conceito de que o abuso sexual intrafamiliar só é perpetrado por pessoas de baixa renda, ou pouco intelectualizadas.

Na prisão, tida como uma verdadeira máquina deteriorante, o vitimizador está exposto a uma marginalização social e, sem condições adequadas de ressocialização, há a certeza da reincidência, uma vez que não recebem identificação de suas enfermidades e, muito menos, o tratamento adequado para uma reabilitação mental.

3.2. *Um Problema Social*

É fundamental compreender que não é possível apenas pensar utopicamente em um mundo mais igualitário e justo. É necessário transformar o sonho em realidade coletiva, enfrentando a situação de violência sexual intrafamiliar, que emerge nas sociedades pós-modernas, apesar de sempre ter existido no curso da história. É preciso sair do silêncio e tornar pública essa questão. Afinal de contas, trata-se de um problema que pode afetar a vida de cada um e deve ser pensado por todos. É necessário ainda assegurar direitos, respeito à dignidade, em todas as vertentes.

A violência sexual intrafamiliar causa danos físicos, emocionais, morais, espirituais. Infelizmente, são observados apenas os seus efeitos e consequências causados às vítimas. Não há verificação das causas ou do perfil dos causadores.

As famílias têm diferentes histórias, realidades socioeconômicas e culturais. Cada uma tem o seu jeito próprio de viver. Consequentemente, a violência intrafamiliar assume as mais variadas formas. Essa característica torna impossível generalizar o abuso sexual praticado no seio das famílias. Não é possível, portanto, atribuir causas idênticas e penalidades semelhantes aos abusadores. Nesse tipo de prática, a penalidade aplicada deve observar a conduta do agente, para identificar o tipo de tratamento a ser imputado ao mesmo.

Ao se encarar o papel social, político e jurídico do Estado, chega-se à conclusão de que a prisão é uma instituição falida, uma violação aos direitos humanos, o que pode ser facilmente observado com a crescente violência na sociedade brasileira, principalmente com relação aos crimes de abuso sexual. Os abusadores sexuais, em sua grande maioria, são portadores de parafilias e até mesmo, em alguns casos, são inimputáveis, mas não recebem os exames e o tratamento adequado para seus casos. Simplesmente, são jogados no cárcere.

O abusador intrafamiliar, na figura do pai ou daquele que assume a autoridade paterna, em algumas situações, quando da prática do abuso, manifesta pulsões sádicas, violentas e suas relações sexuais são atuadas numa confusão entre uma criança e um adulto. Ele pode ser considerado na maior parte do tempo como um pai “incestuoso”, “fiel à família” ou pedófilo.

O pedófilo já tem diagnóstico próprio, está incluído na Classificação Internacional de Doenças, (CID 10 e DSM 4) no item F65, que trata dos transtornos da preferência

sexual, como “preferência sexual por crianças”, quer se trate de meninos ou meninas, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade, embora não seja um louco, em virtude de ter consciência do que faz, é portador de grave desvio sexual, de uma desordem distintivamente moral.

A pedofilia não é crime, o que demonstra a real necessidade de se definir o que é pedofilia e todas as suas características, bem como a sua relação com o Direito brasileiro. Etimologicamente, pedofilia é a junção de radicais de origem grega: *paidos* é criança ou infante, e *phila*, amizade, amor (TRINDADE; BREIER, 2010:21). Assim sendo, poder-se-ia conceituar o pedófilo como aquele que ama a criança.

Observando-se a conceituação atribuída à pedofilia, entende-se que o indivíduo, por ser portador do transtorno da preferência sexual, ao saciar suas perversões sexuais, atendendo aos seus impulsos, interfere na esfera particular de outras pessoas, podendo causar graves danos não apenas a si mesmo, mas ao grupo social.

Não é pelo fato de ser portador de um distúrbio que o pedófilo se torna um criminoso. Seus sentimentos pela criança podem apenas ficar no plano das fantasias, o que o colocaria na categoria de pedófilo passivo. Entretanto, se em virtude de seu impulso irresistível, tendo em vista a sua psicopatologia, abusa sexualmente de uma criança (pedófilo ativo), sua conduta será tipificada como um delito penal e, conseqüentemente, responderá pela prática do delito.

3.3. *Terapia para os Abusadores*

Apesar de não se poder afirmar que existe cura para a pedofilia, uma parcela considerável de pedófilos responde aos tratamentos, que se têm mostrado cada vez mais eficazes. Pedófilos e abusadores sexuais de crianças são pessoas que precisam ser tratadas, para que abusos não cheguem a acontecer ou para prevenir novos episódios. Ou seja, os pedófilos e abusadores necessitam ser tratados para o bem das crianças, da sociedade e deles mesmos (TRINDADE, 2010:114). SPIZIRRI, (2008:33) ressalta que o tratamento, nos casos do abusador sexual, deve ser não apenas a psicoterapia, mas o acompanhamento por toda a vida, com antidepressivos, antipsicóticos e estabilizadores de humor, objetivando ajudar o abusador a controlar o impulso agressivo, que pode ser aumentado com a presença da ansiedade.

4. **Legislação**

Os abusadores, quando punidos pelo encarceramento, não recebem qualquer atenção no que diz respeito a algum tipo de diagnóstico que identifique e trate possíveis distúrbios psíquicos. Muitas vezes, são pessoas excluídas da sociedade, que não tiveram

condições de se desenvolver emocionalmente de forma saudável. São frutos das suas histórias e dos lugares que ocuparam na família e na vida.

4.1. *O Crime de Estupro de Vulnerável*

Embora a pedofilia não seja crime e o abuso sexual contra criança possa em alguns casos ser voluntarioso, ou seja, a criança consentiu com o ato, percebe-se que o legislador brasileiro tipifica tal conduta como criminosa:

Art. 217-A³. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O Código Penal brasileiro não estende a proteção dada ao menor de 14 anos ou vulnerável à pessoa maior de 14 e menor de 18 anos. Em sua defesa, somente se pode utilizar a tipificação de estupro, situação que foge à realidade, uma vez que pode ocorrer abuso sexual sem violência ou grave ameaça.

Em 2009, o legislador, preocupado com os crescentes abusos sexuais intrafamiliares e com o fato de a legislação brasileira sobre crimes sexuais estar ultrapassada, provocou uma reforma no Código Penal, abolindo tipos penais até então existentes, tais como o adultério e trazendo novas figuras como o estupro de vulnerável.

Em decorrência dessas novas preocupações e anseios, a partir de uma iniciativa da CPMI – Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes –, produziu-se o Projeto de Lei do Senado nº. 253 de 2004. Promulgada em

3 CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: Disponível em www.senado.gov.br, acesso em 14 de agosto de 2013.

07 de agosto daquele ano, a Lei 12.015 traz vultosas alterações, com especial destaque ao Título VI do Código Penal, anteriormente denominado “Dos Crimes Contra os Costumes”, que passou a denominar-se “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

A nova Lei surgiu de uma iniciativa da CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito) da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, que, juntamente com o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União, e a Organização Internacional do Trabalho, deu origem ao Anteprojeto de Lei que, por sua vez, forneceu os parâmetros basilares para a formação do Projeto de Lei nº. 253 de 2004 do Senado Federal, cujo objetivo seria justamente a criação da nova Lei (GRECO, 2010:625).

Os crimes sexuais em alguns casos são considerados crimes hediondos, como os crimes de estupro que foram assim definidos, em 2012, pelo Superior Tribunal de Justiça, por decisão unânime. Independente da forma em que forem praticados, entendendo que o bem violado é a liberdade sexual, deve quem o pratica iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

Mas a reforma do corpo normativo não adianta se não forem reestruturadas as formas de ressocialização e de assistência social e jurídica aos agentes. O cárcere se configura como uma afronta à dignidade da pessoa humana, não devendo ser, portanto, alternativa para a solução desse tipo de conflito. Os agentes condenados por crimes sexuais devem ser tratados não como criminosos, e sim como pessoas portadoras de transtornos psíquicos e que, por isso, oferecem riscos à sociedade.

No Brasil, no estado de Minas Gerais, segundo Sousa (2010:8), passará a existir, no Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais – HC UFMG, o centro de estudos e atendimento de abuso sexual, em um ambulatório que irá atender os abusadores. “Pela primeira vez em Minas Gerais, o pedófilo irá receber tratamento para o transtorno de preferência sexual, um distúrbio que integra a classificação internacional de doenças”. Até então, a única experiência de tratamento no Brasil é feita no Instituto de Psiquiatria da Universidade de São Paulo – USP, através do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica (NUFOR).

5. Conclusões

O paradigma atual de que apenas as vítimas devem ser tratadas e de que o olhar do estado deve ser direcionado para aqueles que sofreram o abuso precisa ser quebrado e substituído pelo olhar sobre todos os envolvidos, propiciando um benefício para toda a sociedade. É necessário estabelecer um novo paradigma que demande tratamento para

todos os que sofreram as consequências da experiência do abuso sexual que estabeleça, de forma legislativa, a obrigatoriedade do tratamento para todos os abusadores, assim como se faz com os abusados.

Defende-se o acompanhamento psicológico e psiquiátrico em todas as fases e não apenas durante ou após o curso processual. Desde a fase policial, desde o momento do registro do fato, é de suma importância uma perícia psicológica criteriosa, realizada por profissional capacitado para identificar as particularidades do caso e para encaminhar o abusador, já na fase investigatória, ao tratamento adequado.

Busca-se a criação de medidas específicas para a elaboração de uma nova legislação, que seja eficaz e estabeleça a unidade de parâmetros para o trabalho dos profissionais de saúde mental e dos operadores do Direito.

A proposta aqui apresentada não pretende solucionar a problemática do tema com a simples criação de uma lei, de regulamentação do fato pela norma. Ela vai mais além, ao deixar transparente que essa modificação da lei em vigor é uma necessidade premente da sociedade. Propõe ser este o início de um processo que se desenvolverá na efetiva realização dos princípios regentes no país, no tocante à dignidade dos cidadãos, à ausência de preconceitos e à igualdade. Em sentido amplo, propõe-se tratar os iguais de forma igual e os diferentes de forma diferente, parafraseando Aristóteles. Dessa forma, espera-se que venha a emergir um novo paradigma jurídico, fundado em princípios basilares e pré-existentes de Justiça, lançando-se um olhar diferente para a pessoa do abusador sexual.

6. Referências

- BEE, Helen. *O ciclo vital*. Ed. Artes Médicas, Rio de Janeiro, 1997.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *A família como palco da violência sexual*. _____. Ed. Cadernos CAES, 1997.
- _____. *Incesto e alienação parental*/coordenadora Maria Berenice Dias. 3ª ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, Disponível em: www.senado.gov.br.
- FURNISS T. *Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar. Manejo, terapia e intervenção legal integrados*. Porto Alegre: Artes Médicas;1993.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v.6, São Paulo: Saraiva, 2005.

- GRECO, Rogério, *Código Penal Comentado*. Editora Impetus, 2010.
- GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1998.
- GUTIÉRREZ, Pedro A. *Delitos sexuales sobre menores*. 1ª ed. Buenos Aires. La Rocca. 2007.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- LENCARELLI, Ana Maria Brayner. O perfil psicológico do abusador sexual de crianças. Disponível em: <http://www.abrapia.org.br/antigo/textos/artigos/O%20perfil%20psicologico%20do%20abusador.htm>
- MANTEGAS, Bruno. Castração para violadores e pedófilos. 2010. Disponível em: http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=588899. Acessado em: outubro de 2010.
- MENDES, Adriana O. *Educação em direitos humanos no programa de proteção às crianças e adolescentes ameaçados de morte do Distrito Federal* (PPCAAM-DF). Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direitos Humanos – Universidade Católica de Brasília. Brasília, 2009.
- MOURA, A. da S. *A criança na perspectiva do abusador sexual*. Dissertação de mestrado não publicado, Instituto de Psicologia. Mestrado em Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em <www.msmdia.com/cepsua/andrienna.com>, 2007.
- MAHER Hassan Musleh. *Ampliando a Compreensão Sobre os Autores do Abuso Sexual*. Disponível em: <http://www.promenino.org.br>, 2008.
- SAPIENZA, Graziela e PEDROMÔNICO, Márcia Regina Marcondes. *Risco, proteção e resiliência no desenvolvimento da criança e do adolescente*. Editora Forense, 1999.
- SARAIVA, João B. C. *Adolescente e ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SOUSA, Ana. Uma doença chamada Pedofilia. Disponível em: www.diganaoaerotizacaoinfantil.wrodpress.com
- SPIZIRRI, Giancarlo. *Pedofilia – Considerações atuais. Diagnósticos e tratamento*. V-15, n, 1, janeiro-maio 2010. Pag. 33.

- TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 3v. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral* - Vol. 1, 2012 Editora: Rt.

PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA O ESTUDO DE POLÍTICA CRIMINAL: PROPOSTAS PARA UMA ANÁLISE TIPOLÓGICA

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Doutor e pós-doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid. Professor da graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pesquisador do CNPq.

CLARA MOURA MASIERO

Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora do curso de Direito da Estácio/FARGS.

Resumo

Este artigo tem por objetivo apresentar pressupostos teóricos para o estudo de política criminal. Para tanto, expõe duas propostas de modelos de análises de tendências político-criminais: uma desenvolvida por David Garland (em *“The culture of control”*, 2001), que utiliza as categorias político-criminais “moderação” e “punitivismo”; e outra desenvolvida por José Luís Díez Ripollés (em *“Direito penal y política criminal”*, 2013), que se contrapõe à primeira e propõe, por outro lado, a utilização das categorias de política criminal “inclusiva socialmente” e “exclusiva socialmente”. Com isso, pretende-se possibilitar o desenvolvimento de análises comparativas rigorosas entre as políticas criminais de Estados diferentes ou, até mesmo, de um mesmo Estado no decorrer do tempo.

Palavras-chave

Política criminal; Punitivismo; Moderação; Inclusão social; Exclusão social.

Resumen

Este artículo tiene como objeto la presentación de marcos teóricos para el estudio de la política criminal. Para ello expone dos propuestas de modelos de análisis de tendencias político-criminales: una que desarrolló David Garland (en *“The culture of control”*, 2001), que utiliza las categorías político-criminales “moderación” y “punitivismo”; y otra que desarrolló José Luís Díez Ripollés (en *“Derecho penal y política criminal”*, 2013), que se contrapone a la primera y propone, por otro lado, la utilización de las categorías de política

criminal “inclusiva socialmente” y “exclusiva socialmente”. Con ello se busca posibilitar el desarrollo de análisis comparativos rigurosos entre las políticas criminales de Estados diferente o incluso de un mismo Estado en el transcurso del tiempo.

Palabras clave

Política criminal; Punitivismo; Moderación; Inclusión social; Exclusión social.

1. Introdução

As respostas políticas diante do problema do crime devem ter como base uma sólida política criminal, ancorada em princípios e recomendações, fruto dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas e dos avanços e descobertas da criminologia. As discussões sobre temas da criminologia e do direito penal, entretanto, na maior parte das vezes, são repletas de informações não comprovadas empiricamente. Além disso, não há o hábito de avaliação das reformas legislativas aprovadas e das políticas colocadas em prática, o que acarreta no desconhecimento dos seus reais efeitos nos sistemas social e jurídico; o que ocorre a despeito da afirmação de que “mais importante que a interpretação das leis é analisar o processo de aplicação das mesmas à realidade social; processo tenso, conflitivo e problemático” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2006, p. 97).

Tendo em vista essas constatações, busca-se, com este trabalho, estabelecer pressupostos teóricos para análises rigorosas a respeito de política criminal, sobretudo em âmbito comparativo, isto é, seja para comparar as políticas criminais implantadas por diferentes Estados, seja em relação à política criminal de um Estado no decorrer do tempo. Esse tipo de análise permite conceber as respostas tomadas em relação ao crime como escolhas políticas não inevitáveis e que podem ser de diversas maneiras.

Os pressupostos aqui apresentados têm como base teórica os modelos analíticos propostos por David Garland (2008) e por José Luís Díez Ripollés (2013).

David Garland desenvolve um estudo sobre o campo do controle do crime dos Estados Unidos da América e da Grã-Bretanha, em uma perspectiva histórico-social. Com isso, identifica a passagem do previdenciarismo penal, presente durante o que o autor concebe como período modernista penal, para o populismo punitivo, característico do que o autor chama de pós-modernismo penal. Além disso, Garland revela as tendências político-criminais atuais presentes, em maior ou menor medida, no interior desse paradigma populista nos EUA e na Grã-Bretanha, mas que, por avaliação do autor, podem também ser percebidas nos demais países ocidentais: respostas adaptativas, denegatórias e simbólicas.

José Luís Díez Ripollés, por sua vez, contesta as categorias propostas por Garland e concebe outro modelo analítico, cuja perspectiva de análise passa a ser a comparação entre políticas criminais inclusivas socialmente e exclusivas socialmente. Isto é, o autor propõe que se analise os efeitos sociais gerados por uma dada política criminal e não mais tão somente se ela é mais punitiva ou moderada.

A relevância deste trabalho está em proporcionar perspectivas de análise político-criminal neste momento histórico em que as políticas criminais passam, mais uma vez, pela adequação às transformações da sociedade, do Estado e da criminalidade, com o que modificações conjunturais mais ou menos profundas no sistema penal vêm ocorrendo. Advém, assim, a necessidade de compreender e dar ênfase à estrutura real das novas formas e dinâmicas do Direito penal e da política criminal que estão passando por processos de transformação, por meio da sociologia jurídica; em vez de procurar conservar os pressupostos iluministas do sistema de controle tradicional e, até mesmo, da dogmática penal.

Intenta-se, em última análise, para além de um diagnóstico, contribuir para a concretização de uma política criminal democrática e integrada, que leve em consideração, não só a repressão, mas, sobretudo, a prevenção e a inclusão social, e que procure avançar no desdobramento de novos instrumentos regulativos de controle.

2. Modelo Analítico Proposto por David Garland

Um dos mais influentes estudos a respeito de tendências político-criminais é o realizado por David Garland, publicado em 2001 sob o título “*The culture of control*”¹. Esse estudo tem por objetivo apresentar as mudanças ocorridas na política criminal (ou no campo do controle do crime, como prefere o autor) dos Estados Unidos da América (EUA) e da Grã-Bretanha quando da passagem da modernidade penal (do final do século XIX até 1970) para a pós-modernidade (de 1980 em diante).

Garland fundamentou sua análise político-criminal nos fatores históricos e nas mudanças sociais que influenciaram o campo. Isso porque ele parte do pressuposto de que “o reconfigurado campo do controle do crime é resultado de escolhas políticas e de decisões administrativas, ambas assentadas sobre uma nova estrutura de relações sociais e informadas por um novo padrão de sensibilidades culturais” (GARLAND, 2008, p. 48). A importância da abordagem histórico-comparativa é a de desnaturalizar as atuais escolhas político-criminais, pois pode demonstrar que num passado próximo havia outro modo de controle do crime.

1 Versão brasileira: *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

Para diferenciar esses dois modos diferentes de lidar com o controle do crime, Garland concebe duas amplas categorias de política criminal: o “previdenciário penal” e o “populismo punitivo”. A primeira categoria é utilizada pelo autor para denominar a política criminal vigente no final do século XIX até 1970 e a segunda, o período subsequente, isto é, de 1980 até hoje.

Segundo descreve o autor, a modernização do controle penal e da justiça criminal, que advém, por sua vez, em oposição aos modos tradicionais e privados de controle do crime, ocorre por meio de processos híbridos de diferenciação, estatização, burocratização e profissionalização da polícia, do processo e da penalização. Pode-se dizer, então, que a estrutura penal moderna combinava “o legalismo liberal do devido processo legal e da punição proporcional com um compromisso correcionalista de reabilitação, bem-estar e o saber criminológico especializado” (GARLAND, 2008, p. 93).

Este modo de controle do crime parte, segundo o autor, de dois axiomas: (i) “a reforma social, juntamente com a prosperidade econômica, acabariam por reduzir a frequência do crime”; e (ii) “o Estado é responsável por cuidar dos criminosos, bem como por sua punição e seu controle” (GARLAND, 2008, p. 110). Tem-se, com isso, um novo estilo de exercício do poder e um novo tipo de autoridade social: os especialistas sociais.

Esse estilo, amparado no saber especializado e nas técnicas de regulação, trazia uma combinação de humanitarismo e motivações utilitárias. É o que o autor chama de “previdenciário penal”. Isso porque são compromissos do modernismo: a fé na razão científica, a perfeição do homem, o racionalismo tradicional, a utilização de medidas individualizadas, corretivas, cuidadosamente adaptadas ao caso concreto, assim como tratamentos. Com isso, expressões explícitas de punitivismo se fizeram cada vez mais escassas.

Apesar disso, adverte o autor para o fato de que “obviamente, os sentimentos punitivos não desapareceram. Foram, pelo contrário, reprimidos, empurrados para a sombra, considerados embaraçosos em circuitos ilustrados” (GARLAND, 2008, p. 114). Com efeito, o controle governamental do crime continuava a focar mais na punição reativa de criminosos do que na prevenção social do crime; intervindo, pois, depois que o mal estiver feito, tratando das consequências e não das causas (GARLAND, 2008).

Na metade da década de 1970, o apoio ao previdenciário penal começou a ruir, em razão da pressão feita por um ataque continuado a suas premissas e práticas (críticas ao correcionalismo, às penas indeterminadas, ao tratamento individualizado). Movimento este que, inicialmente, visava a ampliar os direitos dos presos, minimizar o encarceramento, restringir o poder estatal e a proscrever a prisão cautelar; mas que, como se verá, desaguou em políticas que postulavam exatamente o contrário. A partir de então houve uma rápida e marcante guinada na filosofia e nos ideais penais, culminando no que o autor chamará de “populismo punitivo”. (GARLAND, 2008).

O colapso da fé no correccionalismo iniciou uma onda de desmoralização, que minou a credibilidade das instituições do controle do crime, alimentada, ainda, pelo grande aumento nas taxas de criminalidade, nos anos 1970 e 1980. E ainda gerou o efeito de unir a esquerda, a direita, o centro, os liberais, os radicais e os conservadores na negação ao correccionalismo e à reabilitação (GARLAND, 2008).

Claro que Garland traz todo um conjunto mudanças sociais que ajudaram a desencadear este movimento de alteração político-criminal. As forças transformadoras, segundo o autor, podem ser divididas em dois grupos: (i) chegada da pós-modernidade: transformou algumas das condições sociais e políticas sobre as quais se assentava o campo do controle do crime moderno, trazendo novos problemas de crime e insegurança; (ii) políticas do pós-previdenciário: produziu um novo conjunto dominante de política, opositor ao previdenciário e dos ideais sociais e culturais, decorrente da emergência de novas sensibilidades (medo, indignação e hostilidade). Escolhas políticas, essas, adverte o autor, que “não foram em absoluto inevitáveis” (GARLAND, 2008, p. 183).

Assim, a partir da crise do previdenciário penal, “um dilúvio de novos programas e de iniciativas políticas tomou a cena, propondo novos objetivos institucionais, novos regimes penitenciários e de policiamento e novas concepções sobre o problema do crime e sua solução” (GARLAND, 2008, p. 241). Por isso, pode-se dizer que o campo do controle do crime, nos anos 1980 e 1990, testemunhou um processo constante de fermentação e reforma.

A verdade é que, nesse período, configurou-se um novo dilema político, composto por dois fatos sociais: (i) a normalidade de altas taxas de criminalidade, isto é, o crime não é mais concebido como um fenômeno anormal, mas como uma possibilidade sempre presente; e (ii) as reconhecidas limitações do Estado de justiça criminal (baixa efetividade), isto é, uma atitude nova e pessimista de que “nada funciona”. A partir desse dilema é que as respostas do crime tem sido configuradas.

O resultado, segundo Garland:

É uma série de políticas esquizofrênicas, que parecem conflitar entre si. Por um lado, tem-se tentado enfrentar o dilema e procurado desenvolver novas estratégias pragmáticas, adaptadas a ele: através de reformas institucionais tendentes a superar os limites do Estado de justiça criminal, ou através de acomodações que reconheçam estas limitações e as trabalhem (GARLAND, 2008, p. 249).

Por outro lado, há reações politizadas em outros dois sentidos: um que nega abertamente o dilema e reafirma o velho mito do Estado soberano e seu poder punitivo pleno; e outro que abandona a ação racional, instrumental, descrito pelo autor como atuação simbólica. Nesse momento, então, Garland fornece um modelo analítico de política

criminal, ao identificar três tipos de respostas com as quais os Estados estão conformando suas políticas criminais na pós-modernidade: (i) respostas de adaptação; (ii) respostas de negação; e (iii) respostas simbólicas.

As respostas de adaptação, que eram bastante utilizadas antes da virada dos paradigmas moderno ao pós-moderno, caracterizam-se por decisões administrativas sequenciais e de baixa visibilidade, que visam a inserir o controle social no tecido social da vida cotidiana, reduzir os efeitos criminógenos das transações econômicas, proteger vítimas recorrentes. O autor elenca as seis principais formas de adaptação: (i) racionalização da justiça; (ii) comercialização da justiça; (iii) restrição da criminalização; (iv) redefinição do êxito; (v) concentração sobre as consequências; e (vi) redistribuição das responsabilidades pelo controle do crime.

Paralelamente a essas respostas adaptativas, a máquina política do Estado “se engajou numa espiral de fuga e negação de forma quase histérica, no sentido clínico do termo” (GARLAND, 2008, p. 279). Ou seja, em vez de reconhecer os limites do Estado e procurar adaptar-se a eles, a agenda política consistia em restaurar a confiança pública na justiça criminal, afirmando os valores da disciplina moral, da responsabilidade individual e do respeito pela autoridade. Isto é, na política criminal o imperativo residia na reimposição de controle, normalmente por meio de medidas punitivas.

Segundo Garland, as respostas de negação desprezam “as evidências de que o crime não reage rapidamente a punições duras, a novos poderes policiais ou ao maior recurso ao encarceramento, as legislaturas têm recorrentemente adotado uma postura punitiva de ‘lei e ordem’” (GARLAND, 2008, p. 280). Negam, assim, as limitações já reconhecidas por suas próprias administrações e, ao invés de adaptação, procedem à reafirmação e à expansão do controle penal.

A atuação simbólica, por sua vez, significa, para o autor, uma atuação impulsiva e irrefletida, que evita o reconhecimento realista de problemas subjacentes. São medidas instituídas para:

Simbolizarem ações expressivas, catárticas, de maneira a censurar o crime futuro, conquanto ruidosamente decantada, é frequentemente duvidosa e, em todo caso, menos importante do que sua habilidade imediata de representar o sentimento público, de proporcionar respostas instantâneas, de funcionar como medida retaliadora cuja virtude é sua própria existência (GARLAND, 2008, p. 282).

Esse tipo de resposta é tipicamente aprovada no calor da indignação popular frente a crimes violentos marcantes. Garland traz como exemplos de medidas simbólicas as seguintes legislações aprovadas nos anos 1990 nos EUA: as leis de Megan, *Three Strikes*, estatutos de predadores sexuais, reintrodução das prisões para crianças, registros de

pedófilos, penas privativas de liberdade obrigatórias, reintrodução do acorrentamento coletivo de presos, instituições de tratamento, punições vexatórias e tentativas de reviver as penas corporais.

São leis desprovidas de racionalidade legislativa, que funcionam mais como gestos retaliadores alinhados ao senso comum. Segundo percepção do autor, ao que tudo indica, “a disposição de aplicar penas severas a criminosos condenados compensa, magicamente, o fracasso em prover segurança para a população em geral” (GARLAND, 2008, p. 283).

Enfim, as mudanças estruturais desencadeadas a partir da crise do previdenciarismo penal e da passagem da modernidade para a pós-modernidade, conformou a política criminal denominada por Garland de “populismo punitivo”. A tabela abaixo procura ilustrar as modificações geradas por essa mudança de paradigmas político-criminais.

Tabela 1 - Sinais da Mudança

FINAL DO SEC. XIX - XX (Até 1970)	1980/1990 E SÉCULO XXI
Previdenciarismo penal	Populismo punitivo
Reabilitação Rechaça pensamento retributivista e punitivo	Retribuição/neutralização/gerenciamento de riscos Explicita pensamento punitivo e retributivista
Racionalização da justiça criminal Vítima como um cidadão desafortunado, atingido pelo crime, cujo interesse se subsume ao interesse público	Dramatização da justiça criminal Vítima é personagem representativo, cuja experiência é projetada para o comum e o coletivo, em vez de ser considerada individual e atípica.
Proteção do público raramente servia de motivação para a elaboração de políticas públicas Interesse pela opinião de especialistas	Proteger o público se tornou o tema dominante da política criminal Interesse pela opinião pública: politização, eleitoralização e populismo
“A prisão não funciona” Pensamento criminológico passava por teorias psicológicas da anormalidade e teorias sociológicas (anomia, subcultura e rotulação): crime era um desvio da conduta normal	“A prisão funciona” Teorias do controle/criminologia da vida cotidiana: escolha racional, atividade rotineira, crime como oportunidade e prevenção situacional do crime

FINAL DO SEC. XIX - XX (Até 1970)	1980/1990 E SÉCULO XXI
X	Expansão da infraestrutura da prevenção do crime e da segurança da comunidade
X	Incremento da segurança privada
X	Novos estilos de gerência e de rotinas de trabalho
X	Perpétua sensação de crise
Arcabouço intelectual definido: estruturas erigidas em sua forma liberal clássica + orientação correccionalista	X

Fonte: MASIERO; CHIES-SANTOS (2014).

Nota: A partir de GARLAND, 2008.

A importância deste estudo de Garland se dá, sobretudo, porque essa mudança ocorreu em todas as culturas, ainda que, segundo o autor, esteja mais dominante nos EUA e na Grã-Bretanha: “nossa cultura cívica se torna cada vez menos tolerante e inclusiva, cada vez menos capaz de confiar” (GARLAND, 2008, p. 415).

3. Modelo Analítico Proposto por José Luis Díez Ripollés

José Luis Díez Ripollés (2013), na publicação *“Dereito penal y política criminal”*, opõe-se ao modelo analítico de Garland e propõe outra tipologia político-criminal, na medida em que entende que a hipótese de Garland de que todos os países ocidentais estariam caminhando para um endurecimento generalizado do sistema penal e, consequentemente, a uma política criminal mais rigorosa, não estaria se confirmando na realidade. Díez Ripollés (2013), inclusive, elenca alguns estudos² que pretendem demonstrar que nos países ocidentais, na verdade, conviviam e convivem modelos e tendências político-criminais distintos, inclusive contrapostos.

O enfoque do autor parte da análise da Europa Ocidental e procura demonstrar o grau de divergência político-criminal entre esses países e os EUA e a Grã-Bretanha, mas não é só: apesar de ter como marco analítico a Espanha, sua ideia é desenvolver uma tipologia

2 “Nelken (2005): 218-219; (2010): 10, 57-59; Brown, D. (2005): 29, 35-42; Hinds (2005): 59-60; Moore/Hannah-Moffat (2005): 86-88; Meyer/O’Malley (2005): 201-203, 213-214; Roché (2007): 472, 476, 494-504, 540-545; Tonry (2007): 1-2, 38-40; Snacken (2007): 207-209; Webster/Doob (2007): 301-302; Lappi-Seppälä (2008): 313-314” apud DÍEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 140.

que torne possível avaliar as políticas criminais de todos os países, sobretudo em uma perspectiva comparativa. Para tanto, inicia seu estudo com uma análise preliminar teórica a respeito das tendências político-criminais gerais, para só depois propor um estudo empírico e comparativo entre as tendências específicas adotadas pelos Estados.

Assim como Garland (2008), Díez Ripollés (2013) também identifica uma forte politização das políticas criminais nacionais. A propósito, ele destaca três fenômenos nessa direção.

O primeiro fenômeno diz respeito ao fato de que a política criminal deixou de refletir as diferenças ideológicas, por exemplo, entre direita e esquerda. Segundo o autor, “somente restam indícios de antigos signos distintivos, como uma maior resistência à estigmatização do delinquente na esquerda, ou as ocasionais reticências da direita sobre intervenções punitivas excessivamente invasivas da esfera pessoal” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 140-1, tradução dos autores).

O segundo fenômeno está ligado com a demonstração de que a agenda político-criminal é determinada e configurada predominantemente pelos partidos políticos e não pelas autênticas demandas sociais ou, principalmente, pela realidade social a ser confrontada. Essa situação corrobora para a conclusão do autor de que “na configuração da política criminal tenham mais presença decisões valorativas ou ideológicas que considerações utilitárias ou de eficácia” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013).

E o terceiro fenômeno aponta para o fato de que as práticas político-criminais estrangeiras, ou as obrigações internacionais, estão influenciando cada vez mais nas decisões nacionais sobre prevenção ou redução da delinquência, isto é, sobre a política criminal nacional. Segundo o autor, “os modelos estrangeiros mais prestigiados, entre os quais se destaca entre muitos países o dos Estados Unidos, penetram difusamente nos centros de decisão político-criminal; esta interação é positiva e justifica os estudos de política criminal comparada” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 142).

Para além desse diagnóstico genérico a respeito das tendências das políticas criminais, Díez Ripollés adverte para a necessidade de criação de um modelo analítico para possibilitar uma análise rígida das políticas criminais nacionais, de modo a poder compará-las. Díez Ripollés (2013) elenca, então, alguns pressupostos teóricos e metodológicos necessários para uma correta análise de estratégias político-criminais nacionais: (i) a política criminal insere-se dentro do conjunto de políticas públicas; (ii) a finalidade de toda política criminal é prevenir a delinquência dentro de parâmetros socialmente aceitáveis; (iii) a colocação em prática de qualquer política criminal exige que se escolham, elaborem e implementem objetivos específicos que sejam coerentes com essa finalidade.

Ainda, diz o autor que para descrever uma política criminal nacional é imprescindível que sejam elaborados indicadores confiáveis, isto é, “com capacidade para identificar

traços característicos de seu funcionamento e para verificar os avanços e retrocessos na obtenção de seus objetivos” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 143).

O modelo analítico proposto por Díez Ripollés (2013) — diferentemente do proposto por Garland (2008) — não gira em torno do grau de moderação punitiva das políticas criminais nacionais, toma como referência, outrossim, a capacidade do correspondente sistema penal nacional para minimizar a exclusão social dos que entram em conflito com a lei penal. Isso supõe avaliar as políticas criminais segundo suas capacidades de permitir a “aquisição, recuperação, consolidação ou, ao menos, a não deterioração de um aceitável nível de inclusão social dos suspeitos e dos delinquentes” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 146, tradução dos autores).

Com isso, Díez Ripollés cria duas novas categorias para a análise político-criminal: a dimensão inclusiva e a dimensão exclusiva, as quais refletem aproximações contrapostas ao objetivo de prevenir a delinquência de pessoas propensas a entrar em conflito com a lei penal. Senão, vejamos:

O enfoque inclusivo pretende assegurar que o suspeito ou delinquente se encontre, depois de seu contato com os órgãos de controle penal, em iguais ou melhores condições individuais e sociais para desenvolver voluntariamente uma vida em conformidade com a lei. O enfoque exclusivo quer garantir que o suspeito ou delinquente se encontre, depois de seu contato com os órgãos de controle penal, em condições individuais e sociais nas quais lhe resulte mais difícil infringir a lei ou evitar ser descoberto (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 146, tradução dos autores).

Esta proposta fundamenta-se em duas hipóteses essenciais e correlacionadas: (i) “a manutenção de um certo nível de inclusão social de suspeitos, delinquentes e ex-delinquentes é uma das mais eficazes estratégias para a prevenção da delinquência” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 146, tradução dos autores); (ii) “a produção ou aprofundamento da exclusão social de suspeitos, delinquentes e ex-delinquentes pelas instituições de controle penal gera maior delinquência a médio e longo prazo” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 146, tradução dos autores).

Pode-se supor que uma política criminal inclusiva socialmente seria necessariamente uma política criminal moderada, enquanto que a exclusiva seria sempre a mais punitiva; entretanto, o autor refuta essa hipótese, na medida em que não estão necessariamente presentes nas mesmas sociedades. É que as sociedades situadas mais próximas da ponta da inclusão do que da exclusão social, por exemplo, apesar de serem mais sensíveis à igualdade social e à proscricção de condutas vantajosas, tendem a desenvolver processos de criminalização primária de comportamentos dos setores sociais poderosos em maior

medida do que as próprias políticas criminais mais exclusivas. Logo, seriam, dentro deste âmbito de intervenção penal em específico, mais punitivas do que as sociedades excludentes socialmente. Ainda,

Sociedades consideradas muito inclusivas podem desenhar programas de criminalização primária muito extensivos, com a finalidade de prevenir processos de desorganização social que possam ameaçar sua capacidade integradora: é, sem dúvida, o caso dos países nórdicos a respeito de sua política de persecução do tráfico e consumo de drogas, e quiçá esteja acontecendo já em relação à persecução da prostituição e pornografia infantil. Isso é compatível com uma prática moderada e de bem-estar no momento de aplicar as correspondentes reações penais (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 150, tradução dos autores).

Mais uma razão, portanto, para a utilização das categorias “inclusivas” e “exclusivas”, em detrimento das até então inquestionáveis “punitivas” e “moderadas”.

A ideia do autor é construir uma linha comparativa em que, em um polo, teríamos um Estado com a política criminal mais inclusiva socialmente, e em outro polo, o Estado com a política criminal mais exclusiva socialmente, enquanto os demais países ficariam localizados mais para um lado ou mais para outro, a depender do grau de inclusividade ou exclusividade social.

Para determinar esse grau em que os diferentes sistema de justiça criminal se encontram, Díez Ripollés ressalta que se tem que identificar as regras e práticas punitivas e, a partir daí, desvelar que efeitos são produzidos sobre as pessoas envolvidas, isto é, se geram inclusão ou exclusão social. Mas, para uma análise comparativa rigorosa, o autor vai além e sugere a transformação dessas regras e práticas em indicadores, o que permitirá proceder às comparações.

Para construir essa linha tipológica, Díez Ripollés parte de duas hipóteses: a primeira diz respeito aos indicadores e a segunda, aos países que servirão de paradigma de um polo ou de outro.

Quanto aos indicadores, o autor sugere nove indicadores-chave, aos quais outros indicadores estão agrupados, configurando, ao todo, vinte e cinco indicadores. Esses indicadores têm, segundo o autor, as qualidades necessárias para revelar os efeitos socialmente inclusivos ou exclusivos de um sistema criminal, assim como para caracterizar comparativamente o respectivo sistema entre as dimensões contrapostas (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013).

Os vinte e cinco indicadores, agrupados em torno dos indicadores-chave, estão esquematicamente formulados no gráfico que segue:

Gráfico 1 - Indicadores

1. Controle de espaços públicos	<ul style="list-style-type: none"> • Urbanizações fechadas • Videovigilância • Proibições urbanas de acesso
2. Garantias penais	<ul style="list-style-type: none"> • Enfraquecimento de garantias processuais • Obstaculização ou restrição de recursos judiciais
3. Sistema de determinação da pena e sistema de sanções	<ul style="list-style-type: none"> • Discricionariedade judicial • Leis agravadas de reincidência • Uso extensivo da prisão • Penas alternativas à prisão • Controles eletrônicos
4. Penas máximas	<ul style="list-style-type: none"> • Pena de morte • Prisão perpétua • Penas longas de prisão
5. Regime penitenciário	<ul style="list-style-type: none"> • Condições da vida na prisão • Respeito aos direitos do preso • Liberdade condicional
6. Internações de segurança	<ul style="list-style-type: none"> • Internação após cumprimento da pena • Prisão preventiva
7. Status legal e social de delinquentes e ex-delinquentes	<ul style="list-style-type: none"> • Privação de direitos de participação política • Privação de outros direitos civis • Recursos sociais acessíveis
8. Registros policiais e penais	<ul style="list-style-type: none"> • Expansão e acessibilidade aos registros • Paradeiro de ex-delinquentes
9. Direito penal juvenil	<ul style="list-style-type: none"> • Limite de idade • Tratamento diferenciado ao dos adultos

Fonte: Os autores.

Nota: A partir de Díez Ripollés (2013).

A segunda hipótese do autor propõe que os dois modelos político-criminais paradigmáticos e mais opostos quanto aos seus efeitos de inclusão ou exclusão social podem ser representados, no início do século XXI, dentre os países ocidentais, pelos Estados Unidos da América (sistema federal e sistema da maioria de seus Estados federados), de um lado, e pelos países nórdicos europeus (Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia), de outro.

Nesse sentido, o sistema de controle penal americano constitui, para o autor, o modelo político-criminal ocidental “mais energicamente inspirado na exclusão social dos suspeitos e delinquentes” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 155, tradução dos autores). Enquanto que os países nórdicos europeus são os que possuem modelo político-criminal “mais decididamente focado na inclusão social dos suspeitos e delinquentes” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 155, tradução dos autores).

O que é interessante destacar nesse aspecto é que, apesar de estarem em polos contrapostos atualmente, ambos os países compartilharam, durante várias décadas da segunda metade do século XX, um mesmo modelo de intervenção penal: o ressocializador. Foi a partir dos anos 80 do século passado que começou a surgir essa divergência progressiva (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013).

Daí a relevância de se proceder a um estudo comparativo, pois permite perceber com clareza empírica que as escolhas de intervenção penal não são naturais e inevitáveis, mas escolhas políticas com determinadas finalidades.

Enfim, a pretensão de Díez Ripollés é fornecer essa proposta de estudo comparativo, para que se possa, a partir de investigações paralelas de aplicação do modelo analítico e tipológico proposto, medir a intensidade de inclusão social ou exclusão social operada pelas políticas criminais dos países.

4. Conclusões

Como apontado tanto por David Garland quanto por José Luís Díez Ripollés, os Estados passam, hoje, pela adequação das políticas criminais às transformações sociais desencadeadas pelo advento da pós-modernidade. As políticas modificam a forma com que as instituições e organizações pensam o crime, a pena, a justiça e o controle.

Entretanto, pelo que diagnosticam ambos os autores trabalhados neste artigo, as respostas políticas não decorrem propriamente das crescentes taxas de criminalidade ou pela descrença no previdenciarismo ou correccionalismo penal. Em lugar disso, as respostas decorrem, muito mais, de condições culturais e criminológicas da pós-modernidade, tais como a insegurança social e abandono do Estado de bem-estar.

Resulta necessário, então, analisar as atuais estruturas dos campos de controle do crime, de modo a revelar suas tendências e seus efeitos. Uma das formas de analisar política

criminal é a abordagem comparativa, seja entre diferentes países, seja um mesmo país no decorrer do tempo. A abordagem comparativa permite visualizar e demonstrar que não há só um tipo de resposta para o controle do crime, há várias possibilidades, e as escolhas são políticas.

Dentre as análises comparativas, destaca-se, aqui, as desenvolvidas por David Garland e por José Luis Díez Ripollés. Garland analisa as políticas criminais de EUA e Grã-Bretanha no decorrer do tempo, isto é, do final do século XIX até a atualidade. Segundo seu estudo, pode-se dividir este período em modernidade penal (final do século XIX até 1970) e pós-modernidade penal (1980 até a atualidade). À modernidade penal corresponde um paradigma político-criminal, denominado pelo autor como “previdenciarismo penal”, o qual ruiu, dando lugar, no período seguinte, ao que o autor denominou de “populismo punitivo”.

O populismo punitivo configura-se a partir de um dilema político que surge a partir da década de 1970: uma concepção difundida de que há altas taxas de criminalidade e de que o Estado e sua justiça criminal não conseguem prevenir e reprimir essa criminalidade. A partir desse dilema é que as respostas do crime tem sido configuradas.

Segundo Garland, as respostas podem ser de três ordens: adaptativas, quando se adotam medidas que têm por finalidade adaptar as políticas ou a justiça criminal de modo a dotá-las de maior efetividade para a prevenção e persecução penal; denegatórias, aquelas que negam o dilema e reafirmam o velho mito do Estado soberano e seu poder punitivo pleno; e, as simbólicas, que são instrumentais, instituídas para simbolizar que algo está sendo feito, quando, na verdade, sua efetividade é bastante duvidosa para atender aos fins a que se propõe.

A hipótese de Garland é de que as respostas denegatórias e simbólicas são as mais presentes e recorrentes não só nos EUA e na Grã-Bretanha, mas em todos os países ocidentais, configurando o populismo punitivo como um tendência ocidental. O que ocorre apesar do diagnóstico de que as respostas de adaptação, comparadas com soluções penais, são mais realistas quanto aos limites do Estado soberano e do seu sistema penal e menos suscetíveis a reforçar as divisões sociais existentes (GARLAND, 2008).

José Luis Díez Ripollés contesta a conclusão de que há uma tendência generalizada ao populismo punitivo no mundo ocidental e propõe outro modelo de análise político-criminal. Esse modelo abandona as categorias “punitivismo” e “moderação” e cria outras: política criminal “inclusiva socialmente” e “exclusiva socialmente”. Segundo o autor, essas categorias funcionam melhor porque o que importa, em última análise, é o efeito social gerado por uma determinada política criminal. Note-se que um Estado pode ter uma política criminal que produza a inclusão social dos suspeitos e condenados e, por outro lado, possuir uma série de leis que criminalizem novas condutas. Dizer tão somente que

esse Estado adota uma política criminal punitiva, não retrataria com fidelidade a realidade deste lugar. Da mesma forma, um Estado pode ter pouquíssimos crimes tipificados em seu ordenamento, mas, por outro lado, não respeitar garantias individuais dos cidadãos, tais como devido processo legal, presunção de inocência, entre outros.

A ideia de Díez Ripollés é construir uma linha comparativa em que, em um polo, teríamos um Estado com a política criminal mais inclusiva socialmente, e em outro polo, o Estado com a política criminal mais exclusiva socialmente. Para determinar se um país está mais perto da inclusão social ou da exclusão, o autor ressalta que se tem que identificar determinadas regras e práticas penais, de modo a aferir seus efeitos sobre as pessoas envolvidas. Para tanto, ele elenca vinte e cinco indicadores a serem analisados, os quais referem-se a: controle de espaços públicos, garantias penais, sistema de determinação da pena, penas máximas, regime penitenciário, internações de segurança, *status* legal e social de delinquentes e ex-delinquentes, registros policiais e penais e direito penal juvenil.

Além dos indicadores, Díez Ripollés sugere quais são os países-paradigmas de cada um dos polos no início do século XXI. Isto é, para o autor, o sistema de controle penal dos EUA constitui o modelo político-criminal ocidental mais inspirado na exclusão social como solução para o crime; e, na outra ponta, estariam os países nórdicos europeus que, na hipótese do autor, são os que possuem o modelo político-criminal mais focado na inclusão social dos envolvidos.

Interessante notar — o que destaca, mais uma vez, a importância de análises rigorosas e comparativas de políticas criminais — que, apesar desses dois países estarem em polos opostos atualmente, essa situação nem sempre foi assim. Ambos os países compartilharam, durante o século XX, um mesmo modelo de intervenção penal, o ressocializador, tendo se diversificado a partir de 1980.

Isso demonstra, de novo, que as respostas dadas pelos Estados para o controle do crime não passam de escolhas políticas, restando aos pesquisadores que forneçam o maior número de informações qualificadas e embasadas empiricamente, de modo a influenciar para a adoção de políticas criminais democráticas, inclusivas e efetivas.

5. Referências

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política Criminal y Derecho penal*. 2ª. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: introdução a seus fundamentos teóricos*. 5.º ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

MASIERO, Clara Moura; CHIES-SANTOS, Mariana. “De volta para o passado’: políticas criminais e de segurança pública no Brasil da ditadura militar à República atual”. In: CONPEDI/UFSC (org.). ANDRADE, Vera Regina Pereira de; ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Gisele Mendes de. (coord.). *Criminologias e política criminal*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 530-558.

SISTEMÁTICA PENAL E LIMITES DAS PROPOSTAS FUNCIONALISTAS (PONDERAÇÕES SOBRE GARANTIAS, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS)

FELIPE AUGUSTO FORTE DE NEGREIROS DEODATO

Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professor de Direito do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ e da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Advogado.

RÔMULO RHEMO PALITOT BRAGA

Doutor e Mestre em Direito Penal pela *Universitat de València*, Espanha. Professor de Direito do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ e da Universidade Federal da Paraíba. Advogado.

Resumo

Fazer uma crítica ao funcionalismo significa olhar para a própria história da edificação dos sistemas penais. É assim que se vê que é o rigor da análise algo que se impõe quando temos um sistema como uma ferramenta de trabalho. É a crítica ao que hoje se coloca em termos jurídico-penais que se enxerga o quanto o estudo do direito penal deve ser cada vez mais preciso e também mais próximo da ideia de dignidade humana. Também irá ser construída uma crítica aos dois movimentos que mudaram a face da primeira sistemática, desenhada ainda nos oitocentos, o que nos permitirá enxergar com mais precisão o que pode, ou mesmo deve, ser alterado. Não se pode deixar de enaltecer o normativismo, sobretudo o que recebeu o reforço indelével dos cultores da ciência penal da segunda metade do século passado.

Palavras-chave

Dogmática; Sistemas; Política Criminal.

Abstract

Make a critique of functionalism means looking at the history of the construction of the penal systems. It is observed that the rigor of analysis is something that is imposed when we have a system as a tool work. It is essential for that what now arises in legal and criminal terms sees as the study of criminal law should be increasingly precise and also

closer to the idea of human dignity. It will also be built a criticism for the two doctrines that have changed the face of the first systematic, designed in the nineteenth, which will allow us to see more accurately what can, or even should, be changed. One cannot help but praise the normativism, especially what received the indelible strengthening of the cultivators of criminal science of the past half century.

Key words

Dogmatic; Systems; Criminal Policy.

1. Introdução

É muito comum se ouvir que a dogmática é uma barreira intransponível do direito penal. Contudo, as novas formas de relações da sociedade contemporânea dão origem a quadros diversos, de onde o nosso tempo não se mostra com uma única feição, um único rosto, mas com múltiplas feições.

E isso exige uma mudança de compreensão tanto da dogmática como do debate que termina nas propostas legislativas que regem o cotidiano. Vem daí os questionamentos, sobre o ponto em que se é possível relativizar as amarras da dogmática; introduzir-se, ainda mais, ideias de teor normativista e funcionalista no sistema lógico, dogmático e dedutivo, edificado ao longo desses últimos dois séculos.

A realidade presente deixa estreme de dúvidas que o grau de complexidade das relações sociais inaugura não só novos espaços de interesse jurídico-penal, mas também um alto nível de problematicidade que põe em xeque os instrumentos até então desenvolvidos pela penalística. Demonstrar em que medida a maior mudança sofrida pelo nosso sistema teórico deu frutos é o primeiro enfoque dessa pesquisa.

Através da clara percepção do que se propôs no século XIX e do que ocorreu no começo do século XX é que se poderá enfrentar a série de questões emergentes que esse tempo de vertigem sugere. Manter-se com firmeza as garantias e o respeito ao cidadão que a penalística sempre almejou. E será esse o outro enfoque desse estudo. Far-se-á uma abordagem sobre como as propostas funcionalistas mais atuais podem atingir tais garantias.

2. Franz Von Liszt: Algumas Palavras sobre o Pai do Causalismo

De logo, trace-se breves linhas sobre a pessoa deste importante penalista dos oitocentos. Olhemos que Liszt (1851-1919) nasceu em Viena, Áustria, e morreu em Berlim, Alemanha (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, pp. 30 e ss.). Sua longevidade permitiu que escrevesse um conjunto ímpar de obras jurídicas. Fez seus primeiros estudos

de direito na Universidade de Viena, entre os anos de 1869 e 1873. Destacou-se como doutrinador quando começou a ensinar nas seguintes universidades: Giessen, nos anos de 1879 e 1882; Marburgo, nos anos de 1882 e 1889; Halle, no ano de 1889, e Berlim, entre 1889 e 1916. Foi nesse último período que escreveu o seu manual de direito penal. Nele, formulou a sistemática da teoria do crime e o seu famoso programa de Marburgo, base da teoria das penas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, pp. 30 e ss.).

Além de sua notável atividade acadêmica, em 1889, Liszt fundou a União Internacional de Direito Penal, junto com os professores Hamel e Prins. Em 1924, essa organização se transformou na Associação Internacional de Direito Penal. E antes disso, em 1881, já havia criado a mais atual e importante revista especializada em direito penal, a *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Uma revista que ainda hoje é publicada trimestralmente pela editora alemã Walter de Gruyter, com sede em Berlim e Nova York.

Na verdade, foi através de uma extensa atividade acadêmica que Liszt criou a primeira forma de ensinar ou doutrinar o futuro exegeta, consagrada no sistema causalista¹. Esse sistema foi de fundamental importância para a formação da jurisprudência do Tribunal do *Reich*, exercendo grande influência em todos os países que seguem a dogmática alemã. Cite-se: os países da Europa continental, África, América Latina, Japão, China etc.

Para além disso, a escola causalista, também chamada de naturalista, fixou as bases para o Código Penal alemão de 1871, por meio de uma concepção que funcionou como um verdadeiro contraponto às teses de importantes professores que defendiam um sistema clássico, tais quais Birkmeyer e Binding (FREITAS, 2002, pp. 17 e ss.; BRANDÃO, 2001, pp. 09 e ss.). Mas, qual foi o ponto central da concepção do sistema causalista? Com efeito, passemos agora a estabelecer, com rigor metodológico, o que norteava as ideias de Liszt.

3. Os Fundamentos do Século XIX: Ciência é o Empiricamente Demonstrável

Neste ponto, faz-se importante comentar, mesmo que sucintamente, o real significado da essência objetiva tão intrinsecamente ligada ao outro termo que também dá nome à escola causalista: “naturalista”. Olhar que é corriqueiro ver-se certa confusão entre o fato de Liszt ser um positivista e se falar de seu trabalho acadêmico como uma expressão literária de uma corrente do pensamento “naturalista”.

Ora, há de se atentar para o fato de que a palavra “naturalista” aqui não significa o mesmo que naturalismo ou, mais especificamente, o mesmo que jusnaturalismo. Na

1 Conforme esclarecem Maurach e Zipf, a importância de Liszt chegou até os nossos dias. E isto se dá não pela vida longa do referido professor, que viveu até os fins da segunda década do século XX, mas porque foi o primeiro autor a explicar, de uma maneira sistemática, o crime e a pena. (MAURACH; ZIPF, 1994, pp. 97 e ss.)

realidade, significa que Liszt construiu todo o sistema de palavras, desde os mais simples aos mais complexos conceitos e classificações (legítima defesa, culpa, dolo etc.), através de uma ótica que fosse ilustrada por meio de uma percepção sensorial.

A esse respeito, transcreve-se a lição de Juarez Tavares 2000, pp. 17 e ss.; 2003, pp. 21 e ss.): “Em linhas gerais, podemos caracterizar esse sistema pelo fato de que, nele, a ação humana é tomada essencialmente como processo causal de um resultado”.

De um modo ainda mais claro, olhe-se que para Liszt, toda a palavra que viesse a integrar esse sistema ou conjunto deveria ser pensada como algo que expressasse a ordem natural ou física das coisas².

Segundo acrescenta Figueiredo Dias (2004, pp. 225 e ss.), esta era uma maneira de pensar que “tinha como ideal a exatidão científica própria das ciências da natureza e a ele deveria incondicionalmente submeter-se; de sorte que, do mesmo modo, o sistema do facto punível haveria de ser apenas constituído por realidades mensuráveis e empiricamente comprováveis”.

De acordo com o que anota Figueiredo Dias, ligava-se a faticidade do mundo exterior aos processos psíquicos internos.

Na verdade, foi a partir dessa base que Liszt fez, por exemplo, a classificação dos delitos.

Ora, veja-se que, quando se pretende classificar qualquer coisa, é comum dar-se realce a certas características, a fim de distingui-la, particularizando o que está sendo observado.

Tomem-se como paradigma os seres humanos. Quando se deseja conhecer mais detalhadamente as pessoas, elas são observadas sob algum aspecto, a altura, o peso. Assim também Liszt procedeu na análise do crime (GOMES, 2010, pp. 100 e ss.).

Dito de outro modo, os alemães, desde cedo, verificaram que seria impossível decorar todos os tipos de crimes existentes, pois eles iam surgindo de acordo com o momento presente.

Daí se preocuparem em identificar as características que os vários crimes poderiam possuir. Quanto ao resultado, por exemplo, Liszt observou que os crimes seriam materiais e de mera conduta.

Registre-se que ele não previu o crime formal, que é uma conduta, cuja ofensa não é percebida sensorialmente como um crime, mas que a norma assim a classifica³.

2 Como se disse, sequer os fatores de consciência deveriam ser considerados.

3 Isso fica claro quando se olha para o crime de corrupção ativa, previsto no art. 317, do Código Penal brasileiro. Esse crime se caracteriza por pedir um servidor público um benefício, em troca de um serviço

Segundo sua concepção, os crimes materiais eram aqueles cujo resultado não coincidia com a conduta.

Ou seja, o resultado não existiria necessariamente depois da conduta. O crime de homicídio é um exemplo. Não é pelo fato de se atirar em alguém que este obrigatoriamente morrerá.

Com efeito, tal conclusão não acontece através do que expressa uma norma que teria de ser decorada. Essa é uma conclusão da própria percepção, até sensorial, a que se chega quando se pensa mentalmente, que, no homicídio, naturalmente, a conduta não conduzirá necessariamente ao resultado morte. Ao receber um tiro, a pessoa pode morrer, mas não necessariamente e sempre. Ela pode ir para um hospital e se salvar.

Era um olhar fechado. E tudo isto tinha uma razão de ser. Uma razão presa aos fundamentos do século XIX⁴. Um universo em que tudo se olhava através da mecânica newtoniana. Isto porque, àquela época, imaginava-se que só era científico o que transmitia uma ideia de exatidão. Só tinha validade o que podia ser demonstrado em um contexto físico. Nesse ambiente, era natural que as ciências do espírito sofressem preconceitos, fossem vistas como algo menor.

Foi justamente com o objetivo de minimizar esse problema que Liszt criou esse sistema (tal qual uma tabela periódica) em que cada palavra que o integre transmitisse a ideia de algo concreto. Reitere-se que para ele só podia integrar o sistema a palavra ou o que naturalmente concretizasse nas mentes das pessoas uma situação concreta ou que fosse vista como algo lógico (natural).

Foi a partir desse pressuposto que se passou a entender o homicídio como um crime classificado como material, pois, como se disse, mentalmente e não de outro modo, vê-se que há uma separação entre a conduta de quem atira e o resultado morte.

Tal exercício de reflexão é, para Liszt, o que caracterizava a ciência do direito penal como algo exato. É, em síntese, o que expressa o próprio sentido de ciência. Esse fundamento, ao seu entender, tornava científico o trabalho que ele realizava. Daí não se confundir o termo “naturalista” com o movimento filosófico e artístico chamado de naturalismo. Liszt era positivista, na medida em que tinha a lei por base. Apenas defendia que o direito penal, transmitido pela doutrina, devia ser fundado no mundo real, isto é, no mundo regido pela natureza das coisas.

que por lei deve realizar gratuitamente. Ora, a ofensa se consuma no momento em que dito servidor receber o dinheiro. Isso é o que se percebe, ao se deter sobre esse caso concreto. Todavia, a norma dispõe no referido dispositivo, que, independentemente do recebimento de qualquer benefício, o crime já se consuma, desde o instante em que o funcionário o pede.

4 Conforme assinala Figueiredo Dias (2004, pp. 225 e ss.), a visão de Liszt estava assentada em uma concepção do jurídico influenciada pela chamada Escola Moderna e pelo “naturalismo positivista” que caracterizou o “monismo” científico próprio de todo o pensamento da segunda metade do século XIX.

Justamente por isso, para ele, o direito penal concretizava uma ciência, nos moldes de uma ciência da natureza. Um ideário que, como dito, foi alterado no começo do século XX. Senão vejamos, passemos agora a comentar as linhas que mudaram o sistema edificado por Liszt.

4. O que foi o Neokantismo: Introdução do Normativismo como Primeira Flexibilização do Sistema Penal Lógico, Dogmático e Dedutivo

Olhemos que no pensamento causalista o crime tinha dois requisitos: fato típico e culpabilidade. O primeiro resguardava o aspecto objetivo ou legal do delito ou mesmo a sua *imputatio facti*, como se falava⁵. O segundo referia-se ao aspecto pessoal do delito ou à chamada *imputatio juris*⁶, composta pelo dolo ou culpa. Com outras palavras, os requisitos do crime eram postos como o que naturalmente se contextualizava nas mentes das pessoas. A partir de uma relação natural: culpabilidade=culpa + dolo⁷.

Tal modo de pensar perdurou por quase cem anos, mas, com o advento da teoria da relatividade, no século XX, esse modelo se transformou⁸. É que a partir da teoria da relatividade alguns autores começaram a defender as teses que, duzentos anos atrás, foram propostas por Kant. Argumentavam que, para se chegar à justiça, não havia como se basear sempre em algo que fisicamente se imaginava ou que empiricamente se construía nas mentes das pessoas. Dever-se-ia, portanto, contextualizar e construir os conceitos e os elementos teóricos (ou os dogmas integrantes do sistema penal), a partir também de um modelo metafísico. Como se disse, para Liszt, era imprescindível que toda palavra posta no citado sistema dogmático fosse realmente fácil de estabelecer na nossa mente.

Todavia, em que pese o gênio de Liszt, no começo do século XX, viu-se que era o momento de mudar. Segundo Figueiredo Dias, a maneira de enxergar a realidade que

5 De acordo com Juarez Tavares (2000, pp. 17 e ss.; 2003, pp. 21 e ss.), era uma etapa caracterizada pela exclusão do dolo e de tudo o que fosse subjetivo. Tal rejeição tinha sua razão de ser, “tendo em vista que o direito penal se organiza no sentido de evitar, preliminarmente, que efeitos danosos ou perigosos (resultados indesejáveis) de uma atividade se verifiquem concretamente”, independentemente da intenção do agente.

6 Na segunda etapa, tudo ficaria adstrito à condição pessoal de responsabilidade, fundada na condição subjetiva entre o agente e o fato.

7 Seguiu-se, segundo os ensinamentos de Figueiredo Dias, “uma bipartição do conceito do crime que agrupasse os seus elementos constitutivos na vertente objectiva (a acção típica e ilícita) e na vertente subjectiva (a acção culposa). Essa concepção ainda hoje está muito viva, por exemplo, na doutrina francesa dominante, que se limita, em regra, a distinguir no conceito de crime *l'element material e l'element moral de l'infraction*”. (DIAS, 2004, pp. 225 e ss.).

8 Alguns autores, como Juarez Tavares (2003, pp. 21 e ss.), lembram também que doutrinas, como a francesa, ainda conservam remanescentes dessa postura, “dividindo o delito em três partes integrantes: o elemento legal, o elemento material e o elemento moral, de modo que os dois primeiros constituiriam o injusto, e o último a culpabilidade”.

Liszt ensinou restringia, de forma não admissível, a base de toda a construção desenvolvida para o direito penal⁹. Para autores, como Frank (2004, pp. 30 e ss.), realmente, tinha razão Kant quando ensinava que nem tudo deveria seguir uma ordem natural.

Às vezes, por exemplo, tinha-se que enxergar uma parede de cor preta como sendo de cor branca, porque simplesmente era melhor que fosse vista assim. Ao se transferir isso para o campo do direito, pode-se afirmar: É melhor fazer uma norma que leve a enxergar algo que divirja do que os sentidos expressam.

Os autores que propuseram isso foram chamados de neokantistas ou normativistas. Autores que apesar de não terem modificado a fundo o sistema causalista, iniciaram um movimento que terminou por permitir a Welzel a edificação do que ele chamou de sistema finalista¹⁰.

De fato, foi a partir das ideias desse grupo de jovens autores que se passou a entender que o sistema penal deveria observar duas lógicas: uma fundada no contexto natural e outra no contexto formal. O contexto natural seria o elemento verdadeiro ou óbvio (expresso pelos nossos sentidos, como a visão), enquanto o formal seria um real construído. Uma abstração que permitiria a fuga da realidade, com fundamento nessa ideia de que, assim refletindo e decidindo, os indivíduos seriam mais justos¹¹.

Repita-se, é como se olhassem que, muito embora uma parede tivesse a cor preta (materialmente falando), às vezes era importante admitir outra cor. E esta cor diversa da realidade deveria ser estabelecida pela norma. Em síntese, foi a partir desse raciocínio que teve início o movimento que tanto quanto os seus integrantes se chamou de normativismo ou neokantismo (ROXIN, 2000, pp. 30 e ss.). Nele, a razão não seria determinada por ter de ser presa ao “ser” (ou à natureza em si) das coisas, mas por um “dever-ser”¹².

9 Para Figueiredo Dias (2004, pp. 226 e ss.), isto “conduziria a afirmações tão estranhas à realidade da vida como a de que a acção, no crime de injúria, consistiria na emissão de ondas sonoras dirigidas ao aparelho auditivo do receptor; ou que, na omissão, o que relevaria como acção seria a acção precedente (a mãe seria punida não por ter deixado morrer o seu bebé a fome, mas por, em vez de o amamentar, ter ido passar um fim de semana no campo)”.

10 Transcrevem-se, a propósito, as lições de Silva Sánchez (1992, p. 56): “O neokantismo substitui o método puramente jurídico-formal do positivismo, introduzindo considerações axiológicas e materiais”.

11 Segundo Figueiredo Dias (2004, p. 227), no fundo, o pensamento de Liszt foi abandonado no preciso momento em que se pôde compreender que não mais eram defensáveis os fundamentos ideológicos e filosóficos sobre os quais aquele pensamento se assentava. “É verdade que a ele coube o mérito indeclinável de, pela primeira vez, ter sido erigido todo um sistema do crime assente numa rigorosa metódica categorial-classificatória, dotado de uma notabilíssima clareza e simplicidade”.

12 Quando se fala no “ser” das coisas, quer-se falar na realidade das coisas. Algo que o “dever-ser” pode construir de um modo diverso. É que a norma não se limita, como dito, às realidades, mas ao que ela diz como deve ser. Assim, pode-se ver uma parede branca e uma determinada norma obrigar a dizer-se que ela é preta. A parede (o “ser”) é branca, muito embora a norma (por um motivo qualquer) imponha que ela “deve ser” preta. Na época de Liszt, não era possível se basear nesse dever-ser, pois este estaria sempre sendo comandado pelo ser, que caracteriza o movimento neokantista que reformou o direito penal no

Com efeito, observemos que essas ideias deram azo a muitas especulações e sugeriram a construção de alguns elementos dogmáticos (SILVA SÁNCHEZ, 1992. p. 56). Foi dele também que se elaborou entre os anos de 1902 e 1909, por ordem de Nieberding (Secretário de Estado e Ministro da Justiça do segundo *Reich*), uma obra que comparava o direito penal alemão e o direito penal do resto do mundo, marcado por sua órbita de influência: *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, em dezesseis tomos (ROXIN, 2014. pp. 14 e ss.). Dessa obra surgiu ainda uma série de propostas de reforma do Código Penal alemão de 1871, que terminou por incorporar as importantes alterações lideradas por Welzel e Roxin.

Não obstante, após a primeira guerra mundial, a primeira dessas propostas se converteu em um projeto apresentado por Radbruch (então Ministro da Justiça na República de Weimar), mas o projeto não seguiu adiante por causa da ascensão de Hitler, o qual fez surgir uma nova proposta, encabeçada pelo mais respeitado penalista da década de 1930: Mezger. Uma sugestão que caiu por terra, com o fim da segunda grande guerra e a redemocratização da Alemanha.

Por fim, por meio do instituto Max Planck, foram retomados os projetos da República de Weimar. E como resultado reformou-se, em 1969, a parte geral do Código Penal alemão de 1871, aproveitando-se tanto as ideias de Liszt como de Welzel. Na verdade, o normativismo ou neokantismo que vivenciou toda essa obra legislativa não desconstruiu o sistema causalista. O que ocorreu é que foram absorvidas pela doutrina as mudanças propostas pelos neokantistas ou normativistas.

Uma delas era o tema de que a omissão não deveria limitar-se à propriamente dita: a omissão de prestação de socorro. Registre-se que, segundo os mencionados autores do início do século passado, dever-se-ia dar espaço a uma omissão imprópria, assim como a um dolo indireto e a um resultado formal ao delito que anteciparia o momento de percepção da ofensa ao momento de sua prática.

Com efeito, para melhor vislumbrarmos o significado dessas propostas, tomemos como exemplo uma delas: A omissão imprópria. Olhemos o caso de um médico que não

começo do século XX. Figueiredo Dias (2004, pp. 229 e ss.) anota, a respeito: “O chamado sistema neoclássico funda-se essencialmente na filosofia dos valores de origem neokantiana, tal como ela foi desenvolvida, nas primeiras décadas do século XX, pela chamada Escola do Sudoeste Alemão ou Escola de Baden (Windeland, Rickert, Lask). Ela pretende retirar o direito do mundo naturalista do “ser”, para, como ciência do espírito, o situar numa zona intermediária entre aquele mundo e o do puro dever-ser, mais rigorosamente num campo referencial, no mundo das referências da realidade aos valores, do ser ao dever-ser e, logo por aí, no mundo da axiologia e dos sentidos. Há por isso, no que toca ao sistema do crime, que preencher os conceitos com estas referências, nomeadamente passando a caracterizar o ilícito como danosidade social e a culpa como censurabilidade do agente por ter agido como agiu, quando podia ter agido de forma diferente. Na Alemanha, nome cimeiro desta orientação jurídico-penal foi o de Mezger. Na Itália, o de Delitala. Em Portugal foi, sobretudo deste húmus que sempre se nutriu o pensamento de Eduardo Correia”.

atendeu a um paciente, sob o absurdo argumento de que a pessoa era pobre. Atentemos que o crime de omissão de prestação de socorro está previsto nas mais diversas legislações penais. No Brasil se encontra no art. 135 do Código Penal. A pena para esse crime é de até seis meses de detenção, permitindo, assim, a aplicação de uma pena alternativa.

Ora, certamente ninguém que tomou conhecimento desse fato – de que um médico não atendeu alguém sob o absurdo argumento de ser o paciente pobre – ficará satisfeito quando o juiz condenar esse médico só ao pagamento de uma cesta básica.

Foi a partir dessa insatisfação que a doutrina defendeu a ideia de se tipificar uma omissão diferente para aquelas pessoas (como um médico) que, pelo senso comum e pela lei, tinham o dever de agir. Para essas pessoas não se deveria ver apenas o fato em si – uma conduta omissiva –, mas o dano que foi causado: a morte da vítima.

Como resultado, criou-se uma figura chamada de omissão imprópria (que será vista mais adiante, quando da análise da teoria do crime). Nesse caso, pessoas como o médico em questão, responderiam por homicídio (§ 2º do art. 13 do Código Penal brasileiro), embora, ao se olhar para a natureza da conduta do médico, vê-se apenas que ele praticou uma omissão, ao não prestar socorro.

Com outras palavras, por ser médico (e ter esse dever de agir), ele responde pelo dano que causou. Nesse caso específico, a norma indica que ele praticou um homicídio e não a mera omissão que os nossos sentidos percebem. Não se enxerga aí o “ser” do que realmente aconteceu, mas um “dever-ser”. Aquele indivíduo, por ser um médico, tinha o dever de agir. E é isto que fará com que a sentença transmita a ideia de que, assim julgando, a condenação será mais justa.

Foi com base nesse pensamento que se iniciou essa fase em que se dividiu o campo jurídico penal entre o real verdadeiro e o real construído. Foi, também, a partir dessa linha de raciocínio (já fundado na ideia de que tudo era relativo e que a ciência era um método e não o que empiricamente se demonstrava) que surgiu na seara do direito penal, a figura de Welzel.

Esse outro notável doutrinador partiu para a reconstrução do sistema penal, entendendo que o rigor de Liszt prejudicava a própria lógica do direito penal¹³. Para Welzel, o

13 De acordo com Luís Flávio Gomes (2010, p. 142), Welzel teve como meta inicial e mais importante superar o positivismo jurídico de caráter naturalista de Liszt. Segundo esclarece, foi assim que ele reforçou os posicionamentos defendidos pelos autores neokantianos que marcaram o direito penal no começo do século XX, sem sucesso. De fato, conforme acrescenta, Welzel não superou o ambiente teórico construído por Liszt. O que fez foi tão somente uma ressystematização do direito penal, realçando o que chamou de estruturas lógico-reais. Essas estruturas eram os elementos dogmáticos até hoje abordados (fato típico, legítima defesa etc.). Welzel terminou por reforçar o pensamento abstrato e o método dedutivo desenvolvido em meados do século XIX. Tal conclusão é acolhida pela doutrina mais forte, destacando-se as palavras de Figueiredo Dias (2004, p. 232): “Welzel acabou por desembocar no mais refinado e

exegeta não deveria se basear em um sistema teórico e dedutivo fundado ou construído tão somente a partir da realidade (WELZEL, 2001, pp. 21 e ss.). Em sua concepção, a culpabilidade seria a parte subjetiva do crime, fundada na culpa e no dolo, mas argumentava que isso era insuficiente como método¹⁴.

E essa constatação de insuficiência foi à concretização das ideias normativistas no sistema penal. Um ideário que hoje, apesar de longe de estar superado, encontra-se esfumado com as posições funcionalistas dispostas por Roxin. Posições que serão discutidas, a partir de agora, mostrando-se em que ponto o normativismo deve ser posto ou visto como uma letra morta no ambiente jurídico-penal.

5. A Política Criminal na Atualidade: Entre os Valores Oitocentistas e a Concepção Contemporânea

Ora, visto, em um primeiro momento, que o normativismo trouxe benefícios ao sistema penal e que Welzel com a sua reorganização sistêmica conferiu mais força ainda as propostas feitas no começo do século XX, impõe-se abordar em que medida as ideias emergentes podem sacrificar tudo o que até agora foi cimentado.

Repare-se que ao afirmar a importância da expressão cunhada por Liszt de que a dogmática é a barreira intransponível da política criminal (*das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*), Roxin (2000, pp. 30 e ss.) não deixou passar a oportunidade de salientar que não existe uma oposição entre a política criminal e o pensamento sistemático edificado pelos causalistas.

Ao contrário, Roxin salienta que os instrumentos como, por exemplo: estado de necessidade, erro em direito penal e desistência voluntária são espaços propícios a uma regulação social.

Para Roxin, tais mecanismos antes de se contradizerem compõe uma unidade dialética. No entanto, não mais como uma ideia normativa, que tanto significou para o mundo dos autores acima mencionados, e sim uma ideia político-criminal, fincada nas funções de prevenção ou de custo e benefício para a aplicação da pena. Seria isso, segundo ele, o que deve reger o direito penal.

inflexível conceitualismo, face ao qual pouco resta para a actividade jurídico-política do legislador e para a actividade concretizadora do intérprete e aplicador: tudo residiria e só em determinar as estruturas lógico-materiais insitas nos conceitos usados pelo legislador e, a partir delas, deduzir a regulamentação e a solução aplicáveis ao caso”.

14 Para Faria Costa (2000, pp. 143 e ss.), ficar adstrito a descrever o que existe significa infringir as regras que norteiam a hermenêutica, a qual deve se fundar em diferentes cânones. Cite-se, por exemplo, a regra da totalidade “que indica que o círculo hermenêutico parte de um todo, que por seu turno desvela e revela a totalidade em contínuo (...). Tenha-se presente, em primeiro lugar, que as unidades compreensivas não têm, por mor de qualquer lógica interna, de ser absolutamente fechadas”. O sistema expressa ou deve expressar o que a sua própria autonomia, como fenômeno de inteligibilidade, incute-nos.

Com outras palavras, para Roxin, seria o princípio da insignificância e as mesmas ideias de custo e benefício que justificariam situações de estado de necessidade ou mesmo de se exigir ou não uma conduta diversa de alguém. E aqui vai a nossa indagação, estaria tal sugestão correta?

Com efeito, olhemos que esse raciocínio não passa despercebido à ponderações de doutrinadores como Fábio Roberto D’Avila (2008, pp. 452 e ss.): “A versatilidade que confere Roxin à noção de política criminal implica uma excessiva abertura e, portanto, também, a perda do seu rigor conceitual como critério de orientação na resolução de casos, servindo, muitas vezes, de recurso meramente retórico”.

De fato, deve-se sempre indagar o ponto em que há esse dito benefício. Nem sempre o que é mais útil é o mais justo. E dito isto, pode-se afirmar, ao se deparar com o pensamento funcionalista de Roxin, que este não nos diz de uma maneira suficientemente clara quais são os precisos critérios que irão permitir a mencionada aproximação entre os fins do direito penal e os seus conteúdos sociais.

Aproveitando-se mais uma vez do que fala Fábio D’Avila (2008, pp 452 e ss.): “Se o surgimento do estado de necessidade supralegal é um exemplo de incorporação de valorização político criminal, resta saber qual o limite, se há algum, para o reconhecimento de um valor como critério político-criminal”.

Ora, ninguém pode duvidar do significado do contributo de Roxin. Depois dessa inserção normativa que ocorreu no começo do século XX, as suas ideias de inserção político-criminal foram as mais significativas. Com certeza, a expressão “exigência de uma conduta diversa” sintetiza algo que vai muito além do que se exculpa por trás de uma coação moral irresistível ou uma ordem hierárquica superior não manifestamente ilegal.

Assim como também a expressão “estado de necessidade” expressa algo mais amplo do que Welzel fez perceber quando edificou a primeira grande reforma do sistema penal (ROXIN, 2004. pp. 46 e ss.). É fácil admitir que Welzel fechou o sistema quando afirmou que essa última excludente só existe quando alguém ofende determinado bem jurídico em uma situação de perigo que não provocou, tendo de ser esse bem de igual valor ou de valor inferior.

Roxin (*apud* DIAS, 2004. pp. 562-563) refletiu corretamente quando trouxe a seguinte situação: Em um ônibus, viajam cinco pessoas: o motorista e, como passageiros, dois homens, uma mãe e uma criança. Acontece um acidente. O ônibus está prestes a cair em um precipício. O motorista morre no choque. Sobrevivem a mãe e o filho, mais os dois adultos. A mãe quebra a saída de emergência. Antes de puxar o filho, ela verifica que terá de optar, pois, ao puxar o filho, o ônibus se precipitará e os dois adultos morrerão. Contudo, caso ela deixe os dois adultos saírem, será o seu filho quem morrerá.

Ora, suponha-se que a mãe opte por salvar o filho. A rigor, o seu ato será interpretado como um crime, pois, como dito há pouco, Welzel condicionava que, para existir o estado de necessidade, tinha-se de salvar um bem mais valioso: duas vidas valem mais do que uma.

Seguindo essa linha de raciocínio, Roxin indagou: Como exigir uma conduta diversa dessa mãe? Sem dúvida, essa expressão tinha de significar algo mais. O estado de necessidade não poderia ficar adstrito a regras tão fechadas: como a de que um bem só pode ser salvo se for mais valioso que outro.

Contudo, é a saída observar todas as estruturas do sistema finalista pelas funções do próprio direito penal?¹⁵ Atente-se que para Roxin, dever-se-ia, por exemplo, alterar a culpabilidade, deslocando a exigência de conduta, para um novo requisito denominado por ele de responsabilidade (*Verantwortlichkeit*). Esta não seria mais excluída simplesmente pela coação ou pela ordem dada por um superior da pessoa que cometeu uma determinada ofensa a um bem jurídico, mas pela adequação da reprimenda às necessidades de prevenção (MAURACH; ZIPF, 1994, p. 538).

De acordo com Roxin essa sua ideia permitiria ver o sistema penal através de uma valoração (fundada nas funções do direito penal) que o flexibilizaria, sem traí-lo (FIANDACA; MUSCO, 2006, pp. 05 e ss.). Permitiria também aproximar os dois universos postos tanto por Liszt como pelos neokantistas.

Ora, independentemente de toda a análise que pode ser feita pelo magistrado, este não deveria incriminar as condutas que, em uma relação de custo e benefício (*Zweckrationalität*), não ofenderiam bens jurídicos, a ponto de fazer enxergar que não será vantajoso o uso do sistema penal (ROXIN, 2002, p. 62; VOLK, 1998, pp. 479 e ss.; CORTESI, 2006, pp. 414 e ss.).

Sim, mas indague-se novamente: Seria saudável delimitar as vertentes axiológicas da culpabilidade ao superficial e restrito universo da prevenção geral e especial? Não esqueçamos que o conceito de culpabilidade é um elemento fundamental e indispensável para o reconhecimento do crime. Vinculá-la a consequência do delito é indiscutivelmente um equívoco metodológico.

Até porque o pressuposto lógico da consequência jurídica é a existência ou não do fato criminoso. Só quando se tem por certo a ocorrência de um crime é que se faz possível cogitar sobre a legitimidade e conveniência político-criminal de lhe atribuir uma determinada sanção.

15 “Sugere Roxin a decidida orientação do sistema do direito penal às valorações da política criminal, de maneira que as principais categorias do sistema penal (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade) seriam redefinidas em função das exigências político-criminais”. (*apud* GOMES, 2010, pp. 146-147).

Suprimir-lhe isso, de fato, segundo Fábio D’Avila (2008, pp. 452 e ss.): “é admitir uma noção de crime que deixa de ter conteúdo próprio para assumir, ele mesmo, um conteúdo funcionalizado”.

Uma política criminal crítica é uma tarefa do Estado de Direito. Todavia, não há como se deixar de reparar o esfumaçamento que a mesma gera nos interesses de preservação de direitos e garantias fundamentais. Tão bem delineados na série de instrumentos edificados pela dogmática ao longo dos últimos dois séculos.

No âmbito funcional, até mesmo o conceito de pessoa pode ser suscetível de correção, no momento em que esse começasse a dificultar a obtenção de fins políticos, preestabelecidos pelo Estado. Mais do que uma crítica, ou um reducionismo a uma lógica de custo e benefício, precisa-se compreender que a normatização do direito penal necessita sempre ser revista. Mas de um modo em que o seu sentido não seja extraído de um relacionamento com a legalidade, mas com a instituição de uma validade que encontra raízes, a margem de dúvidas, em uma compreensão onto-antropológica do direito penal.

Uma compreensão, assim propugnada por Faria Costa (1995, pp 30 e ss.): ver-se a compreensão das regras impostas pela dogmática em um “reconhecimento que estrutura o ser comunitário, opondo-se as elaborações funcionalistas, bem como repondo o ilícito para o centro da proposição normativa e do debate penalístico acerca da validade da leis penais”.

6. Conclusões

À guisa de considerações finais, registre-se que se faz cada vez mais necessário se travar um embate entre o domínio do efêmero e do transitório. Tudo com o objetivo de prestar informações teoricamente consistentes ao leitor.

Claro que a exemplo de qualquer trabalho que se pretenda científico, esta narrativa é aberta. Está sempre à procura de aperfeiçoamentos ou contributos. Afinal, a complexidade dos temas abordados não admite a soberba intelectual.

No entanto, apesar das suas limitações, buscou-se sustentar um ponto: o de que qualquer mudança ou proposta de alteração deve ambicionar uma consistência mínima, tão necessária nestes tempos em que a dogmática vem sofrendo fortes crises.

É cada vez mais difícil se entender os instrumentos teóricos edificados pelos cultores da ciência penal como elementos de percepção de um crime.

Diante dos ruídos da incompreensão e dos preconceitos de quem se limita a enxergar partes de jurisprudências, esses instrumentos vêm sendo objetos de conclusões que atingem a própria condição humana, tão carente de segurança e estabilidade.

7. Referências

- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CORTESI, Maria Francesca. “Le disposizioni in tema di misure di prevenzione”. **DPP**. 4. Milano: IPSOA, 2006.
- COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra. Coimbra editora, 1995.
- D’AVILA, Fabio Roberto: Os limites normativos da política criminal. Berlim. **ZIZ**, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra editora, 2004.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**. Parte generale. Quarta edizione. Bologna: Zanichelli Editore, 2006.
- FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires-Montevideo. IbdeF, 2004.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- GOMES, Luís Flávio. **Direito penal**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal** (Tradução de Luís Greco. Análise dos §§ 7 e 11 da 3 ed. de sua obra Strafrecht, Allgemeiner Teil). São Paulo: Renovar, 2002.
- _____. **Política criminal e sistema jurídico-penal** (Tradução de Luís Greco. Sem referência ao título original). São Paulo: Renovar, 2000.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- _____. **Direito penal da negligência**. 2 ed. revista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992.
- VOLK, Klaus. “Diritto penale ed economia”. **RDPEC**. Milão: CEDAM. 1998.
- WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal** (Tradução de Luiz Regis Prado. Sem referência ao título original). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**. Parte geral. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOCIETAS DELIQUERE POTEST E OS DELITOS AMBIENTAIS À LUZ DAS JURISPRUDÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JARDEL DE FREITAS SOARES

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA), professor de Direito Ambiental e Direito Processual Penal, Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7938280572677319>. E-mail: jardel.soares@uol.com.br

Resumo

Os debates penais e as jurisprudências contemporâneas dos tribunais superiores brasileiros são polêmicos em alguns ideais e marcos teóricos sobre o tema *societas deliquere potest*. As principais organizações capitalistas, as pessoas jurídica, são as que mais agridem o meio ambiente, esse bem jurídico tão valioso e insubstituível, e que por isso merece destaque no que diz respeito à responsabilidade criminal. O objetivo é, portanto, promover uma abordagem inovadora e uma crítica paralela acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por danos ambientais. A metodologia utilizada na pesquisa consiste no método investigativo e descritivo, pois visa proporcionar uma maior familiaridade com o problema e torná-lo explícito, além de construir novas hipóteses. A técnica metodológica realiza-se em uma ampla pesquisa nas doutrinas, nos meios eletrônicos oficiais e principalmente nas jurisprudências dos Tribunais Superiores nacionais. Desse modo, observa-se que a proteção ao meio ambiente é ligada ao direito à vida, não somente as vidas dos seres humanos, mas de todo o planeta, e a Ciência Penal não pode ficar inerte diante do avanço da macrocriminalidade ambiental provocada pelas entidades corporativas.

Palavras-chave

Jurisprudências; Pessoa Jurídica; Responsabilidade Criminal; Meio Ambiente.

Resumen

Los debates penales y las jurisprudencias contemporâneas de los tribunales superiores brasileños son polémicos en algunos ideales y marcos teóricos sobre el tema *societas deliquere potest*. Las principales organizaciones capitalistas, las personas jurídicas, son los más ofensivos para el medio ambiente, que es un bien jurídico tan valioso e insustituible,

y por lo tanto merece importancia con respecto a la responsabilidad criminal. El objetivo es, pues, promover un enfoque innovador y una crítica paralela sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los daños ambientales. La metodología utilizada en la investigación es el método investigativo y descriptivo, pues pretende proporcionar una mayor familiaridad con el problema y hacerlo explícito, además de construir nuevas hipótesis. La técnica metodológica se realiza en una amplia investigación en las doctrinas, en los medios electrónicos oficiales y principalmente en las jurisprudencias de los Tribunales Superiores nacionales. Ese modo, se observa que la protección del medio ambiente es relacionada con el derecho a la vida, no sólo las vidas de los seres humanos, sino de todo el planeta, y la Ciencia Penal no puede quedarse inerte ante el avance de la macrocriminalidad ambiental causado por las entidades corporativas.

Palabras clave

Jurisprudencias; Personas Jurídicas; Responsabilidad Criminal; Medio ambiente.

1. Introdução

A atual ordem político-econômica mundial caracterizada pela globalização faz surgir a macrocriminalidade. Agora os bens tutelados atingidos são macrosociais, como o meio ambiente, cujos resultados danosos atingem a todos indistintamente. As medidas de responsabilização cível e administrativa já não são mais suficientes para coibir a degradação ambiental, surge então à responsabilização criminal, como meio *ultima ratio* para amenizar esse avanço prejudicial.

Justifica-se nos seguintes aspectos a pesquisa acadêmica:

No que tange a importância técnico-científica, decorre da impossibilidade de sobrevivência do ser humano sem que sejam utilizados os recursos naturais.

Social e economicamente, observa-se o fato de ser o meio ambiente indispensável à sobrevivência humana, como também, uma forma de combater a pobreza por meio de uma política ecológica sustentável.

No que se refere às motivações jurídicas e ambientais, está o estímulo a uma conscientização de tutela penal e ambiental, no intuito de assegurar que as gerações vindouras tenham condições de desfrutar de um meio ambiente equilibrado.

Diante de tais argumentos, surge então a seguinte problemática: qual a relação jurídico-penal entre os crimes ecológicos cometidos pelas empresas e a degradação ambiental constatada no Brasil à luz dos julgados dos tribunais superiores brasileiros?

O objetivo geral do trabalho é analisar as teorias e as aplicações jurisprudenciais da responsabilização das pessoas jurídicas face aos crimes ecológicos. No que se refere

aos objetivos específicos são os seguintes: provar que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por danos ambientais é seguramente compatível com a teoria do crime, da culpabilidade e das funções da sanção penal. Traçar um paralelo sobre as conseqüências práticas da degradação ambiental advindas após o surgimento da globalização e a parcela de contribuição das pessoas jurídicas. Estabelecer as vantagens, desvantagens e um estudo de Direito Comparado sobre a responsabilização das pessoas jurídicas com relação à tutela ambiental e penal.

A metodologia empregada consiste no método investigativo e descritivo, ou seja, utiliza-se uma profunda pesquisa nas doutrinas e julgados brasileiros e estrangeiros com a finalidade de um maior aprofundamento da evolução histórica, da conceituação teórica e da aplicação prática dos sistemas jurídicos. Na busca de respostas para as inquietações levantadas usa-se de métodos interpretativos próprios das Ciências Criminais e de Ciências afins. Quanto aos métodos de procedimento, vislumbram-se o histórico, o comparativo e o exegético-jurídico de maneira a confirmar ou refutar as hipóteses levantadas a partir da problemática do estudo. A técnica é a documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, acervos de arquivos públicos e particulares e especialmente nas jurisprudências dos tribunais superiores pátrios, além de artigos jurídicos e endereços eletrônicos oficiais.

Pela exposição inicial, demonstra-se a enorme necessidade em pesquisar sobre a responsabilização da pessoa jurídica por delitos ambientais nas relações de desenvolvimento econômico. Em verdade, é difícil a tarefa de estudar essa questão, porém, não restam dúvidas sobre a importância da temática e sua aplicação cotidiana.

2. A Evolução Histórica e o Direito Comparado da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Durante a evolução da sociedade houve períodos em que se aceitava a responsabilidade do ente coletivo e em outros não.

Quando a sociedade passou a organizar-se em *gens* (famílias) algumas regras de condutas foram impostas, como por exemplo, caso algumas normas de conduta fossem desobedecidas por um dos seus membros toda a comunidade personificada passaria a ser punida, tal medida aconteceu no período Babilônico com a criação do Código de Hamurabi (século XXIII a. C.). Outra exemplificação é o Código de Manú (século XIII a. C.), implementado na Índia, onde a punição tornou-se uma marca de cunho religioso que poderia ser aplicada inclusive aos descendentes dos criminosos que ainda não nasceram. Tão logo, a responsabilidade penal familiar tornou-se as premissas para a atual penalização do ente coletivo.

No período do Direito Romano inicialmente devido a sua característica de praticidade não se adotava o conceito de personalidade da pessoa jurídica. Com o advento

do império surge a diferenciação, sem aprofundamento, de direitos e obrigações entre as corporações (*universitas, municipia e collegia*) e as pessoas naturais que faziam parte dessas (*singuli*). No mais, o Direito Romano não se concebeu em regra a responsabilidade penal do ente coletivo (*societas delinquere non potest*). Com relação aos gregos a responsabilização criminal da pessoa coletiva com sanções coletivas aplicadas aos grupos familiares ou clãs foi possível no século VII a. C.

Durante o início da idade média as entidades passaram a tornar-se economicamente e politicamente importantes no contexto da época. Com isso, os glosadores que desempenhavam a função de interpretar o Direito Romano, passaram a analisar que a corporação (*universitas*) era constituída de uma soma de direitos e obrigações de seus membros, e, portanto, poderiam ser responsabilizadas tanto na esfera cível e penal quando a conduta dos seus representantes partisse de uma decisão conjunta e no interesse da atividade do ente coletivo. Nos meados do século XIII surgiram os pensamentos dos pós-glosadores, embora aceitando o entendimento de que a pessoa jurídica era uma ficção, admitiam a sua imputação criminal.

Foi no Direito Canônico que se construiu as bases da teoria da personalidade jurídica moderna. No período canonista, com forte influência do direito germânico, a igreja era considerada como a corporação mais importante, pois a ideia que se impunha era a de que os direitos não pertenciam aos fiéis, mas sim ao poder divino, que era representado pelas corporações eclesiásticas. As sanções as cidades, comunas, congregações, conventos e entre outros poderiam ser de caráter material e espiritual. “Los canonistas, a su vez, trajeron a la luz la idea de persona ficta ‘sive intellectuallis’.” (LÓPEZ MESA; CESANO, 2000, p.24 – grifo no original).

Com a queda do autoritarismo Estatal e do corporativismo, as ideias iluministas e naturalistas, principalmente com o advento da Revolução Francesa, passaram a enfatizar mais a pessoa individual na ordem sócio-democrático do que mesmo a pessoa coletiva. Durante esse período o tema passou por um esquecimento, não por causa de discussões jurídicas, mas sim, por meramente questões políticas e idealistas.

Contudo, diante do crescimento da importância dos entes jurídicos perante a conjuntura mundial houve nos últimos tempos encontros importantes para debater sobre o tema da imputabilidade penal das corporações. “Vários países, há tempos, avançaram rumo à responsabilidade criminal da pessoa jurídica, muito embora setores consideráveis de sua doutrina penalista fossem contrários a tal solução.” (IENNACO, 2010, p.74).

Dessa forma, alguns blocos econômicos e nações ao longo anos adotaram conceitos favoráveis à aplicação da imputação criminal da empresa, assim:

Na Comunidade Européia foi previsto a responsabilidade penal da pessoa jurídica em particular nos artigos 85 e 86 do Tratado Constitutivo da Comunidade Européia (TCCE). De acordo com o Tratado as empresas e as associações comerciais ficam proibidas

de restringir, impedir ou fraudar a concorrência instituída por lei, através de acordos, decisões ou práticas concertadas, sejam dolosas ou culposas. As penalidades, que são exclusivas das pessoas jurídicas, já que a pessoa física que atuou em nome da empresa não é responsabilizada, variam de multa até a nulidade do ato, todavia, a sanção pode ser excluída se a conduta tiver como finalidade melhorar a produção ou distribuição de produtos para o progresso técnico ou econômico do bloco europeu. Fato importante é que existe na resolução de número 77 uma recomendação aos países signatários para que seja levado em consideração o princípio da responsabilidade criminal do ente moral, público ou privado, para a proteção do meio ambiente.

No Mercosul, em seu âmbito foi criado o Protocolo de Defesa da Concorrência dos países que integram o Mercado Comum do Sul, assinado em 1996 na cidade de Fortaleza, Brasil, cujo objetivo é tornar livre e harmônico a circulação de riquezas entre os países do bloco mercosulino e combater a concorrência desleal. Nesse diapasão os artigos 2º, 3º, 27º, 28º e 29º do mencionado Protocolo responsabiliza e penaliza as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que de alguma forma desobedeçam às normas pactuadas. Sem dúvida, o Protocolo que tutela a concorrência na economia do cone sul demonstra a preocupação, embora ainda muito tímida, em estabelecer as premissas de uma harmonização legal no Mercosul que responsabilize as corporações. E no que se refere à tutela ambiental até o presente momento não existe previsão normativa a respeito.

Na Venezuela expressamente nos artigos 3º, 4º e 6º da sua lei penal ambiental de número 4.358/92 a responsabilização criminal da pessoa jurídica por crime contra o meio ambiente, onde a pena pode variar de multa, proibição de contratar com o Estado, e até a medida de fechamento da entidade desde que o dano seja gravíssimo aos bens ecológicos.

Na Bolívia em 31 de março de 2010, promulgou-se a legislação denominada de “lei da luta contra a corrupção, enriquecimento ilícito e investigação de fortunas”. Preleciona a lei de número 004 a responsabilidade penal da pessoa jurídica e a obrigação de prevenir, investigar, processar e sancionar condutas de corrupção de seus prepostos, bem como, recuperar o erário público afetado pelo ilícito.

No Chile existe a lei número 23.393/2009, que prevê a responsabilidade criminal do ente coletivo de maneira autônoma da responsabilidade do seu empregado que houver participado da execução do delito de lavagem de dinheiro, financiamento de terrorismo e suborno a funcionários públicos nacionais e estrangeiros. Estabelece ainda, que as empresas necessitam agir preventivamente por meio da criação de órgãos consultivos e deliberativos no combate aos crimes econômicos.

Em Portugal, no artigo 11º do Código Penal determina que somente as pessoas físicas podem cometer crimes, salvo disposição legal expressa em contrário. Logo, existem dois atos normativos no ordenamento jurídico português que estabelece a imputação criminal dos entes jurídicos. O primeiro é o decreto-lei número 28 de 1984, que seguindo as

recomendações do Conselho Europeu tipifica a imputação penal das pessoas coletivas que infringem a ordem econômica e a saúde pública. Outra lei extravagante que determina a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas é a de número 109/91, chamada de lei da criminalidade da informática.

Na França, com o crescimento da nova ordem econômica mundial os juristas franceses foram agregando conhecimentos e paulatinamente reintroduziram o princípio *societas delinquere potest*. Com a entrada em vigor no ano de 1995 do atual Código Penal, mais especificamente, nos artigos 121 e 122, a França juntou-se ao rol dos países que admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, sempre que o crime for cometido por seus representantes ou órgãos e no interesse da instituição e atentem gravemente à saúde pública, ao meio ambiente e a ordem econômica.

Destaca-se que os preceitos portugueses e franceses influenciaram fortemente as feições das legislações brasileiras sobre o tema.

No país berço da Revolução Industrial, a Inglaterra, após a nova fase do sistema capitalista onde as indústrias passaram a ser a força motriz da sociedade, as Câmaras Criminais (*Criminal Justice Act*) passaram a aplicar sanções aos entes coletivos, já que as atuações das empresas mudaram os conceitos tradicionais ao longo dos anos, inclusive criminal. A jurisprudência inglesa sustenta que os atos e estado mental dos dirigentes das pessoas jurídicas, torna-se os atos e o estado mental da entidade que representam.

Nos Estados Unidos, a regra é a responsabilidade criminal das corporações que está vigente desde 1882 com a promulgação do Código Penal de Nova York. A responsabilização americana é a mais ampla dentre os países de origem *Common Law*, pois admite a imputação das empresas nas infrações dolosas e culposas quando cometidas por um empregado no exercício de suas funções, mesmo que a empresa não tenha obtido proveito com o fato delituoso e que seja cometido por funcionário de competência mediana dentro da corporação.

Com relação à legislação espanhola a reforma penal de 1995 implementou em relação à responsabilização das pessoas jurídicas as *medidas de seguridad* e a investigação envolvendo o *actuar en nombre de otro*. Assim, não há aplicação psicológica das penas convencionais, mas mecanismos de coações próprios dos entes coletivos, bem como, procurou-se criminalizar individualmente quem atua como administrador de fato ou de direito de uma pessoa jurídica ou em seu nome ou a represente legal ou voluntariamente.

3. Marco Teórico sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

De acordo com Rocha (2003) a construção teórica da responsabilidade penal da pessoa jurídica é de grande importância para orientar os julgadores na solução do caso concreto.

As teorias que se destacam são: a teoria da ficção; desenvolvida pelo Direito romano-germânico, sendo para a maioria dos juristas do século XIX o fundamento da noção de personalidade jurídica. Também chamada de teoria da realidade, fora instituída por Savigny, segundo afirma que as entidades possuem existência irreal adquirida por meio de liberalidade do Estado, onde não possuem conduta delituosa por não trazerem consigo a vontade e consciência de realizarem ações ou omissões típicas. De acordo com os defensores da teoria da ficção, atribui-se um meio jurídico para realizar um interesse geral e, para tanto, passou-se a aceitar que uma pessoa ficta fosse tratada como sendo uma pessoa real apenas para efeitos de comodidade na sociedade, uma típica criação artificial pertinente para o momento. *Societas deliquere non potest* devido não possuir culpabilidade (elemento psicológico) e muito menos disposição para ser penalizada. Os homens seriam sempre os verdadeiros sujeitos dos crimes cometidos quando representassem as pessoas jurídicas.

Silvia Bacigalupo (2001, p.57-58) explica a teoria da ficção:

Por la tanto, desde este punto de vista sólo puede ser sujeto de derechos el ser humano individual, dado que el Derecho sólo es un medio para proteger la personalidad ética del ser humano, de manera tal que la personalidad jurídica deber ser necesariamente el reflejo de la ética. El ejercicio de derechos no puede ser, de acuerdo con ello, otra cosa que la puesta en marcha de dicha personalidad, es decir, de la voluntad individual en un sentido ético.

Por outra vertente destaca-se a teoria da realidade; teoria orgânica ou teoria da personalidade real, cujos defensores mais evidentes são Otto Gierke e Zitelman e os seus pressupostos são totalmente diferentes da teoria da ficção, pois admitem que as entidades coletivas adquiram uma existência indiscutível. Diferente dos indivíduos que as compõem e caracterizadas por finalidades específicas, a pessoa jurídica pode cometer delitos desde que levado em consideração alguns requisitos especiais em relação às pessoas naturais (*societas deliquere potest*). Serve o ente coletivo apenas como um instrumento, um escudo, nos planos das pessoas naturais que a comandam. Essa teoria busca afirmar e demonstrar que as instituições não são apenas seres artificiais e abstratos criados pelo Estado por meio de um ato normativo, ao contrário, defende-se que as pessoas jurídicas são seres reais e a sua existência embora não signifique o reconhecimento exatamente igual à de uma pessoa física possuem vontade e consciência própria, podendo inclusive ser responsabilizada e penalizada segundo as normas da Ciência Criminal. “[...] é inescandível que a pessoa jurídica não é uma ficção, mas um verdadeiro ente social que surge da realidade concreta e que não pode ser desconhecido pela realidade jurídica.” (SHECAIRA, 1998, p.87).

Assim, foram criadas cinco subcorrentes que serviram de base para a imputação da personalidade das pessoas jurídicas. Quais sejam: biológica, fisiológica, sociológica, institucional e técnica.

Com relação ao primeiro parâmetro, a biológica, dispõe que as pessoas naturais que compõem as entidades concebem um órgão estruturante e integrado. A pessoa jurídica forma uma realidade natural, resultante da existência de vários membros cada qual com suas funções que se complementam, semelhante a um organismo vivo.

Para a teoria fisiológica os indivíduos, ao se associarem, criaram um novo ser, passível de direitos e obrigações perante a sociedade. Forma uma unidade real.

Enquanto que a teoria sociológica, a ideia de responsabilidade jurídica fundamenta-se na realidade e necessidade social. As entidades coletivas são capazes de influenciar na circulação de riquezas e na participação no desenvolvimento social.

No que se refere à fundamentação institucionalista a partir de certo estágio de sua existência a corporação passa a executar uma função tão peculiar (ação institucional), que a torna uma pessoa corporificada plena para exigir direitos e cumprir obrigações no meio social.

Por fim, a concepção da realidade técnica, diz que a pessoa física utiliza-se da pessoa jurídica para alcançar os seus propósitos, caracteriza-se por possuir uma natureza instrumental.

Observa-se que as correntes que reconhecem a personalidade jurídica não podem atuar isoladamente, ao contrário, se complementam, pois, na proporção que indivíduos se unem para tornarem-se sujeitos de direitos e obrigações irão desempenhar atividades pre-cípua e todas as conseqüências advindas de suas decisões atingem a todos que compõem o órgão coletivo. Cada sociedade a partir dos seus atos normativos disciplina a necessidade ou não da existência da personalidade das pessoas jurídicas, e isso com base em uma realidade social estável. E finalmente, para disciplinar os propósitos das pessoas jurídicas se faz mister a criação de normas reguladoras dos mais diferentes ramos do direito e se for o caso, até mesmo, romper com conceitos considerados clássicos para que se possa adaptar a imputabilidade dos entes coletivos a realidade da sociedade.

Mesmo para aqueles que aceitam a teoria da realidade existe ainda uma divergência quanto ao liame de vontades entre a pessoa natural e a jurídica. Sendo dividida em três modelos ou formas; o primeiro batizado de modelo de acréscimo, consiste na exigência de uma dupla imputação, ou seja, a pessoa jurídica será responsabilizada criminalmente por “ricochete” quando houver também uma responsabilização da pessoa física. Trata-se do modelo utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pela lei brasileira de número 9.605/98.

De acordo com o modelo chamado de primário ou original, defende que a pessoa jurídica deve ser penalizada pelo ilícito penal independentemente da conduta de seus administradores.

Por último, o modelo da responsabilização por evento, que consiste em defender que a atividade do ente coletivo é um risco social permanente e a ocorrência de um delito torna-se passível a aplicação da penalidade. Da mesma maneira como no modelo primário existe uma independência entre a punibilidade dos dirigentes e da pessoa jurídica. Sistema adotado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Helena da Costa (2010) defende que o ente coletivo seja penalizado independentemente da conduta da pessoa natural por se tratarem de responsabilidades heterogêneas e independentes.

Logo, essas correntes teóricas apesar de divergirem em alguns pontos são de suma importância para os embasamentos das jurisprudências dos tribunais brasileiros, já que a temática não é pacífica e está de longe de ser resolvida.

4. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Questão Controvertida

A doutrina controverte-se em torno da responsabilização das corporações aos delitos causados no meio ambiente, e surgiram, de um lado, correntes que pregavam estar finalmente incorporada em nosso Direito (*societas deliquere potest*), e, de outro, correntes para as quais jamais admitiram essa forma de imputação (*societas deliquere non potest*).

Fiorillo (2002, p.47) enfatiza a grande controvérsia sobre o tema abordado:

Muita controvérsia foi trazida também. Ademais deve ser ressaltado que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é aceita de forma pacífica. Pondera-se que não há como conceber o crime sem um *abstractum* humano. Na verdade, o grande inconformismo da doutrina penal clássica reside na inexistência da conduta humana, porquanto esta é da essência do crime. Dessa forma, para aqueles que não admitem crime sem conduta humana, torna-se inconcebível que a pessoa jurídica possa cometê-lo (grifo no original)

Com a feitura da legislação brasileira número 9.605/98, que prevê a responsabilidade penal das corporações por crimes ambientais, os debates acerca de sua constitucionalidade de processar e condenar criminalmente uma entidade por crime ambiental mostra-se cada vez mais discutidos. No grupo de juristas favoráveis, defende Machado (1998, p. 591-592) o seguinte:

A sanção do crime ambiental e a sanção administrativa no tocante à pessoa jurídica guardam quase uma igualdade. A necessidade de se trazer para o processual penal a matéria ambiental reside principalmente nas garantias funcionais do aplicador da sanção. O Poder Judiciário, a quem caberá aplicar a sanção penal contra a pessoa jurídica, ainda tem garantias que o funcionário ou o empregado da Administração indireta não possuem ou deixaram de ter.

A experiência brasileira mostra uma omissão enorme da Administração Pública na imposição de sanções administrativas diante das agressões ambientais. A possibilidade de serem responsabilizadas penalmente as pessoas jurídicas não irá desencadear uma frenética persecução penal contra empresas criminosas. Tentar-se-à, contudo, impor um mínimo de corretivo, para que a nossa descendência possa encontrar um planeta habitável.

Por outro lado, existem alguns estudiosos que rebatem de forma crítica e totalmente contrária à viabilidade da responsabilização da pessoa jurídica. “A concepção simplista da responsabilidade penal da pessoa jurídica é inconstitucional, ilegal e, de fato, inaplicável.” (MORAES, 2002, p.152).

Verifica-se, então, que a problemática que gira em torno do tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica é altamente polêmica entre os juristas, por isso a importância de seu estudo e discussão, principalmente quando envolverem questões ambientais.

5. Da Culpabilidade da Pessoa Jurídica

A pesquisa sobre a culpabilidade iniciou na Itália, contudo, foi na doutrina alemã que as definições estruturais se tornaram mais consistentes.

Os estudos sobre o juízo de reprovação foram visíveis, mas somente com o surgimento do sistema finalista o conceito de culpabilidade aperfeiçoou-se. Com a teoria da ação final, a mais adotada no mundo, expõe que além da imputabilidade o agente deveria possuir uma atividade final, uma intenção genuína do ente humano. Com isso somente a pessoa natural poderia realizar conduta, já que é dotada de vontade, consciência e previsibilidade. A culpabilidade agora é um dos requisitos do crime como o fato típico e a ilicitude. Teoria criada na Alemanha por Hans Wezel na década de 30 passou a investigar a pureza da conduta humana. A ação passou a ter um novo conceito ontológico. Atualmente o dolo e a culpa não podem mais serem analisados em sede de culpabilidade, mas no fato típico do delito. A culpabilidade passa a ser constituída pela imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa. Dessa maneira, conceitua-se a culpabilidade como a reprovação do agente criminoso pela realização de sua conduta típica e ilícita, quando poderia ter agido de acordo com os ensinamentos da ordem jurídica. Traduz-se em um juízo de reprovação personalíssimo.

Apesar da teoria finalista da ação ter inovado totalmente a teoria do delito não satisfaz por completo os anseios da sociedade contemporânea, pois resumir à capacidade de ação a conduta somente humana é algo obsoleto e restrito. Os crimes atuais abrangem danos de maiores proporções e mecanismos inovadores, com isso as teorias possuem a obrigação de se adaptarem a essas novas realidades sociais. Hoje, os bens jurídicos a serem penalmente

protegidos ingressam diretamente numa ordem coletiva, como a ordem financeira e o meio ambiente, e não mais somente individual. Não significa o fim do finalismo, mas que poderá ser complementada e modernizada por outras teorias que venham a surgir.

A culpabilidade não pode mais estacionar em preceitos que não preencham adequadamente as necessidades da realidade atual, que anseia por novos dogmas penais. O preceito culpável é o termômetro da evolução da Ciência Criminal, logo deve ser sempre avaliado se o seu conceito usual está de acordo com as carências sociais do momento.

Recentemente na década de 70 nasceu a teoria do funcionalismo, cujas bases estão presentes na teoria sistêmica de Niklas Luhmann¹. O funcionalismo é uma teoria totalmente inovadora que ao longo dos anos vem agregando vários adeptos especialmente na Europa. Tese desenvolvida por Claus Roxin, que mais tarde foi aprimorado por Jakobs, prega em seus fundamentos um método teleológico, onde se visa à funcionalidade do Direito Penal. Uma apuração menos ontológica do crime que prega a política criminal como método preventivo de paz social. Quer-se com o funcionalismo delimitar principalmente a importância da finalidade da pena como forma de prevenção geral positiva. Possui como alicerces a teoria da imputação objetiva e a extensão da culpabilidade para a categoria de responsabilidade. Fundamentos doutrinários bastantes revolucionários e com um alto grau de aplicabilidade prática.

Na teoria funcionalista a ação é totalmente dependente dos pressupostos jurídicos da imputação, e a culpabilidade é uma forma de prevenção social, enquanto que a pena funciona como o restaurador da estabilidade normativa. Critérios imprescindíveis para solidificar a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Para alguns, totalmente avessos a mudanças, não se pode falar em culpabilidade da pessoa jurídica à medida que esta não tem uma omissão ou agir independente, movido por ato volitivo íntimo, é dizer, uma conduta humana precípua. É pacífico que, quem não possui vontade, pressuposto do dolo na teoria tradicional do delito, não pode cometer delitos. Predomina o entendimento de que pessoa jurídica não tem vontade própria e isso é uma das razões pelas quais respeitáveis doutrinadores não aceitam sua responsabilidade penal, pois lhe falta um pressuposto básico e essencial, a conduta, ou melhor, o agir, a intenção, a finalidade.

Porém, o entendimento que vem tomando corpo perante os penalistas modernos acerca da culpabilidade da pessoa jurídica é aquele segundo o qual não se aplica ao ente coletivo o mesmo conceito de culpabilidade usual as pessoas naturais, medindo-a, nesses

1 A teoria sistêmica afirma que o sistema jurídico é nada mais do que um subsistema social global. As normas são estruturas de expectativas simbólicas generalizadas, cuja função é estabilizar o próprio sistema. Um sistema se produz e reproduz por si mesmo, por meio da autopoiese, contudo, apesar de ser fechado pode interagir com o ambiente, sem estar a este totalmente vinculado.

casos, de acordo com a sua capacidade de atribuição. O crime é imputado à pessoa jurídica quando houver, na prática do delito, interesse institucional precípua, o qual se verifica por meio do interesse econômico que o gerou.

A pessoa jurídica não pratica condutas criminosas, ela desenvolve atividades próprias, uma verdadeira conduta institucional.

No desenvolvimento de suas atividades pode o ente coletivo vir a agredir o bem jurídico e a agressão é consequência do interesse da instituição na obtenção de proveito financeiro, ou melhor, de sua responsabilização. E essa capacidade está para a responsabilização penal da pessoa jurídica, assim como, a culpabilidade está para a responsabilidade criminal da pessoa física.

Seria uma forma inovadora de imputação penal, já que mudaria totalmente a forma clássica que vem sendo adotado com a conduta finalista da pessoa física. Agora os criminalistas poderiam enquadrar a conduta, até então considerada impossível, da pessoa jurídica e a lei penal apenas como base na pretensão econômica que é praticada e que veio direta e especificamente a violar os axiomas sociais. As características da culpabilidade do ente coletivo e da pessoa natural são divergentes, porém se completam.

De acordo com a responsabilização penal da pessoa jurídica de forma diferenciada o doutrinador espanhol Muñoz-Conde explica:

Desde el punto de vista de un Derecho penal que en la configuración de la infracción delictiva parte de la acción humana, de la culpabilidad y de unos presupuestos psicológicos que solo pueden predicarse de la persona física individual, se hace difícil admitir a responsabilidad de entes ficticios como son las personas jurídicas.

También el sistema de sanciones aplicables, penas o medidas, descansa en unos presupuestos psicológicos individuales, culpabilidad-peligrosidad, en función de las cuales se asigna al sistema de sanciones unas finalidades de prevención general o especial que difícilmente pueden lograrse en el ámbito de las personas jurídicas.

Pero, éste no quiere decir que el Ordenamiento jurídico en su conjunto deba permanecer impasible ante los abusos que a través de la persona jurídica se comentan y que, cuando esos abusos revistan los caracteres de delito, no pueda imponer consecuencias que específicamente incidan en la persona jurídica que sirvió de vehículo o instrumento para su comisión.

Hay que buscar, pues, la sanción adecuada a estos entes jurídicos, pura creación artificial del Derecho, que tan importante actividad despliegan en el actual mundo económico.

Personalmente, me parece bien que el actual Derecho penal disponga de un arsenal de medios específicos de reacción y control jurídicopenal de

las personas jurídicas. Claro que estos medios deben ser adecuados a la propia naturaleza de estos entes². (grifo nosso)

Torna-se fundamental a responsabilização criminal de qualquer pessoa física ou jurídica que cometa delito, e é claro, atendendo a peculiaridade da culpabilidade de cada ser. Ao responsabilizar a pessoa moral devem-se adotar critérios diferentes com relação à pessoa natural, rompendo, portanto, com os conceitos clássicos da dogmática antropocêntrica penal e aplicando conceitos inovadores com base em uma culpabilidade especial. “Sin embargo, la identidad de la persona jurídica, a diferencia de la persona natural, no se determina a partir de la conciencia sino a partir de la unidad de su constitución.” (JAKOBS, 2004, p.62).

E ainda, Kurt Seelmann (2004, p.37) ensina:

Una variante de este argumento de compatibilidad va por la línea que busca desarrollar para las empresas un concepto especial de culpabilidad ajustado a ellas. Mientras que los sujetos individuales puede reprochárseles no haber percibido suficientemente su propia responsabilidad, a las empresas puede reprochárseles una organización administrativa defectuosa. Los conflictos referidos a las personas naturales y los referidos a personas jurídicas podrían resolverse, por tanto, de manera separada en vías distintas de Derecho penal de la culpabilidad, cada cual con presupuestos propios de imputación.

Insta acentuar, que a pessoa jurídica não comete crime, apenas é responsabilizada objetivamente (risco social) por uma conduta subjetiva realizada pela pessoa física, que atua em seu nome e criou o ente coletivo para uma finalidade específica. “Deve-se reconhecer que tal disposição não estabelece que a pessoa jurídica seja autora, mas apenas responsável.” (ROCHA, 2003, p.70)

A imputação criminal do ente jurídico não obedece a uma caracterização subjetiva, mas sim objetiva, pois inicialmente analisa os elementos clássicos do fato típico realizada pela pessoa natural com véis subjetivo, para em seguida enquadrar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nesse caso não se relaciona a presunção de dolo ou culpa e sim o surgimento do relevante risco (ameaça predisposta) e o prejuízo ao bem jurídico ecológico protegido por uma política criminal.

David Goldblatt (1996, p.231) ao mencionar Ulrich Beck relata sobre as características dos riscos ambientais na sociedade contemporânea e a necessidade de uma política de controle:

2 **Los delitos patrimoniales y económicos.** Disponível em <http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/los%20delitos%20patrimoniales%20y%20economicos%20munoz%20conde.pdf>. Acesso em: 20 de abr. 2015.

Embora Beck utilize as ideias de riscos e perigos para se referir a muitas áreas de vida social, estas ideias são analisadas mais minuciosamente na equação dos riscos e perigos relativamente à degradação do ambiente. Naturalmente que certos perigos e azares sempre ameaçaram as sociedades humanas. O motivo por que passam a ser riscos, como Giddens referiu, é o facto de serem perigos e azares que são conhecidos, cuja ocorrência pode ser prevista e cuja probabilidade pode ser calculada. Correr perigo é uma coisa. Saber que se está em perigo é completamente diferente. Saber que se está em perigo e sentir-se completamente impotente para alterar o curso dos acontecimentos que causam esse perigo é ainda outra coisa. Juntamente com a alteração de perigo para risco, os problemas ecológicos contemporâneos possuem outras características diferentes que evocam e exigem formas muito determinadas de resposta política e psicológica. Estas exigências e respostas são de tal dimensão que pode dizer-se que a sua emergência anuncia a emergência de uma forma de modernidade diferente.

Merece esclarecer que a responsabilização objetiva não abandona a teoria finalista da ação totalmente, alguns elementos serão conservados e outros melhorados, contudo, surge uma nova forma de proteção penal mais enriquecida. O intuito desse enquadramento objetivo é viabilizar a aplicação da teoria do delito, quanto à construção de um ato normativo anterior que tutele o bem jurídico, cuida-se de uma obrigação explicitamente típica.

Na ideia de Jesus (2000) a responsabilidade objetiva tem como fundamento os valores sociais que a política penal deseja tutelar.

Não se trata de concursos de agentes criminosos, em que a pessoa física e a jurídica sejam co-autoras de determinado delito, pois nesse caso será necessário um levantamento de culpa ou dolo dos autores para saber até onde os agentes tinham o domínio do fato e conseqüentemente atenderem o enquadramento legal. Logo, estaria atribuindo uma conduta subjetiva extensiva aos entes coletivos, o que é inconcebível.

A responsabilidade da corporação deve obedecer a certos requisitos, dentre os quais: deliberação no âmbito da pessoa jurídica por prepostos com poderes de representação; autor material vinculado em nome e benefício da pessoa jurídica; amparo no poder econômico do ente; a conduta delitativa da pessoa física materialize a atividade institucional e que as atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica dissimulem a sua verdadeira intenção econômica.

Sem dúvida, a culpabilidade e a aplicação da pena tornam-se os pontos-chaves para o questionamento da imputabilidade penal das pessoas jurídicas, pois segundo a doutrina clássica a culpabilidade é o pressuposto da aplicação da pena. No entanto, faz-se necessária a inovação da dogmática penal para que se possa lograr êxito na imputação penal das pessoas jurídicas. “Para culpar criminalmente una entidad colectiva tendrá que modificar y crear nuevos conceptos dogmáticos.” (SOARES, 2013, p.69).

É dizer, existe a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, para tanto, será imprescindível a quebra de paradigmas. *Mutatis mutandis*, em busca de uma maior proteção aos bens jurídicos considerados essenciais.

6. Os Posicionamentos do STF e do STJ quanto a Responsabilização das Pessoas Jurídicas por Crimes Ambientais

No Brasil a questão ambiental tomou um grande corpo com a Constituição Federal de 1988, pois até então as normas que protegiam o meio ambiente eram ineficazes e serviam apenas como um paliativo para um problema que crescia a todo instante. Pela primeira vez na sua história a Constituição brasileira no seu título VIII, da ordem social, mais precisamente no artigo 225, seus incisos e parágrafos prevêem especificamente inúmeras políticas ambientais. Reza o texto que todos os cidadãos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de uso comum do povo e fundamental a sua vida. Impõe ainda ao Estado o dever de assegurar à coletividade e as futuras gerações a defesa e preservação ambiental.

Sem dúvida, o assunto na seara constitucional e ambiental que trouxe mais discussões está expresso no artigo 225, §3º, que responsabiliza a conduta e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, onde seus infratores pessoas físicas ou jurídicas estarão sujeitas a sanções penais, administrativas e civis. Corroborando com essa premissa o artigo 173, §5º estabelece que as pessoas jurídicas independente da responsabilidade individual dos dirigentes serão responsáveis por atos praticados contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular.

Após a previsão constitucional, surgiu em 12 de fevereiro de 1998 a lei de número 9.605, no qual objetivo é a disposição sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, além de outras providências. Apesar das críticas a lei ambiental brasileira é considerada pela maioria dos estudiosos um enorme avanço no que se refere à tutela ambiental e penal.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao longo dos últimos anos adotou a teoria *societas delinquere potest*, é dizer, a pessoa coletiva poderá sim ser responsabilizada por crimes ambientais, desde que haja a intervenção direta do responsável pela pessoa jurídica na agressão ambiental. As primeiras decisões dessa corte superior causaram muitas controvérsias e discussões, mesmo com a previsão constitucional e legal explícita.

A culpabilidade do ente jurídico possui como base uma responsabilidade social que o mesmo desempenha desde que o preposto pratique uma conduta danosa em nome e em razão da atividade da pessoa jurídica, além do mais, é plenamente possível uma imputação para a pessoa física (conduta subjetiva) e outra para a entidade coletiva (conduta objetiva de risco social), mas sempre com alto grau de interdependência.

Para responsabilizar os entes coletivos por delitos que venham a ocorrer na esfera ambiental há uma necessidade de inovação nos conceitos tradicionais da teoria do delito, principalmente no que se refere à culpabilidade e a aplicação das penas.

O uso de preceitos dogmáticos penais inovadores, decorrente das novas necessidades sociais, fez com que o Direito Penal de hoje não se preocupasse somente com a tutela individual, mas também com a proteção de direitos difusos e coletivos. A imputação penal das pessoas jurídicas se enquadra perfeitamente nessa nova era da Ciência Criminal. Assim é a lição do STJ no início da década:

PROCESSO RESP 564960 / SC RECURSO ESPECIAL

RELATOR; MINISTRO GILSON DIPP (1111)

ÓRGÃO JULGADOR: T5 - QUINTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO: 02/06/2005

DJ 13/06/2005 P. 331RDR VOL. 34 P. 419

EMENTA: CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial.

II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. “De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.”

IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.

X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.

XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator³. (grifo nosso)

Bem como, o ministro relator Paulo Gallotti no mesmo diapasão decidiu no recurso especial o seguinte:

**PROCESSO – RESP 847476 / SCRECURSO ESPECIAL
2006/0089145-1**

RELATOR - MINISTRO PAULO GALLOTTI (1115)

ÓRGÃO JULGADOR - T6 - SEXTA TURMA

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE 08/04/2008 DJE 05/05/2008

3 Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 de abr. 2015.

EMENTA: PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. DELITO DO ART. 60 DA LEI Nº 9.605/1998. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO PREJUDICADO.

1. “Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio.” (REsp nº 889.528/SC, Relator o Ministro Felix Fischer, DJU de 18/6/2007)

2. Sendo de 6 meses de detenção a pena máxima cominada ao crime previsto no art. 60 da Lei nº 9.605/1998, com relação à empresa Castilho Prestação de Serviços Ltda, constata-se que já decorreram mais de dois anos desde a data do fato incriminado sem que fosse recebida a inicial acusatória, e, quanto a Luis Vanderlei de Castilhos, o transcurso de mais de dois anos desde o recebimento da denúncia, operando-se, em ambos os casos, a prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 109, inciso VI, do Código Penal, uma vez que não ocorreu qualquer causa interruptiva desde então.

3. Recurso especial parcialmente provido⁴. (grifo nosso)

As decisões do STJ com base no preceito constitucional rompem com as clássicas teorias do delito da responsabilidade individual subjetiva, pois entende os julgadores que diante da nova conjuntura a Ciência Jurídica deve adaptar-se a essa nova realidade para não promover impunidades. A responsabilidade das entidades coletivas não tem como base a culpa individual, mas sim, uma responsabilidade social que atinge a todos.

Por outro lado, no ano de 2005 o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio do ministro Gilmar Mendes, em um julgamento considerado peculiar, do HC de número 83554, dissociou a conduta da pessoa jurídica e da pessoa natural ao quebrar os seus nexos intersubjetivos. Diz a jurisprudência:

HC 83554 / PR - PARANÁ

RELATOR (A): MIN. GILMAR MENDES

JULGAMENTO: 16/08/2005

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA.

PUBLICAÇÃO DJ28-10-2005 PP-00060 EMENT VOL-02211-01 PP-00155 RTJ VOL-00209-01 PP-00186. LEXSTF V. 27, N. 324, 2005, p. 368-383

⁴ Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 de abr. 2015.

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Responsabilidade penal objetiva. 3. Crime ambiental previsto no art. 2º da Lei nº 9.605/98. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobrás. 5. Ausência denexo causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não-atribuível diretamente ao dirigente da Petrobrás. 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos. 8. Não-configuração de relação de causalidade entre o fato imputado e o suposto agente criminoso. 8. **Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa.** 9. **Problema da assinalgmatividade em uma sociedade de risco.** 10. **Impossibilidade de se atribuir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos.** 11. **Habeas Corpus concedido**⁵. (grifo nosso)

Em 19 de agosto de 2008, ao julgar o HC 92921, o ministro relator Ricardo Lewandowski, torna a esboçar mais uma vez a preponderância dos conceitos clássicos da dogmática penal em relação aos modernos conceitos da imputação criminal coletiva:

HC 92921 / BA - BAHIA HABEAS CORPUS

RELATOR (A): MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

JULGAMENTO: 19/08/2008 ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA

PUBLICAÇÃO: DJE-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. HABEAS CORPUS PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL. ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE RELATOU A SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA CO-ACUSADA. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA.

I - Responsabilidade penal da pessoa jurídica, para ser aplicada, exige alargamento de alguns conceitos tradicionalmente empregados na seara criminal, a exemplo da culpabilidade, estendendo-se a elas também as medidas assecuratórias, como o habeas corpus.

II - Writ que deve ser havido como instrumento hábil para proteger pessoa jurídica contra ilegalidades ou abuso de poder quando figurar como co-ré em ação penal que apura a prática de delitos ambientais, para os quais é cominada pena privativa de liberdade. [...]

⁵ Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 19 de abr. 2015.

VII - Ordem denegada. Decisão A Turma, **preliminarmente, por maioria de votos, deliberou quanto à exclusão da pessoa jurídica do presente habeas corpus, quer considerada a qualificação como imputante, quer como paciente; vencido o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator. No mérito, por unanimidade, indeferiu a ordem**⁶.
(grifo nosso)

Dessa maneira, embora o STF não tenha decidido sobre o mérito do tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica demonstrava até a referida data uma visão inicialmente antropocêntrica com fulcro na diferenciação da responsabilidade entre a pessoa jurídica e a pessoa física, e conseqüentemente na exclusão dos entes coletivos da imputação criminal.

Não obstante, em 2013, o STF passou a inovar os entendimentos anteriores quando julgou no Recurso Extraordinário de número 548181 a possibilidade da responsabilização criminal do ente coletivo, contudo, sob uma ótica diferenciada, já que trabalhou com a linha de imputação penal da pessoa jurídica dissociada da pessoa física. Da seguinte maneira se pronunciou a ministra relatora Rosa Weber:

RE 548181 / PR - PARANÁ RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 06/08/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação

ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. **A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.** 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. **Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa**

⁶ Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 19 de abr. 2015.

a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido⁷. (grifo nosso)

Com esse entendimento a Suprema Corte brasileira surpreende positivamente com sua última decisão, no entanto, surge a crítica da corrente teórica aplicada. O modelo de acréscimo, o qual é defendido pelo STJ, é o que possui maior viabilidade prática, já que se torna impossível e até prejudicial ao mecanismo jurídico dissociar a conduta subjetiva da pessoa física da conduta objetiva da corporação. Apesar de serem diferentes as condutas possuem um nexo causal inseparável e interdependente.

7. Penalogia

A aplicação de penas aos agentes criminosos enseja maior estabilidade normativa, traz uma valorização à ordem jurídica como forma de combate aos problemas sociais. O Estado, instituição competente na tutela dos valores da sociedade, deve preocupar-se principalmente com medidas preventivas no que se refere aos bens ecológicos, pois o meio ambiente depois de ser prejudicado não restaura as suas condições anteriores. Como também, implementar sanções reparadoras, rápidas e enérgicas. “Quanto mais a pena for rápida e próxima do delito, tanto mais justa e útil será.” (BECCARIA, 1999, p.79).

As penalidades, desse modo, devem causar efeitos preventivos, retributivos e restauradores a qualquer pessoa que cometa crime ambiental.

O crime avança sobre a natureza e as empresas são as maiores responsáveis, logo não podem ficar impunes diante de tais atos danosos.

⁷ Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 19 de abr. 2015.

A tendência atual é que todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que atentem contra a ordem jurídica penal sejam consideradas culpadas e passíveis de penas, mesmo que para isso, seja obrigatória a modificação de alguns conceitos penais tradicionais, como a teoria da culpabilidade e da aplicação da pena.

Na visão de Machado (1998) adotar apenas a previsão da responsabilidade penal da pessoa física diante dos delitos ambientais é coadunar com a ineficácia do Direito Penal diante dos danos ecológicos.

Para que o ente coletivo possa sofrer a punibilidade que lhe seja atribuída as Ciências Criminais terão que se adaptarem as novas situações sociais, contudo isso não quer dizer que os conceitos tradicionais serão abolidos totalmente, mas sim apenas encaixados em uma nova realidade. O que não pode acontecer é que as pessoas jurídicas fiquem impunes servindo de imunidade para os seus dirigentes causarem lesões aos bens ecológicos.

A lei Ambiental brasileira, número 9.605/98, inovou também no que se refere aos tipos de sanções aplicáveis as pessoas jurídicas, pois observou critérios importantes como o grau de culpabilidade dos diretores e funcionários das entidades.

As penas aplicáveis às pessoas jurídicas podem ser as seguintes: a pena de multa, suspensão parcial ou total das atividades, interdição temporária, proibição de contratar com o poder público, prestação de serviços à comunidade, liquidação forçada e a desconsideração da personalidade jurídica.

O jurista David Baigún (2000, p.273-274) defende que no momento da dosimetria da pena o julgador deve observar critérios inerentes a pessoa jurídica:

No obstante estos diferentes niveles, el concepto de determinación es unitario, los factores que concurren para la valoración están presentes, tanto en la consideración general (primer nivel), en el encuadramiento legal (segundo nivel) como en el aspecto más focalizado de la personalización (tercer nivel). Como veremos después, estos factores son de distinta naturaleza, carecen de homogeneidad, por lo cual resulta harto riesgoso el intento de clasificarlos dentro de un plano sistemático; reducido nuestro análisis a los dos niveles que aquí importan (determinación legal y determinación judicial), sólo podemos aspirar a una enunciación y, aun así, sin un baremo racional que permita establecer un orden de importancia o de gravitación. Tal vez el único criterio rescatable sea la división entre presupuestos de la determinación y factores de valoración. Entre los primeros se hallan el juicio de responsabilidad social y el marco penal; entre los segundos, el fin corrector de las penas, las medidas de seguridad, la conducta de la persona jurídica en el marco económico y social y el papel de la víctima.

O professor Claus Roxin (2008, p.27-28) afirma de maneira consistente à viabilidade que a aplicação de sanções as pessoas jurídicas ao dizer o seguinte:

Porém, as sanções as pessoas jurídicas desempenharão um grande papel no futuro. Afinal, as formas mais socialmente lesivas da criminalidade econômica e ambiental têm sua origem nas grandes e poderosas empresas; também a venda dos mais diversos produtos lesivos à saúde será um problema cada vez maior para o direito penal. Quando, nestes casos, se realiza um tipo penal, é frequentemente difícil, senão mesmo impossível, descobrir os responsáveis na empresa, pois a responsabilidade distribui-se por várias pessoas, e a culpabilidade de uma delas dificilmente pode ser provada. Também não se consegue enfrentar de modo eficaz os perigos que emanam de uma grande empresa – p. ex., para o meio ambiente – através de punição de um indivíduo substituível.

Pelo contrário, sanções que se acoplem a uma falha da organização (independentemente de quem, individualmente, seja culpado), podem ter intensos efeitos preventivos. Elas devem abranger desde consideráveis pagamentos em dinheiro até o fechamento da empresa. Também aquelas sanções morais, ainda em estágio de desenvolvimento jurídico, não são mais verdadeiras penas; pois estas pressupõem uma ação e culpabilidade imputáveis a uma pessoa individual. **Uma pessoa jurídica só pode agir e tornar-se culpável em sentido análogo, através de uma construção jurídica. Para tanto, será necessário desenvolver regras especiais de imputação,** que não posso discutir mais aprofundadamente nos limites deste trabalho.

Minha nona conclusão intermediária é: **sanções a pessoas jurídicas, paralelas à punição dos autores individuais, desempenharão um grande papel no futuro, no combate à criminalidade de empresas.** (grifo nosso)

No entanto, para aqueles que não adotam o entendimento da imputação penal aos entes coletivos (*societas deliquere non potest*), sustentam a inconstitucionalidade latente no processamento e na aplicação de penas às pessoas jurídicas no Direito brasileiro por ferir princípios fundamentais expressos na *Carta Magna*, notadamente os princípios do devido processo legal, da individualização e da intranscendência da sanção penal.

Explica Juliano Breda (2010, p.296) sobre a suposta inconstitucionalidade da responsabilização penal da empresa frente à lei ambiental de número 9.605/98:

Em conclusão, em face do alto grau de discricionariedade conferido ao aplicador e da ausência de critérios mínimos de interpretação e conscientização de seu conteúdo, **as normas da lei 9.605/98 que estabelecem as sanções penais às pessoas jurídicas são inconstitucionais**, em razão da ofensa aos princípios da máxima taxatividade legal e da certeza ou segurança jurídica, derivados diretamente do princípio constitucional da legalidade, bem como pela infração ao princípio constitucional que determina ao legislador a regulamentação da individualização da pena, tarefa visivelmente não cumprida nesta matéria. (grifo nosso)

Polemiza ainda mais a discussão Raúl Zaffaroni (2010, p.63) quando expõe a inviabilidade da atual legislação processual penal brasileira em penalizar uma pessoa jurídica:

El proceso penal no es sólo un medio de realización de la ley penal, sino que es al mismo tiempo una garantía para la persona humana; la pena solo puede imponerse mediante el proceso legalmente previsto y nada más. Cualquier pretensión de apartarse de ese proceso en detrimento de sus garantías resulta violatoria del principio del debido proceso legal. Por ello, cuando no hay ley procesal aplicable, el juez no puede inventarla ni construirla por analogía partiendo de la ley vigente similar. Ello significa confundir la función del proceso civil con el penal y, en definitiva, confundir el modo de provisión de seguridad jurídica que tiene el derecho civil con el que tiene el derecho penal: para cumplir con las pautas de seguridad jurídica de derecho civil (no dejar ningún conflicto sin resolver), es natural que el derecho procesal civil admita e incluso imponga la integración analógica en caso de que la ley omita regular el procedimiento; para cumplir con las pautas de seguridad jurídica del derecho penal, es natural que el derecho procesal no opere cuando la ley penal no vaya acompañada de las disposiciones legales de naturaleza procesal necesarias para realizarlas y que al mismo tiempo garantizan el principio del debido proceso legal. Por ello, estimo *que en actual estado legislativo, las disposiciones concernientes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no son aplicables hasta que se sancionen las normas procesales que permitan su realización.* (grifo no original)

Insta acentuar, que a aplicação de sanções às corporações não fere nenhum princípio constitucional, ao contrário, encontra-se fundamentado nas premissas da *Carta Magna*, pois a responsabilização penal da pessoa jurídica irá penalizar uma ação humana, que usou a atividade do ente moral. Nesse entendimento já se pronunciou o STJ:

PROCESSO: REsp 564960 / SC RECURSO ESPECIAL 2003/0107368-4

MINISTRO: Ministro GILSON DIPP (1111)

ÓRGÃO JULGADOR: T5 - QUINTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO: 02/06/2005

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE: DJ 13/06/2005 p. 331RDR vol. 34 p. 419

EMENTA: CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA

JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial.

II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. “De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.”

IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.

X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.

XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator⁸. (grifo nosso)

A pessoa jurídica e a pessoa física possuem culpabilidades distintas, logo são pessoas em que a sua criação e extinção são axiologicamente diferentes, passíveis então de penalidades peculiares de acordo com o seu juízo de reprovabilidade, além do mais, durante a relação jurídica processual penal será sempre dada oportunidade a empresa ré, por meio de seu representante legal, o direito a defesa ampla e ao devido processo legal, semelhante ao que acontece com a pessoa física.

No Código de Processo Penal brasileiro⁹ o preenchimento de suas lacunas é plenamente possível por meio da analogia (autointegração), dos princípios gerais do direito (heterointegração) e da hermenêutica jurídica, ou seja, se durante o desenrolar da relação jurídica processual penal de uma pessoa jurídica o julgador não encontrar textos legais expressos a respeito poderá se valer das mais variadas formas de aplicações e interpretações da legislação instrumental criminal e constitucional. Por outro rasgo, o que não deve acontecer é o abuso desses elementos operacionais para ferir princípios constitucionais.

Importante observar a razoabilidade dos preceitos da Lei Maior, por que nenhum princípio é mais importante do que outro, todos estão numa mesma escala hierárquica de carga normativa, passíveis de serem analisados e aplicados. Precisa-se harmonizar e coordenar as normas constitucionais, com a finalidade de se evitar perdas axiológicas excessivas. “[...] o **princípio da concordância prática** impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.” (CANOTILHO, 2000, p. 1.188 – grifo no original).

Segundo Iennaco (2010) não haverá desrespeito aos princípios constitucionais da intranscendência e individualização da pena a concepção do Direito Penal moderno caracterizado por uma imputação penal objetiva das pessoas jurídicas em detrimento de um novel problema social, como acontece com outros ramos do Direito.

8 Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 de abr. 2015.

9 Artigo 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.

Não há, portanto, inconstitucionalidade no processo e na aplicação de penas as pessoas jurídicas na legislação do Brasil. Ao contrário, a própria Constituição Federal é clara ao prevê que se devem encontrar mecanismos para uma maior eficácia nas aplicações de sanções aos crimes ambientais e dentre as determinações está à responsabilidade penal do ente coletivo (artigos 173, § 5º e 225, § 3º), que fora posteriormente ratificado pelo legislador brasileiro por meio da lei de número 9.605/98.

Outra crítica forte ao sistema de responsabilização criminal dos entes morais é com relação à mitigação da pena individual, ou seja, segundo os opositores, o Estado se preocupa tanto em punir as empresas, em busca da proteção coletiva, que se esquece de criar medidas mais eficazes para coibir os delitos individuais. No entanto, uma análise sem nexos e embasamento argumentativo, pois os crimes e penas de agentes individuais permaneceram, só que agora ao lado de crimes e penas das pessoas jurídicas.

Pelo exposto, verifica-se a viabilidade na aplicação de sanções a todas as pessoas, sejam físicas ou jurídicas, como forma de coibir o avanço da degradação ambiental.

8. Conclusões

Assim sendo, constatou-se que apesar do STF recentemente ter decidido pela responsabilização da pessoa jurídica por delitos ambientais difere do STJ quanto à dissociação da culpabilidade da pessoa física e do ente moral.

Quando o administrador agir em nome da empresa e causar um delito ecológico, ambos devem ser responsabilizados conjuntamente, o primeiro devido a sua conduta dolosa ou culposa e a segunda responde objetivamente por ter sido criada (risco social) para facilitar a realização do evento criminoso. Se por outro lado, o dirigente realiza uma ação ou omissão delituosa ambiental e não utiliza a pessoa jurídica, fica evidente que não poderá ser responsabilizada pelo crime ambiental.

A pessoa jurídica somente poderá ser imputada criminalmente se a pessoa física também for responsabilizada. Caso contrário, a separação da responsabilização dos dirigentes e da pessoa jurídica pode trazer grandes injustiças no que se refere à utilização da corporação por funcionários que querem prejudicar a própria empresa, ou utilizá-la para acobertar as suas condutas delituosas e transferir a responsabilidade exclusivamente para os entes coletivos. Torna-se, portanto, inconcebível a penalização isolada do ente coletivo.

9. Referências

BACIGALUPO, Silvina. **Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 2001.

- BAIGÚN, David. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Ensayo de un Nuevo Modelo Teórico)**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.
- BECCARIA, Cesare Bonesana (tradução: Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contenssa). **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- BRASIL. LEI DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - número 9.605/98. Boletim Oficial de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 15 de fev. 2015.
- _____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 de abr. 2015.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 19 de abr. 2015.
- BREDA, Juliano. *A Inconstitucionalidade das Sanções Penais da Pessoa Jurídica em Face dos Princípios da Legalidade e da Individualização da Pena*. In: PRADO, Luiz Regis. DOTTI, René Ariel (coordenadores). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Em Defesa do Princípio da Imputação Penal Subjetiva**. São Paulo: Editora RT, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- CÓDIGO PENAL – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental: Viabilidade – Efetividade – Tutela por Outros Ramos do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOLDBLATT, David (tradução: Ana Maria André). **Teoria Social e Ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- IENNACO, Rodrigo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2010.
- JAKOBS, Günther (tradução: Carlos J. Suárez González). *¿Punibilidad de las Personas Jurídicas?* In: GARCÍA CAVERO, Percy (coordenador). **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Órganos y Representantes**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Imputação Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

- LÓPEZ MESA, Marcelo J. ; CESANO, José Daniel. **El Abuso de La Responsabilidad Jurídica de las Sociedades Comerciales: Contribuciones a su Estudio desde las Ópticas Mercantil y Penal**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2002.
- MUÑOZ-CONDE, Francisco. **Los Delitos Patrimoniales y Económicos**. Disponível em <http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/los%20delitos%20patrimoniales%20y%20economicos%20munoz%20conde.pdf>. Acesso em: 20 de abr. 2015.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ROXIN, Claus (tradução: Luís Greco). *Tem Futuro o Direito Penal?* In: **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SOARES, Jardel de Freitas. **La Criminalidad Ambiental de las Empresas en el Mercosur**. Cajazeiras: Real, 2013.
- SEELMANN, Kurt (tradução: Percy García Caveró). *Punibilidad de la Empresa: Causas, Paradojas y Consecuencias*. In: GARCÍA CAVERO, Percy (coordenador). **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Órganos y Representantes**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Editora RT, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Parecer a Nilo Batista Sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. In: PRADO, Luiz Regis. DOTTI, René Ariel (coordenadores). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Em Defesa do Princípio da Imputação Penal Subjetiva**. São Paulo: Editora RT, 2010.

TESTAMENTO VITAL: OS LIMITES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS DO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA EM FACE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

MARIA AUXILIADORA MINAHIM

Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora Titular da Universidade Federal da Bahia.

DANIELA PORTUGAL

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA/Edital 003/2010). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA/2004-2008) e mestrado em Direito Público por esta mesma instituição (UFBA/2009-2011). É professora Assistente de Direito Penal da Faculdade de Direito UFBA.

Resumo

O presente artigo visa a analisar o testamento vital e suas consequências jurídico-penais. Adota como ponto de partida a autonomia e sua expressão no direito penal através do consentimento e, em seguida, na Resolução nº 1.995, de 2012, do Conselho Federal de Medicina. Posteriormente, examina a teoria do consentimento do ofendido e a possibilidade de a autorização da vítima funcionar como elemento excludente da tipicidade. Aborda os critérios disciplinados na Resolução, que regulamentam as diretivas antecipadas de vontade e os modelos de decisão substituta que adota. Em seguida, passa a tratar das consequências jurídico-penais para as diretivas antecipadas de vontade, especialmente aquelas que possam vir a abreviar a vida do paciente ou renunciar à sua proteção. Por fim, trata, especificamente, sobre a existência, ou não, de um espaço para o consentimento presumido na matéria disciplinada pela Resolução.

Palavras-chave

Consentimento; Autonomia; Testamento vital.

Abstract

This article aims to analyze the living will and the legal consequences in criminal law. Takes as its starting point the treatment of autonomy under private law and then

of Resolution n. 1.995, 2012, Federal Council of Medicine. Deals with the criteria disciplined in Resolution, regulating the living will and substitute decision models adopted. Then goes on to address the criminal law consequences for the living will, especially those that cause the patient's death. Later, examines the victim's consent theory and the possibility of the approval of the victim act as exclusive element of typicality. Deals with the criteria that are disciplined in the Resolution, which regulate the advance directives of will and substitute decision models adopted. Then goes on to address the legal and criminal consequences for the advance directives of will, especially those that may shorten the patient's life or abandon the postponement. Finally, specifically deals with the existence or not of a space for presumed consent in matters disciplined by Resolution.

Key words

Consent; Autonomy; Living will.

1. Introdução

A Resolução 1995, de 2012, do Conselho Federal de Medicina, reascende o debate acerca dos limites jurídicos ao exercício da autonomia humana, em especial quando a manifestação antecipada de vontade tiver como consequência a recusa a tratamento médico necessário à manutenção da vida do paciente.

Normalmente, os debates jurídicos acerca do exercício da autonomia situam-se em extremos radicais que variam entre a defesa incooperada do paternalismo estatal na tutela de bens jurídicos, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares, e o culto extremo à autonomia individual, ignorando a solidariedade e a fraternidade no tratamento e cuidado para com a pessoa humana.

Difícil é encontrar um ponto de equilíbrio entre a consideração da vontade do indivíduo e a atenção ao poder/dever estatal de cuidado e proteção dos objetivos jurídicos resguardados pelo ordenamento, notadamente pelo sistema jurídico-penal. É esse o objetivo deste breve estudo: avaliar se há espaço para que as diretivas antecipadas de vontade interfiram na exclusão da responsabilidade penal daquele que cumpre a vontade do paciente, causando, todavia resultado definido como típico em legislação penal.

O que se propõe, portanto, é um diálogo dogmático, mas também crítico, entre o tratamento dispensado à autonomia pelo ordenamento jurídico e, mais especificamente, pelo Direito Penal, voltado a avaliar se há um espaço de compatibilidade entre a Resolução 1995, de 2012, e os critérios de exclusão de crime, nos termos do conceito analítico de delito.

Para tanto, inicialmente, será abordada a tutela da autonomia, destacando-se os diferentes modelos de decisão substituta - autonomia pura, julgamento substituto e melhores

interesses. Neste sentido, intenta-se avaliar de qual dos referidos modelos se aproxima a pretensão do Conselho Federal de Medicina na disposição normativa estabelecida acerca do testamento vital.

Em seguida, trata-se, especificamente, da Resolução 1995, de 2012, do Conselho Federal de Medicina, quando serão examinadas as particularidades disciplinadas para a manifestação prévia do desejo do paciente quanto aos tratamentos e cuidados que desejará receber, ou não, no futuro. Observar-se-á, como recurso de interpretação imprescindível, a Resolução 1.805 de 2006, também do Conselho Federal de Medicina.

Posteriormente, busca-se examinar, a partir da teoria do consentimento do ofendido, a possibilidade de exclusão da tipicidade da conduta em virtude da autorização antecipada da prática de ortotanásia, evidenciando quais limites são aplicáveis à manifestação válida do consentimento presumido.

Por fim, analisa-se a relação entre as diretivas antecipadas de vontade e o Direito Penal brasileiro, indicando as normas penais aplicáveis à matéria no âmbito do sistema jurídico tradicional e, depois, a construção doutrinária do consentimento do ofendido aplicável ao testamento vital.

2. A Tutela da Autonomia

Tom Beauchamp e James Childress (BEAUCHAMP, 2002), ao trabalharem os princípios morais da bioética, afirmam a necessidade de respeito à autonomia (capacidade das pessoas para fazer escolhas livres de coação e de limitações internas no âmbito da saúde); não-maleficência (a obrigação de evitar causar danos); beneficência (obrigação de proporcionar benefícios e equilibrar os benefícios e os riscos) e justiça (obrigação de equidade na distribuição dos benefícios e riscos). A autonomia, no tocante às diretivas antecipadas de vontade, destaca-se dentre os princípios a serem considerados no momento de avaliação da vontade do paciente na busca por caminhos conciliáveis entre os avanços técnico-científicos e a proteção ao ser humano.

O século XXI, explica Romeo Casabona (2002, p. 284), é marcado pela necessidade de revisão dos valores sociais e princípios axiológicos em face dos novos conflitos relacionados às ciências biomédicas. Destaca o autor que, diante dos largos e apressados passos que conduzem o caminhar da ciência e da tecnologia, os novos fatos que se apresentam demandam, também, a ponderação sob uma nova ordem de valores adaptados às sociedades plurais nas quais não há existe uma visão única de bem comum. Deve caber, portanto aos sujeitos, a escolha do que consideram adequado, justo e bom para suas vidas.

Afirma Letícia Möller (2012, p. 82) que o termo autonomia corresponde à união do prefixo grego *autos* (próprio) e *nomos* (norma), de modo que é empregado como referência,

atualmente, à autodeterminação, ao exercício do direito de liberdade e à possibilidade de realização de escolhas pessoais. Em sua origem, porém, estava ligado a uma dimensão política das polis gregas as quais, independentes, permitiam que seus cidadãos pudessem escolher as leis sob as quais seriam regidos.

Nesse sentido, nos termos definidos por Tom Beauchamp e James Childress, precursores da corrente principialista bioética, são elencados como elementos essenciais da autonomia a “liberdade (no sentido de independência de influências controladoras), a capacidade de entendimento e o agir intencionalmente”, pensamento elaborado a partir das concepções de liberdade desenvolvidas por Immanuel Kant e John Stuart Mill (MÖLLER, 2012, p. 83).

Portanto, o princípio da autonomia impõe a necessidade de respeito à capacidade individual de decisão do ser humano, para que este decida de acordo com o direcionamento que pareça melhor para si, elaborado a partir de sua vontade e de suas crenças pessoais (SANTORO, 2012, p. 101).

Quanto ao exercício de vontade autônoma do paciente, deve ser reconhecido o seu direito de poder controlar sua vida e intimidade, não se podendo opor à sua vontade individual do desejo de outra pessoa, ainda que de um médico, sendo-lhe facultadas a “escolha do médico e da adoção da medida terapêutica, segundo as próprias convicções, após ter recebido e compreendido as informações necessárias para a manifestação de sua vontade” (SANTORO, 2012, p. 101).

Especificamente quanto ao direcionamento a ser dado no que diz respeito às medidas terapêuticas a serem utilizadas em tratamento médico, torna-se premente a necessidade de balizar os novos conflitos éticos, especialmente aqueles verificados diante da impossibilidade de manifestação presente de vontade do paciente, a partir dos diferentes modelos de decisão substituta desenvolvidos por Tom Beauchamp e James Childress (2004).

Monica Aguiar (2013, p. 212) explica os diferentes paradigmas construídos pelos referidos autores, tratando dos modelos da autonomia pura, do julgamento substituto e dos melhores interesses. Sobre o modelo da autonomia pura, explica a autora que “é engendrado como forma de manter incólume a vontade real que a pessoa haja manifestado quando ainda capaz”, somente se aplicando para os casos em que o próprio indivíduo, antecipadamente e em pleno estado de capacidade, declara, expressamente, a sua vontade.

Desta maneira, trata-se da mais clara forma de imposição de limites à intervenção médica não curativa, dando ao paciente o poder de optar, antecipadamente, pelos tratamentos que lhe são convenientes, instrumento especialmente útil à manifestação de vontade para o futuro, caso sobrevenha, a este paciente, um estado de inconsciência (FREIRE DE SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 183).

O modelo de julgamento substituto, diferentemente, apenas tem lugar quando o próprio paciente não pôde declarar a sua vontade, de forma o sujeito que decidirá em seu lugar, como forma de respeito à autonomia do paciente, deverá escolher com base não em seus valores pessoais, mas nos do próprio incapaz (SILVA, 2013, p. 2012).

Já o modelo dos melhores interesses, muito embora também verificado somente quando o próprio paciente não é capaz de manifestar expressamente sua vontade, caracteriza-se, peculiarmente, pelo fato de a escolha do decisor ser pautada “tomando como parâmetros os benefícios e riscos para o paciente”, de acordo, portanto, “com o que considera seja a alternativa que traga o maior benefício e o menor risco possível” (SILVA, 2013, p. 2012). Esse modelo está ligado ao paternalismo na medicina, quando os médicos supunham-se no direito de fazer a melhor escolha para o paciente, muitas vezes contra o próprio desejo deste, por serem mais bem informados do que ele quanto às questões relativas à preservação da vida e da saúde.

Para Mônica Aguiar, na Resolução 1995, de 2012, “o modelo por excelência escolhido pelo conselho profissional foi, efetivamente, o da autonomia pura”, extraído a partir do art. 1º e do art. 2º, *caput*, da Resolução, admitindo, todavia, a adoção subsidiária dos modelos do julgamento substituto e dos melhores interesses a partir das disposições encontradas nos § 1º e 2º do art. 2º do mesmo diploma normativo (2013, p. 2012).

Outra referência normativa importante à autonomia, razão pela qual merece destaque, é a previsão inscrita no art. 15 do Novo Código Civil brasileiro, que dispõe: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, o que se coaduna o art. 53 do Código de Ética Médica, que veda ao médico o ato de “desrespeitar o interesse e a integridade de paciente, ao exercer a profissão em qualquer instituição na qual o mesmo esteja recolhido independentemente da própria vontade”.

De acordo com Tom Beauchamp (2003), a autonomia como base principiológica da bioética ganha especial destaque no exame da manifestação de vontade dos pacientes, no caso específico comentado pelo autor sobre as Testemunhas de Jeová que recusam o procedimento de transfusão sanguínea. Destaca o autor que, em tal caso, conflitam duas regras morais básicas: a) é moralmente proibido submeter a risco de morte um paciente cuja condição de vida pode ser administrada por técnicas médicas adequadas; b) é moralmente proibido desrespeitar uma recusa de tratamento.

Como forma de compatibilizar as duas regras morais conflitantes, Tom Beauchamp (2003) elabora que é moralmente proibido desrespeitar uma recusa de tratamento pelo paciente, a menos que a recusa não seja autônoma e que represente um perigo significativo para o paciente. De acordo com o autor nota-se, portanto, que o respeito à autonomia como base ética na condução do tratamento do paciente mantém-se essencialmente intacto, pois

se, de um lado, estabelece que o médico não é absolutamente obrigado a respeitar as recusas de tratamento, deixa claro, de outro lado, que o leque de exceções é estreito.

Por esta razão, que o autor admite o respeito à autonomia de pacientes adultos e capazes na recusa a tratamento, independente das consequências, mas não estende o mesmo posicionamento, por exemplo, quanto à recusa parental de tratamento para menor incapaz, sob o fundamento de que, se a morte da criança é evitável, não se poderá permitir que esta seja provocada em nome de um ato de negligência, abuso, ou convicção religiosa de seus pais (BEAUCHAMP, 2003). Como não há, em tais casos, manifestação de vontade autônoma por parte da criança, deve-se garantir a prevalência à inevitabilidade da morte.

Deve-se, destacar, todavia, que o conceito de autonomia em bioética não coincide com o de capacidade em direito porque se postula que mesmo os menores possam participar das decisões sobre as intervenções em seu corpo. Naturalmente, deve-se ter em consideração sua aptidão de compreensão em face da complexidade de cada caso. Da mesma forma, o respeito à autonomia pretende que doentes mentais, também na medida de sua percepção e consciência, possam tomar parte nas deliberações sobre providências terapêuticas que lhes digam respeito.

É preciso que se reafirme, porém que a capacidade de autodeterminação não pode ser compreendida como a liberdade irrestrita de ação, uma vez que a ideia de sociedade e de direito envolve também a de restrições, auxílios e renúncias em favor da coexistência do grupo enquanto tal. Kottow (2007, p. 27) alerta para os excessos quanto à celebração da autonomia, sobretudo quanto ao prejuízo para a formação de pensamentos éticos em comum que permita a geração de consensos. Adverte, de outro lado, que apesar dos efeitos negativos e indesejados, a autonomia continua como o suporte ético mais destacado na proteção dos pacientes.

Percebe-se, diante dos novos conflitos que são objeto de reflexão da bioética, o quão importante é o tratamento da autonomia, especialmente a delicadeza e complexidade de reconhecê-la nos casos em que o paciente não é capaz de manifestar, autonomamente, sua vontade, no exato momento em que se decide qual tratamento deve vir a ser adotado. Neste caso, cumpre tratar do regramento jurídico que o conselho Federal de Medicina dispôs acerca das diretivas antecipadas de vontade, buscando minimizar a lacuna jurídica que se tinha diante da matéria, e compatibilizando a base ética de respeito à autonomia do paciente com a excepcional possibilidade de recusa à vontade manifestada.

3. O Consentimento do Ofendido como Expressão de Autonomia

No Direito Penal, o consentimento do titular do bem jurídico tem sido o instituto que mais diretamente expressa o respeito à autonomia de uma pessoa, muito embora encontre limitações quanto ao seu exercício. Explica José Henrique Pierangeli (2001, p. 72)

que “consentimento” encontra sua origem etimológica no latim, na palavra “consentire”, como forma de exprimir uma situação de concordância entre as partes ou de uniformidade de opinião.

Há importantes extensões no campo do Direito Penal em favor da autonomia da vítima, porém, nem todas elas são forma ou expressão do consentimento, a exemplo da autolesão e da heterolesão consentida, da *contributory negligence* e da imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima, por exemplo. Ocorre, entretanto que sua natureza, consequências e posição sistemática na estrutura do delito são distintas, o que não cabe minudenciar no corpo deste trabalho. Pode-se dizer, como o faz Manoel da Costa Andrade, (1991, p. 291) que as construções retrocitadas são baseadas em “uma aproximação meramente fenomenológica e privilegia os modelos de interação delinquente vítima”, enquanto o consentimento destaca a vontade do autor em afastar a proteção normativa.

As origens do consentimento estão baseadas em Ulpiano: *volenti non fit iniuria* (frente a aquele que assente, não há lugar para nenhum injusto), embora tal máxima tenha vindo a sofrer restrições ao longo da história. As limitações foram opostas, sobretudo para balizar a força do consentimento em operar o afastamento da proibição, de forma que, em se tratando de bens jurídicos indisponíveis, tais como a vida, a saúde e de bens jurídicos coletivos, a vontade do titular perde sua força no campo normativo (ROXIN, 1997. p. 526)

A doutrina costuma distinguir as formas de aquiescência (gênero) entre acordo e consentimento, o que tem diferentes consequências, seja na posição sistemática que deve ocupar na teoria do delito, seja na consequente responsabilização do autor da ação, falando-se, então, em autores dualistas e monistas.

Roxin (1997, p. 517) é um dos principais defensores da corrente monista, sustentando que a liberdade de ação do sujeito consenciente consiste em fundamento legítimo para a exclusão do tipo penal. O autor parte de uma premissa de orientação liberal para a compreensão do bem jurídico, asseverando que, se os bens jurídicos são criados para servir ao livre desenvolvimento do indivíduo, não se pode falar em lesão a bem algum quando o comportamento se funda em um ato de disposição do seu titular.

Significa dizer que a lesão consentida a um bem ao revés de corresponder a um ato de dano a bem jurídico, representa, ao contrário, sua constituição à luz da vontade do próprio titular. Deste modo, o consentimento emana da liberdade de desenvolvimento da personalidade do portador do bem, inexistindo razões para que se fale, diante de casos tais, em lesão. O ato de manifestação de vontade, seguindo esta perspectiva liberal, corresponde a uma faculdade de disposição do titular do bem jurídico, cabendo ao estado tolerar o seu livre exercício. Coerentemente com esses enunciados, apenas trabalha com o conceito de consentimento, compreendendo este como causa de exclusão da tipicidade

da conduta. Inobstante a postura liberal, Roxin (1996, p. 526), compreende que há bens jurídicos indisponíveis dentre os quais a vida.

Já para os dualistas, o acordo funciona como causa de exclusão de tipicidade enquanto o consentimento, como causa de exclusão da ilicitude.

Compreendendo, melhor o pensamento dualista, fala-se em acordo diante da concordância do titular do bem jurídico com um comportamento cujo tipo penal correspondente contém o dissenso da vítima como uma de suas elementares típicas. É o caso, de um modo geral, dos tipos penais de constrangimento - em tais hipóteses, havendo completa anuência da vítima para a realização da conduta, deixa de existir o próprio ato de constranger, tratando-se, portanto, de conduta atípica.

Ainda segundo o pensamento dualista, é possível referir-se a consentimento quando o tipo penal incriminado não faz menção ao dissenso da vítima como uma de suas elementares essenciais, de maneira que o consentimento desta será irrelevante para o afastamento da tipicidade da conduta, podendo unicamente, conforme o caso (bem jurídico disponível ou consentimento presumido) afastar a ilicitude.

Manoel da Costa Andrade (1991, p. 190-191) é partidário do pensamento dualista, diferenciando consentimento de acordo em matéria penal. Na compreensão do autor, entre o modelo tradicional dualista que distingue acordo e consentimento e a proposta de unificação doutrinal do consentimento penalmente relevante, há que se observar o fato de a proposta de unificação estar construída à custa de um encurtamento de distâncias indevido entre o acordo que exclui o tipo e o consentimento que justifica o ilícito. Sustenta, portanto que há casos de anuência nos quais a relação não se extingue entre o que consente e o que recebe o consentimento, mas atinge também o sistema social, o que pode ser fonte eventual de “frustração e conflito”, a exemplo das demais causas de exclusão de antijuridicidade.

No âmbito do Direito Penal brasileiro, segue-se, majoritariamente, a posição dualista, entendendo-se que o acordo afasta a tipicidade e o consentimento em sentido estrito exclui a ilicitude. Para a configuração do acordo, é indispensável que o tipo penal descreva uma violação da vontade do titular do bem jurídico, como já visto, a qual deixará de existir com a mera manifestação de sua vontade natural. É exemplo dos mais referidos o da violação de domicílio, no qual o injusto reside no dissenso do titular do bem jurídico, como é expressamente previsto pela lei penal brasileira no artigo 150 do Código Penal brasileiro.

O consentimento do ofendido assume a natureza de causa supralegal de exclusão da ilicitude, vinculando, de um modo geral, o efeito justificante da manifestação de vontade do titular às seguintes condições: a) bem jurídico disponível; b) sujeito consenciente capaz; c) consentimento anterior ou concomitante ao ato lesivo; d) consciência, por parte de quem pratica o ato lesivo, da existência de consentimento dado pelo titular do bem; e)

inexistência de vícios de vontade no ato de consentir; f) consentimento que não contrarie a moral e os bons costumes.

Muitos países preferiram incluir um dispositivo na legislação criminal, dispondo sobre o consentimento, em razão da particular importância da autonomia sobretudo na matéria da relação médico paciente e na manifestação da autonomia deste último.

O Código Penal português (1995) trata do consentimento do ofendido a partir do seu art. 38, estabelecendo como regra geral, fora dos casos especialmente previstos em lei, que o consentimento excluirá a ilicitude, desde que se refira a interesses jurídicos livremente disponíveis e que não ofenda os bons costumes. Estabelece, ainda, que o “consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto”. Quanto à capacidade do titular, o referido dispositivo ainda estabelece que a eficácia do consentimento depende de ser o sujeito consenciente, maior de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar sua manifestação de vontade.

Há uma inversão de ideias, porém quando se trata de consentimento presumido - construção que permite a intervenção em emergências médicas e em situações nas quais não é possível a obtenção do consentimento. Nesses casos, não havendo dados objetivos que permitam deduzir que o paciente recusaria a intervenção, o médico pode intervir em favor da vida e da saúde. Trata-se, na hipótese de causa de exclusão da ilicitude para ambas as correntes já que a vontade que foi deduzida pode não ter sido a verdadeira.

Assim procede o Código português, quando se refere ao consentimento presumido para permitir a intervenção médica quando não houver consentimento expresso: inverte o pressuposto do artigo 38, dispondo no artigo 156 que há consentimento presumido se “não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”. Ou seja, assume uma posição frontalmente *pro vida*, impedindo que, o desconhecimento da posição do paciente, imobilize o socorro médico necessário.

Já o Código Penal Alemão (1871/1998), muito embora não estabeleça um regramento geral sobre a matéria, ao tratar da lesão corporal com resultado morte, disciplina, no § 228, que o consentimento afastará a antijuridicidade do comportamento ofensivo, desde que este não ofenda aos bons costumes. Além disto, pune, no § 216, o homicídio a pedido do paciente com pena de até cinco anos, não conferindo à vontade da pessoa eficácia jurídico-penal outra que a da mitigação da pena. Tem-se entendido, ademais, que os atentados contra vida e a saúde não são legitimados pela anuência do portador do bem jurídico, o que se constata pelas decisões do BGH, que se manifesta a favor da indisponibilidade desses bens (ANDRADE, 1991, p. 303)

Em face às posições divergentes, cabe examinar, o testamento vital à luz da teoria do consentimento, isto é, examinando se é possível reconhecer a justificação da conduta

terapêutica lastreada em diretiva antecipada de vontade, e quais seriam, nesse caso, os limites ao reconhecimento da validade do consentimento presumido do paciente.

4. A Resolução 1995, de 2012, do Conselho Federal de Medicina: as Diretivas Antecipadas de Vontade

Ao contrário do testamento civil, que tem por objeto, nos termos do art. 1.857 do Código Civil, o ato de disposição do testador de totalidade ou parte dos seus bens, para depois de sua morte, o “testamento vital” aponta sua eficácia para o próprio curso da vida do testador, que irá indicar de que forma desejará “ser tratado - do ponto de vista médico - se estiver em uma situação de doença grave e inconsciente” (LIPPMANN, 2013, p. 17).

A terminologia “testamento vital”, todavia, é criticada sob o fundamento não só de que a eficácia das diretivas antecipadas de vontade está voltada ainda para o curso da vida do paciente, como também de que não são necessárias as mesmas formalidades exigidas para o testamento *post mortem* (FREIRE DE SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 184).

A despeito da usual terminologia “testamento vital”, a Resolução 1995, de 31 de agosto de 2012, faz menção expressa à expressão “diretivas antecipadas de vontade” como referência à manifestação prévia do conjunto de desejos expressamente manifestados pelo paciente sobre os cuidados e tratamentos que quer ou não receber caso venha a se encontrar em situação incapacitante de manifestação livre e autônoma de sua escolha.

A Resolução leva em consideração, dentre outros elementos, a relevância dada à autonomia do paciente na contemporaneidade e a necessidade de fornecer, ao médico, orientação nos casos em que haja manifestação de vontade no sentido de abstenção de procedimentos. Tal situação tem expressiva importância no plano ético e jurídico, mas, não obstante, ainda não é disciplinada no ordenamento jurídico nacional.

É nesse sentido que as diretivas antecipadas de vontade buscam orientar o tratamento do paciente, de modo que a vontade por este expressa, antes da vivência da situação incapacitante, possa ser levada em conta quando da escolha do tratamento adequado.

Por tal razão, o art. 2º da Resolução consagra a atenção preferencial à manifestação autônoma de vontade do paciente ao estabelecer que, “nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade”.

Muito embora seja manifesta a opção do Conselho Federal de Medicina pela prevalência do modelo da autonomia pura, consoante fica evidente no mencionado dispositivo, não se trata do único modelo ponderado na Resolução. Esta também registra, no art. 2º, § 1º, a possibilidade de o paciente designar um representante para o fim de manifestação

de um julgamento substituto diante da impossibilidade de manifestação expressa do desejo do próprio titular do direito. Além disso, ainda afirma, no § 2º, a possibilidade de o médico deixar de “levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica”.

É dizer, portanto, que, nem mesmo nos moldes da própria Resolução 1995, de 2012, que homenageia, notadamente, o dever de respeito à manifestação autônoma de vontade do paciente, esta autonomia pode ser exercida de forma irrestrita e ilimitada, devendo ser ponderada, portanto, com os princípios disciplinados no Código de Ética Médica - Resolução CFM nº 1.246/88.

A título de exemplo, cita-se a previsão do art. 28 do Código de Ética Médica, que consagra o direito fundamental do médico de se recusar a praticar determinados atos, ainda que permitidos em lei, quando estes forem contrários aos ditames de sua consciência. Imagine-se então um médico pessoalmente contrário à prática da ortotanásia que venha a tratar de paciente que, em suas diretivas antecipadas de vontade, solicita-lhe o emprego da referida prática - poderá o médico deixar de atender à vontade do paciente, nos termos do art. 2º, § 2º da Resolução 1.995/2012, bem como do art. 28 da Resolução nº 1.246/88, sem prejuízo de outro profissional vir a realizá-la.

Diante de um paciente incapaz de manifestação autônoma de vontade, sobretudo, aquele em estágio terminal, a atitude médica deve ser pensada com extrema cautela, levando-se em conta que os caminhos possíveis devem compatibilizar, sempre, a proteção à vida e o respeito à autonomia do paciente.

Outro aspecto que merece reflexão na análise da Resolução suprarreferida diz respeito à validade temporal do documento. Miguel Reale Junior (2013, p. 2) questiona o período durante o qual se deve considerar eficaz a manifestação da vontade feita pelo declarante. É possível, por exemplo, que o testamento vital tenha sido feito quando a pessoa tinha quarenta ou cinquenta anos, seriam ainda verdadeiras aos setenta, oitenta anos, as declarações nele contidas? Não se pode desconsiderar que a proximidade da morte possa fazer com que a pessoa tenha outra posição com relação ao tema, razão pela qual aquele autor recomenda que seja o testamento renovado a cada cinco anos de forma que possa refletir a vontade atual do paciente.

No que diz respeito à forma, o mesmo Miguel Reale (2013) questiona se basta uma declaração simples, ou se ela deve ser feita diante de testemunhas, ou, ainda, se o documento deve ser feito em cartório. A Resolução é pouco formalista quanto a este aspecto, prevendo que as diretivas antecipadas possam, até mesmo, ser registradas no prontuário do paciente pelo médico a seu pedido.

Não fica evidente, tampouco, se a declaração pode ser cumprida por qualquer médico, inclusive o profissional liberal que assista ao paciente em sua residência, entendendo-se

que não, apenas em razão do artigo 5º, da Resolução 1.995/2012, o qual refere que, em casos de dúvidas ou falta de consenso, o médico recorrerá ao “Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos”.

O âmbito de validade das decisões tomadas pelo paciente nas diretivas antecipadas de vontade é a questão que demanda maior precisão do interprete da Resolução 1.995 de 2012, porque sua repercussão atinge bem jurídicos tradicionalmente indisponíveis, quais sejam vida e integridade física. O legislador administrativo teve o cuidado de, logo nos considerando, indicar o limite de produção de efeitos dele esperado quando afirma que “os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas **desproporcionais** que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo” (CFM, 2012). A interpretação da expressão “medidas desproporcionais”, em face dos tradicionais conceitos de eutanásia e ortotanásia, já encaminha no sentido da compreensão de que se trata de hipótese da segunda, qual seja, ortotanásia.

Assim é que, apenas para lembrar, na breve definição de Mônica Silveira Vieira (2012, p. 103), entende-se a eutanásia “como a conduta que, ativa ou passivamente, mas sempre de forma intencional, abrevia a vida de um paciente, com o objetivo de pôr fim ao seu sofrimento”. Já a ortotanásia, de acordo com Maria Elisa Villas-Bôas, corresponde à morte em seu tempo certo, (*orthos* = reto, correto), verificando-se quando o médico deixa de interferir “no momento do desfecho letal”, nem antecipando, nem prolongando a vida do paciente (2005, p. 73).

A autora alerta para a habitual e equivocada confusão entre ortotanásia e eutanásia, tratadas, por alguns autores, como espécies sinônimas, apontando, como critério distintivo, o fato de a eutanásia envolver, necessariamente, uma *antecipação* da morte, o que não ocorre na ortotanásia (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 73). A distanásia, diferentemente das duas outras espécies, pode ser compreendida como “o prolongamento artificial da vida que, naturalmente, já atingira o seu declínio e que, sem manobras médicas, já estaria finda”, buscando-se “preservar a vida de qualquer maneira, mantida à custa de muito sofrimento” (GUIMARÃES, 2011, p. 134-135).

Uma análise da Resolução 1.805 de 2006, como se disse, é bastante esclarecedora no sentido de que a possibilidade de disposição do paciente está restrita aos casos de enfermidade grave e incurável, em fase terminal, e ao uso de recursos desproporcionais, conforme está disposto no artigo primeiro. A segunda Resolução, a 1.995 de 2012 é, portanto, a extensão da possibilidade de expressão de consentimento àquele que, temendo no futuro vivenciar uma situação clínica que o impeça de expressar a mesma anuência, possa fazê-lo antecipadamente. Portanto, não consagra a legitimação da eutanásia no ordenamento

nacional até porque, na primeira normativa, está previsto o respeito aos preceitos ditados pelo Código de Ética. Ora, se o médico pode não acatar a decisão do doente quando esta afronta o código deontológico, mais razões terá para abster-se da conduta desejada quando esta se opuser ao Código Penal.

Nos Estados Unidos, entende-se, corretamente, que estão excluídas do alcance das diretivas as equipes médicas de emergência e prestadores de serviços ambulatoriais. Nesse país, o PSDA (Patient Self-Determination Act) foi aprovado em 1991, prevendo a possibilidade de recusa à alimentação e hidratação por meio de sondas, situação que não é pacífica em outros países. Argui-se ainda que estudos demonstram que não se fornecem informações suficientes, nem se avalia se o doente, de fato, compreende o conteúdo do que autorizou (POPE, 1999).

Na França, o Código de Saúde Pública prevê, expressamente, art. 1111-11, que qualquer adulto pode escrever suas diretivas antecipadas de vontade, para o caso de, um dia, tornar-se incapaz de manifestar a própria vontade. O referido dispositivo ainda estabelece que o médico considere a vontade do paciente para qualquer intervenção ou tratamento, desde que tenham sido estabelecido há menos de três anos antes de estado inconsciente da pessoa.

A Argentina, em 9 de maio de 2012, sancionou a Lei nº 26.742, que altera, dentre outros dispositivos legais, o art. 11 da Lei nº 26.529, passando a prever que toda pessoa capaz e maior de idade pode dispor de diretivas antecipadas, podendo consentir ou rechaçar determinados tratamentos médicos, bem como demais decisões acerca de sua saúde. A previsão, todavia, ressalva, expressamente, eventuais autorizações à prática de eutanásia - ocasião em que as diretivas antecipadas serão tidas como inexistentes. Além disso, o art. 60 do Novo Código Civil e Comercial argentino, a entrar em vigor em 01 de janeiro de 2016, aborda, especificamente, as diretivas antecipadas de vontade, mantendo a mesma ressalva com relação às diretivas que autorizem a prática de eutanásia.

Outro regramento jurídico que merece destaque é o do México. O Decreto nº 82, de 03 de maio de 2013, disciplina a declaração de vontade antecipada de forma minuciosa. O art. 30, inciso III, estabelece que a diretiva será nula quando contemplar pedido para provocação intencional da morte ou de suicídio assistido, fazendo referência, inclusive, às consequências assinaladas no Código Penal mexicano.

No Brasil, em que pese tenha sido a matéria regulamentada, o tratamento das diretivas antecipadas de vontade por meio de Resolução do Conselho Federal de Medicina foi judicialmente contestado. O Ministério Público Federal de Goiás, em janeiro de 2013, ajuizou a Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500, fundamentada na inconstitucionalidade da Resolução 1.995/2012. Argumentou-se, dentre outras razões, que a Resolução extrapola os limites conferidos pela Lei nº 3.268/1957, que dispõe sobre as

atribuições dos conselhos de Medicina; além disso, alegou-se que somente a União, por meio do Congresso Nacional, poderia tratar da matéria, consoante estabelece o art. 22 da Carta Constitucional (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO, 2014).

Tanto a decisão liminar, publicada em 2 de maio de 2013, quanto em caráter definitivo, publicada em 2 de abril de 2014, afirmaram a constitucionalidade da Resolução 1.995/2012, cabendo destacar que, em fundamentação, destacou-se que o assunto, preferencialmente, deve ser tratado por lei em sentido estrito, todavia, diante do vazio legislativo, o Conselho Federal de Medicina não estaria extrapolando suas atribuições, o que não impediria que a família ou mesmo o poder público buscassem tutela judicial a fim de afastar a eficácia das diretivas antecipadas de vontade firmadas pelo paciente incapaz (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO, 2014).

Note-se, portanto, que o testamento vital representa matéria cujo debate se apresenta de extrema urgência, não só quanto aos limites éticos relacionados à relação entre o médico e o seu paciente, como também acerca de seus limites jurídicos. Portanto, o exercício da autonomia encontra-se limitado não só no próprio Código de Ética Médica, como também por outros diplomas jurídicos - destacando-se, no presente estudo, o Código Penal brasileiro.

5. O Direito Penal e o Testamento Vital

Diferentemente do Código Civil e da Resolução CFM 1.995/2012, o Código Penal não estabelece, em sua Parte Geral, um tratamento específico para o exercício da autonomia. Quanto à proteção de bens jurídico-penais, entende-se que o interesse de tutela ultrapassa a esfera individual, atraindo o poder/dever de proteção estatal contra eventuais ataques. É de acordo com esta concepção paternalista que o Código Penal brasileiro não estabelece, em seu texto, nenhuma consequência jurídica geral justificante para o consentimento do ofendido.

Assim, dada à ausência de norma penal permissiva expressa, ainda que a lesão a um indivíduo tenha sido por este autorizada, o Estado ignora este livre exercício autônomo de vontade em prol do exercício do *ius puniendi*, do qual não pode se afastar quando da ocorrência de lesão ou perigo concreto de lesão aos bens jurídicos considerados indisponíveis que compõem o âmbito criminal de tutela. A omissão da lei não impediu a doutrina construir as bases do instituto e os tribunais de convocá-lo nas situações admitidas pelo direito brasileiro, quais sejam bens disponíveis e o dissenso como elemento do tipo. Na primeira hipótese, cuida-se de causa suprallegal de exclusão da ilicitude.

O afastamento da ilicitude positivado não ultrapassa as hipóteses, nos termos do art. 23 do Código Penal, quando o agente atua em estado de necessidade; legítima

defesa; estrito cumprimento de um dever legal ou no exercício regular direito. Comportam também a exclusão de antijuridicidade as formas de aborto previstas no artigo 128. O art. 121, § 3º, do Anteprojeto da Parte Especial do Código, de 1984, chegava a prever, de forma inédita na legislação brasileira, uma isenção de pena para o “médico que, com o consentimento da vítima, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável atestada por outro médico” (SOUSA, 1994, p. 287).

A referida mudança, entretanto, não foi introduzida no Código Penal brasileiro, tendo prevalecido o entendimento de Nelson Hungria (1954, p. 14) a respeito da matéria, para quem, mesmo quando houvesse a comovente súplica de morte formulada pela própria vítima, desenganada diante de doença grave e irreversível que provoque grande sofrimento, o atendimento ao pedido jamais deixaria de ter um fundo egoístico, em que o terceiro visa a se libertar, em última análise, de sua própria angústia. Tal entendimento resulta do fato de que, no Brasil, o bem jurídico protegido pelo Direito Penal é a vida e não a qualidade de vida do indivíduo, de forma que, mesmo terminal, caso se ministre uma injeção letal no paciente, haverá eutanásia punível.

É bem verdade que o Código Penal vigente não trata nem de eutanásia – matéria estranha à resolução como se disse – nem de ortotanásia, ou seja, da renúncia a intervenções que causem mais sofrimentos que benefícios. Na prática, porém, médicos têm acordado com o doente e a família sobre os caminhos a percorrer quando se tratar de enfermidade em estágio terminal, diante da qual as intervenções possíveis são desproporcionais e o paciente manifeste sua vontade em receber cuidados paliativos apenas.

O Projeto de Código Penal prevê a ortotanásia como causa que exclui a ilicitude quando, deveria, na verdade, em homenagem à autonomia, ao consentimento dado pelo paciente, em situação estritamente delimitada, admitir tratar-se de exclusão de tipicidade, tornando a situação um indiferente penal, tanto obstando tanto a instauração de inquérito policial, como o oferecimento de denúncia. A persistir tal posição, embora o profissional aja com todos os cuidados exigidos pela Resolução, ainda assim poderia estar sujeito a um procedimento penal caso a autoridade policial, indevidamente, mas costumeiramente, entenda estar diante de possibilidade de ocorrência de um delito. Isto porque a força indiciária de situação fática, típica, porém lícita, é superior à daquela que se considere atípica de plano. Esta é uma das razões pela qual não se trata de debate puramente dogmático, mas também instrumental na garantia processual do destinatário do consentimento.

Para um sistema que pretende até mesmo suprimir a incriminação da eutanásia, que implica em antecipação da morte, remetendo o tema para o direito civil e para o direito administrativo, trata-se, no mínimo, de incoerência jurídica e ética. Se o mais não

é considerado conduta típica, não há porque dispor sobre menos como causa de exclusão de ilicitude, apenas (COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO PENAL, 2013). A ser aprovado na atual formatação, o Brasil será o quarto país no mundo a admitir a eutanásia, prática que sofre restrições dos grandes autores contemporâneos, a exemplo de Claus Roxin, conforme visto supra (1997. p. 526).

Diante de tais elementos, note-se que o testamento vital, ainda que se entenda estar respaldado no regramento normativo dado pelo Conselho Federal de Medicina, ou mesmo que se admita encontrar amparo no tratamento da autonomia dispensado no art. 15 do Código Civil brasileiro, pode vir a encontrar, no futuro Código Penal brasileiro, obstáculos. Isto porque, partindo de uma interpretação literal da norma penal estabelecida, mesmo a autorização expressa, livre e consciente de um paciente capaz à prática de um ato médico que venha a lhe causar lesão ou morte não terá o efeito jurídico de exclusão legal da tipicidade.

De outro lado, a prática de intervenções desnecessárias e que causem apenas sofrimento podem ser reconhecidas como lesão corporal, porque embora o Brasil não disponha de uma Lei de Autonomia, a exemplo de outros países, os procedimentos não autorizados podem configurar o tipo descrito no artigo 146 do Código Penal. Não se deve confundir esta assertiva com a prescrição contida no mesmo artigo 146, que estabelece não haver crime diante da “intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.

Neste caso, como bem situa Nelson Hungria (1997, p. 176), a intervenção só é legitimada quando se mostrar “necessária, urgente e inadiável” para afastar risco de vida concreto, passível de ser debelado através do procedimento. Haverá, portanto, o crime se, em razão da abstenção da conduta, ainda que prevista, a morte apenas ocorra após período mais ou menos prolongado de sobrevivência. Luiz Regis Prado (2010, p. 268), na mesma linha, acrescenta que a situação de perigo de vida há que se revelar através de sintomas indiscutíveis e inequívocos de ameaça de sua extinção. Ainda assim, insiste que se trata de estado de necessidade justificante.

Em outras situações de intervenção não consentida há uma violação do exercício da vontade autônoma do titular do bem jurídico individual que deve ser considerada como subsumida ao mesmo artigo 146. No entanto, o Código Penal brasileiro, no mesmo referido dispositivo, ao tipificar o delito de constrangimento ilegal, excetua, expressamente, a “coação exercida para impedir suicídio”. Portanto, confere-se, legalmente, prevalência à proteção do bem jurídico vida, ainda que contra a vontade expressa do seu titular se não se tratar de situação que configure estado de necessidade.

Constata-se, deste modo, a dificuldade, em face da complexidade da normatização do consentimento, de uma interpretação aligeirada da Resolução 1.995, a qual requer

uma compreensão cuidadosa e harmônica com o ordenamento jurídico nacional. Percebe-se, assim, que o testamento vital que estabeleça, como desejo do paciente, a prática de eutanásia ou outros comportamentos lesivos que não tenham como intuito afastar um sofrimento maior, encontrará obstáculos à sua eficácia plena nos ditames estabelecidos no Código Penal brasileiro.

6. Conclusões

O testamento vital constitui forma de prestigiar a autonomia do indivíduo, dando-lhe a oportunidade de, antecipadamente, deixar registrada sua vontade sobre os tratamentos que deseja ou não para si própria numa fase de incapacidade decisória. É, portanto, um consentimento prospectivo que decorre de necessidades da contemporaneidade quando a assistência de saúde de massa impede o estabelecimento de vínculo de proximidade entre médico/paciente, permitindo que aquele saiba como conduzir o tratamento deste de acordo com seus valores, crenças e desejo. Além disto, na sociedade atual, ao tempo em que se pode prolongar a vida, pode-se também recorrer ao uso de tecnologias sofisticadas, invasivas e dolorosas que contribuem para a desumanização da existência, sobretudo quando são usadas desproporcionalmente em doentes terminais. Torna-se, então, necessário o fortalecimento de princípios éticos que situem o indivíduo como sujeito moral em face de outro sujeito moral, o que significa importante avanço na ciência médica que se regia pelas prescrições hipocráticas as quais, embora propusessem o bem e vedassem o mal ao paciente, não tomavam em consideração sua vontade.

A Resolução 1.995/2012 do CFM, todavia, deve ser interpretada conforme o ordenamento jurídico nacional, incluindo-se, nesse sentido, a Resolução 1.805/2006, também do CFM, impedindo-se que seja entendida como um recurso que tudo permite àquele que é titular do bem jurídico vida.

A autonomia para afastar a proteção da norma é representada no Direito Penal pelo consentimento, construção que sofre limitações jurídicas, na medida em que o direito visa à realização do indivíduo numa ordem coletiva. Desta forma, a possibilidade de disposição sobre determinados bens jurídicos tem sido vedada pela maioria dos ordenamentos jurídicos dos estados ocidentais, entendendo-se, dentre estes a vida cuja violação constitui um tabu.

Há situações nas quais, todavia, não se trata de proteção da vida como bem, mas tão só de sua indevida protelação sem qualidade, uma vez que ao sofrimento da doença soma-se o sofrimento desproporcional da intervenção. Nestes casos, com vistas a preservar a liberdade e a dignidade da pessoa, tem-se permitido que ela possa escolher livremente se deseja ou não ser submetida a processos de obstinação terapêutica, evitando-se sua reificação. A ortotanásia é um direito do enfermo (para quem cuidados paliativos até a morte

não podem faltar) cujo reconhecimento pela Resolução CFM 1.995/2012 constitui uma vitória da capacidade de autodeterminação sobre o paternalismo incapacitante.

7. Referências

- ALEMANHA. **Código Penal de 1871 com a Reforma de 1998**. Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf Acesso em: 20 de maio de 2015.
- ARGENTINA. **Lei nº 26.742**. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm> Acesso em 20 de maio de 2015.
- _____. **Lei 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina**. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm> Acesso em 20 de maio de 2015.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo no Direito Penal**. Coimbra: Editora Limitada, 1991.
- BEAUCHAMP, Tom. **Methods and principles in biomedical ethics**. J Med Ethics 2003;29:269-274 doi:10.1136/jme.29.5.269. Accepted 8 July 2003. Disponível em: <http://jme.bmj.com/content/29/5/269.full> Acesso em: 14 de maio de 2015.
- _____; CHILDRESS, James. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Loyola; 2002.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia - comentários à Resolução 1.805/06 CFM - aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2013.
- CASABONA, Carlos María Romeo. **La genética y la biotecnología en las fronteras del derecho**. Acta Bioethica 2002; año VIII, nº 2. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art09.pdf> Acesso em: 15 de maio de 2015.
- COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO PENAL. **Parecer**: sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro. Brasil, 2013. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142673&tp=> Acesso em: 25 de maio de 2015.
- FRANÇA. **Code de la santé publique**. Version consolidée du code au 9 mai 2015. Edition: 2015-05-17. Disponível em: http://codes.droit.org/cod/sante_publicue.pdf Acesso em: 20 de maio de 2015.
- GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais**. Leme: J.H. Mizuno, 2011.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 6.ed. atualizada por Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

- _____. **Revista dos Tribunais**. - Ano 43, v. 221, mar. 1954.
- KOTTOW, Miguel. **Las múltiples facetas de la decision y el consentimiento informados**. participación informada en clínica e investigación bioética. Bogotá: Unesco, 2007.
- LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital** - o direito à dignidade. São Paulo: Matrix, 2013.
- MÉXICO. **Decreto Número 82** - Ley de Voluntad Anticipada del Estado de México. Publicação: 03 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.edomex.gob.mx/legis-telfon/doc/pdf/ley/vig/leyvig191.pdf> Acesso em: 20 de maio de 2015.
- MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia** - o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2012.
- PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o final e honrar a vida**: direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido** - na teoria do delito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- POPE, Thaddeus Mason. The Maladaptation of Miranda to Advance Directives: A Critique of the Patient Self-Determination Act. **Health Matrix: Journal of Law-Medicine**, Vol. 9, No. 1, Winter 1999. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=174749>. Acesso em 27 de maio de 2015.
- PORTUGAL. **Código Penal de 1995**. Procuradoria-Geral distrital de Lisboa, Ministério Público. disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis Acesso em: 20 de maio de 2015.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: Parte especial. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- REALE JUNIOR, Miguel. Testamento vital. **Caderno Espaço Aberto**. O Estado de S. Paulo, 4 de maio de 2013.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. **A proteção da vida humana através do direito penal**. Trad. Luís Greco. Disponível em: mundojuridico.adv.br. Acesso em: 2 de abril de 2006.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

- SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna** - o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2012.
- SILVA, Mônica Neves Aguiar da. Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. **XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA**. Tema: 25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República. Organização CONPEDI/ UNICURITIBA; Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Francisco Cardozo Oliveira, Luciana Costa Poli. – Florianópolis: FUNJAB, 2013 : Curitiba, PR. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=148> Acesso em: 15 de maio de 2015.
- SOUSA, Deusdedith. **Revista dos Tribunais**. - Ano 83, v. 706, ago. 1994.
- VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia**: humanizando a visão jurídica. Curitiba: Juruá, 2012.
- VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial**: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO, 1ª VARA FEDERAL DE GOIÂNIA, **Ação Civil Pública 0001039-86.2013.4.01.3500**. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php> Acesso em 20 de maio de 2015.