

COORDENAÇÃO: Frederico Horta

REVISTA DO

INSTITUTO DE
CIÊNCIAS PENAISS

R
I
C
P



Instituto de Ciências Penais

volume 4, novembro de 2019

REVISTA DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Editor-Chefe
Frederico Horta

Editora Adjunta
Regina Juncal

Editores Executivos
Ana Bueno; Leo Ribeiro; Paula Brener



| | | |
|--|-------|---------------|
| ISSN 1809-192X (impresso) ISSN 2675-5874 (eletrónico) | Vol.4 | Novembro 2019 |
|--|-------|---------------|

Conselho Editorial

| | |
|------------------------------|----------------------------------|
| Adriano Teixeira | (FGV/SP) |
| Alaor Leite | (Humboldt Universität/Alemanha) |
| Antônio Martins | (UFRJ/RJ) |
| Beatriz Vargas | (UNB/DF) |
| Carlos Augusto Canedo | (UFMG/MG) |
| Chiavelli Falavigno | (UFSC/SC) |
| Diego-M. Luzón Peña | (Univ. Alcalá/Espanha) |
| Eduardo Viana | (UFBA/BA) |
| Eugênio Pacelli | (IDP/DF) |
| Fernando Galvão | (UFMG/MG) |
| Flávia Siqueira | (Mackenzie/Campinas) |
| Frederico Horta | (UFMG/MG) |
| Gabriel Perez Barberá | (Uni. De Córdoba/Argentina) |
| Heloísa Estellita | (FGV/SP) |
| Ivò Coca Vila | (Uni. Pompeu Fabra/Espanha) |
| Luciano Santos Lopes | (FMC/MG) |
| Luis Greco | (Humboldt Universität/ Alemanha) |
| Maurício Dieter | (USP/SP) |
| Nuno Brandão | (FDUC/Portugal) |
| Paulo César Busato | (UFPR/PR) |
| Paulo de Souza Mendes | (FDUL/Portugal) |
| Tatiana Stoco | (UNISAL/SP) |

REVISTA DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Publicação Semestral da **Editora Vorto** e do **Instituto de Ciências Penais**

E-mail para submissão de artigos:

ricp@icp.org.br

Visite o site do Instituto de Ciências Penais:

<http://icp.org.br/publicacao/revistacientificaatual>

Revista do Instituto de Ciências Penais. Volume 4. Novembro/2019

Belo Horizonte: Editora Vorto, 2019

Semestral

ISSN: 1809-192X (impresso)

ISSN: 2675-5874 (eletrônico)

DOI: 110.46274/1809-192XRICP2019v4

I. Direito – II. Periódicos – III. Brasil

CDU 340

NOTA: Os trabalhos assinados exprimem conceitos de responsabilidade de seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da redação da Revista.

Corpo de Pareceristas (*volume 04 – chamada geral*)

| | |
|--|----------------------|
| Bruno Silveira Rigon | (PUC/RS) |
| Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha | (UFMG/MG) |
| Fernando Nogueira Martins Júnior | (UFLA/MG) |
| Flávia Siqueira | (Mackenzie/Campinas) |
| Henrique Olive | (UERJ/RJ) |
| Jamilla Monteiro Sarkis | (UFMG/MG) |
| Júlia Leite Valente | (UERJ/RJ) |
| João Paulo Martinelli | (USP/SP) |
| Lucas Minorelli Gonçalves | (PUC/RS) |
| Matheus Almeida Caetano | (UFSC/SC) |
| Michel Wencland Reiss | (PUC/RJ) |
| Nayara Rodrigues Medrado | (UFJF/MG) |
| Raquel Scalcon | (FGV/SP) |
| Renato Silvestre Marinho | (USP/SP) |
| Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça | (UFMG/MG) |
| Tatiana Stoco | (UNISAL/SP) |
| Túlio Felipe Xavier Januário | (FDUC/Portugal) |

Autores (*volume 04*)

Adriano Teixeira; Bárbara Vargas Zambrana; Camila Sallum; Diego-M. Luzón Peña; Fábio Rocha de Oliveira; Felipe Amore Salles Santiago; Gustavo de Oliveira Quandt; Ivó Coca Vila; João Carlos Gonçalves Krakauer Maia; José María Peláez Mejía; Leonardo Andrade Macedo; Marcus Vinícius Honório Correia; Maristella Amisano Tesi; Paulo Henrique Drummond Monteiro; Paulo Roberto Santos Romero; Thiago Ferreira da Silva.

Diretoria da gestão 2018/2020 – Instituto de Ciências Penais

| | |
|--|---------------------------|
| Gustavo Silva | Presidente |
| Kárin Emmerich | 1ª Vice-Presidenta |
| Carla Silene | 2ª Vice-Presidenta |
| Henrique Nogueira Macedo | 1º Diretor-Secretário |
| Bruno Tasca Cabral | 2º Diretor-Secretário |
| Christiane Malard | 3º Diretor-Secretário |
| Raphael Silva Pires | 1º Diretor-Financeiro |
| Lázaro Samuel Gonçalves Guilherme | 2º Diretor-Financeiro |
| Felipe Martins Pinto | Diretor de Comunicação |
| Bruno Dias Cândido | Diretor de Interiorização |
| Frederico Horta | Diretor Acadêmico |

SUMÁRIO

CONTENTS

**APRESENTAÇÃO DOS MEMBROS DO
NOVO CONSELHO EDITORIAL.....9**

PARTE 1: DIREITO PENAL

**AS TEORIAS RETRIBUTIVAS NO PENSAMENTO ANGLO-AMERICANO
CONTEMPORÂNEO**

RETRIBUTIVISM IN THE RECENT ENGLISH-SPEAKING DEBATE

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p15-57

Prof. Dr. Adriano Teixeira.....15

**ACTUACIÓN EN CONCIENCIA Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO
CAUSA DE JUSTIFICACIÓN Y COMO CAUSA DE EXCULPACIÓN FRENTE
A LA PUNICIÓN DEL DELINCUENTE POR CONVICCIÓN**

*CONSCIOUSNESS PERFORMANCE AND CONSCIENTIOUS OBJECTION AS
A CAUSE OF JUSTIFICATION OR EXONERATING CIRCUMSTANCE OF EX-
CUSE VERSUS CRIMINAL LIABILITY OF THE OFFENDER BY CONVICTION*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p59-82

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña.....59

**LA BUSINESS JUDGMENT RULE ANTE LA DETERMINACIÓN DEL RIESGO
PERMITIDO EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL**

*THE BUSINESS JUDGMENT RULE BEFORE THE DETERMINATION OF
ALLOWED RISK IN THE UNFAIR ADMINISTRATION CRIME*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p83-115

Dr. Ivó Coca Vila.....83

**CONCEPÇÕES VOLITIVA E COGNITIVA DO DOLO: UMA ANÁLISE
QUANTO AO DITO E O FEITO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

NO HABEAS CORPUS 121.654/MG

VOLITIONAL AND COGNITIVE CONCEPTIONS OF MENS REA: AN ASSESSMENT CONCERNING WHAT IS SAID AND DONE BY THE SUPREME FEDERAL COURT IN THE HABEAS CORPUS 121.654/MG

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p117-143

João Carlos Gonçalves Krakauer Maia.....117

AUSENCIA DE LESIVIDAD Y CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN COMO CRITERIOS NEGATIVOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

ABSENCE OF HARMFULNESS AND CAUSES OF JUSTIFICATION AS NEGATIVE CRITERIA OF OBJECTIVE IMPUTATION

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p145-210

José María Peláez Mejía.....145

**A TIPIFICAÇÃO PENAL DO SUPERFATURAMENTO DE OBRAS PÚBLICAS
CRIMES ASSOCIATED TO PUBLIC WORKS OVERCHARGING**

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p211-251

Leonardo Andrade Macedo.....211

O FENÔMENO DE CORRUPÇÃO CHAMADO “MANI PULITE”: CONSEQUÊNCIAS NORMATIVAS NO ORDENAMENTO PENAL ITALIANO E INSUCESSOS

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p253-275

Dout. Maristella Amisano.....253

PARTE 2: PROCESSO PENAL

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA REVISÃO CRIMINAL

THE APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE IN CRIMINAL REVIEW

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p279-296

Fábio Rocha de Oliveira.....279

**DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO MARCO FUNDAMENTAL À
AVALIAÇÃO DAS CAUSAS IMPEDITIVAS DA TRANSAÇÃO PENAL**

*THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AS A LANDMARK FOR THE EVALUA-
TION OF THE IMPEDITIVE CAUSES OF THE "PENAL TRANSACTION"*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p297-324

Paulo Roberto Santos Romero.....**297**

**INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL: O DEVER CONS-
TITUCIONAL COMO GARANTIA E LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO**

*INVESTMENT OF THE PROOF IN THE CRIMINAL PROCESS: THE CONSTITU-
TIONAL DUTY AS GUARANTEE AND LIMITATION OF THE PUNITIVE POWER*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p325-340

Thiago Ferreira da Silva.....**325**

PARTE 3: **CRIMINOLOGIA
E POLÍTICA CRIMINAL**

**CÁRCERE FEMININO: O DOMÍNIO EXERCIDO SOBRE A MULHER NO
SISTEMA PENAL**

*FEMALE PRISON: THE DOMAIN EXERCISED OVER THE WOMAN IN THE
CRIMINAL SYSTEM*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p343-367

Bárbara Vargas Zambrana, Camila Sallum.....**343**

**A POLÍTICA PROIBICIONISTA APLICADA À GUERRA ÀS DROGAS
COMO COMBUSTÍVEL PARA O CRESCIMENTO DO CRIME ORGANI-
ZADO NO BRASIL**

*THE PROHIBITIONIST POLICY APPLIED TO WAR TO DRUGS AS A FUEL FOR
THE GROWTH OF CRIME ORGANIZED IN BRAZIL*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p369-398

Marcus Vinícius Honório Correia, Felipe Amore Salles Santiago.....**369**

PAPÉIS SOCIAIS, PRECONCEITO, ESTEREÓTIPO E ESTIGMA. A APRESENTAÇÃO DA IMAGEM/VOZ DE PESSOAS PRESAS COMO INSTRUMENTO DO PROCESSO DE DEGRADAÇÃO DA PERSONALIDADE

SOCIAL PAPERS, PREJUDICE, STEREOTYPE, AND STIGMA. THE PRESENTATION OF THE IMAGE / VOICE OF PEOPLE AS AN INSTRUMENT OF THE PERSONALITY DEGRADATION PROCESS

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p399-428

Paulo Henrique Drummond Monteiro.....399

PARTE 4: **RESENHA**

RESENHA DE GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. CURSOS CAUSALES IRREGULARES E IMPUTACIÓN OBJETIVA. MONTEVIDEO/BUENOS AIRES: B DE F, 2011

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p431-446

Gustavo de Oliveira Quandt.....431

APRESENTAÇÃO DOS MEMBROS DO NOVO CONSELHO EDITORIAL

Adriano Teixeira

Doutor em Direito pela Luwing-Maximilian Universität, de Munique, Alemanha. Professor do Mestrado Profissional – Linha Direito Penal Econômico – da FGV SP.

Alaor Leite

Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilian Universität, de Munique, Alemanha. Assistente científico (Wissenschaftlicher Mitarbeiter) na Faculdade de Direito da Humboldt Universität, de Berlim, Alemanha.

Antônio Martins

Doutor em Direito pela Goethe Universität Frankfurt am Main, Alemanha. Professor Adjunto de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Beatriz Vargas

Doutora em Direito pela Universidade de Brasília. Professora de Direito e Processo Penal da Universidade de Brasília.

Carlos Augusto Canedo

Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais com período sânduche na Universidad de Sevilla. Professor de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

Chiavelli Falavigno

Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo com período sanduíche na Hamburg Universität. Professora de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Santa Catarina.

Diego-M. Luzón Peña

Doutor pela Universidade Complutense de Madrid. Doutor honoris causa pela UCA de Nicaragua; pela Universidade Nacional San Agustín de Arequipa, Peru; pela Universidade José Carlos Mariátegui, de Moquegua, Peru; pela Universidade Inca Garcilaso de la Vega, de Lima, Peru; e pela Universidade de León, España. Professor Catedrático de Direito da Universidad de Alcalá, na Espanha.

Eduardo Viana

Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia e da Universidade Estadual de Santa Cruz - Bahia.

Eugênio Pacelli

Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Colaborador do Programa de Pós Graduação do IDP, de Brasília. Advogado criminalista.

Fernando Galvão

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Juiz do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.

Flávia Siqueira

Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais com período sanduíche na Universität Augsburg e estâncias de pesquisa na Humboldt-Universität zu Berlin. Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em Campinas - São Paulo.

Frederico Horta

Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Federal de Minas Gerais.

Gabriel Perez Barberá

Doutor pela Universidad Nacional de Córdoba. Professor Catedrático da Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Procurador de Justiça e Fiscal General da Câmara Federal de Apelações em Penal Econômico na Argentina.

Heloísa Estellita

Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), em São Paulo.

Ivò Coca Vila

Doutor em Direito pela Universidad Pompeu Fabra. Professor de Direito da Universidad Pompeu Fabra, em Barcelona, na Espanha.

Luciano Santos Lopes

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Faculdade Milton Campos. Advogado Criminalista.

Luís Greco

Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilian Universität, de Munique. Professor Catedrático de Direito e Processo Penal, Direito Penal Comparado e Teoria do Direito Penal da Humboldt Universität, de Berlim, na Alemanha.

Maurício Dieter

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, com estágio de pesquisa doutoral na Hamburg Universität. Professor de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado criminalista.

Nuno Brandão

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Paulo Cesar Busato

Doutor pela Universidad Pablo de Olavide, em Sevilla, na Espanha. Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná.

Paulo de Sousa Mendes

Doutor em Direito. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal.

Tatiana Stoco

Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, com período de pesquisa na Universität Augsburg, Alemanha. Professora de Direito Penal e Processual Penal no Centro Universitário Salesiano - UNISAL. Advogada criminalista.

PARTE 1

DIREITO PENAL

AS TEORIAS RETRIBUTIVAS NO PENSAMENTO ANGLO-AMERICANO CONTEMPORÂNEO ¹

RETRIBUTIVISM IN THE RECENT ENGLISH-SPEAKING DEBATE

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p15-57

Prof. Dr. Adriano Teixeira

*Doutor e mestre em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München.
Professor do Mestrado Profissional - Linha Direito Penal Econômico - da FGV/SP.*

Recebido em: 09/05/2019

Aprovado em: 11/07/2019

Última versão do autor em: 26/07/2019

Área do Direito: Direito Penal

Resumo:

Apesar de seu “ressurgimento” nos últimos anos, a teoria da retribuição é rechaçada praticamente de imediato pela opinião dominante na Alemanha, em razão de uma equiparação com as teorias da pena do idealismo alemão. Entretanto, esse posicionamento ignora o desenvolvimento que a teoria da retribuição teve nos últimos anos, especialmente no âmbito de discussão anglo-saxão. Neste trabalho, será apresentada esta última discussão, com o intuito de demonstrar que a teoria da retribuição é muito mais complexa e refinada do que acredita a opinião dominante alemã.

Palavras-chave:

Retribuição. Teorias da pena. Pena. Deontologismo. Consequencialismo. Filosofia analítica.

¹ Esse texto baseia-se na tradução espanhola do manuscrito original (em alemão) realizado por Lucía Solavagione, publicada em *EnLetra: Derecho Penal*, Ano IV, número 7, 2019, pp. 35-77. A primeira versão desse texto foi produzida e apresentada oralmente no âmbito do Seminário de Filosofia do Direito, realizado pelo Prof. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, na Ludwig-Maximilian-Universität, em Munique, no semestre de verão de 2012.

Abstract:

Despite its 'renaissance' in the last few years, the theory of retribution is almost immediately rejected by most German scholars. The main reason for this rejection is related to an alleged equivalence between retributivism and the justification of punishment provided by German idealism. However, this rejection ignores that the theory of retributivist punishment has been recently developed in an astonishing manner in the English-speaking debate. In this article I will present this debate in order to show that the theory of retributivist punishment is more complex and refined than the classic theory of retribution that most German scholars have in mind.

Keywords:

Retribution. Justification of punishment. Punishment. Deontology. Consequentialism. Analytic philosophy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Esclarecimentos terminológicos. 3. O resurgimento do retribucionismo na filosofia do direito penal anglo-americana. 4. Variantes da teoria da retribuição. 4.1. Teorias negativas da retribuição. 4.2. Teorias positivas da retribuição. 5. Conclusão.

1. Introdução

Tradicionalmente, associa-se, de maneira quase automática, a teoria retributiva da pena às “teorias absolutas” do Idealismo alemão, mais especificamente às formulações de KANT e HEGEL². Ainda que nas últimas décadas se tenha observado um renascimento das teorias absolutas de matriz idealista, por meio da detalhada e renovada exegese dos clássicos³, na literatura jurídico-penal dominante⁴ ainda se afirma que

² HÖRNLE, *Straftheorien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 15.

³ Crítico sobre esse aspecto: SCHÜNEMANN, “Aporien der Strafftheorie in Philosophie und Literatur – Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist”, em *FS-Lüderssen*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 327; MAÑALICH, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva” em *InDret*, n.º 2, 2015, p. 3 e ss.; ZIFFER, “Acerca del ‘resurgimiento’ del retribucionismo” em *En Letra Derecho Penal*, 6, 2018, p. 34.

⁴ Cfr., PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012: “O renascimento da teoria retributiva, entretanto, não tem sido adequadamente trabalhado na teoria geral do delito”, p. 17, também p. 87 ss.; KLOCHE; MÜLLER “Zur Renaissance der Vergeltung – Ringpublikationsprojekt ‘Prävention und Zurechnung – Präventionsorientierte Zurechnung?’”, em *Strafverteidiger*, n.º 9, 2014, pp. 370 ss.

a teoria retributiva, em sua versão pura, “praticamente já não é mais defendida”⁵ ou que sequer “é cientificamente sustentável”.⁶

Na discussão anglo-americana, diferentemente, a teoria da retribuição possui uma influência significativa. Na atualidade, o retributivismo (como lá é denominada essa teoria)⁷ compõe provavelmente – desde seu surgimento na década de 1970, como consequência da decadência teórica e prática do utilitarismo na filosofia moral e política – a posição majoritária entre os anglo-americanos⁸. Observando-se a minuciosa discussão anglo-saxônica sobre as teorias da pena, pode-se já questionar a mencionada tese da (apriorística) insustentabilidade científica da teoria retributiva. Diferentemente do debate alemão, o retributivismo anglo-saxão não se prende às formulações de KANT e HEGEL, mas busca outros caminhos metodológicos, ancorados sobretudo na filosofia analítica.

Diante disso, o objetivo deste breve estudo é apresentar um panorama sobre o desenvolvimento da teoria da retribuição no âmbito anglo-saxônico. Pretende-se analisar suas variantes – sem pretensão de abarcar exaustivamente todos os autores e seus argumentos – e responder à seguinte pergunta: a retribuição ainda tem lugar na justificação normativa⁹ da pena estatal?

Acima de tudo, será demonstrado que o retributivismo é uma teoria multifacetada e instigante, cujo tratamento por meio da filosofia do direito anglo-americana constitui um desafio para as críticas tradicionais que se fazem contra ela e com a qual a discussão tradicional sobre os

⁵ STRATENWERTH; KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 6º Ed. 2011, § 1 n.m. 14.

⁶ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 4º Ed. 2006, § 3 n.m. 7; referindo a esse, JOECKS, em: JOECKS; MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2011, Tomo 1, Introdução (n.m. 54).

⁷ Neste trabalho serão utilizadas as expressões “teoria da retribuição” e “retributivismo” como sinônimos.

⁸ Com referências posteriores: DOLINKO, “Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment”, em *Law and Philosophy*, n.º 16, 1997, p. 507; CHRISTOPHER, “Deterring Retributivism: The Injustice of Just Punishment”, em *Northwestern University Law Review*, n.º 96, 2002, p. 847; BAGARIC; AMARASEKARA, “The Errors of Retributivism”, em *Melbourne University Law Review*, n.º 24, 2000, p. 126; KAISER, *Widerspruch und Harte Behandlung*, Berlim, Duncker & Humblot, 1998, p. 136; HUSAK, “Malum Prohibitum and Retributivism” em DUFF; GREEN (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 70.

⁹ Para a distinção entre um enfoque descritivo e um normativo, ver HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 1.

fins da pena, de matriz romano-germânica, pode aprender, ainda que ao fim não se queira considerar a retribuição como justificação única ou suficiente da existência da pena como instituição.

Antes de descrever o fenômeno do renascimento do retributivismo no âmbito anglo-americano (em: III) e de, na sequência, avaliar suas vertentes (em: IV), é necessário realizar alguns esclarecimentos conceituais prévios (em: II).

2. Esclarecimentos terminológicos

Diferentemente da tradição romano-germânica, no mundo anglo-americano não se distingue entre teorias da pena absolutas e relativas¹⁰, mas entre utilitaristas (ou consequencialistas)¹¹ e retributivas. Na discussão anglo-americana, a teoria da retribuição não coincide necessariamente com a teoria absoluta da pena, ou seja, com aquela que pretende justificar a pena sem consideração das consequências do castigo. Nessa tradição, recebe a denominação “teoria da retribuição” (“retributivismo”)¹², em termos gerais, toda teoria que considere a culpabilidade, ou o merecimento (“desert”), como elemento normativo relevante para a justificação da pena. Considerações orientadas às consequências podem ser levadas em conta, mas não necessariamente. Existem diversas respostas à questão sobre *qual* papel normativo esse elemento (culpabilidade ou merecimento) pode ou deve desempenhar.

A respeito desse debate, podem ser observadas basicamente três posições. Por um lado, é defendido que o retributivismo é uma postura que entende que só deve ser punido aquele que se demonstra culpado ou, em outras palavras, que a culpabilidade (em sentido amplo¹³) é uma condição *necessária* da pena¹⁴. MICHAEL MOORE, por exemplo, sustenta o contrário, afirmando que a culpabilidade moral é não apenas

¹⁰ Com ulteriores referências e crítica a respeito, HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 3; em sentido semelhante, um ponto de vista diferenciador também em GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlegendiskussion*, Berlim, Duncker & Humblot, 2009, p. 354 ss.

¹¹ A teoria utilitarista da pena é definida por Joel Feinberg da seguinte forma: “punishment of the guilty is at best a necessary evil justified only as a means to the prevention of evil greater than itself”. FEINBERG, “The classic debate”, em FEINBERG; COLEMAN (eds.), *Philosophy of Law*, Belmont, Wadsworth, 7.ª ed. 2004, p. 799.

¹² Ver HUSAK, “Broad Culpability and the Retributivist Dream”, em *Ohio State Journal of Criminal Law*, n.º 9, 2012, p. 450, nota 7.

¹³ Sobre as diversas acepções do termo culpabilidade em direito penal, ver TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena: Fundamentos de determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015, p. 115 e ss.

¹⁴ QUINTON, “On punishment”, em *Analysis*, n.º 14, 1954, p. 138.

necessária, mas também *suficiente* para a justificação da pena¹⁵. Por fim, entende-se também que a retribuição – ou compensação da culpabilidade – não é um requisito necessário nem suficiente para justificar a pena, mas apenas *uma boa razão* para infligi-la.¹⁶

Diante dessa ambivalência, não seria adequado realizar uma valoração global nem, especialmente, uma crítica generalista à teoria da retribuição no âmbito anglo-americano. Certas objeções que poderiam ser formuladas a algumas dessas posições não seriam pertinentes caso dirigidas a alguma das outras. Por essa razão, no presente trabalho, consideram-se três variantes como substrato da concepção básica da teoria da retribuição na discussão anglo-saxônica.

A primeira variante pode ser denominada como teoria *negativa*, enquanto as outras duas podem ser classificadas sob o rótulo de teorias *positivas* da retribuição¹⁷, dentre as quais, por sua vez, podem ser subclassificadas em teorias absolutas ou próprias e teorias relativas ou impróprias da retribuição¹⁸. Segundo a teoria negativa – cujos principais expoentes, no início do renascimento retributivista, foram JOHN RAWLS e H.L.A. HART¹⁹ –, a retribuição é um fator de limitação na justificação da pena; ela funciona, em relação *ao autor do delito*, como um elemento legitimador. A teoria positiva, ao contrário, dá ênfase à retribuição ou ao restabelecimento da justiça como força ativa da justificação da pena *enquanto instituição*²⁰, ou seja, tanto perante o autor do delito, como frente à sociedade²¹. Logo, o fato de ao autor se impor uma

¹⁵ MOORE, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 88.

¹⁶ ZAIBERT, *Punishment and Retribution*, London, Routledge, 2006, pp. 5–6, *passim*.

¹⁷ Sobre essa classificação básica, ver: MACKIE, “Morality and the retributive emotions”, em *Criminal Justice Ethics*, n.º 1, 1982, p. 4.

¹⁸ Essa classificação se corresponde, fundamentalmente, à taxonomia de MOORE, *supra* nota 14, p. 156 ss., p. 156 ss., e de GRECO, *supra* nota 9, p. 463, que subdividem a teoria retributiva em uma variante deontológica e uma consequencialista.

¹⁹ Ver abaixo IV. 1.

²⁰ MURPHY, *Retribution Reconsidered*, Springer, 1992, p. 22: “The retributively just or deserved punishment is not merely a limit on the pursuit of utilitarian deterrence but is itself the general justifying aim”; similar, DOLINKO, “Some thoughts about retributivism”, em *Ethics*, n.º 101, 1991, p. 542; PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment*, Humanity Books, 1989, p. 148.

²¹ Sobre essa distinção ver SCHÜNEMANN, “Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie”, em IDEM et al. (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F.

pena individual na medida de sua culpabilidade teria um valor positivo intrínseco²². Dentro das teorias positivas, as teorias absolutas e relativas se distinguem pelo fato de que, nas últimas, as consequências sociais da pena ou considerações vinculadas à teoria do Estado teriam um papel (ao menos negativo ou limitante) de legitimação. Então, a culpabilidade do autor não fundamenta, por si só, uma obrigação categórica de punir^{23 24}. Ambas estariam fundamentadas tanto por princípios éticos – orientados pela culpabilidade moral – como jurídicos – com ênfase à infração da lei.²⁵

3. O ressurgimento do retributivismo na filosofia do direito penal anglo-americana

Até a década de 1960, a teoria da retribuição parecia estar extinta no mundo de língua inglesa²⁶. Ela era considerada a-científica, primitiva, irracional, vista como mera manifestação de uma sede de vingança²⁷. A partir do século XIX, prevaleceram concepções utilitaristas sobre a justificação da pena e da prática penal. Eram comuns condenações destinadas à ressocialização e à neutralização do autor e, eventualmente, à

Müller, 1998, p. 112; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 5; HUSAK, “Why Criminal Law: A Question of Content?”, em *Criminal Law and Philosophy*, n.º 2, 2008, p. 108.

²² RAWLS, “Two concepts of rules”, em *The Philosophical Review*, n.º 64, 1955, p. 5.

²³ A teoria absoluta da pena é usualmente definida como a que pretende justificar a pena com independência de uma finalidade externa a ela, enquanto a relativa como aquela que quer atribuir à pena uma determinada finalidade social (assim, por todos NEUMANN; SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980, pp. 4-5). Neste trabalho se tomará intencionalmente essa classificação para distinguir entre diferentes enfoques *dentro* do retributivismo. Por isso, no conceito de “teoria relativa da retribuição” se incluirá tanto a postura que considera a consequência social da pena (como limitação), como a variante que atribui ao êxito social da pena um valor justificante positivo.

²⁴ De início, destaca-se que a classificação da teoria da retribuição anglo-saxônica aqui proposta não é cronológica, apesar de a teoria negativa da retribuição – a primeira citada – datar-se do início do retorno do retribucionismo.

²⁵ Essa taxonomia se encontra em *Feinberg*, *supra* nota 10, p. 800.

²⁶ HAMPTON, “Liberalism, retribution and criminality”, em COLEMAN; BUCHANAN (eds.), *In Harm's way: Essays in honor of Joel Feinberg*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 168.

²⁷ BRAITHWAITE; PETTIT, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 2; TONRY, “Thinking about punishment”, em IDEM (ed.), *Why Punish: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 3.

prevenção geral²⁸. Em meio às décadas de 1960/70, porém, observa-se um ressurgimento do retributivismo na filosofia moral anglo-americana²⁹. Esse fenômeno pode ser visto como uma reação ao fracasso das teorias utilitaristas da pena e da prática penal a elas associada³⁰. Esse impulso de reação baseou-se em considerações de natureza tanto pragmática como teórico-filosófica.

Objecções quanto ao funcionamento prático do sistema criminal da época foram relevantes para o descrédito do sistema penal utilitarista³¹. Por exemplo, criticou-se a aplicação de penalidades com o objetivo de neutralização ou ressocialização do agente, que ficava a cargo não de juízes togados, mas de funcionários da burocracia estatal, e não raro por tempo indeterminado. Esse corpo burocrático da administração, organizados em conselhos denominados “parole boards” era quem determinava quando o infrator poderia retornar, “sem riscos”, para a sociedade³². Por outro lado, o fracasso da prática penal utilitarista deveu-se à *ineficácia* de seus métodos para a redução da criminalidade, sobretudo no que se refere à não diminuição da taxa de reincidência por meio de programas de ressocialização, provocando a conhecida expressão de MARTINSON “nothing works”.³⁴

²⁸ KAISER, *supra* nota 7, p. 136.

²⁹ Cfr. DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 8; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 9; BEDAU, “Retribution and the theory of punishment”, em *The Journal of Philosophy*, n.º 75, 1978, p. 601; MATRAVERS, “Is Twenty-first Century Punishment Post-desert?”, em TONRY (ed.), *Retributivism Has a Past: Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 30.

³⁰ Cfr. apenas WALKER, “Modern Retributivism”, em GROSS/HARRISON (eds.), *Jurisprudence: Cambridge Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 73; DUFF, *supra* nota 28, p. 7; TONRY, *supra* nota 26, p. 5.

³¹ WALKER, *supra* nota 29, p. 73.

³² BRAITHWAITE; PETTIT, *supra* nota 26, p. 4; KAISER, *supra* nota 7, p. 136. Um conselho de liberdade condicional (“parole board”) podia dizer se e quando o condenado podia ser libertado.

³³ Como reação a isso, VON HIRSCH (1976) contribuiu consideravelmente para o renascimento do pensamento retributivista, com seu livro “Doing Justice”, na medida que introduziu a expressão “just deserts” na discussão e defendeu a aplicação de uma pena proporcional ao fato. A respeito: GARDNER, “The Renaissance of Retribution”, em *Wisconsin Law Review*, 1976, p. 781 ss.; BAGARIC; AMARA-SEKARA, *supra* nota 7, p. 132; GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, University of Chicago Press, 2001, p. 59; ZIFFER, *supra* nota 2, p. 40.

³⁴ MARTINSON, “What works?”, em *The Public Interest*, n. 35, 1974, p. 22 e ss.

A crítica também se amparou em considerações filosóficas. No plano teórico-filosófico, apontou-se, por um lado, à possibilidade de punição de inocentes enquanto consequência necessária do argumento utilitarista (abaixo, 1) e, por outro lado, a instrumentalização do autor do crime (abaixo, 2).

1. A objeção fundamental contra a teoria utilitarista da pena relaciona-se com os *direitos do inocente*³⁵. O pensamento puramente orientado às consequências da ação estatal permitiria *logicamente* o castigo de um inocente³⁶⁻³⁷. O problema consiste, segundo seus críticos, na circunstância de que a teoria utilitarista da pena – em especial segundo a variante de seu principal expoente, JEREMY BENTHAM – justificaria a proibição da punição do inocente unicamente em razão de sua (in)eficácia preventiva³⁸. Sendo assim, segundo a perspectiva utilitarista, seria logicamente possível aplicar uma pena injusta, sempre que esta, de algum modo e em algum momento, pudesse produzir efeitos positivos. Não existiria segundo a lógica utilitarista, uma razão *ética* contra penas injustas: sua aplicabilidade dependeria de contingências, em outras palavras, do acaso³⁹.

³⁵ Cfr. EWING, *The Morality of Punishment with Some Suggestions for a General Theory of Ethics*, 1929, p. 17.

³⁶ QUINTON, *supra* nota 13, p. 134; MABBOTT, “Punishment”, em *Mind. New Series*, n. 48, 1939, p. 152; DUFF, *supra* nota 28, p. 8; MCCLOSKEY, “A non-utilitarian approach to punishment”, BAYLES (ed.), *Contemporary Utilitarianism*, Gloucester, Peter Smith, 1968, p. 246 ss.; TEN, *Crime, Guilt and Punishment: A Philosophical Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 13 ss.; WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?*, 1992, p. 39.

³⁷ Alguns sustentam que também a teoria da retribuição é consistente com o castigo de um inocente, cfr. BAGARIC; AMARASEKARA, *supra* nota 7, p. 140; RUSSELL, *supra* nota 7, p. 898 ss. Dado que a teoria da retribuição estaria obrigada ao castigo de todos os autores culpáveis, na prática haveria inocentes que seriam necessariamente castigados por erro. Nisso se recorre criticamente à “teoria do efeito duplo”. Sobre o tema, ver KAPLOW; SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2002, p. 336 ss.

³⁸ Ver BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1907, p. 170 ss. Bentham afirma que a pena, em si mesma, é um mal. Em relação ao princípio da utilidade (“principle of utility”), a pena poderia ser justificada apenas na medida em que sirva à evitação de um mal maior. Por isso, a pena não deveria ser aplicada quando ela fosse *desmotivada* (“groundless”), *ineficaz* (“inefficacious”), *contraproducente* (“unprofitable”) e demasiadamente *cara e inútil* (“needless”).

³⁹ MCCLOSKEY, *supra* nota 35, p. 247. O conhecido experimento mental, por meio do qual estaria demonstrado o compromisso do utilitarismo com o castigo do inocente, provém de McCloskey: em uma região em que existem conflitos raciais, um homem negro viola uma mulher branca. O homem não pode ser encontrado e, se ninguém é castigado, pode ser que se desate uma onda de violência. O comissário

Nesse sentido, os teóricos retributivistas argumentam que o princípio retributivo contém em si mesmo o princípio da culpabilidade e que esse seria incompatível com – ou alheio às – teorias da pena puramente teleológicas⁴⁰. A insuficiência do princípio da culpabilidade reconstruído sob a fundamentação utilitarista⁴¹, indicaria a plausibilidade inicial da teoria da retribuição.⁴²

2. Outra preocupação dos teóricos retributivistas se vincula ao tratamento do autor culpado⁴³. Sustentou-se que a teoria utilitarista implicaria tratar o infrator não como um agente autônomo, mas como mero objeto usado para o alcance de fins externos (prevenção, neutralização, etc.)⁴⁴. Nesse ponto, recorre-se ao princípio da *proibição de instrumentalização*, formulado por IMANNUEL KANT, segundo o qual “el hombre no puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*)”.⁴⁵ Como consequência disso, apenas a pena retributiva seria moralmente

pode impedir isso se detiver outro homem e, por meio da criação de provas falsas, aplicar-lhe um castigo de modo exemplar. Dado que essa alternativa produziria melhores consequências, o utilitarista deveria ver-se obrigado a aceitá-la., MCCLOSKEY, *supra* nota 35, p. 249., o exemplo corresponde à versão modificada de TEN, *supra* nota 35, p. 13; sobre o tema também BAURMANN, *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 1981, p. 34; GRECO, *supra* nota 9, p. 244

⁴⁰ Cfr. apenas QUINTON, *supra* nota 13, p. 134 ss. Sobre o tema, BAURMANN, *supra* nota 38, pp. 16–17.

⁴¹ SCHÜNEMANN, *supra* nota 20, p. 114.

⁴² Esse caráter reativo do renascimento do retributivismo anglo-americano pode ser ilustrado por meio das palavras de McCloskey: “It is these difficulties of utilitarianism –of act- and rule-utilitarianism- and the facts which give rise to these difficulties which give to the retributive theory, that the vicious deserve to suffer, its initial plausibility.” MCCLOSKEY, *supra* nota 35, p. 254.

⁴³ DUFF, “Responsibility, Restoration, and Retribution”, em TONRY (ed.), *Retributivism Has a Past, Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 64

⁴⁴ MURPHY, *Retribution, Justice and Therapy: Essays in the Philosophy of Law*, Dordrecht, D. Reidel, 1979, p. 95; GREENAWALT, “Punishment”, em *Journal of Criminal Law and Criminology*, n.º 74, 1983, p. 353; BURGH, “Do the guilty deserve punishment?”, em *The Journal of Philosophy*, n.º 79, 1982, p. 195.

⁴⁵ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Edición t.VIII, Berlin, Suhrkamp, p. 453, [N.T. a citação em espanhol foi retirada de KANT, *La metafísica de las costumbres* [trad. Adela CORTINA ORTS e Jesús CONILL SANCHO], Tecnos, 1996, p. 166]; críticos a respeito DUFF, *supra* nota 28, p. 13; p. 929 ss.; ROXIN, *supra* nota 5, § 3, n.º m. 57; GRECO, *supra* nota 9, pp. 455–456; HÖRNLE, “Claus Roxins straftheoretischer Ansatz”, em *FS- Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, 2011, p. 14.

correta, pois ela respeitaria a dignidade humana e trataria o autor como um indivíduo autônomo⁴⁶. Dessa forma, a teoria retributiva seria a única teoria da pena suscetível de ser defendida moralmente.⁴⁷

O retributivismo anglo-americano, que surge da contestação ao pensamento penal utilitarista, não é uma concepção monolítica. Ele se desenvolveu por meio de diversas variantes e permanece, até hoje, como um grupo de diferentes teorias com vantagens e desvantagens próprias. Tratarei disso em seguida.

4. Variantes da teoria da retribuição

4.1. Teorias negativas da retribuição

No início do ressurgimento do retributivismo, desenvolveu-se uma versão modesta⁴⁸ da teoria da retribuição, que abriu as portas para o desenvolvimento de variantes mais contundentes⁴⁹. O núcleo das reflexões guiava-se pela intenção de evitar as consequências indesejáveis – especialmente a possibilidade lógica do castigo do inocente – que derivavam das teorias utilitaristas da pena. O postulado central das teorias negativas pode ser assim resumido: somente quem o merece, quem é culpável, deve ser punido. A culpabilidade seria, portanto, uma condição *necessária* da pena⁵⁰. Segundo essa concepção, as considerações orientadas às consequências – como a prevenção, neutralização, ressocialização, etc. – são adicionalmente necessárias para a legitimação da pena enquanto instituição⁵¹. Dois célebres defensores desta versão do retributivismo no mundo anglo-saxão são JOHN RAWLS e H. L. A. HART.

⁴⁶ MOORE, *supra* nota 14, p. 151: “Respecting the autonomy of criminals is the grain of truth in the otherwise misleading slogan that ‘criminals have a right to retributive Punishment.’”; MARKEL, “What Might Retributive Justice Be? An Argument for the Confrontational Conception of Retributivism”, em WHITE (ed.), *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 51.

⁴⁷ MURPHY, *supra* nota 43, p. 95.

⁴⁸ DOLINKO, *supra* nota 19, p. 542 e ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 130, falam de um “modest retributivism”.

⁴⁹ KAISER, *supra* nota 7, p. 140.

⁵⁰ Daí também a denominação comum da teoria “lógica” ou “minimalista” da retribuição, cfr. COTTINGHAM, John, “Varieties of retribution”, em *The Philosophical Quarterly*, n.º 29, 1979, p. 240-241; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 127.

⁵¹ Por isso, a teoria negativa da retribuição é também conhecida como “compromise theory” (TEN, *supra* nota 35, p. 78; KORIATH, “Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe”, em *Jura*, 1995, p. 625), “mixed theories” (GOLDMAN, “Toward a new theory of punishment”, em *Law and Philosophy*, n.º 1, 1982,

a) Em seu clássico ensaio “Two Concepts of Rules”, JOHN RAWLS pretende conciliar entre si as teorias utilitarista e retributiva⁵². Para tanto, distingue entre a justificação de uma práxis⁵³ e a justificação de um ato particular que forma parte dessa práxis⁵⁴. A tese do autor é a seguinte: “Os argumentos utilitaristas valem para questões relacionadas à práxis, enquanto argumentos retributivos circunscrevem-se à aplicação de regras particulares a casos particulares”⁵⁵. Nesse sentido, o juiz olha apenas para o passado e o legislador para o futuro. A teoria da retribuição conecta-se à justificação da função do juiz; para a função do legislador, valem as teorias utilitaristas⁵⁶. RAWLS não vê na teoria retributiva nenhum valor para a justificação da pena enquanto *instituição*. Segundo a concepção de RAWLS, a pena é concebida como uma práxis⁵⁷ determinada por regras, na qual as decisões não podem ser tomadas “case by case”⁵⁸. As regras são

p. 62; MOORE, *supra* nota 14, p. 92; HONDERICH, *Punishment: The Supposed Justifications Revisited*, Londres, Pluto Press, 2006, p. 163 ss.) ou consequencialismo “side-constrained” (DUFF, *supra* nota 28, p. 11).

⁵² RAWLS, *supra* nota 21, pp. 3-32.

⁵³ No original: “practice”. Aqui, como em outros termos e citações, o autor toma a tradução de JANTZEN, extraída de HÖFFE (ed.), *Einführung in die Utilitaristische Ethik*, 4.ª ed. 2008, p. 135 ss.

⁵⁴ RAWLS, *supra* nota 21, p. 3.

⁵⁵ RAWLS, *supra* nota 21, p. 3, [N.T. a citação em espanhol foi retirada de: RAWLS, *Teorías sobre la Ética*, México, Fondo de cultura económica, 1974, p. 213].

⁵⁶ RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, p. 139.

⁵⁷ RAWLS explica que uma regra constituem-se por generalizações ulteriores de experiência (cf. HÖFFE, *supra* nota 52, p. 35). “En contraposición a la mira sumaria, las reglas de las prácticas son anteriores, lógicamente, a los casos particulares” sustenta o autor (RAWLS, *supra* nota 55, p. 158; [N.T. A citação em espanhol foi retirada de: RAWLS, “Dos conceptos de reglas”, em *Teorías sobre la Ética*, Fondo de cultura económica, 1974, p. 237]. Dado que a regra possui um estado contingente, em um caso concreto – em que uma determinada conduta produziu as melhores consequências –, um indivíduo seria livre para se opor a ela. Nessa concepção seria inclusive incorreto falar de regra. Por exemplo: em uma guerra, o governo do país A considera que só são vantajosos os ataques estratégicos a alvos militares e não a alvos civis. Isso ocorre porque o governo do país inimigo B não tem aprovação suficiente dos cidadãos nem do parlamento para investir mais na guerra. Se os cidadãos do país B fossem assassinados por causa dos ataques de A, a população e o parlamento de B poderiam exigir um reforço nas defesas militares. Então, a proibição do país A de não matar civis de B seria uma regra. Não obstante, nada impede o país A de, em determinadas situações, assassinar certos cidadãos de B, quando isso implicaria, por exemplo, a uma chance importante de ganhar a guerra ou a vitória definitiva.

⁵⁸ RAWLS, *supra* nota 55, p. 158; [N.T. A citação em espanhol foi retirada de: RAWLS, “Dos conceptos de reglas”, em *Teorías sobre la Ética*, Fondo de cultura económica,

constitutivas da práxis e não podem ser infringidas⁵⁹. Uma dessas regras da práxis “penal” é justamente: uma pessoa apenas pode ser punida se for culpável, ou seja, se tiver violado a lei⁶⁰. Em um sistema hipotético no qual o juiz poderia, inadvertidamente, impor uma pena a um inocente, esse atuar judicial não constituiria uma pena (“punishment”), mas sim uma instituição hipotética chamada “telishment”, cujo estabelecimento ou manutenção não seria justificável desde um ponto de vista utilitarista, já que ela ou fracassaria, ou provocaria muita insegurança⁶¹.

O projeto de RAWLS de justificar a pena através de uma espécie de utilitarismo de regras foi objeto de inúmeras objeções⁶². Segundo os críticos, o utilitarismo de regras não está em condições de evitar a possibilidade lógica do castigo do inocente ou de uma pena injusta⁶³, pois é inevitável que, em algum momento, ele se transforme em utilitarismo de ações⁶⁴. Em um caso hipotético, no qual uma decisão excepcional que contrariasse a regra (por exemplo, punir um inocente) produzisse a melhor consequência (por exemplo, o resgate de centenas de vida ou a evitação de uma guerra civil), não existiria razão alguma (à exceção de um fetichismo suspeito em relação à regra⁶⁵) pela qual um utilitarista – qualquer que seja a variante do utilitarismo que este siga – se opusesse ao sacrifício de um suposto infrator⁶⁶. Não será respondido nesse espaço a pergunta sobre se

1974, p. 237]: “Según esta concepción, pues, las reglas no generalizan las decisiones de los individuos que aplican el principio utilitarista directa e independientemente a los casos particulares que se van presentando. Por el contrario, las reglas definen una práctica y en sí son sujeto del principio utilitarista.”

⁵⁹ RAWLS menciona o beisebol como exemplo de prática (RAWLS, *supra* nota 21, p. 25). O futebol também poderia ser um exemplo. Nesse sentido, um gol, um impedimento ou um escanteio, não existiriam independentemente das regras que constituem a prática.

⁶⁰ RAWLS, *supra* nota 21, p. 7.

⁶¹ RAWLS, *supra* nota 21, p. 11-12.

⁶² MCCLOSKEY, “Two Concepts of Rules’—A Note”, em *The Philosophical Quarterly*, n.º 22, 1972, p. 344 ss.; PRIMORATZ, *supra* nota 19, p. 118; TEN, *supra* nota 35, 67 ss.; HENKE, *Utilitarismus und Schuldprinzip bei der schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis*, Bonn, tese de doutorado, 1990, p. 301 ss.; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 120; GRECO, *supra* nota 9, pp. 245-246.

⁶³ Cfr. MCCLOSKEY, *supra* nota 35, pp. 253-254; ver também KAISER, *supra* nota 7, p. 147.

⁶⁴ BAURMANN, *supra* nota 38, p. 35.

⁶⁵ HÖFFE, *supra* nota 56, p. 36.

⁶⁶ TEN, *supra* nota 35, p. 70.

o utilitarismo de regras é capaz de resistir a esta crítica⁶⁷. Aqui apenas deve ser destacado que RAWLS teve como objetivo fundamentar a proibição do castigo do inocente, de forma independente da teoria retributiva⁶⁸. Não obstante, fundamentou esta proibição com base em uma exclusiva atenção formal a regras, sem oferecer razões materiais ou éticas. No caso de, por exemplo, o legislador decidir criar um delito prescindindo da culpabilidade, no modelo de RAWLS não existira nenhuma consideração ética, no sentido de justiça material, que contra isso militaria.⁶⁹

b) O filósofo do direito britânico HERBERT HART viu a necessidade de desenvolver uma teoria da pena complexa, com o objetivo de encontrar um compromisso entre diferentes e – em parte opostos – princípios⁷⁰. Segundo esse autor, no marco de uma sólida teoria ética da pena, esses princípios deveriam desempenhar papéis em diferentes níveis.⁷¹

Para HART, seria necessário distinguir entre retribuição como *finalidade justificatória geral* do sistema penal⁷² e retribuição como princípio de *distribuição* (“distribution”) – isso é, a respeito da pergunta de contra

⁶⁷ Um desenvolvimento minucioso da discussão sobre o utilitarismo e da relação entre ambas as variantes – utilitarismo de ações e de regras – desborda das competências técnicas do autor. Para um panorama a esse respeito, ver RAWLS, *supra* nota 57, pp. 28–41.

⁶⁸ Nesse trabalho deve se entender o conceito de “fim” em sentido amplo. Portanto, não serão abarcados apenas fins “no sentido da desejada utilidade social” (NEUMANN; SCHROTH, *supra* nota 22, p. 4). Ou seja, fins como a obtenção de justiça retributiva estão incluídos nesse conceito.

⁶⁹ Esse não é um exemplo absurdo. Tipos penais que prescindem da aferição de culpabilidade – como “strict liability offenses” – existem no sistema jurídico norte-americano atual. Um tipo penal de “strict liability” existe quando não se prevê nenhum requisito subjetivo para um elemento do tipo penal. (DUBBER, *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, Munique, C.H. Beck, 2005, pp. 59–61 y 74–76). Isso demonstra que a discussão não se reduz a mero academicismo e que uma fundamentação sólida do princípio da culpabilidade é uma importante tarefa em todo sistema jurídico.

⁷⁰ HART, “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, em *Proceedings of the Aristotelian Society*, n.º 60, 1959, p. 1.

⁷¹ HART, *supra* nota 69, p. 3.

⁷² Hart tem uma visão crítica da teoria positiva da retribuição, à medida que ele afirma que: “Though in fact I agree with Mr. Benn in thinking that *these all either avoid the question of justification altogether or are in spite of their protestations disguised forms of Utilitarianism*, I shall assume that Retribution, defined simply as the application of the pains of punishment to a offender who is morally guilty, may figure among the conceivable justifying aims of a system of punishment.” (p. 9, o itálico é meu).

quem deve ser aplicada a pena.⁷³ O valor da retribuição na distribuição da pena seria completamente independente de seu valor como finalidade justificatória geral⁷⁴. Por isso, seria possível defender, ao mesmo tempo, a prevenção como finalidade justificatória geral da pena e o princípio de retribuição na distribuição individual do castigo.⁷⁵

Na discussão relativa às causas de justificação e exculpação, HART tenta atribuir um significado ao princípio da culpabilidade ou da responsabilidade que independe da finalidade da pena. Por exemplo, quando alguém, atuando em erro de tipo, comete um homicídio, este não é castigado devido a exigências de justiça ou de equidade, sem considerações sobre o fim geral da pena⁷⁶. Esse princípio funcionaria, portanto, como uma barreira (*side-constraint*⁷⁷) contra a ingerência do poder punitivo do Estado⁷⁸. Por essa razão, HART critica a afirmação dos teóricos retributivos de que os obstáculos contra a proibição de punição do inocente e contra a imposição de penas injustas seriam consequências exclusivas da teoria da retribuição⁷⁹. Por outro lado, HART descarta o intento de autores como JEREMY BENTHAM de justificar essas consequências exclusivamente mediante argumentos utilitaristas^{80 81}. O compromisso de HART com um “princípio da culpabilidade”⁸² independente se faz

⁷³ HART, *supra* nota 69, p. 9; a respeito, PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, em *InDret*, n.º 4, 2014, p. 7.

⁷⁴ HART, *supra* nota 69, p. 12.

⁷⁵ HART, *supra* nota 69, p. 11.

⁷⁶ HART, *supra* nota 69, p. 14.

⁷⁷ Sobre esse conceito: NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, 28 ss.; DUFF, *supra* nota 28, p. 11; GRECO, *supra* nota 9, p. 136

⁷⁸ BAGARIC; AMARESEKARA, *supra* nota 7, p. 150.

⁷⁹ HART, *supra* nota 69, p. 18: “Retributionist (in General Aim) have not paid much attention to the rationale of this aspect of punishment; they have usually (wrongly) assumed that it has no status except as a corollary of Retribution in General Aim”.

⁸⁰ BENTHAM, *supra* nota 37, 1907, p. 170.

⁸¹ HART, *supra* nota 69, p. 19.

⁸² Chama a atenção que Hart não tenha dado um nome a esse princípio. Veja-se, por exemplo, o seguinte fragmento: “It is therefore impossible to exhibit the principle by which punishment is excluded for those who act under the excusing conditions merely as a corollary of the general Aim – Retribution or Utilitarian – justifying the practice of punishment. Can anything positive be said about this principle except that it is one to which we attach moral importance as a restriction on the pursuit of any aim we have in punishing?” (HART, *supra* nota 69, p. 21). Provavelmente uma razão disso é que este princípio não estava presente na discussão anglo-americana ou, pelo menos, não em um estágio desenvolvido.

visível em sua enérgica crítica à figura da “strict liability”⁸³. Seria possível dizer que HART, ao contrário de RAWLS, não concebe o princípio da culpabilidade como um princípio inerente à pena enquanto instituição, mas como uma decisão normativa embasada em considerações de *fairness*, autonomia, liberdade de escolha e justiça⁸⁴, o que poderia ser compatível com uma teoria teleológica da pena.⁸⁵

c) As teorias de RAWLS e de HART foram criticadas com o argumento de que elas sofreriam das típicas deficiências das teorias mistas da justificação da pena⁸⁶, ou que seriam cientificamente incoerentes⁸⁷. Essa crítica, contudo, é pouco convincente. Uma teoria não deve ser rejeitada apenas com o argumento de que diferentes princípios são inconciliáveis entre si. Em especial HART realiza uma clara distinção entre a questão da justificação da pena estatal e a questão dos limites dessa ingerência. Esse proceder metodológico é correto, já que somente assim se pode distinguir entre justificação da pena frente ao autor do crime e justificação da pena frente à sociedade.⁸⁸

Em essência, a “teoria negativa da retribuição” (pelo menos na variante de HART) coincide, em parte, com a tentativa, presente na tradição romano-germânica, de conciliar culpabilidade e prevenção, independentemente de ideias retributivas e utilitaristas, ou seja, de construir um direito penal orientado às consequências, mas vinculado a um princípio da culpabilidade ou da responsabilidade, limitador do poder punitivo estatal⁸⁹. Da análise da teoria negativa deve, não obstante, ficar

⁸³ Ver *supra* nota 69.

⁸⁴ Cfr. PRIMORATZ, *supra* nota 19, p. 137.

⁸⁵ Objetou-se que Hart não teria fornecido nenhuma fundamentação para seu princípio da responsabilidade ou que ele simplesmente o pressupôs. Assim, HENKE, *supra* nota 61, p. 298-299; BAURMANN, *supra* nota 38, p. 44.

⁸⁶ KAISER, *supra* nota 7, pp. 149-149, referido a JAKOBS; GOLDMAN, *supra* nota 50, p. 58 ss.

⁸⁷ KAISER, *supra* nota 7, pp. 149-149, referido a JAKOBS; GOLDMAN, *supra* nota 50, p. 58 ss.

⁸⁸ SCHÜNEMANN, *supra* nota 20, p. 114; ROXIN, em BRITZ (ed.), *Grundfragen staatlichen Strafens: FS für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, p. 703; GRECO, *supra* nota 9, p. 248 ss.; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 4-5; criticamente, PAWLIK, *supra* nota 3, p. 71, nota 345; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 72, pp. 8 e ss., 14.

⁸⁹ Cfr. apenas SCHÜNEMANN, em IDEM (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlim, Walter de Gruyter, 1984, p. 159, *passim* (“El fin preventivo fundamenta la necesidad de la pena y el principio de culpabilidad limita su permisibilidad”, p. 187); SCHÜNEMANN, em HIRSCH/WEIGEND (eds.), *Strafrecht*

claro que a formulação de um princípio da culpabilidade – independente de considerações consequentialistas e desvinculado também de ideias retributivas – não constitui, em absoluto, uma obviedade.

4.2. Teorias positivas da retribuição

Ainda que as deficiências das teorias utilitaristas da pena tenham sido combatidas, em parte, pela “teoria negativa da retribuição”, para alguns autores, esse limitado impulso retributivo foi insuficiente. Nasceram, então, esforços no sentido de desenvolver uma teoria da retribuição mais audaciosa, da qual, como indicado, surgiram as variantes *própria ou absoluta* e *imprópria ou relativa*.

a) Teorias absolutas ou próprias da retribuição

Dentro das teorias da pena defendidas no âmbito anglo-americano que pretendem justificar a pena renunciando de maneira consciente a considerações de conveniência ou de utilidade, podem ser mencionadas, entre outras, a conhecida *teoria da justiça distributiva ou do fairness* – que se fundamenta primordialmente em argumentos de filosofia do direito – e a teoria da retribuição de MICHAEL MOORE – na qual predominam considerações de filosofia moral.

aa) Em seu influente ensaio “Persons and Punishment”, HERBERT MORRIS delineou sua teoria da “unfair advantage”.⁹⁰ MURPHY⁹¹ e FINNIS⁹² aderiram a essa concepção e, posteriormente, subscreveram-na também outros autores⁹³, formulando algumas recomendações para me-

und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, p. 157 ss.; BAURMANN, *supra* nota 38, p. 41 ss.; ROXIN, *supra* nota 5, § 3, n.º m. 37, 51; GRECO, *supra* nota 9, p. 248, *passim*, erige o princípio da culpabilidade como barreira deontológica. Sobre isso cfr. FLETCHER, George, “Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht”, en ZStW, n.º 101, 1989, p. 814, quem não considera os penalistas alemães contemporâneos como utilitaristas, apenas que seriam de fato “ovelhas em pele de lobo”.

⁹⁰ MORRIS, “Persons and Punishment”, em *The Monist*, n.º 52, 1968, p. 475 ss., que posteriormente, contudo, desistiu de sua própria interpretação em favor de uma teoria da pena paternalista, cfr. MORRIS, “A Paternalistic Theory of Punishment”, em *The Philosophical Quarterly*, n.º 18, 1981, p. 263 ss.

⁹¹ MURPHY, *supra* nota 43, p. 100 ss., que faz a ressalva de que a teoria não seria aplicável em uma sociedade injusta. Posteriormente ele – como Morris – rechaçou a teoria da equidade (*fairness*), cfr. MURPHY, *supra* nota 19, p. 24.

⁹² FINNIS, “The Restoration of Retribution”, em *Analysis*, n.º 32, 1972, pp. 131-135.

⁹³ SCHER, *Desert*, Princeton, Princeton University Press, 1987, pp. 69-90; SADURSKI, “Theory of punishment, social justice, and liberal neutrality”, em *Law and*

lhorá-la. Neste trabalho, serão apresentadas unicamente as linhas fundamentais dessa teoria e, adiante, a principal crítica contra ela – a valoração da totalidade dos argumentos pro e contra existentes demandaria um trabalho independente. A teoria parte da premissa de que a regulação da vida em sociedade apresenta vantagens e desvantagens. Uma das vantagens consiste na proteção que o cidadão recebe contra a ingerência alheia em sua esfera individual de liberdade; e uma das desvantagens, no exercício de autocontrole sobre as inclinações potencialmente lesivas à esfera alheia de liberdade. Quando uma pessoa se liberta intencionalmente dessa restrição e intervém na esfera de liberdade de terceiro, ela obtém uma vantagem injusta (“unfair advantage”) em relação aos cidadãos respeitadores das regras. Nesse sentido, a injustiça do delito não repercute somente na vítima, mas também em todos os demais cidadãos que se comportam conforme o direito. O autor de um delito seria, desse modo, um “free-rider”, ou seja, um “parasita social” que só utiliza os benefícios do sistema, sem suportar os ônus necessários⁹⁴. O mal da pena serviria, então, para reestabelecer o equilíbrio entre benefícios e ônus (“benefits and burdens”). A pena seria, portanto, uma exigência de justiça distributiva e sua função consistiria na eliminação da vantagem injusta obtida pelo autor.

A teoria da justiça distributiva foi energeticamente criticada. Primeiro questionou-se a própria ideia de vantagem injusta (“unfair advantage”). A proibição penal de certas condutas, como o homicídio qualificado ou o estupro, não constituiria nenhuma desvantagem para o cidadão comum, dado que a maioria das pessoas se abstém naturalmente de tais condutas, não em razão da proibição legal. A maioria dos cidadãos não precisa, normalmente, se autocontrolar para não matar ou estuprar. Ou seja, a observância desse tipo de norma proibitiva não representaria, em regra, um ônus para os cidadãos.⁹⁵

Essa teoria tampouco seria capaz de explicar como a pena estatal é capaz de efetivamente reestabelecer o equilíbrio entre vantagens

Philosophy, n.º 7, 1988, pp. 351-373; DAVIS, “Criminal Desert and Unfair Advantage”, em *Law and Philosophy*, n.º 12, 1993, pp. 133-156.

⁹⁴ MORRIS, *supra* nota 89, p. 477; MURPHY, *supra* nota 43, p. 82; FINNIS, *supra* nota 91, p. 133.

⁹⁵ PRIMORATZ, *supra* nota 19, p. 147; HAMPTON, “The Intrinsic Worth of Persons: Contractarianism in Moral and Political Philosophy”, em FARNHAM (ed.), *The Intrinsic Value of Persons: Contractarianism in Moral and Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 109-110; DUFF, *supra* nota 28, p. 22; HOERSTER, *Muss Strafe Sein?*, Munique, C.H. Beck, 2012, pp. 40-41.

e desvantagens. Ou a pena, nesse caso, cumpre a função de uma metáfora⁹⁶ ou representa uma reparação material e, dessa forma, se converte em teoria de justiça distributiva material, o que implicaria sua total transformação⁹⁷.

Outra objeção está relacionada com a capacidade de rendimento da teoria para a fixação da pena. Se a medida da vantagem injusta dependeria do nível de autocontrole necessário para a abstenção de cometer um delito, a sonegação de impostos – cuja missão é, para o cidadão médio, muito mais tentadora e para cuja abstenção se requer uma maior força inibitória – deveria ser mais duramente punida que o homicídio qualificado ou o estupro⁹⁸. Mas se apenas a violação formal do direito como tal é entendida como uma vantagem injusta, então não haveria nenhum parâmetro para determinar a gravidade da pena, já que, nesse sentido, um homicídio qualificado não seria mais injusto que um furto⁹⁹.

Por fim, deve-se concordar HÖRNLE, quando ela afirma que a teoria do *fairness* não é uma teoria da pena independente e completa, mas, em essência, apenas parte do fundamento para legitimar a imposição de um mal perante o infrator.¹⁰⁰

bb) Outra fundamentação positiva da teoria da retribuição se fundamenta basicamente em considerações de filosofia moral¹⁰¹. Essa versão absoluta da teoria é principalmente – quando não, exclusivamente – defendida pelo filósofo estado-unidense MICHAEL M. MOORE. Em sua grandiosa obra “Placing Blame”, MOORE formula a provavelmente mais elaborada e audaciosa teoria retributiva da atual discussão anglo-saxônica¹⁰². Esse autor se sobressai em seu projeto de defender

⁹⁶ VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 8.

⁹⁷ HOERSTER, *supra* nota 94, p. 42.

⁹⁸ BURGH, *supra* nota 43, p. 209; DOLINKO, *supra* nota 19, p. 545; VON HIRSCH, *supra* nota 95, p. 8.

⁹⁹ KAISER, *supra* nota 7, p. 151.

¹⁰⁰ HÖRNLE, *supra* nota 44, p. 19; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 55.

¹⁰¹ Essa variante da teoria da retribuição também é denominada “retributivismo intrínseco”, cf. HONDERICH, *supra* nota 50, pp. 24-25; BAGARIC; AMASE-RAKARA, *supra* nota 7, p. 156.

¹⁰² Cfr. HUSAK, “Retribution in Criminal Theory”, em *San Diego Law Review*, n.º 37, 2000, p. 959: “In Placing Blame, Michael Moore presents a very ambitious theory of the criminal law – perhaps the most comprehensive and far-reaching examination of the philosophical foundations of the criminal law since Jeremy Bentham”; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 153.

um sólido e quase “puro” retributivismo por meio de uma estratégia original de justificação.

(1) Uma das pretensões claras de MICHAEL MOORE é a de “purificar” a teoria retributiva e outorgar um núcleo normativo sólido à ideia de retribuição. Para tanto, ela deveria, primeiramente, livrar-se de todas as “interferências” de outras concepções “menos puras”. Aqui é necessário distinguir claramente entre teorias *próprias e impróprias* da retribuição. As primeiras seriam fundamentalmente diferenciáveis das teorias negativas e de toda teoria que inclua um componente teleológico. Segundo MOORE, a teoria retributiva não implica que a culpabilidade moral seja apenas uma condição necessária da pena. Antes, a culpabilidade moral do infrator deveria representar uma condição *suficiente* da pena¹⁰³. Para MOORE, o retributivismo é uma teoria completamente linear. Segundo ele, a responsabilidade moral (“desert”) é suficiente para considerar uma pena como justificada, o que significa que a sociedade não teria simplesmente um direito a castigar, mas o *dever* de fazê-lo. Portanto, estaríamos obrigados a criar instituições por meio das quais a consecução da retribuição seja possível.¹⁰⁴

(2) MOORE critica a teoria utilitarista pura da pena, apontando para o déficit, já mencionado acima, da possibilidade lógica do castigo do inocente¹⁰⁵. Por outro lado, para refutar as teorias mistas¹⁰⁶, que unem elementos de retribuição e prevenção, MOORE serve-se de uma estratégia diferente. Por meio de um experimento mental, busca demonstrar que, quando nos vemos confrontados com a comissão de um delito

¹⁰³ Como reação a seus críticos, Moore busca explicar o que significa “condição suficiente” da pena. Os críticos (em especial DOLINKO, *supra* nota 19), não haviam, segundo Moore, notado o caráter sensível ao contexto da palavra “suficiente”. O merecimento seria uma razão *prima facie* para punir. Poderia haver razões mais importantes contra a aplicação da justiça retributiva em forma de pena, como a existência de direitos inalienáveis do autor (como, por exemplo, a dignidade humana), que impediria que a tortura fosse manejada como pena. Não obstante, os críticos são quem arcariam com o ônus da prova de assinalar razões mais relevantes para prescindir da aplicação da pena. Em outro texto, “Moore admite que o ponto distintivo da teoria retributiva é o fato de que a retribuição ou a compensação da culpabilidade é vista como um bem imanente. Isso significa que, junto à sua deontológica teoria retributiva, poderia ser defendida uma teoria retributiva consequencialista. (MOORE, *supra* nota 14, pp. 156-157).

¹⁰⁴ MOORE, *supra* nota 14, p. 91.

¹⁰⁵ MOORE, *supra* nota 14, pp. 94-95.

¹⁰⁶ Principalmente as teorias de HART y de VON HIRSCH (p. 93).

grave, nossos instintos retributivistas latentes se ativam, motivo pelo qual não seria necessário recorrer a nenhum tipo de razão teleológica. No transcurso dessa estratégia de justificação intuicionista, MOORE menciona o caso do estuprador e ladrão Chaney¹⁰⁷. Nesse caso hipotético, no lapso temporal entre o delito e a publicação da sentença de estupro e roubo, Chaney sofre um acidente em razão do qual perde todos os seus impulsos sexuais e, portanto, deixa de representar um perigo para as mulheres por violações futuras. Ademais, Chaney recebe uma herança milionária, de modo tal que é absolutamente improvável que volte a roubar no futuro. Dessa forma, não haveria razões de prevenção especial para seu castigo. Finalmente, deve-se imaginar que o Estado tem a possibilidade de simular a imposição de uma pena frente à sociedade, de modo que tampouco existiriam razões de prevenção geral que justificariam a aplicação da pena. Se, apesar de tudo isso, ainda quisermos que este sujeito seja castigado, devemos ser sinceros ou, nas palavras de MOORE, “sair do armário” (“bring out of the closet”), rechaçar qualquer teoria mista e nos “revelarmos” como teóricos retributivistas¹⁰⁸. Como o próprio MOORE reconhece, isso não oferece ainda nenhuma fundamentação positiva da teoria retributiva, mas apenas mostra que as teorias contrárias a ela são insustentáveis¹⁰⁹.

MOORE leva a sério a crítica usual que aponta para o caráter duvidoso da fundamentação “emocional” do retributivismo¹¹⁰. Assim,

¹⁰⁷ MOORE, *supra* nota 14, p. 100. Esse experimento mental é uma modificação do caso real do estuprador Chaney. Chaney (State v. Chaney, 477 P 2d 441 – Alaska Sup. Ct. 1970).

¹⁰⁸ MOORE, *supra* nota 14, p. 103. A argumentação de John Kleinig é similar. Ele trabalha o seguinte experimento mental: um nazista criminoso é encontrado em uma ilha inóspita, na qual teve uma vida edílica por trinta anos. Ele não deseja deixar a ilha nem tampouco causar problemas, mas não se arrepende de nada. Seu castigo não traria consigo nenhuma consequência positiva. Segundo Kleinig, seria justo que esse criminoso fosse punido. Nos termos do autor: “The principle that wrongdoer deserve to suffer seems to accord with our deepest intuitions concerning justice” (KLEINIG, *Punishment and Desert*, La Haya, Springer, 1973, p. 66-67). Ao contrário: ROXIN, *Strafrecht AT § 3A, n.º m. 44*, quem, ao contrário, vê nesses casos uma necessidade de prevenção geral para o castigo. Diferentes são as respostas de Ten, que quer castigar o criminoso nazista, excepcionalmente, por uma razão retributiva, apesar que os delitos de menor potencial ofensivo estariam justificados por razões teleológicas (TEN, *supra* nota 35, p. 80 ss.).

¹⁰⁹ MOORE, *supra* nota 14, p. 103.

¹¹⁰ MOORE, *supra* nota 14, p. 119: “the most serious objections to retributivism as theory of punishment lies on the emotional base of retributive judgements”.

discute a filosofia da vingança de NIETZSCHE, segundo a qual a necessidade da retribuição é uma manifestação de ressentimento, sadismo e hipocrisia¹¹¹. MOORE busca refutar essa crítica, afirmando que se pode provar que os valores retributivos não estão necessariamente vinculados a esses sentimentos obscuros.

Contudo, seria possível, segundo MOORE, recorrer a duas emoções positivas em favor da teoria retributiva. Uma seria a “indignação moral” (“moral outrage”) perante o delito: quem se irritasse frente a um crime ultrajante, como os descritos no exemplo de Chaney, demonstraria ter emoções virtuosas, que se diferenciaram de um mero ressentimento¹¹². As reações antirretributivas (ou seja, aquelas contrárias à imposição da pena no exemplo de Chaney) careceriam desse sentimento solidário e seriam manifestação de indiferença para com o valor da vítima¹¹³. O outro sentimento que comporia a fundamentação emocional positiva da teoria da retribuição seria a “culpa subjetiva” (“guilt”). MOORE fala do sentimento de culpa que uma pessoa virtuosa experimentaria estivesse ela na posição de autor de um delito grave¹¹⁴. Quando alguém, na posição de infrator, considera que *deveria* – e não somente que *poderia* – ser castigado, isso constituiria bom indício empírico sobre a correção da teoria da retribuição.¹¹⁵

Para a justificação do retributivismo, MOORE parte, assim, de um método não fundacionista, que consiste em reconhecer um princípio geral que opere como fundamento de nossas valorações individuais sólidas, por meio do qual as últimas representariam boas evidências da verdade do primeiro¹¹⁶. Segundo essa metodologia, no marco da legitimação da pena, a teoria da retribuição seria a melhor explicação de nossas reações intuitivas a casos como o de Chaney.¹¹⁷

¹¹¹ MOORE, *supra* nota 14, p. 120.

¹¹² MOORE, *supra* nota 14, p. 144.

¹¹³ MOORE, *supra* nota 14, p. 144.

¹¹⁴ MOORE, *supra* nota 14, p. 147.

¹¹⁵ MOORE, *supra* nota 14, pp. 148, 164.

¹¹⁶ MOORE, *supra* nota 14, pp. 107, 161-162. Essa seria uma justificação “coerentista”, uma posição holística. Ver, sobre isso, do mesmo autor: “Moral Reality” y “Moral Reality Revisited”, em MOORE, *Objectivity in Ethics and Law*, Farnham, Ashgate, 2004.

¹¹⁷ MOORE, *supra* nota 14, p. 109, recorre a outras “histórias”, que deveriam igualmente dar lugar a uma resposta retributiva, como o exemplo da ilha formulado por KANT (*Die Metaphysik der Sitten*, p. 455): “Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y

(3) Ademais, MOORE associa sua teoria retributiva – enquanto teoria da pena – a seu moralismo legal (“legal moralism”) – enquanto teoria da criminalização¹¹⁸. Para MOORE, o moralismo jurídico é o correlato do retributivismo¹¹⁹. Se se considera que um comportamento imoral sempre merece pena, então todas as imoralidades, e somente estas, deveriam ser criminalizadas e punidas¹²⁰. Assim, a pura imoralidade do comportamento seria suficiente para justificar uma proibição legal, desde que respeitado o princípio da legalidade¹²¹. Esse seria o único caminho para alcançar o bem da justiça retributiva^{122 123}. O moralismo jurídico de MOORE não é, no entanto, ilimitado. A imoralidade de um comportamento seria uma razão *prima facie* para sua criminalização. Não obstante, valores liberais como pluralismo, tolerância e autonomia

diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia.” [N.T. a citação em espanhol foi tirada de KANT, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, 1996, pp. 168 s.]. Para um comentário sobre esse exemplo ver GRECO, “A Ilha de Kant”, em IDEM; MARTINS, Antonio (eds.), *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*, São Paulo, Marcial Pons, 2012, pp. 263-280, pp. 263 ss.

¹¹⁸ MOORE, *supra* nota 14, p. 186. Sobre a relação entre a teoria da pena e da criminalização de MOORE, HUSAK (*Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 197) assinala: “To his credit, Moore understands the implications of a theory of punishment for a theory of criminalization.”

¹¹⁹ MOORE, *supra* nota 14, pp. 71-73 y 661.

¹²⁰ Para uma diferenciação entre ameaça de pena e imposição de pena, ver: HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 12. Cfr. também FRISCH, Wolfgang, “Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention”, em SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998, p. 144, que explica que somente a teoria da retribuição só serviria para justificar a imposição de pena.

¹²¹ O autor faz uma exceção nos crimes contra a humanidade, como o caso de Eichmann e os crimes julgados em Nuremberg (MOORE, *supra* nota 14, p. 187 y pp. 660-661).

¹²² MOORE, *supra* nota 14, p. 661.

¹²³ O que é moral ou imoral não se determina por meio das valorações morais da maioria. É possível, segundo Moore, determinar objetivamente a imoralidade de uma conduta. Segundo o realismo jurídico, o legislador teria acesso à verdade objetiva dos pensamentos éticos (por exemplo, se a tortura animal e o adultério são corretos ou incorretos) e poderia, por isso, impor a moral por meio do direito (MOORE, *supra* nota 14, p. 645).

prevaleceriam frequentemente sobre o bem menor que é o castigo de pequenas imoralidades¹²⁴. Por essa razão MOORE se autodenomina um liberal.¹²⁵

(4) Como assinalado anteriormente, pode-se afirmar que MOORE desenvolveu uma teoria consistente e robusta que, não obstante, recebeu diversas – e, em parte, convincentes – *críticas*:

(i) A versão mais forte da teoria retributiva, que sustenta o dever estatal de castigar na necessidade de retribuição, é associada frequentemente a uma política criminal conservadora e reacionária¹²⁶. Dessa forma, sustenta-se que o retributivismo seria insensível às contingências dinâmicas do mundo real e que seu predomínio nos Estados Unidos seria a causa da manutenção da pena de morte¹²⁷, da brutalidade e do abarrotamento do sistema penal¹²⁸. Ao teórico retributivo atribui-se a pecha de “sádico” ou “fanático religioso”¹²⁹. Essa crítica é, no entanto, pouco convincente. Como sustenta acertadamente KLEINIG¹³⁰, estigmas generalizantes como esses não ajudam o desenvolvimento da discussão¹³¹. Ademais, a teoria da retribuição não está de nenhum modo comprometida com penas cruéis ou desumanas ou com a pena de morte¹³². Ao contrário, ela propõe uma gradação da pena que respeite o princípio da proporcionalidade.¹³³ Por último, é duvidoso que a agenda conservadora dos Estados Unidos (“war on crime”, “law and order”, etc.), com leis como, por exemplo, a californiana “three-strikes-and-you-are-out”¹³⁴,

¹²⁴ MOORE, *supra* nota 14, p. 187.

¹²⁵ MOORE, *supra* nota 14, p. 655.

¹²⁶ Cfr. BRAITHWAITE; PETTIT, *supra* nota 26, p. 6.

¹²⁷ Ver DOLINKO, *supra* nota 19, pp. 537-538; crítico sobre a postura: ZAIBERT, *supra* nota 15, pp. 106/107.

¹²⁸ WHITMAN, “A Plea against Retributivism”, em *Buffalo Criminal Law Review*, n.º 7, 2004, p. 91; BRAITHWAITE; PETTIT, *supra* nota 26, p. 7.

¹²⁹ ARMSTRONG, “The Retributivist Hits Back”, em *Mind*, n.º 70, 1961, pp. 471-472.

¹³⁰ KLEINIG, *supra* nota 107, p. 2.

¹³¹ Em sentido semelhante GRECO, *supra* nota 116, p. 10.

¹³² MOORE, *supra* nota 14, p. 88; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 111.

¹³³ GRECO, *supra* nota 116, pp. 9.

¹³⁴ Segundo essa lei, aquele que pela terceira vez reincide na comissão de um delito pode ser castigado com pena privativa de liberdade de 25 anos ou com prisão perpétua (TONRY, *supra* nota 26, p. 23). Para uma análise crítica, ver: DUBBER, “The Unprincipled Punishment of Repeat Offenders: A Critique of California’s Habitual Criminal Statute”, em *Stanford Law Review*, n.º 43, 1990, pp. 193 ss.

seja uma consequência direta da teoria da retribuição. Práticas como essa são consequência de políticas estritas de segurança e controle social, mais do que exigências de justiça.¹³⁵

(ii) Contra a teoria absoluta da retribuição, tem-se sustentado que a vinculação direta entre culpabilidade e pena carece de fundamentação e que a justificação retributiva da pena seria *circular*¹³⁶. A pura afirmação de que a pena é um bem em si mesmo significaria negar a necessidade de sua justificação¹³⁷. Ainda mais insuficiente seria a afirmação de que a pena é justa pois é merecida¹³⁸. No melhor dos casos, poder-se-ia afirmar que o retributivismo seria explicável socio-biologicamente, isso é, como sentimento imanente de toda a sociedade¹³⁹. Uma pena desprovida de qualquer utilidade seria, porém, absurda.¹⁴⁰ Contudo, essa crítica também pode ser taxada de circular, na medida em que exija que a teoria retributiva ofereça argumentos *consequencialistas* para a justificação da pena¹⁴¹. É possível dizer que a teoria de MICHAEL MOORE é capaz de, pelo menos, afastar a crítica da circularidade. Como foi exposto, MOORE busca, a partir da generalização de respostas retributivas particulares (como o experimento mental de KANT mediante o exemplo da ilha ou o caso do estuprador Chaney) derivar um princípio retributivo e assim demonstrar que a retribuição é um

¹³⁵ Ver a esse respeito GARLAND, *supra* nota 32, pp. 193 ss., *passim*; DUBBER, *Victims in the War on Crime: The Use and Abuse of Victim's Right*, New York, NYU Press, 2002, pp. 1, 324 *passim*.

¹³⁶ BEDAU, *supra* nota 28, p. 616; SCHÜNEMANN, *supra* nota 19, p. 114; RUSSELL, *supra* nota 7, p. 955; FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* (trad. ZOMER SICA *et al.*), 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 240; HONDERICH, *supra* nota 50, p. 24 (“Circular retributivism is an instance of the fallacy where the supposed reason is identical with the supposed justification”). Similar BRAITHWAITE; PETTIT, *supra* nota 26, p. 164.

¹³⁷ BENN, “An Approach to the Problems of Punishment”, em *Philosophy*, n.º 33, 1958, p. 327.

¹³⁸ HONDERICH, *supra* nota 50, p. 163.

¹³⁹ MACKIE, *supra* nota 16, p. 3; SCHÜNEMANN, *supra* nota 20, p. 119; KLAPOW; SHAVELL, *supra* nota 36, p. 354.

¹⁴⁰ BENN, *supra* nota 136, p. 329. TEN, *supra* nota 35, p. 75 (“is a strange notion of justice whose demands benefit nobody”); HOERSTER, *supra* nota 94, p. 125.

¹⁴¹ MURPHY, *supra* nota 43, p. 78-79; MOORE, *supra* nota 14, p. 111; HUSAK, “Why Punish the Deserving?”, em *Nous*, n.º 26, 1992, p. 451; GRECO, *supra* nota 9, p. 472; IDEM, *supra* nota 116, p. 8. Similar, BEDAU, *supra* nota 28, p. 616; similar STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Munique, Vahlen, 2011, § 1 n.º m. 11; JOECKS, *supra* nota 5, n.º m. 55 (Introdução).

bem intrínseco, que deveria ser promovido mediante a pena¹⁴². Isso é simplesmente uma fundamentação não consequencialista e não fundacionista da justificação de pena, mas ainda assim uma fundamentação.¹⁴³ Questão à parte é se essa fundamentação da ingerência punitiva estatal é adequada. Sob esse aspecto, a teoria da retribuição de MOORE é refutável, de diversas maneiras.

(iii) A crítica provavelmente mais decisiva à teoria retributiva de MOORE – e que poderia também se aplicar a todas as demais teorias absolutas da retribuição – coloca-se em um plano fundamental. O retributivismo não é capaz de explicar o *papel do Estado* no castigo penal. Nesse sentido, HUSAK argumenta que o que *merecem* os malfeitores – especialmente os do experimento mental introduzido por MOORE – não é necessariamente uma pena *estatal*¹⁴⁴. Isso significa que o merecimento (a culpabilidade por um delito) nem sempre seria uma condição suficiente de uma pena formal¹⁴⁵. HUSAK apresenta o caso hipotético¹⁴⁶ de alguém que comete um fato hediondo (como o do exemplo Chaney), que, por um equívoco legislativo, não está tipificado como delito. O irmão da vítima encontra o autor do delito e decide se vingar, aplicando-lhe exatamente o mesmo sofrimento causado à vítima e que corresponde proporcionalmente a seu merecimento. HUSAK coloca então a pergunta se nossas intuições retributivas estariam, desse modo, satisfeitas, como exige MOORE. Sua resposta é afirmativa¹⁴⁷. O autor chega, assim, à conclusão de que a pena estatal não seria o único meio para a consecução da retribuição. Esse tipo de experimento mental mostraria que o que nossas intuições de fato exigem é que o autor sofra, mas não necessariamente que o castigo seja infligido pelo *Estado*¹⁴⁸. No entanto, contra esse argumento poderia ser replicado que

¹⁴² HONDERICH, *supra* nota 50, p. 24.

¹⁴³ Se esse método intuicionista é adequado, isso é uma pergunta metafísica que aqui não pode ser respondida. Sobre isso, ver a análise do filósofo australiano MACKIE em MOORE, *supra* nota 14, p. 177 ss.

¹⁴⁴ HUSAK, *supra* nota 101, p. 970; similar, BAGARIC/AMARASEKARA, *supra* nota 7, p. 165; VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p. 42.

¹⁴⁵ HUSAK, *supra* nota 101, p. 970 ss.

¹⁴⁶ HUSAK, *supra* nota 101, p. 971.

¹⁴⁷ HUSAK, *supra* nota 101, p. 972. Husak apresenta também uma variação desse caso. Nessa, não existe lacuna legal, mas o irmão da vítima se vinga antes que o autor do delito seja detido pela polícia.

¹⁴⁸ HUSAK, *supra* nota 101, p. 973.

há necessidade de que a resposta retributiva se realize pelo Estado, tendo em vista a proibição da violência privada¹⁴⁹. Porém, MOORE afirma expressamente que evitar a justiça pelas próprias mãos – que seria, ademais, um argumento consequentialista – não constitui uma função da teoria da retribuição.¹⁵⁰

Existe outro problema com a afirmação de que a compensação ou retribuição da culpa – como bem imanente – é uma condição suficiente de justificação da pena estatal. Este surge quando se compara o tratamento do Estado relativo ao merecimento *negativo* com a postura estatal diante do merecimento *positivo*. Não é compreensível por que razão o Estado estaria obrigado a castigar o merecimento negativo (um crime), mas não premiar o positivo. A recompensa por atitudes valiosas – como, por exemplo, empreendimentos artísticos, científicos ou desportivos de destaque – poderia ser vista como dotada de valor positivo intrínseco. Apesar disso, ninguém afirmaria que o Estado é obrigado a premiar tais pessoas, com independência das consequências positivas e dos custos (para a sociedade) que derivariam disso.¹⁵¹

Assim, argumenta-se que, apesar de MOORE desenvolver coerentemente a ideia de restabelecimento da justiça por meio da pena, falta-lhe fundamentar de modo convincente o papel do Estado nesse processo¹⁵². Em outras palavras, a teoria retributiva absoluta, de base moral, fracassa na explicação do dever do Estado na realização de uma justiça retributiva.¹⁵³

¹⁴⁹ Husak reconhece esse problema, mas, apesar dele, mantém sua conclusão. Ele afirma simplesmente que outros meios poderiam satisfazer a exigência de justiça retributiva.

¹⁵⁰ Ver *supra*, nota 140.

¹⁵¹ DOLINKO, *supra* nota 19, p. 542; HUSAK, *supra* nota 101, p. 974; similar, LÜDERS-SEN, “Muss Strafe sein?”, em *FS-Hassemer*, Heidelberg, C.F. Müller, 2010, p. 476. Seria possível considerar a recompensa estatal de um mérito como uma forma de estímulo para o desenvolvimento de determinadas atividades, mas isso estaria justificado por razões teleológicas e não simplesmente por um mandamento de justiça.

¹⁵² Em sentido idêntico também ROSEBURY, “Moore’s Moral Facts and the Gap in the Retributive Theory”, em *Criminal Law and Philosophy*, n.º 5, 2011, p. 371.

¹⁵³ Greco objeta que essa crítica é circular. Ela seria somente uma variação da crítica da indiferença às consequências, que também se revelou circular. Alguém poderia afirmar que a obtenção da justiça é um objetivo legítimo do Estado, o que de fato faz o Tribunal Constitucional alemão (GRECO, *supra* nota 116, pp. 7-9, com referência a BVerfGE t. 36, p. 174 (186); t. 63, p. 45 (61); t. 107, p. 104 (118 s.); t. 122, p. 248 (272)). Com efeito, considera-se que a promoção da justiça retributiva por meio da

Por último, outra crítica feita contra essa versão da teoria retributiva aponta para o seu inarredável compromisso com uma teoria antiliberal da criminalização. Afirma-se que haveria uma conexão direta entre a teoria retributiva moral e o moralismo jurídico, que propõe que toda conduta imoral deve ser reprimida através da pena¹⁵⁴. Nesse sentido, ROXIN sustenta que, caso se considere que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, ele não poderia se valer de uma pena que prescindisse de qualquer utilidade social¹⁵⁵. Essa crítica da incoerência ou incongruência, contudo, não afeta a construção teórica de MOORE, pois ele tampouco defende uma teoria da criminalização consequencialista (como a teoria do bem jurídico), mas sim o já mencionado o moralismo jurídico. MOORE enxerga o Estado como portador da tarefa de aplicar o castigo penal – como retribuição – contra comportamentos moralmente incorretos. No entanto, MOORE tenta conciliar sua teoria com o liberalismo¹⁵⁶, sem muito sucesso, todavia¹⁵⁷. A estratégia de MOORE para se aproximar do liberalismo consiste na fixação de limites *ad hoc* para o moralismo jurídico, como o princípio da legalidade, os ideais de liberdade, autonomia e, inclusive, considerações sobre custos e eficiência¹⁵⁸. Desse modo, ele se declara, ao final, um liberal¹⁵⁹.

pena é um fim legítimo do Estado, no entanto, deve-se comprovar que persegui-lo é apropriado, necessário e conveniente (PIEROTH; SCHLINK, *Grundrechte - Staatsrecht II*, 27.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2011, p. 67). Uma resposta completa a essas perguntas, considerando toda a problemática da dogmática dos direitos. Uma resposta completa a essas perguntas, considerando toda a problemática da dogmática dos direitos fundamentais, não se pode formular no marco deste trabalho. Contudo, à primeira vista, ante à gravidade da ingerência, dos custos consideráveis vinculados a ela e da abstração do objetivo, castigar unicamente por razões de justiça retributiva afigura-se como uma intervenção estatal desproporcional e, portanto, injustificada. Inclusive o Tribunal Constitucional alemão rechaça a retribuição como fim único da pena (com referências ver ROXIN, “Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, em *FS-Volk*, Munique, C.H. Beck, 2009, p. 613).

¹⁵⁴ Ver ZAIBERT, “The Moralists Strikes Back”, em *New Criminal Law Review*, n.º 14, 2011, p. 145.

¹⁵⁵ ROXIN, *supra* nota 5, § 3 n.º m. 8; Recentemente, esse pensamento foi utilizado por GRECO, *supra* nota 116, p. 12, como argumento de coerência.

¹⁵⁶ MOORE, *supra* nota 14, p. 661 ss.

¹⁵⁷ Cfr. MURPHY, “The State’s Interest in Retribution”, em *Journal of Contemporary Legal Issues*, n.º 5, 1994, p. 285 ss.; ver também HAMPTON, *supra* nota 25, p. 99 ss.; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 167 ss.; IDEM, *supra* nota 153, p. 139 ss.

¹⁵⁸ MOORE, *supra* nota 14, pp. 660-665.

¹⁵⁹ MOORE, *supra* nota 14, p. 665.

Como destaca ZAIBERT, na construção de MOORE, as finalidades (resultados) liberais justificariam os meios (princípios) potencialmente antiliberais¹⁶⁰. Isso revela-se inadequado. Ainda que as limitações do moralismo mencionadas por MOORE possam ser contundentes, o moralismo jurídico segue sendo uma teoria da criminalização perigosa e antiliberal, dado que não compartilha da necessária reserva (ou temor¹⁶¹ ou pessimismo¹⁶²) em relação à violência estatal.¹⁶³

(iv) Na teoria absoluta da retribuição, igualmente problemática é a dimensão de valor concedida à pena retributiva. Nesse ponto, é questionável o postulado dessa teoria, segundo o qual o *dever de punir o culpado* coloca-se no mesmo plano valorativo da *proibição da punição do inocente*¹⁶⁴. Já intuitivamente, é de se supor que é de fato ruim que o autor de um delito escape à pena, mas é ainda pior que um inocente seja punido por um fato que não cometeu¹⁶⁵. O dever de punir o culpado é menos contundente que a proibição de punir o inocente. A correção dessas intuições é demonstrada por GRECO por meio de uma variante (ou inversão) do exemplo da ilha de KANT. O autor propõe imaginar que em uma ilha vivem diversas tribos inimigas, que durante gerações travaram guerras sanguinárias entre si. Descobre-se que um grande homem – que, com seu carisma, havia conseguido manter a paz na ilha – cometeu um delito. Sua punição, contudo, levaria à dissolução da sociedade. Segundo a ideia de retribuição, fielmente desenvolvida, o homem deveria ser punido e a sociedade dissolver-se-ia. Nesse caso, deixar de puni-lo, para evitar consequência tão drástica, afigura-se a solução mais razoável, mais condizente com nossas intuições.¹⁶⁶

Por outro lado, numa situação oposta, tampouco estaríamos dispostos a castigar a um inocente, ainda que disso resultassem as melho-

¹⁶⁰ ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 174.

¹⁶¹ ZAIBERT, *supra* nota 153, p. 149.

¹⁶² GRECO, *supra* nota 9, p. 287 ss.

¹⁶³ Para outras críticas ao “novo” moralismo jurídico de Moore, ver HUSAK, *supra* nota 117, p. 196 ss.

¹⁶⁴ MOORE, *supra* nota 14, p. 160.

¹⁶⁵ Cfr. apenas HUSAK, *Retributivism in Extremis*, 2012, p. 11.

¹⁶⁶ GRECO, *supra* nota 9, p. 234; IDEM, *supra* nota 116, p. 11. KAPLOW; SHAVELL (*supra* nota 36, p. 312) oferecem outro exemplo: poder-se-ia imaginar um mundo em que a metade da população mata a outra metade e, posteriormente, julga a si mesma. Nesse mundo a retribuição seria completa e perfeita. No entanto, uma situação como essa parece absurda e absolutamente indesejável.

res consequências possíveis¹⁶⁷. Nesses casos, talvez, MOORE poderia renunciar a sua resposta absolutista em favor de uma solução consequencialista, valendo-se de sua deontologia “Threshold”. Segundo esta, as consequências de uma ação não exercem, até certo ponto, nenhum papel na determinação de sua moralidade. No entanto, quando esse ponto é excedido, as consequências devem ser sim levadas em consideração. Assim, uma regra deontológica pode, excepcionalmente, não ser respeitada a fim de evitar consequências extraordinárias terríveis¹⁶⁸. Assim seria possível, por exemplo, justificar a tortura de um inocente (v. gr., a filha de um terrorista) para salvar uma cidade inteira¹⁶⁹. Logo, podemos assumir, com boas razões, que MOORE estaria de acordo em não punir o “grande homem” do exemplo proposto por GRECO. Mas se a deontologia “Threshold” fosse aplicável, deveríamos, do mesmo modo, admitir o castigo de um inocente, sempre que com isso se pudesse evitar graves consequências indesejadas. Se a tortura ou o homicídio de um inocente fossem permitidos para salvar uma cidade, estaria a fortiori igualmente permitido “somente” punir um inocente com a mesma finalidade. Dessa forma, seria mantida a simetria entre a punição do culpado e a não punição do inocente, dado que ambos seriam – em circunstâncias normais – permitidos ou proibidos em igual medida; e, em situações extraordinárias, exceções a ambos imperativos seriam igualmente admissíveis. Por conseguinte, pode-se chegar à conclusão de que *uma teoria da pena que conceda valor idêntico à necessidade de retribuição e ao princípio da culpabilidade é insustentável*.

b) Teorias relativas ou impróprias da retribuição

As teorias *relativas ou impróprias* da retribuição são, como é de se esperar, menos contundentes. Contrariamente às teorias absolutas, o retributivismo relativo permite o influxo de considerações teleológicas na justificação da pena. A “visão [puramente] orientada para o passado” é deixada de lado em favor da – ao menos em parte – “visão orientada ao futuro”.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Ver acima, nota de rodapé 38, o prefácio de McCloskey. Greco oferece um exemplo similar (sua “ilha 3”). Sobre isso ver: GRECO, *supra* nota 9, p. 274, IDEM, nota 118, p. 12.

¹⁶⁸ MOORE, *supra* nota 14, p. 719.

¹⁶⁹ MOORE, *supra* nota 14, pp. 724 y 734. A evitação da tortura de dois inocentes não justificaria a tortura de apenas um deles, mas sim a destruição de uma cidade inteira.

¹⁷⁰ Sobre essa distinção, HONDERICH, *supra* nota 50, p. 17 ss.

A teoria imprópria da retribuição pode ser subdividida em duas variantes. A primeira entende que a retribuição da culpabilidade é um bem imanente, que deve ser maximizado sem exclusão de considerações consequentialistas, oferecendo uma justificação *prima facie* da pena. Diversamente, de acordo com a segunda variante, a pena retributiva teria sim um valor intrínseco, mas se justificaria apenas se apresentar uma utilidade social *adicional*, como, por exemplo, a prevenção de futuros delitos.

aa) MICHAEL MOORE diferencia sua teoria absoluta da retribuição (que ele denomina “deontológica” ou “relativa ao agente”) da variante “consequentialista” ou “neutra ao agente”, segundo a qual o fato de o autor culpado ser condenado é uma boa situação, que deve ser maximizada, ainda que isso implique que alguns culpados escapem da pena¹⁷¹. Ou seja, não existiria um dever categórico de compensação da culpabilidade, mas sim um imperativo relativo ou *prima facie*¹⁷². Dentro dessa corrente, a ideia de retribuição tem sido abordada de diferentes formas. Limitar-me-ei a apresentar dois representantes da vertente: uma autora clássica (JEAN HAMPTON, abaixo [1]) e um jovem autor (LEO ZAIBERT, abaixo [2]).

(1) Antes de defender uma teoria paternalista (“the moral education theory”)¹⁷³, HAMPTON sustentara uma *teoria expressiva* da pena¹⁷⁴ orientada à vítima, que denominou “nova” teoria retributiva¹⁷⁵. HAMPTON considera a retribuição como um componente importante, mas não único, de um sistema penal estatal moral e respeitável. Para ela, as respostas retributivas não devem ser necessariamente punitivas.¹⁷⁶

Segundo a autora, a retribuição constitui a reação necessária frente a um ataque à dignidade ou valor da vítima, a uma lesão moral (“moral

¹⁷¹ MOORE, *supra* nota 14, p. 156.

¹⁷² MOORE, *supra* nota 14, p. 157.

¹⁷³ HAMPTON, “The moral education theory of punishment”, em *Philosophy & Public Affairs*, n.º 13, 1984, pp. 208-238.

¹⁷⁴ Aparentemente, a ideia de uma teoria expressiva da pena foi tratada cientificamente pela primeira vez por Joel FEINBERG (*Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, New Jersey, Princeton University Press, 1970, p. 118). Dada a quantidade de autores do âmbito anglo-saxônico que defendem uma espécie de teoria da pena expressiva, simbólica e comunicativa (como HONDERICH, PRIMORATZ, KLEINIG, FLETCHER, GROSS, DUFF, VON HIRSCH, entre outros), uma valoração de todas as posições extrapolaria o escopo deste trabalho.

¹⁷⁵ HAMPTON, “An Expressive Theory of Retribution”, em CRAGG (ed.), *Retributivism and its Critics*, Franz Steiner Verlag Wiesbaden, 1990, p. 1; IDEM, *supra* nota 94, p. 108.

¹⁷⁶ HAMPTON, *supra* nota 94, pp. 108-109.

injury”)¹⁷⁷. Essa não deve ser confundida com o sofrimento físico ou psíquico da vítima, pois isso não seria nem condição necessária nem suficiente de uma lesão moral¹⁷⁸. O delito simbolizaria, assim, uma degradação do valor da vítima, o que não necessariamente deve ser associado com danos materiais¹⁷⁹. Nesse sentido, o conteúdo expressivo do delito revelar-se-ia importante. Se o autor não foi punido, comunicar-se-ia à vítima e à sociedade que a posição da vítima é menoscabada. A retribuição seria, desse modo, a resposta a essa injustiça, cuja função seria a defesa do valor da vítima. A reação retributiva refutaria a falsa mensagem de superioridade frente à vítima e confirmaria seu estado de igualdade originário, derivado de sua humanidade.¹⁸⁰

No entanto, segundo HAMPTON, o Estado não estaria, em todos os casos, obrigado a executar uma retribuição em face de um delito. A retribuição não seria um dever moral absoluto. Em certos casos, outras finalidades estatais legítimas (como a prevenção ou a educação moral) podem acabar sendo mais importantes que a retribuição. HAMPTON assume, assim, uma concepção de pena pluralista, apesar de que para ela a retribuição continua sendo a justificação primordial da pena¹⁸¹. Sua teoria enxerga na retribuição expressiva a resposta fundamental para a infração moral, que o Estado pode levar a cabo ou não através da pena.

(2) LEO ZAIBERT nos oferece uma análise crítica do retributivismo. Partindo de um *conceito neutro* de pena¹⁸², ZAIBERT sustenta o seguinte: a retribuição – ou justiça compensatória da culpabilidade – seria, *em si mesma*, um *bem*¹⁸³, e não simplesmente um bem instrumental para a consecução de outros fins (como a prevenção de futuros

¹⁷⁷ HAMPTON, *supra* nota 94, pp. 115-116.

¹⁷⁸ HAMPTON, *supra* nota 94, p. 120.

¹⁷⁹ HAMPTON, *supra* nota 94, pp. 129-130.

¹⁸⁰ HAMPTON, *supra* nota 94, p. 135.

¹⁸¹ HAMPTON, *supra* nota 94, pp. 148-149.

¹⁸² ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 36. Segundo sua definição, existe uma pena quando A, como reação a um comportamento incorreto de B, o reprova e lhe aplica um mal para que B sofra. Por isso, o Estado não é um sujeito necessário e o conceito de pena prescinde de qualquer elemento justificatório. Sua definição deveria satisfazer tanto os retributivistas, como os preventivistas. Com isso, Zaibert quer evitar um entrave terminológico (*supra* nota 15, pp. 27, 75), ou seja, uma confusão entre os níveis da definição e da justificação. Sobre isso, entre outros: PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 72, p. 4 ss.

¹⁸³ ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 202 ss.

delitos). A fundamentação dessa proposta se ancora em considerações morais-estéticas inspiradas no filósofo britânico GEORGE EDUARD MOORE¹⁸⁴. Segundo este, a combinação de dois males não causa, necessariamente, um mal maior, ou seja, a existência de dois males pode constituir um mal menor que a existência de apenas um deles. No marco da pena retributiva, dois grandes males – maldade e sofrimento – podem conformar uma unidade orgânica (“organic whole”) com valor positivo¹⁸⁵. A consequência disso é que, quando a pena é merecida (“deserved”), ela não seria apenas um mal necessário, mas de fato um *bem* intrínseco¹⁸⁶. Por outro lado, a *culpabilidade não seria condição necessária nem suficiente da pena*¹⁸⁷. Nesse sentido, a retribuição representaria uma justificação moral *prima facie* da pena¹⁸⁸, que pode ser superada em face de princípios normativos ou bens instrumentais. Haveria casos em que a justificação retributiva não pode ser derrotada, contudo, e este é o ponto central, em outros é derrotável¹⁸⁹. A culpabilidade (“desert”) do autor seria, contudo, a única razão e sempre, ao menos, uma boa razão para a imposição de uma pena.¹⁹⁰

A concepção de ZAIBERT pode ser distinguida da teoria negativa da retribuição, das teorias absolutas e, por certo, também das teorias puramente consequencialistas¹⁹¹. Apesar de o autor oferecer um desenvolvimento da teoria da retribuição, essa não goza da solidez – e intransigência – de uma concepção absoluta, como a de MICHAEL MOORE. Na medida em que ZAIBERT se esforça em oferecer unicamente uma justificação da pena de natureza *moral ou estética*, ele não logra dar uma resposta satisfatória à pergunta acerca da legitimação da pena *estatal*. Permanece sem resposta de que modo considerações retributivas e eventuais razões instrumentais contrárias devem ser sopesadas, o que ele mesmo reconhece ao final de sua monografia.¹⁹²

¹⁸⁴ Vier G.E MOORE, *Principia Ethica*, Revised Edition, Cambridge, University Press, 1993, p. 232 ss., *passim*.

¹⁸⁵ G.E. MOORE, *supra* nota 183, p. 264; ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 208.

¹⁸⁶ ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 214.

¹⁸⁷ ZAIBERT, *supra* nota 15, pp. 5–6, *passim*.

¹⁸⁸ ZAIBERT assinala que, quase sempre, são normalmente as justificações políticas as que poderiam oferecer uma justificação *ultima facie*, dado que elas são mais abrangentes e não tão impugnáveis como as justificações morais. (ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 199).

¹⁸⁹ ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 199 s.

¹⁹⁰ ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 203.

¹⁹¹ ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 214.

¹⁹² ZAIBERT, *supra* nota 15, p. 216.

(3) As teorias retributivas relativas não sofrem, é verdade, das insuficiências da versão absoluta. A renúncia ao dever absoluto do Estado de retribuir mediante uma pena e o foco em seu fundamento moral fazem dessas versões mais simples também mais atrativas. Não obstante, elas também possuem debilidades sensíveis. Nesse sentido, não oferecem nenhum argumento que permita justificar a pena *estatal*. Isso não significa que o problema de justificação da pena não seja um problema ético. O ponto é que estamos falando de uma intervenção estatal extremamente gravosa no direito fundamental de liberdade do cidadão. Nesse contexto, não se pode deixar de discutir as funções e atribuições do Estado. Considerações de teoria do Estado não têm aqui apenas uma função complementar, mas central. A ameaça estatal da pena e a sua imposição é sempre um tema que se vincula à relação entre cidadão e Estado. É duvidoso se uma teoria da justificação da pena estatal pode aprender algo valioso da legitimação, por exemplo, de penas religiosas ou familiares. Considerações simbólicas ou estéticas sem inclusão de argumentos de teoria do Estado não estão em condições de oferecer parâmetros para a legitimação da ingerência punitiva estatal.

c) Teorias mistas: retribuição e prevenção

Por último, devem ser consideradas aquelas teorias que, apesar de entenderem que é legítimo e necessário que a pena persiga finalidades preventivas, são classificadas sob a tradição do retributivismo. Segundo as teorias mistas, o Estado pode impor uma pena a um cidadão porque este a merece, mas somente quando, ao mesmo tempo, se obtém mediante isso uma utilidade social, em forma de prevenção de delitos¹⁹³. A diferença dessa vertente em relação às tradicionais teorias preventivas é que, apesar de postular a prevenção como um requisito necessário da justificação da pena, não a enxerga como um requisito suficiente¹⁹⁴.

Essa concepção da teoria mista, no mundo anglo-saxão, é sustentada por dois dos filósofos do direito (penal) contemporâneos mais importantes: DOUGLAS HUSAK (abaixo, [1]) e ANDREW VON HIRSCH (abaixo, [2]).

(1) Como mencionado acima, HUSAK não pensa que o dever ou o direito do Estado de punir origine-se unicamente da culpabilidade ou

¹⁹³ Assim como descreveu MOORE, *supra* nota 14, p. 93.

¹⁹⁴ BAGARIC; AMARASEKARA, *supra* nota 7, 166.

do merecimento do autor¹⁹⁵. Ele entende, ao contrário, que a circunstância de o autor receber o que “justamente merece” (just desert) tem um valor positivo intrínseco, independentemente de ganhos utilitaristas¹⁹⁶. Contudo, para ele, considerações consequencialistas deveriam sim ser levadas em consideração na legitimação da pena *estatal*.¹⁹⁷

Segundo HUSAK, a justificação da pena estatal possui dois requisitos: que o Estado se aproxime do ideal de justiça e que o castigo agregue algum valor no mundo¹⁹⁸. HUSAK não nega o valor positivo da pura retribuição¹⁹⁹. Porém, posto que a pena é aplicada pelo Estado e não por Deus, ela deveria trazer consigo algum valor adicional, que possa superar os “três problemas tradicionais da imposição da pena” (*the drawbacks of punishment*), a saber: os altos custos financeiros da pena, a possibilidade não insignificante de erros e a sujeição a abusos do sistema penal.²⁰⁰

Na busca por esse valor, ou melhor, na busca do elemento que gere o valor apto a compensar as desvantagens da pena, HUSAK rechaça qualquer função simbólica ou expressiva da pena. A desaprovação frente ao autor do delito não pode, por si, justificar a pena como instituição²⁰¹. Isso também seria aplicável à teoria da “unfair advantage”: a busca isolada por justiça distributiva tampouco prevaleceria em face dos “drawbacks of punishment”²⁰². HUSAK chega à conclusão de que o componente adicional buscado para a justificação da pena pode unicamente consistir na expectativa de que a pena contribua para reduzir o número de delitos²⁰³. Assim, a prevenção geral, ao lado do restabelecimento da justiça ou da compensação da culpabilidade²⁰⁴, seria requisito necessário para

¹⁹⁵ HUSAK, *supra* nota 150, pp. 447-464 (“Mere conformity with abstract principles cannot suffice to justify the punishment of the deserving, irrespective of whatever drawbacks accompany it”); IDEM, *supra* nota 101, pp. 959-986; IDEM, “Holistic Retributivis”, em *California Law Review*, n.º 88, 2000, pp. 991-1000.

¹⁹⁶ HUSAK, *supra* nota 20, p. 110.

¹⁹⁷ HUSAK, *supra* nota 150, p. 451.

¹⁹⁸ HUSAK, *supra* nota 150, p. 454.

¹⁹⁹ HUSAK, *supra* nota 194, p. 998, IDEM, *supra* nota 150, p. 451 (“I concede that there may be some prima facie rightness in the repaying of evil with evil”); IDEM, nota 164, p. 7.

²⁰⁰ HUSAK, *supra* nota 150, p. 450.

²⁰¹ HUSAK, *supra* nota 150, p. 457.

²⁰² HUSAK, *supra* nota 150, p. 458.

²⁰³ HUSAK, *supra* nota 150, p. 459; IDEM, *supra* nota 20, p. 112.

²⁰⁴ Por isso não seria permitida a imposição da pena para além da culpabilidade (merecimento) (HUSAK, *supra* nota 150, p. 562).

a justificação da pena. Por essa razão, deveríamos estar preparados para renunciar à punição dos delitos “impreveníveis” (*nonpreventable offenses*)²⁰⁵. Isso significa que a concepção de HUSAK contém amplas implicações de política criminal, já que, antes de afirmar a legitimidade de proibições penais, sempre teríamos que refletir sobre sua aptidão preventiva (geral), o que poderia abrir a porta para descriminalizações.²⁰⁶

Pode-se chegar à conclusão de que a posição de HUSAK é muito próxima da teoria negativa da retribuição, apresentada ao início deste estudo. Em sua concepção, a culpabilidade ou o merecimento (“desert”) é uma razão débil para que o Estado imponha uma pena²⁰⁷. O papel negativo do “desert” é, para HUSAK, muito mais importante²⁰⁸, ou seja, sua ausência é decisiva para a ilegitimidade da pena²⁰⁹. O aspecto retributiva da postura de HUSAK pode ser reduzido quase a uma defesa robusta do princípio da culpabilidade, motivo pelo qual sua teoria pode ser comparada com a conhecida combinação “alemã” entre culpabilidade e prevenção.²¹⁰

(2) Apesar de VON HIRSCH ser considerado no âmbito anglo-ameriano como um dos expoentes do ressurgimento do retributivismo²¹¹, ele defende, na verdade, uma teoria dualista da pena, que inclui a função de expressar censura em face do autor do delito e de prevenção geral²¹². A suposição central de VON HIRSCH é que os dois componentes da pena (censura e imposição de um mal) são analiticamente distintos.²¹³

²⁰⁵ Um delito seria não-prevenível (“nonpreventable”) quando as vantagens de sua realização revelam-se excelentes e ele, em si, não se mostra especialmente grave. (HUSAK, *supra* nota 150, p. 462).

²⁰⁶ Essas implicações são desenvolvidas profundamente por Husak na obra “Overcriminalization” (*supra* nota 117).

²⁰⁷ HUSAK, *supra* nota 164, p. 8.

²⁰⁸ HUSAK, *supra* nota 164, p. 11: “I hope that desert provides something close to a necessary condition for justified punishment. [...] the reason not to punish that applies to those who do not deserve to be punished is much more stringent than the reason to punish that applies to those who do deserve to be punished”.

²⁰⁹ HUSAK, *supra* nota 164, p. 11.

²¹⁰ Ver nota de rodapé 97.

²¹¹ Sobre isso, GARDNER, *supra* nota 32, pp. 781-815.

²¹² Ver VON HIRSCH, *supra* nota 88.

²¹³ VON HIRSCH; HÖRNLE, “Positive Generalprävention und Tadel”, em SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998, *passim*.

A censura fundamentaria a legitimação ética da pena frente ao autor do delito. A sanção penal funcionaria principalmente como uma comunicação moral com o autor que, dessa forma, seria tratado como um agente autônomo, capaz de valorar moralmente seu comportamento a partir da mensagem normativa²¹⁴. Ademais, a censura representada pela pena estaria referida também à vítima que, mediante isso, toma conhecimento de que sofreu uma injustiça através do comportamento culpável de um terceiro.²¹⁵

Não obstante, segundo VON HIRSCH, a censura não seria suficiente para justificar a imposição física de um mal, realidade inescapável da pena tal qual a conhecemos. O puro fortalecimento da credibilidade da mensagem moral de censura não seria capaz de fundamentar suficientemente o “duro tratamento” (hard treatment) ao qual o condenado se submete²¹⁶. A imposição de um mal através da pena cumpriria uma função preventiva, na medida em que oferece uma “razão prudencial” para os cidadãos se absterem de cometer um delito. Isso, consequentemente, associado a uma razão normativa, manifestada no elemento de censura da sanção criminal.²¹⁷

Como o modelo de HUSAK, a concepção de VON HIRSCH tem implicações político-criminais, eis que essa justificação dualista permitiria renunciar à pena enquanto instituição, na medida em que ela não se mostre útil sob o aspecto preventivo.²¹⁸

(3) Essas versões da teoria retributiva que incluem expressamente considerações teleológico-preventivas apresentam-se plausíveis. Elas tratam duas questões fundamentais – a fundamentação e os limites da pena – desde uma perspectiva que inclui aspectos éticos e políticos – ou de teoria do Estado²¹⁹. Não obstante, pela mesma razão

²¹⁴ VON HIRSCH, *supra* nota 95, p. 11; IDEM, *supra* nota 155, p. 49. No entanto, a reação real do autor não teria nenhuma relevância: “Não se defende aqui uma teoria da penitência, segundo a qual a reação em face do delito se determina segundo os sentimentos despertados no autor, como vergonha, arrependimento ou outros sentimentos similares”. (VON HIRSCH, *supra* nota 155, p. 49).

²¹⁵ VON HIRSCH, *supra* nota 143, p. 49.

²¹⁶ VON HIRSCH, *supra* nota 95, p. 12; IDEM, *supra* nota 143, pp. 53-54.

²¹⁷ VON HIRSCH, *supra* nota 95, p. 12; IDEM, *supra* nota 143, p. 54.

²¹⁸ VON HIRSCH, *supra* nota 95, p. 14; IDEM, *supra* nota 143, p. 56.

²¹⁹ Ainda que a abordagem de VON HIRSCH – entender a reprovação estatal como uma valoração moral do comportamento do autor – se mostre questionável sob o prisma da necessária distinção entre direito e moral. Assim GRECO, *supra* nota 9,

mostram-se supérfluas, pois em suas conclusões praticamente em nada diferem das tradicionais teorias preventivas da pena “limitadas pelo princípio da culpabilidade”.²²⁰

5. Conclusão

O retributivismo é uma teoria de diversas facetas, que não pode ser reduzida a um único enunciado normativo, nem tampouco criticada de maneira genérica. Apesar de, neste trabalho, ter sido avaliada como uma teoria que não é capaz de oferecer uma justificação da pena como instituição, em face de todos os destinatários – o autor do delito e a sociedade –, ela não pode ser rechaçada precipitadamente, como usualmente ocorre na discussão de matriz romano-germânica.

Por um lado, a discussão sobre os fins da pena no âmbito anglo-saxão demonstra que a ideia da retribuição ou merecimento (“desert”) pode exercer diferentes papéis na justificação da pena. Por outro lado, o debate anglo-americano sobre teoria da pena, em especial desde o fracasso do utilitarismo e o ressurgimento do retributivismo, ensina que o estabelecimento de um princípio de culpabilidade sobre uma base puramente utilitarista ou consequencialista – como sói ocorrer, por exemplo, na Alemanha e nos países pertencentes ao seu raio de influência teórica – não se pode sustentar. Por isso, quem, enquanto teórico da prevenção, queira se ater ao princípio da culpabilidade, encontra-se frente a um desafio cuja resposta não é nada simples.

Referências

- ARMSTRONG, K. G., “The Retributivist Hits Back”, em *Mind*, n.º 70, 1961.
- BAGARIC, Mirko/AMARASEKARA, Kumar, “The Errors of Retributivism”, em *Melbourne University Law Review*, n.º 24, 2000.
- BAURMANN, Michael, *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 1981.
- BEDAU, Hugo Adam, “Retribution and the theory of punishment”, em *The Journal of Philosophy*, n.º 75, 1978.
- BENN, Stanley Isaac, “An Approach to the Problems of Punishment”, em *Philosophy*, n.º 33, 1958.

pp. 500-501, que considera ilegítima a reprovação moral constitutiva – ou reprovação – (diferentemente da declaratória); e ROXIN, *supra* nota 154, p. 603.

²²⁰ A expressão é de Roxin, *supra* nota 154, p. 61.

BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1907.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

BURGH, Richard, “Do the guilty deserve punishment?”, em *The Journal of Philosophy*, n.º 79, 1982.

CHRISTOPHER, Russell, “Deterring Retributivism: The Injustice of ‘Just Punishment’”, em *Northwestern University Law Review*, n.º 96, 2002.

COTTINGHAM, John, “Varieties of retribution”, em *The Philosophical Quarterly*, n.º 29, 1979.

DAVIS, Michael, “Criminal Desert and Unfair Advantage”, em *Law and Philosophy*, n.º 12, 1993.

DOLINKO, David, “Some thoughts about retributivism”, em *Ethics*, n.º 101, 1991.

_____. “Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment”, em *Law and Philosophy*, n.º 16, 1997.

DUBBER, Markus, *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, Munique, C.H. Beck, 2005.

_____. “The Unprincipled Punishment of Repeat Offenders: A Critique of California’s Habitual Criminal Statute”, em *Stanford Law Review*, n.º 43, 1990.

_____. *Victims in the War on Crime: The Use and Abuse of Victim’s Right*, New York, NYU Press, 2002.

DUFF, R. Antony, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

_____. “Responsibility, Restoration, and Retribution”, em TONRY, Michael (ed.), *Retributivism Has a Past, Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

EWING, Alfred C., *The Morality of Punishment with Some Suggestions for a General Theory of Ethics*, Routledge, 1929.

FEINBERG, Joel, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, New Jersey, Princeton University Press, 1970.

_____. “The classic debate”, em FEINBERG, Joel/COLEMAN, Jules (eds.), *Philosophy of Law*, Belmont, Wadsworth, 7.^a ed. 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razao: Teoria do Garantismo Penal* (trad. ZOMER SICA et al.), 3.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

FINNIS, John, “The Restoration of Retribution”, em *Analysis*, n.º 32, 1972.

FLETCHER, George, “Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht”, em *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 101, 1989.

FRISCH, Wolfgang, “Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention”, em SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998.

GARDNER, Martin R., “The Renaissance of Retribution”, em *Wisconsin Law Review*, 1976.

GARLAND, David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.

GOLDMAN, Alan H., “Toward a new theory of punishment”, em *Law and Philosophy*, n.º 1, 1982.

GRECO, Luís, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009.

_____. “A Ilha de Kant”, em ÍDEM; MARTINS, Antonio (eds.), *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*, São Paulo, Marcial Pons, 2012.

GREENAWALT, Kent, “Punishment”, em *Journal of Criminal Law and Criminology*, n.º 74, 1983.

HAMPTON, Jean, “The moral education theory of punishment”, em *Philosophy & Public Affairs*, n.º 13, 1984.

_____. “An Expressive Theory of Retribution”, em CRAGG, Wesley (ed.), *Retributivism and its Critics*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1990.

_____. “Liberalism, retribution and criminality”, em COLEMAN, Jules; BUCHANAN, Allen (eds.), *In Harm's way: Essays in honor of Joel Feinberg*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

_____. “The Intrinsic Worth of Persons: Contractarianism in Moral and Political Philosophy”, em FARNHAM, Daniel (ed.), *The Intrinsic Value of Persons: Contractarianism in Moral and Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

HART, Herbert Lionel Adolphus, “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, em *Proceedings of the Aristotelian Society*, n.º 60, 1959.

HENKE, Martin, *Utilitarismus und Schuldprinzip bei der schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis*, Bonn, tesis doctoral, 1990.

HOERSTER, Norbert, *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*, Munique, C.H. Beck, 2012.

HONDERICH, Ted, *Punishment: The Supposed Justifications Revisited*, Londres, Pluto Press, 2006.

HÖRNLE, Tatjana, *Straftheorien*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011.

_____. “Claus Roxins straftheoretischer Ansatz”, em HEINRICH, Manfred; JÄGER, Christian; SCHÜNEMANN, Bernd (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlim, Walter de Gruyter, 2011.

HUSAK, David, “Why Punish the Deserving?”, em *Nous*, n.º 26, 1992.

_____. “Retribution in Criminal Theory”, em *San Diego Law Review*, n.º 37, 2000.

_____. “Holistic Retributivis”, em *California Law Review*, n.º 88, 2000.

_____. “Malum Prohibitum and Retributivism” em DUFF, Antony; GREEN, Stuart (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

_____. “Why Criminal Law: A Question of Content?”, em *Criminal Law and Philosophy*, n.º 2, 2008.

_____. “Broad Culpability and the Retributivist Dream”, em *Ohio State Journal of Criminal Law*, n.º 9, 2012.

_____. *Retributivism in Extremis*, 2012.

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

JOECKS, Wolfgang, em JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, t. 1, Munique, C.H. Beck, 2011.

KAISER, Hanno, *Widerspruch und harte Behandlung*, Berlim, Duncker & Humblot, 1999.

KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, t.VIII, Berlim, Suhrkamp, 1997, p. 453 [*La metafísica de las costumbres* [trad. Adela CORTINA ORTS e Jesús CONILL SANCHO], Madrid, Tecnos, 1996.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven, *Fairness versus Welfare*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2002.

KLEINIG, John, *Punishment and Desert*, La Haya, Springer, 1973.

KLOCKE, Gabriele; MÜLLER, Henning, “Zur Renaissance der Vergeltung – Ringpublikationsprojekt ‘Prävention und Zurechnung – Präventionsorientierte Zurechnung?’”, em *Strafverteidiger*, n.º 9, 2014.

KORIATH, Heinz, “Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe”, em *Jura*, 1995.

LÜDERSSSEN, Klaus, “Muss Strafe sein?”, en HERZOG, Felix *et al.* (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller, 2010.

MABBOTT, John D., “Punishment”, em *Mind. New Series*, n.º 48, 1939.

MACKIE, John, “Morality and the retributive emotions”, em *Criminal Justice Ethics*, n.º 1, 1982.

MAÑALICH, Juan Pablo, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva” em *InDret*, n.º 2, 2015.

MARKEL, Dan, “What Might Retributive Justice Be? An Argument for the Confrontational Conception of Retributivism”, em WHITE, Mark (ed.), *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

MARTINSON, Robert, “What works? – questions and answers about prison reform”, en *The Public Interest*, n.º 35, 1974.

MATRAVERS, Matt, “Is Twenty-first Century Punishment Post-desert?”, em TONRY, Michael (ed.), *Retributivism Has a Past: Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

MCCLOSKEY, H. J., “A non-utilitarian approach to punishment”, em BAYLES, Michael D. (ed.), *Contemporary Utilitarianism*, Gloucester, Peter Smith, 1968.

_____. “Two Concepts of Rules’—A Note”, em *The Philosophical Quarterly*, n.º 22, 1972.

MOORE, Michael, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

_____. *Objectivity in Ethics and Law*, Farnham, Ashgate, 2004.

MOORE, George Edward, *Principia Ethica*, Revised Edition, Cambridge, University Press, 1993.

MORRIS, Herbert, “Persons and Punishment”, em *The Monist*, n.º 52, 1968.

_____. “A Paternalistic Theory of Punishment”, em *The Philosophical Quarterly*, n.º 18, 1981.

MURPHY, Jeffrie, *Retribution, Justice and Therapy: Essays in the Philosophy of Law*, Dordrecht, D. Reidel, 1979.

_____. *Retribution Reconsidered*, Springer, 1992.

_____. “The State’s Interest in Retribution”, em *Journal of Contemporary Legal Issues*, n.º 5, 1994.

NEUMANN, Ulfrid; SCHROTH, Ulrich, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books 1974.

PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.

_____. *Person, Subjekt, Bürger*, Berlim, Duncker & Humblot, 2004.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, em *InDret*, n.º 4, 2014.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte - Staatsrecht II*, 27.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2011.

PRIMORATZ, Igor, *Justifying Legal Punishment*, Humanity Books, 1989.

QUINTON, Anthony, “On punishment”, em *Analysis*, n.º 14, 1954.

RAWLS, John, “Two concepts of rules”, em *The Philosophical Review*, n.º 64, 1955.

_____. *Teorías sobre la Ética*, México, Fondo de cultura económica, 1974.

ROSEBURY, Brian, “Moore’s Moral Facts and the Gap in the Retributive Theory”, em *Criminal Law and Philosophy*, n.º 5, 2011.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., Munique, C.H. Beck, 2006.

_____. “Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, em HASSEMER, Winfried *et al.* (eds.), *In Dubio pro Libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, Munique, C.H. Beck, 2009.

SADURSKI, “Theory of punishment, social justice, and liberal neutrality”, em *Law and Philosophy*, n.º 7, 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur - Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist”, em PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

_____. “Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland”, em HIRSCH, Hans Joachim/WEIGEND, Thomas (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlim, Duncker & Humblot, 1989.

_____. “Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht”, em ÍDEM (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlim, Walter de Gruyter, 1984.

_____. “Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie”, em ÍDEM et al. (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998.

SHER, George, *Desert*, Princeton, Princeton University Press, 1987.

SHAFER-LANDAU, Russ, “The Failure of Retributivism”, em *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, n.º 82, 1996.

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Munique, Vahlen, 2011.

TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena: Fundamentos de determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015.

TEN, Chin Liew, *Crime, Guilt and Punishment: A Philosophical Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

TONRY, Michael “Thinking about punishment”, em ÍDEM (ed.), *Why Punish: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

VON HIRSCH, Andrew, *Censure and Sanctions*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

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

VON HIRSCH, Andrew; HÖRNLE, Tatjana, “Positive Generalprävention und Tadel”, em SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998.

WALKER, Nigel, “Modern Retributivism”, em GROSS, Hyman; HARRISON, Ross (eds.), *Jurisprudence: Cambridge Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

WHITMAN, James, “A Plea against Retributivism”, em *Buffalo Criminal Law Review*, n.º 7, 2004.

ZAIBERT, Leo, *Punishment and Retribution*, London, Routledge, 2006.

ZIFFER, Patricia, “Acerca del ‘resurgimiento’ del retribucionismo” em *En Letra Derecho Penal*, n.º 6, 2018.

ACTUACIÓN EN CONCIENCIA Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN Y COMO CAUSA DE EXCULPACIÓN FRENTE A LA PUNICIÓN DEL DELINCUENTE POR CONVICCIÓN¹

CONSCIOUSNESS PERFORMANCE AND CONSCIENTIOUS OBJECTION AS A CAUSE OF JUSTIFICATION OR EXONERATING CIRCUMSTANCE OF EXCUSE VERSUS CRIMINAL LIABILITY OF THE OFFENDER BY CONVICTION

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p59-82

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid. España
Presidente de Honor de la FICP²

Recibido em: 30/06/2019
Data de aceite: 01/07/2019

Área: Direito Penal

Resumen:

La realización de hechos típicos por motivos de conciencia (actuación en conciencia) puede estar justificada a veces en delitos omisivos como ejercicio de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos de libertad de conciencia o de objeción de conciencia; tales derechos en unos casos tienen admisión y regulación legal expresa, en otros su admisión se basa en una ponderación de intereses. En los supuestos de actuación en conciencia no justificados porque no están amparados por estos derechos

¹ El trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación RTI2018-101401-B-I00, que dirijo en la Univ. de Alcalá, financiado por la Agencia Estatal de Investigación Investigación; Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Los arts. sin indicación del texto legal corresponden al actual CP español de 1995. Los preceptos sin mención del texto legal corresponden al vigente CP español de 1995.

² <http://www.ficp.es>

o exceden de sus límites, no obstante el conflicto de conciencia puede operar como causa supralegal de exculpación por inexigibilidad penal individual si, primero, fácticamente supone un conflicto motivacional extremo, insoportable para el sujeto, y si además normativa y preventivamente no merece valoración individual negativa por no haber peligro de repetición. Si no se dan ambos requisitos, el conflicto de conciencia puede al menos atenuar a veces la culpabilidad. Por el contrario, la situación de delincuencia por convicción no excluye la culpabilidad (salvo algún caso extremo de total inimputabilidad del sujeto, p.ej. por lavado de cerebro dentro de una secta de fanáticos), porque fácticamente no hay un conflicto motivacional insoportable y sobre todo se opone frontalmente a la disculpa y comprensión la valoración normativa-preventiva totalmente negativa.

Palabras clave:

Delito en actuación en conciencia; libertad de conciencia, objeción de conciencia, conflicto de conciencia; justificación; exculpación, disculpa; atenuación de la culpabilidad. Delincuente por convicción, delito por convicción.

Abstract:

The performance of events that constitute a criminal offence for reasons of conscience (consciousness performance) sometimes shall, for omission offences, be legally justified as an exercise of fundamental rights constitutionally recognized like freedom of conscience or conscientious objection. Such rights are in some cases expressly admitted and legally regulated, in some other cases their justification is based on a consideration of interests. In cases of acting in consciousness that are not justified because they are not covered by these rights or exceeding their limits, the conscientious objection shall operate as a supralegal cause of exoneration by individual unenforceability of the criminal law if (i) the situation factually represents an extreme motivational conflict, unbearable for the offender and (ii) if the action does not deserve an individual preventive evaluation because there is not a risk of reoffending. If both conditions are not given, the conscientious objection can at least sometimes mitigate guilt. By contrast, cases of criminal offences committed by conviction do not exclude criminal liability and guilt (except some extreme cases of complete insanity of the subject, eg a sect's follower that has being brainwashed), because in these cases there is not an intolerable motivational conflict for the offender and because the normative-preventive evaluation results to be absolutely negative.

Keywords:

Criminal offences in cases of acting in moral conscience, conscientious freedom, conscientious objection, conscientious conflicts, justification, exoneration or excuse, guilt mitigation, criminal offence committed by conviction.

Sumário: 1. El derecho a la actuación en conciencia y a la objeción de conciencia como causa de justificación. 1.1 Libertad de conciencia y derecho a la objeción de conciencia como emanaciones de la libertad ideológica, religiosa y de creencias del art. 16 CE. 1.2 Derechos de objeción de conciencia expresamente reconocidos en la Constitución o las leyes. 1.3 Otros casos de objeción de conciencia admisibles como derechos; sus límites. 1.4 Admisibilidad en principio de la objeción en las omisiones propias e inadmisibilidad en los delitos comisivos. 1.5 Supuestos omisivos y ponderación de intereses. Admisión de la objeción de conciencia a colaborar en el aborto. 1.6 Uso del derecho o protección del derecho. 2. Conflicto de conciencia como causa de exculpación. Delincuente por convicción. 2.1 El conflicto de conciencia no justificante como posible causa de inexigibilidad penal subjetiva. a) Conflicto motivacional insoportable como primer presupuesto fáctico de la exculpación. b) Valoración no negativa del conflicto motivacional como presupuesto normativo de la exculpación: no peligro de repetición. c) Atenuación de la culpabilidad si no concurre uno de ambos presupuestos. 2.2 El delincuente por convicción: no exculpación ni atenuación como regla. 3. Referencias.

1. El derecho a la actuación en conciencia y a la objeción de conciencia como causa de justificación

1.1. Libertad de conciencia y derecho a la objeción de conciencia como emanaciones de la libertad ideológica, religiosa y de creencias del art. 16 CE

El art. 16.1 CE (Constitución Española) reconoce como derecho fundamental y “garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto”, que según el 16.2 comprende también las “creencias”; de esas libertades deriva inmediatamente la libertad de conciencia, que puede ser no sólo conciencia religiosa o por motivos religiosos, sino de modo más amplio conciencia moral del individuo –conciencia como plasmación de sus creencias profundas– sobre los asuntos de orden ético o moral más básicos o elementales (sobre el bien y el mal, lo lícito y lo ilícito) y que por ello le conciernen y afectan en el núcleo de su conciencia como ser humano. De esta libertad de conciencia deriva a su vez, dentro de ciertos límites –los del propio art. 16.1 CE y los de la colisión con otros derechos o intereses constitucionales–, el derecho a la objeción

de conciencia³, es decir el derecho del ciudadano de objetar, negarse al cumplimiento de algunos deberes jurídicos, incluso jurídico-penales, cuando ello suponga un comportamiento totalmente inadmisibles para su conciencia moral, que por tanto le impone un deber moral contra-puesto de negarse a cumplir el deber jurídico general.

No se trata de un derecho general a la desobediencia, a negarse a cumplir mandatos jurídicos, lo que, como se señala frecuentemente, significaría la falta de obligatoriedad y vigencia del ordenamiento jurídico a discreción de los particulares⁴, sino de un derecho limitado a supuestos excepcionales muy concretos: en primer lugar limitado a los contados casos en que una regulación legal que imponga deberes pueda provocar auténticos conflictos de conciencia en algunos de los afectados, sean minoría o un grupo más numeroso, por implicar alguna consecuencia que pueda considerarse inmoral desde alguna perspectiva religiosa o de valoración ética (p.ej. si se considera que el deber puede suponer vulnerar el derecho a la vida como sucede con el deber de prestación del servicio militar o con el de colaboración del personal sanitario en la práctica de abortos permitidos), y en segundo lugar porque en los supuestos excepcionales de deberes que pueden provocar conflictos de conciencia sólo se admitirá jurídicamente un derecho a la objeción de conciencia como causa de justificación, o bien cuando esté expresamente recogido por la norma constitucional o una norma legal (lo que, aunque en el actual Derecho español es excepcional sería lo más deseable a efectos de seguridad jurídica), o bien como emanación directa del derecho fundamental a la libertad de conciencia del art. 16 CE si la actuación en conciencia no infringe los límites legales (el orden público marcado como límite en el art. 16.1 CE) y si en la ponderación de intereses se considera prevalente el respeto a la libertad de conciencia, pero no si se consideran preponderantes otros intereses jurídicos que se verían afectados por el

³ De la amplísima literatura existente sobre el tema cit. en la bibliografía cfr. especialmente Roxin, *Die Gewissentat als Strafbefreiungsgrund*, FS-Maihofer, 1988, 389 ss.; Tamarit, *La libertad ideológica en el DP*, 1989; Pérez del Valle, *Conciencia y DP*, 1994; Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en DP*, 2001; Jéricó Ojer, *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, 2007.

⁴ Esa es la razón por la que niegan que se pueda considerar un derecho y causa de justificación la actuación en conciencia y admiten sólo la exculpación o exclusión de la responsabilidad (penal) p.ej. Müller-Dietz, FS-Peters, 1974, 106 s.; Roxin, AT I, 4.^a 2006 [PG I, 1997], § 22/121.

ejercicio de la objeción de conciencia⁵. Cuando sea así, la conducta ya no está justificada, pero el conflicto de conciencia individual podrá atenuar o incluso excepcionalmente excluir la culpabilidad del sujeto.

La libertad de conciencia tiene tres facetas o niveles: libertad para tener unas ideas, creencias o convicciones u otras, en segundo lugar, libertad para manifestarlas, y finalmente libertad para comportarse de acuerdo con las mismas y para no ser obligado a contradecirlas, y es en esta última faceta o manifestación de la libertad de conciencia donde encaja el posible derecho a la objeción de conciencia⁶. Así reconocieron las primeras sentencias del TC al respecto, la STC 15/1982, de 23-4, sobre objeción al servicio militar y la STC 53/1985, de 11-4, sobre objeción de conciencia al aborto, el derecho a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad de conciencia derivada de la libertad ideológica y religiosa del art. 16 CE, si bien posteriormente diversas sentencias sobre la insumisión a la prestación social sustitutoria del servicio militar (STC 160 y 161/1987, de 27-10, 321/1994, de 28-11) se han preocupado por señalar que la objeción de conciencia tiene límites legales y que no hay un derecho general a la objeción de conciencia, que acabaría con el Derecho y el Estado mismo y han destacado que el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio tiene su base precisamente en su reconocimiento por la propia Constitución en su art. 30.2.

1.2. Derechos de objeción de conciencia expresamente reconocidos en la Constitución o las leyes

En efecto, existe un reconocimiento constitucional expreso del derecho de objeción de conciencia en dos supuestos: como derecho no fundamental en el citado art. 30.2 CE: “La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”, previsión que tenía vigencia práctica hasta que la DA 13.^a

⁵ Señala el carácter excepcional de la admisión de derechos de objeción de conciencia con un planteamiento similar, destacando lo excepcional de los conflictos de conciencia y los límites del derecho ante intereses preponderantes en conflicto, Flores Mendoza, La objeción de conciencia en DP, 2001, 116, 122 ss. Tb. Jericó, El conflicto de conciencia, 2007, 81 ss., 258 ss.

⁶ Así Tamarit, La libertad ideológica, 1989, 47 ss., 54 ss., 363 s.; Pérez del Valle, Conciencia y DP, 1994, 40 ss.; Flores Mendoza, La objeción de conciencia en DP, 2001, 114 s.

L 17/1999 dejó en suspenso desde 2003 la prestación del servicio militar ordinario (pues sigue vigente la posibilidad de movilización para la guerra), pero recuperaría esa vigencia en el caso teórico de que otra ley restableciera la prestación del servicio militar; y se recoge como derecho fundamental la cláusula de conciencia de los profesionales de la información en el art. 20.1 d), que al reconocer el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, añade. “La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia ... en el ejercicio de estas libertades”. Y fuera de la admisión constitucional expresa, finalmente ha habido un reconocimiento por la ley española del derecho a la objeción de conciencia al aborto tras años de laguna legislativa a diferencia del modelo habitual en Derecho comparado, a través de la regulación legal, aunque incompleta, de la objeción de conciencia a la práctica del aborto por el personal médico y sanitario en el art. 19.2 LO 2/2010, de 3-3. Dicho art. 19.2, 2º dispone: “Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito”. Tal admisión de la objeción de conciencia es ciertamente parcial y restringida, pues no se extiende al personal médico-sanitario que se niegue a dar información u otra ayuda indirecta a la práctica del aborto ni tampoco al personal farmacéutico en relación con la dispensación de medicamentos abortivos.

1.3. Otros casos de objeción de conciencia admisibles como derechos; sus límites

Un sector doctrinal considera que sólo son admisibles como derecho estos supuestos de reconocimiento expreso de la objeción de conciencia en la Constitución o por otras normas del ordenamiento jurídico⁷, y por eso lo rechazaba en el caso del aborto antes de 2010 cuando no existía la citada regulación legal, aunque incompleta, de la

⁷ Cfr. con amplias citas de doctrina (no penal) en este sentido Flores Mendoza, La objeción de conciencia en DP, 2001, 115 s. n. 23.

objeção de consciência a la práctica del aborto por el personal médico y sanitario. Sin embargo, parece preferible la posición que interpreta que esas son concreciones expresas y ejemplificativas del derecho más general a la objeción de conciencia, que se puede admitir como faceta de la libertad de conciencia, a su vez emanación del derecho fundamental de libertad ideológica, religiosa y de creencias reconocido en el art. 16 CE, siempre y cuando respete los límites del mismo.

Será admisible como derecho, además obviamente de los casos expresamente admitidos por la constitución o por la ley, en los supuestos en que tal objeción de conciencia al cumplimiento de algún concreto deber legal respete el límite explícito fijado por el propio art. 16.1 a la libertad ideológica, religiosa y de culto, o sea, el orden público legal (“sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”) y el conjunto de límites contenidos implícitamente en tal concepto, es decir el orden público entendido como orden del conjunto de valores básicos del ordenamiento constitucional y jurídico y del respeto a otros derechos y bienes jurídicos tan o más importantes. Así el art. 3.1 LO 7/1980 de Libertad Religiosa concreta en ese sentido el contenido del concepto de orden público protegido por la ley del art. 16.1 CE: “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección de los derechos de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en una sociedad democrática”. De este modo, en definitiva el concepto de orden público legal acaba marcando límites muy similares (solamente se subraya que valores jurídicos colectivos como la moralidad pública se consideran también intereses o bienes jurídicamente protegidos) a los que encuentra el ejercicio de otros derechos fundamentales aunque no se diga expresamente: el que entren en conflicto con otros derechos u otros bienes jurídicos tan o más valiosos.

En definitiva, la admisibilidad de concretos derechos de objeción de conciencia moral a determinados deberes requiere una ponderación de los intereses en conflicto y que el ejercicio de la objeción no vulnere intereses jurídicamente superiores o preponderantes (tal ponderación ya la ha efectuado la propia norma en los casos expresamente admitidos), lo que dependerá de las circunstancias de la concreta objeción, o sea de los intereses y bienes afectados o lesionados por la negativa al cum-

plimiento de cada clase de deber y sus consecuencias y repercusiones, sin que valga una única regla general⁸.

1.4. Admisibilidad en principio de la objeción en las omisiones propias e inadmisibilidad en los delitos comisivos

Con una excepción: la regla de que cabe discutir la admisibilidad de objeciones de conciencia que supongan el incumplimiento de mandatos o imperativos y sus correspondientes deberes, es decir que supongan la simple no realización de una actuación debida, una desobediencia a la norma que ordena una actividad, esto es una omisión propia, pero no es admisible plantear un derecho de objeción de conciencia para infringir prohibiciones de actuar lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos. Las omisiones propias, incluso las delictivas (la mayoría ni siquiera lo son), son hechos mucho menos graves que los correlativos delitos comisivos, pues sólo implican la no realización de actividades positivas de prestación o fomento, generalmente para ayudar, desarrollar o salvar bienes jurídicos necesitados o incluso en peligro o menoscabados, y por eso es posible entrar en una ponderación de si se considera preferente la salvaguarda de la libertad de conciencia que la mejora de situaciones mediante las prestaciones debidas. Pero los delitos comisivos, normalmente activos, excepcionalmente mediante omisiones impropias equivalentes, que infringen prohibiciones de actuar atacando bienes jurídicos seguros, que no estaban en peligro, son estructuralmente mucho más graves, especialmente si afectan a bienes jurídicos de gran o mediana importancia, pero lo son en todo caso, incluso aunque ataquen a bienes jurídicos de menor importancia, porque van a lesionar bienes jurídicos ajenos incólumes creando un cambio de situación absoluta-

⁸ Manteniendo la misma posición y desarrollándola ampliamente en los supuestos de deberes concretos Flores Mendoza, La objeción de conciencia en DP, 2001, 124 ss., 333 ss., donde trata los supuestos de las transfusiones de sangre, eutanasia y conexos, participación en el aborto, cumplimiento del servicio militar y prestación social sustitutoria, obligaciones tributarias, participación en mesas electorales, en tribunales e jurado y objeción de conciencia de jueces en el ejercicio de sus cargos. Igual posición de principio, amplia y profundamente desarrollada en *Jericó*, El conflicto de conciencia, 2007, 81 ss., 258-265. En cambio, Cuello Contreras, PG I, 3.ª, 2002, XI/311, dice que el derecho constitucional de libertad de conciencia puede actuar como causa de exclusión de la culpabilidad, “nunca de causa de justificación, ya que un bien tan subjetivo como la conciencia no admite ponderación, pese a su importancia con los restantes bienes del ordenamiento”, lo que no es cierto como hemos visto; y no menciona tampoco los casos de admisión legal expresa como derecho de objeción de conciencia.

mente negativo e indeseable, y ello, como hemos visto, forma ya parte integrante de la vulneración del orden público protegido por la ley; por eso no es posible que en una ponderación de intereses se considere preferible la tutela de una conciencia ya contraria al orden público legal antes que la no lesión de bienes jurídicos ajenos: no se puede admitir una conciencia moral que pretenda imponer un deber de agredir bienes jurídicos, o sea de infringir prohibiciones de lesionarlos. Por esta razón hay que rechazar un presunto derecho a la actuación en conciencia de los testigos de Jehová que por motivos religiosos de su interpretación de la prohibición de sangre pretenden impedir la transfusión sanguínea que el personal médico-sanitario tiene que practicar a su hijo menor para salvaguardar su vida o su salud, pues al hacerlo incurren mediante comisión por omisión en tentativa de lesiones o incluso homicidio del menor, no sólo porque tienen posición de garante respecto del mismo, sino por querer impedir un curso causal salvador del personal médico con el cual la vida e integridad del menor estará garantizada o en mucho menor peligro. Hay que destacar que incluso en supuestos de esta clase en que los miembros de esa confesión religiosa incurran por sus creencias sólo en una omisión de socorro, o sea en una omisión propia, ciertamente ya estamos ante un supuesto de los que sí admiten la ponderación, pero al estar en juego el salvamento de la vida o integridad, se puede considerar que en la ponderación ese interés es superior al de garantizar la libertad de conciencia. Otra cosa es que el conflicto de conciencia afecte a la culpabilidad del sujeto por el acto antijurídico y que en caso extremo pueda incluso excluirla.

1.5. Supuestos omisivos y ponderación de intereses. Admisión de la objeción de conciencia a colaborar en el aborto

En los demás supuestos en que la actuación de conciencia implica sólo el incumplimiento de un mandato o deber positivo de actuación, ya puede entrarse en la ponderación de intereses.

Hay algunos supuestos como la objeción de conciencia del personal médico y sanitario y farmacéutico a participar o colaborar en la práctica del aborto en que, no sólo en los limitados supuestos citados en que finalmente ha sido admitida por la ley española en 2010 (art. 19.2 LO 2/2010): *v. supra* I 2, como en otras legislaciones, sino ya antes de esa regulación y en general en los supuestos no incluidos en la misma, parece especialmente claro que la ponderación de intereses resulta favorable a la admisión de la objeción de conciencia (lo que explica

que haya sido reconocida como derecho con base constitucional por sentencias y resoluciones del TC, TS y otros tribunales⁹): por una parte ya es dudosa la clase de tipicidad en que pueda encajar la negativa a practicar o participar en un aborto autorizado (o por los plazos o por determinadas indicaciones), ya que, fuera de los casos extremos de grave peligro para la vida o la salud psíquica de la embarazada, en los que la negativa sí podrá constituir omisión de socorro en la forma específica de la denegación de asistencia sanitaria del art. 196, en el resto de los casos de aborto permitido la negativa a prestarlo no encaja en el art. 196, tampoco en la discriminación del 511 porque la denegación de prestación no se hace por los motivos discriminatorios previstos en el mismo, y es muy dudoso que constituya impedimento del ejercicio de derechos cívicos por funcionario (el personal de la sanidad pública) del art. 542 CP español, dado que es muy discutible considerar un derecho cívico –los de carácter político– el derecho al aborto permitido y dado que la negativa a su práctica dificulta pero no impide el ejercicio del derecho, por lo cual tal negativa del personal de la sanidad pública, si

⁹ STC 53/1985, 11-4, FJ 14, lo reconoce como derecho fundamental como concreción de la libertad ideológica del art. 16.1 CE; 161/1987, 27-2, FJ 3, lo considera un derecho constitucional relacionado con la libertad religiosa e ideológica. Y en desarrollo de esa declaración la STC 53/2015 en todos sus FJ y en el fallo declara (ciertamente con votos particulares contrarios) que un farmacéutico que fue sancionado por la Delegación provincial de Salud de Sevilla por no disponer ni dispensar en su establecimiento el fármaco con el principio activo levonorgestrel 0'750 mg., o sea la llamada píldora del día después, pese a invocar que se oponía a disponer de ese fármaco abortivo por razones de conciencia, fue “vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE)” y anuló la resolución sancionadora. Tb. la STS (sala 3ª) 2505/2005, 23-4, considera la objeción de conciencia de los profesionales farmacéuticos y sanitarios a la prescripción y dispensación de determinados fármacos derecho fundamental derivado del art. 16.1 e.r.c los arts. 10 y 15 CE; derecho que además está reconocido en la legislación de ordenación farmacéutica de algunas Comunidades autónomas: art. 5.10 L 8/1998, de 16-6, de La Rioja; art. 6 L 5/1999, de 21-5, de Galicia; art. 17.1 L 5/2005, de 27-6, de Castilla-La Mancha. Tb. el ATSJ Andalucía, Sala Cont-Administrativo Málaga, 28-12-2011, FJ 3.º, al admitir una suspensión cautelar de una resolución de la autoridad sanitaria negando por no encajar en el supuesto legal del art. 19.2 LO 2/2010, el derecho de objeción de conciencia de un médico a derivar a una paciente a un centro autorizado para practicar el aborto, parte de la ponderación de intereses entre el derecho de la mujer a la interrupción del embarazo dentro de los límites legales y “el derecho a la objeción de conciencia del facultativo”, que reconoce más allá del supuesto legalmente regulado.

es más que una infracción disciplinaria, más bien podría encajar en la denegación de auxilio por funcionario requerido por la autoridad para un servicio público tipificada en el art. 412. En cualquier caso, la gravedad del hecho es de entrada menor. Y en la otra parte de la ponderación de intereses, en el otro platillo de la balanza, está no sólo el derecho a la actuación en conciencia del personal médico y sanitario, sino por una parte que es especialmente grave el impedimento moral a colaborar con la mujer en la interrupción de su embarazo, ya que se trata de destruir una vida humana ciertamente no independiente y en formación pero humana y de un ser absolutamente indefenso, y el hecho de que la mayoría de los médicos y sanitarios consideran que su misión es salvar vidas, no destruirlas, como consta en el antiquísimo juramento hipocrático que prestan, que prohíbe expresamente la práctica de abortos, lo que explica que la objeción de conciencia en este caso se produzca no ya entre parte del personal médico y sanitario, sino de modo absolutamente mayoritario con independencia de que profesen o no creencias religiosas; y por otra parte está el dato de que la negativa de los objetores en la sanidad pública (en la privada obviamente no se plantea que se les pudiera obligar) ciertamente no facilita, dificulta la práctica de los abortos permitidos, pero no los obstaculiza gravemente ni los impide en absoluto, ya que existen médicos y sanitarios que sí están dispuestos a realizarlos tanto en la sanidad pública como sobre todo en la privada.

En los supuestos de incumplimiento de otros deberes de actuación hay que efectuar la ponderación de los correspondientes intereses en conflicto en cada grupo de casos según la entidad y circunstancias de cada deber incumplido y de la correspondiente conducta de objeción para decidir si es o no admisible un derecho a la objeción de conciencia en casos como la negativa de alguna confesión religiosa a participar en mesas electorales, la objeción fiscal por no querer el sujeto que una parte de sus impuestos se destinen a gastos militares que repugnan su conciencia (donde ciertamente cabría la solución alternativa de que cumpla su obligación fiscal, pero dedicando la totalidad del pago a otros fines), la objeción a tener que juzgar a otros participando en un tribunal del jurado, la negativa de jueces o funcionarios a cumplir algunas obligaciones que van contra su conciencia, como se plantea recientemente con la autorización de matrimonios homosexuales, etc.; ponderación concreta en la que aquí no es posible entrar. Ahora bien,

aunque en determinados supuestos no se admita un derecho a la objeción de conciencia, puede suceder a veces que ya antes del examen de la culpabilidad pueda producirse la exclusión de la tipicidad penal en casos de insignificancia o tolerancia social del ilícito extrapenal, pero subsistirán las sanciones administrativas en su caso.

1.6. Uso del derecho o protección del derecho

En los casos de derecho a la objeción de conciencia hay una peculiaridad en lo que respecta a su diferencia con la legítima defensa y el estado de necesidad, porque están en el límite entre el uso del derecho y su protección frente a ataques y peligros. En efecto, quien tiene un derecho a la actuación en conciencia, por una parte se limita a usarlo al no llevar a cabo la actuación que repugna a su conciencia; pero por otra parte es cierto que está reaccionando contra un deber general de llevar a cabo esa actuación que en principio pretende imponer a todos el ordenamiento, y que en el caso concreto pueden también la administración o entidades pretender imponerle por la fuerza o con amenaza de sanciones, hasta que consiga el reconocimiento judicial de que en caso de objeción de conciencia el ordenamiento le permite excepcionalmente no cumplir tal deber.

2. Conflicto de conciencia como causa de exculpación. Delincuente por convicción

2.1. El conflicto de conciencia no justificante como posible causa de inexigibilidad penal subjetiva

La posible exculpación, total o al menos parcial, en caso de conflicto de conciencia se plantea obviamente en los casos en que la actuación en conciencia o la objeción de conciencia no está justificada por ejercicio del derecho de libertad de conciencia, incluida en el derecho fundamental de libertad ideológica, religiosa y de culto o de creencias del art. 16. 1 y 2 CE, bien por recoger y desarrollar una regulación legal la correspondiente faceta de la objeción de conciencia o bien por derivarse de dicho derecho fundamental constitucional y de sus principios inspiradores¹⁰: v. *supra* I 1-5. Como ya vimos, *supra* I 4-5, fuera de los casos legalmente admitidos, no están justificadas las actuaciones en

¹⁰ Cfr. Luzón Peña, Die Berufung auf das Gewissen im spanischen Recht, FS f. Imme Roxin, 2012, 757 ss.; Lecciones DP, PG, 3.^a, 2016, 25/30-39.

conciencia en los delitos comisivos, es decir, infringiendo deberes de abstención, y en las infracciones de deberes de actuación de los delitos omisivos aquellas en las que en la ponderación de intereses pese más el interés en la realización de la actuación exigida que la salvaguarda de la libertad de conciencia¹¹, en cualquiera de cuyos supuestos la actuación, por mucho que sea por poderosos motivos de conciencia para el sujeto, es antijurídica, sigue estando prohibida¹².

Pues bien en tales casos un conflicto de conciencia puede, si es extremo y en determinadas circunstancias adicionales que lo hagan normativamente comprensible, exculpar, disculpar la conducta por inexigibilidad penal subjetiva como concreta causa de exculpación suprallegal basada en el principio de inexigibilidad penal individual o si se prefiere analógica con las causas de exculpación legalmente admitidas; y si no hay un conflicto extremo, sino que las razones de conciencia ejercen solamente una considerable presión motivacional al sujeto para no respetar la norma, o si aun con conflicto extremo las circunstancias concurrentes no hacen normativamente comprensible tal conflicto, solamente habrá exigibilidad penal individual disminuida y por ello sólo exculpación parcial¹³:

a) Conflicto motivacional insoportable como primer presupuesto fáctico de la exculpación

Las razones de conciencia le pueden crear tal conflicto interno (psíquico, motivacional) al sujeto con la presión que también supone la prohibición (o mandato) penal, que —en el plano fáctico— resulte total o prácticamente anulada su accesibilidad normativa, es decir, suprimida o gravísimamente coartada la posibilidad de determinarse o motivarse por la norma jurídica ante la presión insalvable de la norma ética individual de su conciencia¹⁴.

¹¹ Cfr. Luzón Peña, Lecciones PG, 3.ª, 2016, 25/36–39; FS-Im. Roxin, 2012, 760 ss.

¹² Realmente hay que precisar que el recurso a la exculpación se planteará si tampoco se trata de supuestos en que ya se excluya la tipicidad penal por insignificancia o tolerancia social, en cuyo caso la actuación en conciencia es antijurídica, pero no está penalmente prohibida: v. *supra* I 5.

¹³ Básicamente coincidente con este planteamiento, aunque lo desarrolla de forma distinta en los requisitos y detalles, Jericó, El conflicto de conciencia 2007, 437 s., 423 ss., 395ss., considerando que lo normal es que el conflicto de conciencia sólo disminuya la exigibilidad subjetiva y por tanto sólo atenúe y que será excepcional que exculpe por total inexigibilidad subjetiva, sobre todo por miedo insuperable.

¹⁴ En cambio, en la doc. alemana moderna es mayoritaria la posición de considerar que la actuación por conciencia produce por la presión motivacional una importante restricción, pero no una supresión de la capacidad de determinación, lo que puede conducir

Esta situación *fáctica de conflicto motivacional extremo*, o sea, insoportable para el sujeto es, como ya hemos visto, el *primer presupuesto para poder apreciar una situación de inexigibilidad penal subjetiva*¹⁵. Y hay que reconocer que fácticamente ese conflicto de conciencia extremo, subjetivamente insoportable, es mucho más fácil que se produzca si se comete la conducta delictiva por un conflicto de conciencia religiosa que sólo por razones de conciencia ética sin motivación religiosa; pues en este segundo caso será más infrecuente que las razones de conciencia ética para oponerse a la norma jurídica le creen al sujeto, no ya una presión (que desde luego disminuirá la posibilidad normal de determinación por la norma), sino un conflicto de conciencia absoluto y psíquicamente insoportable, mientras si es la convicción religiosa la que le impone al sujeto un gravísimo deber moral de conciencia, entonces se le produce al sujeto una colisión insuperable con el deber jurídico contrapuesto que no admite lo que le ordena el deber religioso, por lo que, si cumpliera el deber jurídico estaría desobedeciendo un mandato moral-religioso para él mucho más importante y prevalente y pecando gravemente, pudiendo incluso condenarse: así p. ej. cuando los testigos de Jehová pretenden, por su peculiar interpretación de la prohibición divina de trato con sangre, negar a sus hijos menores la transfusión sanguínea o de plasma aun a riesgo de muerte o lesiones graves –conducta típica de homicidio o lesiones, al menos en tentativa si finalmente los padres no logran imponer su criterio y los médicos hacen la transfusión al menor–; o si el miembro de una confesión religiosa que incluye una prohibición absoluta y sin excepciones de llevar a cabo cualquier actividad, salvo la de culto, en el día de descanso semanal, por esa razón de obediencia a los mandatos de su religión se niega a llevar a cabo una actividad de salvamento o conducción urgente hasta un centro sanitario a un enfermo, herido o accidentado muy grave que de pronto encuentra desamparado y desvalido, lo que constituye una omisión de socorro.

b) Valoración no negativa del conflicto motivacional como presupuesto normativo de la exculpación: no peligro de repetición

Pero la apreciación de tal inexigibilidad penal subjetiva y consiguiente *exculpación requiere además*, como también sabemos, que *la valoración*

en algún caso pese a todo a exculpación en paralelismo con el estado de necesidad disculpante: cfr. la exposición de Roxin, AT I, 4.^a 2006 [PG I, 1997], § 22/125 ss.

¹⁵ Tal como lo formulo en otro lugar (Luzón Peña, Lecciones PG, 2.^a, 2012, 28/23 s.), tal situación fáctica constituye el primer presupuesto en general, y no sólo en el conflicto de conciencia, de las causas de exculpación por inexigibilidad (penal) individual.

*normativa no se oponga a ello*¹⁶. En el caso del conflicto insoportable de conciencia, aunque dé lugar a cometer un hecho típicamente antijurídico, de todos modos la motivación coincide con algo que la Constitución valora positivamente como es la libertad religiosa, la de conciencia (ética) y la de creencias, religiosas o no religiosas (aunque a continuación marca los límites del respeto a otros derechos, a la ley y al orden público, y por eso precisamente la actuación en conciencia que transgrede esos límites es antijurídica), por lo que en principio la valoración normativa de la motivación de conciencia no es claramente negativa incluso ante el exceso. Sin embargo, hace falta algo más para que normativamente la valoración de la actuación sea la de que jurídicopenalmente es entendible, comprensible y por tanto disculpable: que se dé el dato adicional de que *esa actuación en conciencia no implique peligro de repetición reiterada y por ello no resulte penalmente intolerable desde el punto de vista preventivo*¹⁷ (el criterio normativo en este supuesto coincide, como se ve, con el criterio de Roxin de excluir la ‘responsabilidad’ cuando la punición no es necesaria a efectos de prevención general ni especial¹⁸). Así, en el caso del conflicto de conciencia para el testigo de Jehová que se opone a la trasfusión al hijo menor en peligro normalmente se trata de una situación excepcional para el menor y muy difícilmente repetible, por lo que puede darse la exculpación (aunque esa solución ciertamente sería más discutible si se produjera el caso por segunda vez); en cambio, en el ejemplo del conflicto total para aquél cuya religión no le permite realizar en el día de descanso semanal ninguna actividad, ni siquiera de socorrer a enfermos o accidentados que lo precisen, esa situación se puede producir con más frecuencia y cada semana tendrá posibilidad de que le surja un conflicto así, por lo que hay claro peligro de repetición y la valoración penal preventiva se opone a la exculpación¹⁹.

¹⁶ Cfr. Luzón Peña, Lecciones, PG, 2.ª, 2012, 28/23 ss.: esa valoración normativa no negativa es un segundo presupuesto en general, y no sólo aquí, en las causas de exculpación por inexigibilidad (penal) individual.

¹⁷ Así Luzón Peña, Lecciones, PG, 2.ª, 2012, 28/62.

¹⁸ Y en efecto, Roxin, AT I, 4.ª 2006 [PG I, 1997], § 22/122 ss., aplica el criterio de la falta de necesidades preventivas para considerar la actuación en conciencia el equivalente a una causa de exculpación, o sea en su terminología, una causa de exclusión de la responsabilidad; pero no hace la distinción aquí defendida entre que haya o no peligro de repetición.

¹⁹ Por citar un último ejemplo, en el caso de la la objeción fiscal por no querer el sujeto que una parte de sus impuestos se destinen a gastos militares que repugnan su conciencia (cit. *supra* I 5; cfr. Luzón, FS-Im. Roxin, 2012, 762; Lecciones PG, 2.ª,

c) *Atenuación de la culpabilidad si no concurre uno de ambos presupuestos*

En los *casos en que no se dé el doble requisito*, porque falle el fáctico de la insoportabilidad de un conflicto de conciencia extremo e irresoluble subjetivamente, sino que haya conflicto pero no extremo o insoportable o haya presión de la conciencia pero sin auténtico conflicto, o porque haya un conflicto subjetivamente insoportable pero normativamente haya una valoración negativa a efectos preventivos por el peligro de repetición frecuente de ese conflicto y por ello de la conducta antijurídica, entonces no habrá plena exculpación, pero la actuación en conciencia debe apreciarse como **atenuación de la culpabilidad** por la considerable disminución de la normal capacidad de motivación y la consiguiente dificultad para la exigibilidad penal subjetiva²⁰. Al no ser el conflicto de conciencia exculpante una eximente legalmente incluida en el art. 20, no se puede apreciar como eximente incompleta del art. 21, 1.ª, pero sí se puede considerar según el art. 21, 7.ª como atenuante analógica a la eximente incompleta de miedo superable, a las de semiimputabilidad, o a otras atenuantes de la culpabilidad del art. 21, y según su intensidad podrá considerarse además como atenuante muy cualificada conforme al art. 66.1, 2.ª CP español.²¹

2012, 25/39), probablemente no hay un conflicto absoluto y extremo de conciencia, pero si lo hubiera, existe un altísimo peligro, casi seguridad (a no ser que cambie de criterio), de repetición cada vez que anualmente el sujeto tiene que tributar, por lo que no cabe la exculpación.

²⁰ Así Luzón Peña, Lecciones, PG, 2.ª, 2012, 28/63.

²¹ Y en Derecho alemán, en cuyo precepto sobre determinación de la pena, el § 46, en el ap. 1, inciso 1 se indica entre los diversos criterios a tener en consideración los motivos y fines del sujeto (así lo destaca como punto de partida para tener en cuenta el conflicto de conciencia Rönnau, LK, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/373), esa disminución de la capacidad de motivación y la valoración positiva de la libertad e conciencia pueden dar lugar a un trato favorable, como atenuante en la medición de la pena: así Son, Die Problematik der Bestrafung des Gewissenstäter, 1989, 191 ss.; Höcker, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, 2000, 99; Rönnau, LK, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/374 s.; tb. Rudolphi, FS-Welzel, 1974, 630, le aplica al hecho por conflicto de conciencia una doble disminución de la culpabilidad, con efecto incluso exculpante; Roxin, AT I, 4. 2006, § 22/129, afirma tb. que la “admisión de un dificultamiento de la motivación con disminución de la culpabilidad seguro que es correcta”, pero pone en duda que con carácter general se deba llegar más lejos de la atenuación. E incluso se puede sostener (así Hirsch, Strafrecht und Überzeugungstäter, 1996, 26; Rönnau, LK, 12.ª, II, 2006, antes del § 32/374) que cabe la aplicación por analogía del § 49 que permite una atenuación de la pena por debajo del marco penal típico. Cfr. sobre todo lo anterior Luzón Peña, FS-Wolter, 2013, I.3.

2.2. El delincuente por convicción: no exculpación ni atenuación como regla

El caso del delincuente por convicción presenta otros caracteres. La doctrina dominante opina con razón que, por mucho que se dé esa situación, el simple hecho de que un sujeto cometa un delito por convicción de que no tiene que respetar la norma penal no puede exculparle en absoluto si no tiene un conflicto profundo de su conciencia. Se trata de un sujeto que conoce la prohibición por la norma y consiguiente antijuridicidad, incluso penal, de su conducta, pero consciente y voluntariamente no cumple la prohibición porque ya internamente no la respeta, no comparte su fundamento, la valoración negativa en que se basa, sino que está convencido de lo contrario, de que es correcto actuar así y cometer un delito o delitos incluso graves para conseguir los fines pretendidos por una determinada ideología opuesta y enfrentada con las normas jurídicas vigentes; normalmente y salvo casos extremos (p.ej. de fanatismo político, religioso o ideológico) no está para nada en un conflicto insalvable para su conciencia ética que le produzca una presión motivacional subjetivamente insoportable, sino en una situación psicológica de rechazo y desprecio a las normas vigentes, incluso penales, y convencido de que puede o hasta debe vulnerarlas para conseguir o imponer sus convicciones y fines, opuestos a las normas²²: Así sucede en los casos de terroristas, ciertos miembros de sectas religiosas criminales, fanáticos, grupos antisistema violentos, mafias y bandas criminales organizadas, etc. En primer lugar, psicológica y fácticamente sí existe accesibilidad a la norma, tanto posibilidad de conocimiento y comprensión de la misma, como motivabilidad o determinabilidad por la amenaza de la norma penal: el delincuente por convicción, por mucho que lo sea, normalmente sí es intimidable, susceptible de sentir temor ante la amenaza de cumplimiento de la pena, especialmente si es dura, y por eso procura evitar ser capturado y castigado. Ciertamente no es

²² Así tb. Jericó, *El conflicto de conciencia*, 2007, 76 s. Distingue por esos mismos motivos y con las mismas consecuencias entre actuación en conciencia, en la que puede no haber responsabilidad, y delito por convicción que sí es punible, salvo alguna consideración en la medición de la pena, Roxin, *AT I*, 4.ª 2006 [PG I, 1997], § 22/100 ss., 103. Pero tb. es frecuente en la doctrina utilizar a veces el término de delito o delincuente por convicción incluyendo en el mismo las actuaciones en conciencia (aunque luego lo más frecuente es propugnar un trato más favorable para la actuación por motivos de conciencia): cfr. Cerezo, *Curso III*, 2001, 35 ss.; PG, 2008, 751 ss., con amplias indicaciones bibliográficas.

normalmente accesible, o sólo muy insuficientemente, a la otra faceta de la prevención general, la denominada positiva, o de convicción y respeto a la norma, precisamente por no compartir sus valores sino otros opuestos; pero ello no es decisivo, pues no es suficiente para excluir la determinabilidad o motivabilidad por la norma penal. Excepcionalmente puede un fanático completo como un terrorista suicida no sentir miedo a la pena, es decir no ser intimidable, porque ya va buscando su propia muerte que no le atemoriza o que incluso desea por ideales patrióticos –guerrilleros imitadores de los kamikazes japoneses– o por convicción religiosa de un premio en la otra vida. No obstante, esta situación debe relativizarse en muchos casos, ya que el terrorista suicida puede no temer ser matado por policías o soldados durante su acción, pero sí temer ser capturado vivo y sufrir una pena de prisión perpetua o muy larga y dura.

Pero es que en segundo lugar, en todos los supuestos de delincuencia por convicción, incluso en ese caso excepcional de no intimidabilidad, consideraciones normativas se oponen aquí frontalmente a la exculpación e incluso a la atenuación de la culpabilidad. Desde el punto de vista normativo jurídico-penal la actuación y motivación de los delincuentes por convicción merecen tanto a efectos preventivos como de justicia, no ya una valoración negativa, sino la valoración más negativa posible por tratarse de actos y actitudes peligrosísimas y de enfrentamiento total con el ordenamiento jurídico; por consiguiente, no pueden merecer comprensión, entendimiento ni la menor disculpa. Solamente en casos totalmente extremos y excepcionales la situación psicológica de fanatismo de un peligroso delincuente por convicción puede ser tan anormal y debida p. ej. a un auténtico lavado de cerebro que el sujeto llegue a estar en una situación de plena anomalía psíquica o de alteración o trastorno mental transitorio. En tal caso sí se excluiría su culpabilidad por inimputabilidad, pero por su peligrosidad se le aplicarían las medidas de seguridad de los arts. 101 y 105 ss. CP español.

Referencias

ABELLÁN/ANTEQUERA/GARCÍA/LARIOS/MARTÍN SÁNCHEZ/SÁNCHEZ CARO, *Libertad de conciencia y Salud*. Guía de casos prácticos, Granada, Comares, 2008.

BARATTA, *Antinomie Giuridiche e Conflitti di Coscienza*, Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale, Milano, Giuffrè, 1963.

- BAUCELLS I LLADÓS, *La delincuencia por convicción*, Valencia, Tirant, 2000.
- BOCKELMANN, *Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern*, FS-Welzel, 1974, 543 ss.
- BOPP, *Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, Karlsruhe, Müller, 1974; v.
- BURSKI, *Die Zeugen Jehovas, die Gewissensfreiheit un das Strafrecht*, Freiburg, A.L. Univ. Freiburg, 1970.
- CEREZO MIR, *Curso de DP español*, PG, III, Madrid, Tecnos, 2001, 35 ss.
- _____. *Derecho Penal*, PG, Buenos Aires–Montevideo, B de F, 2008, 751 ss.
- COLETTI, *L'obiezione di coscienza*, Milano, Feltrinelli, 1973.
- CORCOY BIDASOLO, Problemas jurídico-penales de la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias, en: CASADO (comp.), *Estudios de Bioética y D.º*, Valencia, Tirant, 2000, 65 ss.
- CUELLO CONTRERAS, *El D.Penal español*, PG I, 3.ª, Madrid, Dykinson, 2002, XI/311 ss.
- EBERT, *Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975.
- ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia en la CE*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- FIGUEIREDO DIAS, Dos factos de convicção aos factos de consciência: uma consideração jurídico-penal, en *Ab Vno ad Omnes- 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, 664 ss.
- _____. *Gewissensfreiheit und Schuldausschluss*, FS-Roxin, 2001, 531 ss.
- _____. *Direito Penal*, PG, I, 2.ª, 2007, Coimbra, Coimbra Editora, 652 ss.
- FLORES MENDOZA, *La objeción de conciencia en DP*, pról. Romeo Casabona, Granada, Comares, 2001
- FRISCH, *Gewissenstaten und Strafrecht*, FS-Fr.-C. Schroeder, 2006, 11 ss.
- _____. *Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht*, FG-Roxin: GA 2006-5, 273 ss.
- GARCÍA ARÁN, Objeción de conciencia del médico en relación a la interrupción voluntaria del embarazo, en: *El aborto: Un tema para debate*, Madrid, Fundac. Investigaciones Marxistas, 1982, 117 ss.

_____. *La objeción de conciencia en la interrupción voluntaria del embarazo: tres ejemplos de D.º extranjero*, RJCat 1987, 253 ss.

GARCÍA HERRERA, *La objeción de conciencia en materia de aborto*, Vitoria, Gob.Vasco, Dpto. Sanidad, 1991.

GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al D.º y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

GAUPP, *Der Überzeugungsverbrecher*, MschKrim 17 1926, 394 ss.

GÖDAN, *Die Rechtsfigur des Überzeugungstäters*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975.

GÓMEZ BENÍTEZ, Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia, en: Peces Barba (dir.), *Ley y conciencia*, Univ. Carlos III, Madrid 1993, 71 ss.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la objeción de conciencia y los tratamientos médicos, *RDPol* 42, 1996, 55 ss.

GREFFENIUS, *Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot*, Hamburg, Kriminalistik, 1969.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa al tratamiento jurídico de la objeción de conciencia*, 1995.

GUITARTE/ESCRIVÁ (eds.), *La objeción de conciencia*. Actas del VI Congreso Internacional de D.º Eclesiástico del Estado, Valencia, Generalitat Valenciana/CGPJ, 1993.

HEINITZ, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, ZStW 78 1966, 615 ss.

HERDEGEN, *Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts*, Berlin, Springer, 1989.

HIRSCH, *Strafrecht und Überzeugungstäter*, Berlin, New York, de Gruyter, 1996.

HÖCKER, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und seine Auswirkungen im Strafrecht*, tesis doct. Univ. Köln 1999, 2000.

HOFMANN, *Die Fälle des Affekttäters, des abgestumpften Gewohnheitsverbrechers und des Überzeugungstäters*, tesis Univ. Frankfurt, 1970.

JERICÓ OJER, *El conflicto de conciencia ante el DP*, pról. Díaz y García Conlledo, Madrid, La Ley, 2007.

JESCHECK, *Das Gewissen und die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, Rev. Jur. Buenos Aires 1959, 24 ss.

KAUFMANN, ARTHUR, *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, Heidelberg, Müller, 1990.

- KRAUSHAAR, *Das Gewissen im Strafrecht und die Konsequenzen für die Begriffe der Rechtsnorm und der Rechtswidrigkeit sowie die Regelung des etc.*, GA 1959, 325 ss.
- LANDROVE, *Objeción de conciencia, insumisión y DP*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- _____. *La represión de los insumisos*, Barcelona, EUB, 1995.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia*, Madrid, Civitas, 2002.
- LUHMANN, *Die Gewissensfreiheit und das Gewissen*, AöR 1965, 257 ss.
- LUZÓN PEÑA, *Die Berufung auf das Gewissen im spanischen Recht*, FS-Imme Roxin, 2012, 757 ss.
- _____. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 2.^a / 3.^a, Valencia, Tirant, 2012 /2016, 25/30 ss., 28/60 ss., 28/20 ss.
- _____. *Handeln aus Gewissensgründen als Entschuldigungsgrund im vergleich zur Strafbarkeit der Überzeugungstat*, FS-Wolter, 2013, 431 ss.
- MARTÍNEZ ALARCÓN/LÓPEZ ALARCÓN (eds.), *La objeción de conciencia en D.º español e italiano*, Univ. Murcia, 1990.
- MARTÍNEZ TORRÓN (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la jurisprudencia constitucional*, Granada, Comares, 1998.
- MÉJICA GARCÍA, *Sobre la objeción médica en materia de aborto* (Nota a la SAT Oviedo 29-6-1988), APen 1988, 2357 ss.
- MOCK, *Gewissen und Gewissensfreiheit*, Berlin, Duncker&Humblot, 1983.
- MÜLLER-DIETZ, *Gewissensfreiheit und Strafrecht*, FS-Peters, 1974, 91 ss.
- MUÑOZ CONDE, El principio de culpabilidad, en: *III Jornadas de Profs. de DP*, Univ. Santiago Compostela, 1975, 219 ss.
- _____. *Über den materiellen Schuldbegriff*, GA 1978, 65 ss.
- _____. *La objeción de conciencia en DP*, en LH-Roxin (Barcelona), 1997, 279 ss.= NDP A/1996, 87 ss.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, PG, Valencia, Tirant, 9.^a, 2015, 421 ss.
- NAGLER, *Der Überzeugungsverbrecher*, GS 94 1927, 48 ss.
- NAVARRO VALLS, *La objeción de conciencia al aborto: D.º comparado y D.º español*, ADEE 1986-2, 257 ss.
- _____. *La objeción de conciencia a tratamientos médicos*, *Cuadernos de Bioética* 13, 1993, 58 ss.

_____. La objeción de conciencia al aborto, *CDJ* 1996-1 (Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado), 41 ss.

_____. La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo, *Revista General de D.º Canónico y D.º Eclesiástico del Estado*, 9, 2005; tb. en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 53, 2005, 259 ss.

NAVARRO VALLS/MARTÍNEZ TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en el D.º español y comparado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

_____. *Conflictos entre conciencia y ley*. Las objeciones de conciencia, Madrid, Iustel 2011.

NOLL, *Der Überzeugungstäter im Strafrecht*, *ZStW* 78 1966, 638 ss.

PALAZZO, Obiezione di coscienza, *EncDir* 19 1979, 539 ss.

PALOMINO, *Las objeciones de conciencia*. Conflictos entre conciencia y ley en el D.º norteamericano, Madrid, Montecorvo, 1994.

PALMA, M.F., Crimes de terrorismo e culpa penal, en *Liber Discipulorum para J. de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, 235 ss.

PECES BARBA (dir.), *Ley y conciencia*. Moral legalizada y moral crítica, Univ. Carlos III, Madrid 1993.

PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia y DP*. Límites a la eficacia del DP en comportamientos de conciencia, Granada, Comares, 1994.

_____. *La discusión actual sobre la delincuencia por convicción*, *CPC* 2000, 373 ss.

PERIS RIERA, Precisiones en torno al régimen penal y disciplinario de la objeción de conciencia, *PJ* 22, 1991, 65 ss.

PERRONE (coord.), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza*. I conflitti degli ordinamenti, Milano, 1992.

PETERS, Bemerkungen zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Wehersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, *JZ* 1966, 457 ss.

_____. *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*, FS-H. Mayer, 1966, 257 ss.

_____. *Abschließende Bemerkungen zu den Zeugen-Jehovas-Prozessen*, FS-Engisch, 1969, 468.

QUINTANO RIPOLLÉS, *La objeción de conciencia ante el DP*, LH-Pereda, 1965, 607 ss.

RADBRUCH, *Der Überzeugungsvbrecher*, *ZStW* 44 1924, 34 ss.

RADTKE, *Überlegungen zum Verhältnis von "zivilem Ungehorsam" zur "Gewissenstat"*, GA 2000, 19 ss.

RANFT, *Hilfspflicht und Glaubensfreiheit in strafrechtlicher Sicht*, FS-Schwinge, 1973, 111 ss.

ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, C.E.R. Areces, 1994, 131 ss.

_____. El derecho a la objeción de conciencia, en: *Héctor Gros Espiell amicorum liber, Persona humana y D.º internacional*, Bruselas, Bruylant, 1997, 1307 ss.

_____. *Objeción de conciencia y aborto*. Propuestas, LH-Casabó II, 1997, 737 ss.

_____. ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor), *RDPCr* 2 1998, 327 ss.

_____. *Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el DP*, LH-Valle, 2001, 1769 ss.

RÖNNAU, LK, 22.ª, II, 2006, antes del § 32/360 ss.

ROXIN, *"Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien*, FS-Henkel, 1974, 171 ss. (195 ss.)

_____. "Culpabilidad" y "responsabilidad" como categorías sistemáticas jurídicopenales, en *Problemas básicos del DP* (trad. Luzón Peña), Madrid, Reus, 1976, 200 ss. (223 ss.)

_____. *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, FS-Maihofer, 1988, 389 ss.

_____. *Strafrecht*, AT I, 4.ª, München, Beck, 2006 [Derecho penal, PG I, trad. de Luzón, Díaz y de Vicente, Madrid, Civitas, 1997], § 22/100 ss.

RUDOLPHI, *Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht*, FS-Welzel, 1974, 605 ss.

RUIZ MIGUEL, *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid, Centro Estudios Constitucionales, 1990.

SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, StGB, 28.ª, 2010, antes del § 32/118 ss.

SIEIRA MUCIENTES, *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, Dykinson, 2000.

SILVA DIAS, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Coimbra, Almedina, 1986.

SON, *Die Problematik der Bestrafung des Gewissenstäter nach dem geltenden Recht*, tesis doct. Bonn, 1989.

SPROB, *Die Unrechts- und Strafbegründung bei dem Überzeugungs- und Gewissenstäter*, Baden-Baden, Nomos, 1992.

TAMARIT SUMALLA, *La libertad ideológica en el DP* (pról. Quintero), Barcelona, PPU, 1989.

_____. La objeción de conciencia en DP, *CJ* (Cuadernos Jurídicos, Barcelona), 22, 1994, 34 ss.

_____. Libertad de conciencia y responsabilidad penal: Relevancia de los motivos de conciencia en la valoración de la antijuridicidad y la culpabilidad, en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, 1 2001, 383 ss.

TETTAMANZI (ed.), *Aborto e obiezione di coscienza*, Brezzo di Bedero, Salcom, 1978, 2.^a ed. 1981.

TIEDEMANN, Le criminel par conviction et la reforme du Droit Pénal dans la Republique Fédérale d'Allemagne, *RScCrim* 1969, 252 ss.

_____. *Der Gewissensbegriff in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, DÖV 1984, 61 ss.

WELZEL, Vom irrenden Gewissen, Tübingen, Mohr, 1949; en *Niederschriften*, III, 1958, 61 ss.

_____. Gesetz und Gewissen, *FS zum DJT* (Deutschen Juristentag), I, 1960, 383 ss.

E. WOLF, *Das Tatmotiv der Pflichtüberzeugung als Voraussetzung einer Sonderstrafe*, ZStW 46 1925, 203 ss.

_____. *Verbrechen aus Überzeugung*, Heidelberger Antrittsvorlesung, Tübingen, Mohr, 1927

WÜRTEMBERGER, *Vom rechtsschaffenen Gewissen*, FS-Wolf, 1962, 337 ss.

LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* ANTE LA DETERMINACIÓN DEL RIESGO PERMITIDO EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

THE BUSINESS JUDGMENT RULE BEFORE THE DETERMINATION OF ALLOWED RISK IN THE UNFAIR ADMINISTRATION CRIME

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p83-115

Dr. Ivó Coca Vila¹

*Mestre e Doutor pela Universidade Pompeu Fabra, Barcelona, Espanha.
Livre-docente pela Universidade Ludwig Maximilian.*

Recebido em: 20/06/2019

Data de aceite: 21/06/2019

Área: Direito Penal

Resumen:

Pese a que la Ley de Sociedades de Capital (LSC) diversifica el régimen de responsabilidad del administrador societario, tratando de forma más severa la infracción del deber de lealtad (art. 227 LSC) que la del deber de diligencia (art. 225 LSC), ambas clases de infracciones son susceptibles de integrar por igual el tipo de administración desleal del nuevo art. 252 CP. El objetivo del presente trabajo radica en examinar de qué manera la regulación mercantil de los deberes fiduciarios del administrador y, en especial, la regla de protección de la discrecionalidad empresarial del art. 226 LSC (Business Judgment Rule) debería condicionar los espacios de riesgo permitido ante la adopción de negocios de riesgo

¹ El presente trabajo, publicado originariamente en *Diario La Ley*, N° 9371, 2019, se corresponde con la ponencia presentada en diciembre de 2018 en el seminario del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. A todos sus integrantes y, en particular, a la Profa. Pastor Muñoz, agradezco sus valiosas sugerencias y críticas. Su publicación se encuadra en la ejecución del se enmarca en la ejecución del proyecto I+D DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE).

susceptibles de ser encuadrados en el nuevo tipo de administración desleal del art. 252 CP.

Palabras clave:

Administración desleal. Discrecionalidad empresarial. Deberes fiduciarios del administrador. Riesgo permitido.

Abstract:

Although the Capital Companies Law (LSC) diversifies the corporate administrator's liability regime, dealing more severely with the infringement of the duty of loyalty (art. 227 LSC) than the duty of diligence (art. 225 LSC), both types of infractions are likely to integrate equally the type of unfair administration of the new art. 252 CP. The objective of this work is to examine how the commercial regulation of the fiduciary duties of the administrator and, in particular, the business discretion protection rule of art. 226 LSC (Business Judgment Rule) should condition the spaces of allowed risk before the adoption of risk businesses that can be framed in the new type of unfair administration of art. 252 CP.

Keywords:

Unfair administration. Business discretion. Fiduciary duties of the administrator. Allowed risk.

Sumário: 1. Apresentação del problema. 2. La administración desleal “altruista” a través de negocios de riesgo. 2.1. La administración desleal “altruista”. 2.2. Los negocios de riesgo. 3. La regla de protección de la discrecionalidad empresarial ante los negocios de riesgo. 3.1. El sistema de responsabilidad mercantil de los administradores sociales. 3.2. La protección de la discrecionalidad empresarial. 4. La regla de protección de la discrecionalidad empresarial ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal. 4.1. Introducción. 4.2. Accesoriedad estricta. 4.3. Accesoriedad relativa o asimétrica. 4.4. El Derecho societario como (mero) indicio en la reconstrucción de la relación interna de administración. 5. Conclusiones

1. Presentación del problema

“Los negocios de riesgo son la levadura que impulsa la masa del capitalismo”.² No solo sería injusto prohibirlos, sino contraproducente no

² Cfr. Fischer, «Prognosen, Schäden, Schwarze Kassen», *NStZ-Sonderheft für Klaus Miebach*, 2009, p. 15.

incentivar una administración societaria original y arriesgada. No es de extrañar, pues, que el legislador español haya incorporado en el art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital una regla de protección de la discrecionalidad empresarial (*Business Judgment Rule*). Ante decisiones estratégicas y de negocio discrecionales, la diligencia del administrador societario se presume siempre y cuando aquel actúe de buena fe, no tenga un interés personal en el asunto, se haya informado previamente y haya actuado con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. El nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP, por su parte, sanciona a todo aquel gestor de un patrimonio ajeno que infringe sus facultades de administración de manera dolosa, excediéndose en su ejercicio e irrogando con ello un perjuicio al patrimonio administrado. Esto supone, en resumidas cuentas, que también los así llamados negocios de riesgo son, con carácter general, susceptibles de caer en el amplio espectro típico del nuevo delito, incluso cuando el administrador los haya adoptado sin un interés personal espurio y en la creencia subjetiva de estar actuando en el mejor interés de la sociedad.

El objetivo del presente trabajo radica en examinar de qué manera la regulación mercantil de los deberes fiduciarios del administrador y, en especial, la regla de protección de la discrecionalidad empresarial del art. 226 LSC debería condicionar los espacios de riesgo permitido ante la adopción de negocios de riesgo susceptibles de ser encuadrados en el art. 252 CP. A tal fin, en el siguiente apartado (2) se esboza el concepto de negocio de riesgo y las razones por las que la —así llamada— administración desleal “altruista” es también ahora susceptible de constituir delito. Posteriormente, en el tercer apartado (3), se analiza sucintamente la regulación mercantil de los deberes fiduciarios del administrador, en particular, la regla de protección de la discrecionalidad empresarial del art. 226 LSC. Será en el cuarto apartado (4) donde se aborde finalmente la cuestión de qué papel le corresponde a la normativa mercantil citada en la determinación de los espacios de riesgo permitido ante la adopción de negocios de riesgo penalmente relevantes. El presente trabajo finaliza con un último apartado (5) dedicado a condensar las principales tesis defendidas en lo que sigue.

2. La administración desleal “altruista” a través de negocios de riesgo

2.1. La administración desleal “altruista”

El art. 252 CP sanciona con las penas previstas para el delito de estafa a aquellos sujetos que “*teniendo facultades para administrar un patri-*

monio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”. Este genérico delito de administración desleal, llamado a ser uno de los más importantes y controvertidos tipos de la parte especial del Derecho penal económico español, puede ser caracterizado a partir de los siguientes tres rasgos fundamentales.

En primer lugar, se trata de un delito de puro perjuicio patrimonial: a diferencia de lo que exige el delito de estafa (art. 249 CP) y, de forma análoga a lo que sucede con el delito de daños (art. 263 CP), el de administración desleal se consuma con el mero menoscabo, sin necesidad de constatar desplazamiento patrimonial alguno.³ En segundo lugar, el tipo objetivo del delito viene representado por la infracción del deber de velar por un patrimonio ajeno por parte de quien se había comprometido libremente frente a su titular a una leal administración.⁴ Sujeto activo no es solo, pues, el administrador de derecho o de hecho, sino todo aquel que ostente amplias facultades de administración autónoma de un patrimonio ajeno (apoderados generales, altos directivos, socios de control...)⁵ Pese a la tortuosa redacción del art. 252 CP, (¿infringir facultades?), dicho precepto no recoge solamente el abuso de las facultades de disposición o contracción de obligaciones, en los términos del derogado art. 295 CP, sino todo «exceso en el ejercicio de las facultades de administración».⁶ El nuevo delito de administración

³ Al respecto, con detalle, Pastor Muñoz/Coca Vila, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 75 y ss.

⁴ Sobre todo ello, cfr. Pastor Muñoz/Coca Vila, «El deber de gestión leal como eje central del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP», *La Ley Penal* (128), 2017, *passim*; los mismos, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 107 y ss., 119 y ss., 129 y ss.

⁵ Al respecto, cfr. p.ej., Jiménez Crespo, «El delito de administración desleal. Los administradores societarios como sujetos activos del mismo y su relación con los deberes de diligencia y lealtad», *RLM* (8), 2018, pp. 69 y ss.

⁶ En favor de esta interpretación dualista del precepto, en profundidad, vid. Pastor Muñoz/Coca Vila, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 116 y s., con ulteriores referencias. Y en un sentido prácticamente idéntico, recientemente, Nieto Martín, «Tema 6. Administración desleal y apropiación indebida», en De la Mata Barranco et al., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2018, pp. 253 y s., p. 258, quien entiende que además de los excesos en la capacidad de disposición (tipo de abuso), el rebasar los límites de la relación interna (tipo de la infidelidad) es punible siempre y cuando la conducta pueda ser considerada una gestión u ordenación del patrimonio ajeno. De otro parecer cfr. Bacigalupo Zapater, «Omisiones punibles en el ámbito

desleal encierra, pues, dos modalidades típicas distintas. Me refiero, por un lado, al subtipo del abuso, en el que incurre el autor que lesiona el patrimonio disponiendo de él u obligándolo de forma jurídico-civilmente válida frente a terceros, aunque excediéndose con ello en la relación interna que le une al titular del patrimonio. A modo de ejemplo: comete el delito por abuso el administrador que adquiere bienes de un vendedor de buena fe a precios excesivos o que concede un préstamo no garantizado a un mutuario a todas luces insolvente. Y, por el otro, al subtipo de la infidelidad, como *lex generalis*, en el que incurre aquel administrador que ejecuta cualquier otro acto de gestión no válido jurídico-civilmente frente a terceros, pero con consecuencias lesivas para el patrimonio administrado. A modo de ejemplo: comete el delito por infidelidad el administrador que paga con fondos de la sociedad gastos personales o simplemente deriva a cambio de una comisión lucrativas oportunidades de negocio a una empresa de la competencia. Finalmente, en tercer y último lugar, el delito de administración desleal del art. 252 CP está configurado como un delito doloso.⁷ Es suficiente, pues, con que el autor asuma como probable que su decisión es contraria a deber e idónea para generar un perjuicio (dolo eventual). Ni es preciso que actúe con ánimo de lucro, a diferencia de lo que exigía el ahora derogado art. 295 CP,⁸ ni que el autor desee la realización del resultado

de la administración empresarial», *Diario La Ley*, (8637), 2015; o recientemente, el mismo, «Omisiones punibles en el ámbito de la administración empresarial», *Diario La Ley*, (9348), 2019; quien entiende que el art. 252 CP únicamente tipificaría un tipo de abuso, reduciéndolo a la infracción de las obligaciones de lealtad específicas reguladas en los arts. 228 y 229 LSC. De idéntica opinión, vid. además Agudo Fernández/Jaén Vallejo/Perrino Pérez, *Derecho Penal Aplicado. Parte Especial*, 2018, pp. 117 y s.

⁷ Cfr. Pastor Muñoz/Coca Vila, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 187 y ss.; Pastor Muñoz, «Los pagos de corrupción realizados por los administradores de sociedades en contextos de corrupción sistémica: ¿una deslealtad punible?», en Gimbernat Ordeig et al. (eds.), *LH-Schünemann*, v. II, 2014, pp. 4 y s.: «si objetivamente la conducta del autor es desleal, es decir, constituye una infracción de los deberes del administrador que es idónea para perjudicar al patrimonio administrado, y dicho administrador tiene conocimiento de los elementos objetivos de su deslealtad, de poco servirán las buenas intenciones, los deseos de no perjudicar o, incluso, de beneficiar al patrimonio administrado». En el mismo sentido, recientemente, Nieto Martín, en De la Mata Barranco et al., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2018, p. 267

⁸ Al respecto, cfr. Martínez-Buján Pérez, «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y apropiación indebida», *EPC (XXXV)*, 2015, pp. 550 y ss., quien defiende de forma convincente la decisión político-criminal del legislador

lesivo que se presenta como probable en el momento de la infracción del deber. Con un ejemplo: quien otorga un crédito no asegurado sin examinar la liquidez del tomador actúa con dolo respecto del menoscabo patrimonial inmediatamente irrogado, con total independencia de que anhele o confíe en que el crédito sea devuelto en un futuro.

El que el art. 252 CP esté configurado como un delito de perjuicio patrimonial puro, sumada la falta de especiales exigencias en el tipo subjetivo, determina que aquel abarque no solo los actos de apropiación del valor social en beneficio propio o de tercero (*misappropriation*), lo que la doctrina mercantil denomina infracciones del deber de lealtad (art. 227 LSC); piénsese en el administrador que malvende un inmueble de la sociedad a una persona vinculada; sino también aquellos actos de gestión que, pese a suponer una disminución del valor social, no suponen redistribución alguna de valor en favor del administrador o un tercero (*mismanagement*),⁹ lo que la doctrina mercantil considera infracciones del deber de diligencia (art. 225 LSC); piénsese en el administrador que lleva a cabo un negocio especulativo absolutamente irracional en el —pretendido— mejor interés de la sociedad, condenándola sin embargo a su desaparición; o en el que a través de la comisión reiterada de hechos delictivos expone a la sociedad administrada al riesgo de su disolución por parte de la autoridad judicial competente. Este tratamiento unitario de ambas clases de deslealtad no es en absoluto desacertado: el que en la realidad criminológica lo más habitual pueda ser que el acto de gestión desleal obedezca al ánimo de enriquecimiento del administrador no significa que no se den igualmente infracciones “altruistas”¹⁰ del deber de velar por el patrimonio administrado igualmente lesivas del patrimonio social.¹¹ ¿Por qué debería el Derecho penal dejar de proteger a

español de no condicionar la tipicidad al ánimo de beneficiarse o de lucro del autor.

⁹ En este sentido, vid. p.ej., Martínez-Buján Pérez, *EPC* (XXXV), 2015, p. 553. En cambio, cfr. Bacigalupo Zapater, *Diario La Ley*, (9348), 2019; el mismo, *Diario La Ley*, (8637), 2015, quien parece pretende reducir el tipo del art. 252 CP a las infracciones del deber de lealtad del art. 227 LSC.

¹⁰ Cfr. Samson/Langrock, «Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität im und durch Unternehmen», *DB* 2007, pp. 1684 y s., quienes advierten de los importantes riesgos de perjuicio para la sociedad derivados de los actos de gestión ilícitos “altruistas”. Sobre la tipicidad ex § 266 StGB de tales actos, críticamente, vid. sin embargo Altenburg, «Unternehmerische (Fehl-)Entscheidungen als Untreue?: Eine gefährliche (Fehl-)Entwicklung!», *BB* (7), 2015, pp. 325, 327.

¹¹ Sería erróneo creer que detrás de toda infracción dolosa del deber de velar por el patrimonio administrado se esconde una distracción de valor social. La psicología

las víctimas de un tahúr de los negocios que arriesga patrimonio ajeno en contra de la voluntad de su titular?

Lo anterior, sin embargo, no significa que se repriman en el art. 252 CP comportamientos meramente imprudentes.¹² Tanto el deber de lealtad, entendido en lo que sigue como el de no redistribuir ilícitamente valor social, como el de diligencia, entendido como el de maximizar valor social, pueden ser infringidos dolosa o imprudentemente. Solo la primera clase de infracciones, las dolosas, aunque es suficiente el dolo eventual, son penalmente relevantes. Retomando el ejemplo arriba presentado: el administrador que concede un crédito no garantizado a un agente totalmente insolvente en contravención consciente de la normativa interna de comprobación de liquidez infringe su deber de diligencia de manera dolosa (dolo directo), abarcando éste el inmediato perjuicio que de la concesión del crédito se deriva

cognitiva considera especialmente relevantes los efectos de los sesgos del exceso de optimismo (*overoptimism bias*) y de confianza (*overconfidence bias*) en el ámbito de la administración societaria. Cfr. p.ej., Malmendier/Tate, «Behavioral CEOs: The Role of Managerial Overconfidence», *Journal of Economic Perspectives* (4), 2015, pp. 37 y ss., con multitud de referencias. Los administradores tienden a sobreestimar sus conocimientos y a minimizar el riesgo de fracaso, cegados por una ilusión de control que determina una incorrecta valoración sistemático de los riesgos que rodean la toma de decisiones de negocio. En detalle, además, Loughran et al., «"A Good Man Always Knows His Limitations": The Role of Overconfidence in Criminal Offending», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, (3), 2012, pp. 327 y ss.; o Prentice, «Teaching Ethics, Heuristics, and Biases», *Journal of Business Ethics Education* (1), 2004, pp. 55 y ss.; el mismo, «Ethical Decision Making: More Needed than Good Intentions», *Financial Analysts Journal* (63), 2007, p. 20, mostrando cómo en muchos casos de fraudes corporativos el problema no es la mala fe del administrador sino la adopción honrada de decisiones excesivamente optimistas en lo que a la evaluación del riesgo y su pronóstico se refiere. De la necesidad de tomar en cuenta los sesgos cognitivos a la hora de determinar la imputación de responsabilidad a un agente en estructuras de empresa dio cuenta tempranamente Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 247 y ss., y en particular, sobre la incidencia de los sesgos cognitivos arriba mencionados en la toma de decisiones empresariales, pp. 256 y s., n. 19.

¹² Vid. sin embargo Castro Moreno, «Corrupción empresarial: relevancia penal de la infracción de los deberes de los administradores de sociedades regulados en el nuevo código mercantil», en Morillas Jarillo (dir.), *LH-Illescas Ortiz*, 2015, pp. 616 y s., quien pareciera no distinguir ambos planos, el de la naturaleza del deber (diligencia y lealtad) y el del título subjetivo de la infracción (dolo o imprudencia). Aunque a propósito del nuevo art. 259 CP, equipara igualmente de forma errónea la infracción del deber de diligencia al hecho meramente imprudente Rodríguez Celada, «La criminalización del fracaso empresarial», *InDret* 1/2017, pp. 6 y s.

para el patrimonio social. Ello en nada se ve afectado por el hecho de que el administrador no anteponga intereses propios a los societarios, pueda confiar en que el crédito sea en algún momento retornado o que, dados los altísimos intereses acordados, crea estar actuando en el mejor interés de la sociedad.¹³

Ahora bien, dado que la maximización del valor social, como primera meta esencial de una administración societaria diligente exige la asunción constante de riesgos,¹⁴ sería injusto, además de contraproducente, considerar típica la adopción de toda decisión empresarial idónea para provocar un perjuicio al patrimonio gestionado. En realidad, ello tornaría imposible la actividad empresarial, a la que es inherente el riesgo de menoscabo patrimonial. Así las cosas, el tratamiento legal unitario de los actos de gestión desleal “altruistas” y “egoístas” en el art. 252 CP plantea el importante reto de definir los límites del riesgo permitido penal ante decisiones empresariales discrecionales que, pese a no responder a la anteposición por parte del administrador del interés propio frente al societario, someten al patrimonio administrado a un riesgo de menoscabo.¹⁵ Ni cabe asumir la atipicidad de todo acto de gestión lesivo para el patrimonio social que no suponga al mismo tiempo un enriquecimiento del administrador o de un tercero vinculado; ni la tipicidad de todo negocio de riesgo lesivo del patrimonio social dolosamente adoptado.

2.2. Los negocios de riesgo

Los supuestos de gestión desleal “altruista” han sido clásicamente estudiados en la doctrina penal bajo la etiqueta de los “negocios de

¹³ Sobre todo ello, en profundidad, vid. ya Pastor Muñoz/Coca Vila, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 187 y ss.; e igualmente contrario a toda restricción del tipo a partir de especiales exigencias subjetivas *contra legem*, cfr. Martínez-Buján Pérez, *EPC* (XXXV), 2015, pp. 550 y ss.; o Pastor Muñoz, en Gimbernat Ordeig et al. (eds.), *LH-Schünemann*, v. II, 2014, p. 21. En Alemania, para una convincente crítica de los intentos jurisprudenciales por resolver el problema en el tipo subjetivo, vid. p.ej., Kubiciel, «Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit», *NStZ* 2005, p. 356; Ransiek, «Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue», *ZStW* (116), 2004, p. 638; o Bosch/Lange, «Unternehmerischer Handlungsspielraum des Vorstandes zwischen zivilrechtlicher Verantwortung und strafrechtlicher Sanktion», *JZ* 5/2009, pp. 228, 236 y s.

¹⁴ Al respecto, cfr. solo Paz-Ares, «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret* 4/2003, pp. 5 y ss.

¹⁵ Cfr. Rönnau, «Untreue als Wirtschaftsdelikt», *ZStW* 119 (2007), p. 909; o Kubiciel, *NStZ* 2005, pp. 356 y ss.

riesgo”. Aunque el concepto sigue siendo a día de hoy profundamente controvertido,¹⁶ cabe caracterizarlo a partir de dos rasgos esenciales: por un lado, el negocio debe constituir una operación de gestión empresarial discrecional, esto es, no adoptada en estricto cumplimiento ejecutivo de obligaciones legales o estatutarias específicas. Por el otro lado, aquel debe llevar aparejado en el momento de su adopción un grado de incertidumbre respecto del resultado patrimonial de la operación (positivo o negativo) cuantitativamente superior al común inherente a toda operación de gestión patrimonial. A partir de aquí, es habitual agrupar los negocios de riesgo penalmente relevantes en cuatro grandes categorías: i) negocios de prestación anticipada, aquellos en los que el acto de gestión supone un menoscabo inmediato del patrimonio a cambio de la expectativa incierta de compensación y enriquecimiento en un futuro más o menos lejano (p.ej., concesión de créditos); ii) negocios especulativos, aquellas adquisiciones o enajenaciones de activos para su posterior reventa o recompra aprovechando cambios más o menos previsibles en los precios de mercado (p.ej., adquisición de acciones u opciones, firma de contrato de futuros, inversión en el mercado de divisas); iii) inversiones en imagen corporativa, negocios —formalmente— gratuitos que, sin embargo, se llevan a cabo en la esperanza de que a través de una mejora de la imagen de la empresa acaben repercutiendo positivamente en los futuros volúmenes de negocio (p.ej., mecenazgo artístico, científico o deportivo, hospitality...); y d) negocios ilícitos, aquellos adoptados en contravención de disposiciones legales y cuyo éxito depende esencialmente de que el hecho ilícito base no sea descubierto y sancionado por las autoridades competentes (p.ej., pagos de corrupción).

La decisión sobre donde trazar la frontera entre el negocio de riesgo (penalmente) permitido y aquel que debe quedar extramuros del

¹⁶ Al respecto, cfr. p.ej., Murmann, «Untreue (§ 266 StGB) und Risikogeschäfte», *JURA* 8/2010, pp. 561 y ss.; Hellmann, «Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit», *ZIS* 11/2007, pp. 433 y ss.; Piel/Albert, «Risikogeschäfte im Lichte der *business judgement rule*», en Ahlbrecht (ed.), *FS-Wessing*, 2015, pp. 209 y ss.; y monográficamente, Waßmer, *Untreue bei Risikogeschäften*, 1996, pp. 5 a 10. Entre nosotros, vid. además Nieto Martín, en De la Mata Barranco et al., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2018, pp. 277 y ss.; Faraldo Cabana, «Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995», *EPC (XIX)*, 1996, pp. 171 y ss.; Serrano Tárraga, «Los negocios de riesgo y el delito de administración desleal», *La Ley* 683/2001, pp. 1 y ss., o Silva Sánchez, «El Derecho Penal Bancario en España», *Actualidad Penal* (48), 1994, p. 908, reduciendo el concepto a aquellos negocios de riesgo intolerables desde la perspectiva de los intereses de la entidad. Monográficamente, vid. además Eiranova Encinas, *La responsabilidad penal por las operaciones económicas de alto riesgo*, 2002, *passim*.

margen de discrecionalidad del administrador societario constituye un problema central de la dogmática del delito de administración desleal.¹⁷ El afirmar que es la relación interna entre el titular y el administrador el parámetro último de valoración de todo negocio de riesgo puede ser un punto de partida ciertamente adecuado, pero es insuficiente para resolver el problema que aquí nos ocupa. Éste se mitiga allí donde la sociedad, a través de sus representantes legítimos, expresamente, consiente (o desaprueba) puntualmente el negocio de riesgo antes de su adopción.¹⁸ Ello no es más que una consecuencia necesaria del carácter disponible del patrimonio. Algo parecido sucede cuando el administrador societario adopta un negocio de riesgo cubierto con carácter general por la política de riesgo definida en la normativa interna de la sociedad.¹⁹ Sin embargo, la posibilidad de resolver el problema que aquí nos ocupa recurriendo a declaraciones expresas de voluntad de los socios respecto de un concreto negocio de riesgo será en la praxis la excepción.²⁰ El juez penal llamado a valorar la posible tipicidad ex art. 252 CP, por lo general, ni contará con un acto particular previo de aprobación del negocio, ni con normativa interna que determine con claridad si el específico negocio adoptado por el administrador queda cubierto por la política de riesgo definida por los titulares del patrimonio social. Ante tal escenario, y dada la profunda indeterminación del tipo, parece ineludible recurrir primeramente al Derecho societario a fin de concretar los márgenes del riesgo permitido.²¹

¹⁷ Lo advierten con razón Feijoo Sánchez, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial», *InDret* 2/2009, pp. 35 y s.; o Nieto Martín, en De la Mata Barranco et al., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2018, p. 278, quien señala acertadamente que se trata de un problema de determinación de la conducta típica.

¹⁸ En realidad, el problema muta: lo complicado es entonces valorar quién y bajo qué condiciones puede consentir válidamente la adopción de un negocio de riesgo en el seno de una estructura societaria. Al respecto, vid. Coca Vila, «El consentimiento en el Derecho penal económico. Un estudio a propósito de los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)», en Ragués i Vallès/Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, 2018, pp. 193 y ss., con ulteriores referencias doctrinales.

¹⁹ Al respecto, cfr. solo Kubiciel, *NStZ* 2005, p. 358.

²⁰ Lo advierten con razón Hellmann, *ZIS* 11/2007, p. 437; y Murmann, *JURA* 8/2010, pp. 563 y s.

²¹ Cfr. Murmann, *JURA* 8/2010, pp. 563 y s.; Hellmann, *ZIS* 11/2007, pp. 435 y ss.; y Esser, «Unternehmerische Fehlentscheidungen als Untreue. Plädoyer für den Erhalt einer strafrechtlichen Wertungsebene», *NZWiSt* 2018, p. 201, quienes conciben el

3. La regla de protección de la discrecionalidad empresarial ante los negocios de riesgo

3.1. El sistema de responsabilidad mercantil de los administradores sociales

El sistema de gobierno corporativo está constituido por un conjunto de instrumentos de garantía y supervisión cuya finalidad última es alinear los incentivos de los *insiders* (administradores, equipo directivo y accionistas de control) y los intereses de los *outsiders* (accionistas minoritarios).²² Para ello es condición necesaria la adecuada definición de los deberes fiduciarios de los administradores, como elemento central de un efectivo sistema de responsabilidad capaz de mitigar el problema del agente-principal.²³ Asumiendo que los *outsiders* aspiran a maximizar los retornos de su inversión, a los *insiders* se les exige básicamente dos cosas: por un lado, que gestionen adecuadamente los recursos que se les han confiado, esto es, que maximicen la producción de valor social; por el otro, que distribuyan equitativamente los rendimientos que generan, en definitiva, que minimicen la desviación de valor de la esfera social a la individual. Dos son, pues, los deberes nucleares (fiduciarios) sobre los que se asienta el régimen de responsabilidad de los administradores societarios en el ordenamiento jurídico español: el deber general de diligencia y el deber general de lealtad.²⁴

La misión del administrador de maximizar la producción de valor social, por un lado, se concreta en un deber general de diligencia (art.

Derecho societario como un parámetro esencial para la definición de la voluntad hipotética de los titulares.

²² En profundidad, fundamental, Paz-Ares, *InDret* 4/2003, pp. 3 y ss.; el mismo, «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad jurídica Uría Menéndez* (39), 2015, pp. 43 y s. Y en el mismo sentido, vid. Alfaro Aguila-Real, «Artículo 225. Deber general de diligencia», en Juste Mencía (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital*, 2015, pp. 317 y s.

²³ La teoría de los costes de agencia sostiene que cuando una persona (principal) encarga a otra (agente) la administración discrecional de su patrimonio sin posibilidad de fiscalización permanente (asimetría informativa) el administrador tiene un importante incentivo para anteponer sus propios intereses cuando diverjan de los del principal. Al respecto, cfr. p.ej. Llebot Majó, «El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)», en Rodríguez Artigas et al. (dirs.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, 2016, p. 322.

²⁴ Cfr. Paz-Ares, *Actualidad jurídica Uría Menéndez* (39), 2015, pp. 43 y s.; Llebot Majó, en Rodríguez Artigas et al. (dirs.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, 2016, pp. 323 y s. Sobre esto mismo, STS 316/2018, de 28 junio, ponente Magro Servet.

225 LSC), esto es, en la obligación de desempeñar el cargo y cumplir los deberes asociados al mismo con la diligencia de un “ordenado empresario”.²⁵ Del deber genérico de diligencia se derivan a su vez cuatro obligaciones ulteriores: legalidad (art. 225.1 LSC); adecuada dedicación (art. 225.2 LSC); dirección y control de la sociedad (art. 225.2 LSC); e información (225.3 LSC). Por su parte, el compromiso del administrador de anteponer en todo caso el interés social al particular se plasma en un deber genérico de lealtad (art. 227 LSC), esto es, en la obligación de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.²⁶ Este genérico deber de lealtad se concreta legalmente en dos niveles de abstracción decreciente ulteriores. Mientras que en el art. 228 LSC se regulan las principales obligaciones básicas derivadas del mandato genérico de lealtad, entre las que destaca, como “nervio central del deber de lealtad”,²⁷ la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés; el art. 229 LSC precisa esta obligación intermedia mediante un listado de obligaciones todavía más específicas entre las que destacan, por ejemplo, la prohibición de realizar transacciones con la sociedad o la de aprovecharse de sus oportunidades de negocio.

Aunque ambas obligaciones generales constituyen la columna vertebral del régimen de responsabilidad de los administradores sociales en el Derecho mercantil español, la reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo aprobada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre trajo consigo una importante diversificación del régimen de responsabilidad en función del tipo de obligación infringida.²⁸ El legislador español ha optado por implementar una política de indulgencia con los actos de gestión no diligentes, que contrasta con la severidad con la que se tratan de prevenir y reprimir ahora los actos de gestión desleal.²⁹

²⁵ En profundidad, Llebot Majó, «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en Rojo Fernández Río/Beltrán Sánchez (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6ª ed., 2016, pp. 25 y ss.

²⁶ En profundidad, Llebot Majó, «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en Rojo Fernández Río/Beltrán Sánchez (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6ª ed., 2016, pp. 37 y ss.

²⁷ Cfr. Paz-Ares, *Actualidad jurídica Uría Menéndez* (39), 2015, p. 53.

²⁸ En este sentido, cfr. solo Paz-Ares, *Actualidad jurídica Uría Menéndez* (39), 2015, pp. 47 s., quien venía defendiendo desde antaño la necesidad de proceder a una diversificación de ambos regímenes. Así ya, Paz-Ares, *InDret* 4/2003, pp. 4 y ss.

²⁹ Vid. Paz-Ares, *Actualidad jurídica Uría Menéndez* (39), 2015, p. 48; Alfaro Águila-Real, en Juste Mencía (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades*

En favor de esta política de diversificación hablarían básicamente las siguientes dos razones:³⁰ en primer lugar, el hecho de que la deslealtad, por definición, excluye cualquier forma de alineamiento natural entre los intereses del administrador y los accionistas, mientras que sí existen potentes mecanismos de mercado que desincentivan el comportamiento contrario al deber de diligencia. Mientras que el incumplimiento del deber de lealtad, que suele permanecer oculto, acostumbra a deparar al administrador importantes beneficios; la falta de diligencia no solo no es lucrativa, sino que le suele acarrear al administrador costes personales directos e indirectos. Tanto el administrador como los socios, en definitiva, tienen un interés común en el éxito de la gestión societaria, no así, en cambio, en una gestión societaria leal. En segundo lugar, el diverso tratamiento legal traería causa del distinto grado de incertidumbre que rodea unos y otros actos de gestión. Dado que resulta profundamente complejo discernir con claridad la conducta diligente de aquella que ya no lo es, un régimen de severidad con la infracción del deber de diligencia desembocaría en un “sobrecumplimiento” profundamente ineficiente. El temor a incurrir en responsabilidad por infracción del deber de diligencia, por un lado, ofrece fuertes incentivos para adoptar una política de gestión conservadora, a todas luces incompatible con la innovación y originalidad que se le presupone a un buen administrador. Por el otro, supone un importante incremento de los costes de gestión: no es solo que los administradores elevan sus demandas retributivas, sino que éstos tienden asimismo a blindar —con cargo a la sociedad— cada una de sus decisiones con costosos dictámenes jurídicos (“murallas de papel”) y seguros de responsabilidad civil. Una política de severidad con el error en la gestión dificulta asimismo la captación de talento para ocupar el cargo de administrador. Por el contrario, el grado de incertidumbre que rodea a la gestión societaria contemplado desde el prisma del deber de lealtad resulta manifiestamente inferior. Cuando se trata de la extracción de ventajas personales, el juicio de antijuridicidad se

de capital, 2015 pp. 317 y s.; Sánchez Calero Guilarte, «La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad», en Morillas Jarillo (dir.), *LH-Illescas Ortiz*, 2015, p. 916; o Recalde Castells, «La prueba en la regla de la discrecionalidad empresarial (*business judgment rule*)», en Olmedo Peralta et al. (dir.), *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, 2018, p. 1186.

³⁰ En profundidad, Paz-Ares, *InDret* 4/2003, pp. 3 y ss.; siguiéndole, vid. además Alfaró Águila-Real, en Juste Mencía (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital*, 2015 pp. 317 y ss.

tornaría notablemente más sencillo, incluso para los jueces que han de valorar *ex post* la conducta del administrador, pues se trata de un juicio de orden esencialmente moral para el que los seres humanos estaríamos mejor capacitados. Así las cosas, un régimen severo de represión de la deslealtad minimizaría la extracción de valor social, sin generar al mismo tiempo efectos secundarios no deseados como los arriba descritos en caso de respuesta inclemente frente a la infracción del deber de diligencia.

Todo lo anterior, en suma, avalaría la estrategia del legislador español de reprimir severamente la deslealtad y tratar de manera más indulgente la falta de diligencia. Esta diversificación del régimen de responsabilidad se plasma en múltiples diferencias en la configuración y respuesta legal ante la infracción de cada uno de estos dos deberes.³¹ En este trabajo nos interesa únicamente la previsión en el art. 226 LSC de la así llamada *Business Judgment Rule*, en tanto que presunción de diligencia formalmente condicionada ante la adopción de decisiones empresariales discrecionales.

3.2. La protección de la discrecionalidad empresarial

Bajo la rúbrica de la “Protección de la discrecionalidad empresarial”, en el art. 226 LSC se establece que “[e]n el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”. Desde este momento puede quedar a un lado la controvertida cuestión de si esta norma debe ser entendida como una regla de no revisión de las conductas en tanto no se venza la presunción de diligencia en favor de los administradores (puerto seguro); o si, como parece, el legislador español ha optado más bien por introducir una presunción legal de diligencia en favor del administrador, de modo que el art. 226 LSC ven-

³¹ Son también especialmente relevantes estas otras dos diferencias: en primer lugar, la infracción del deber de lealtad obliga no solo a la indemnización del daño, sino también a devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido (art. 270.2 LSC). Cfr. al respecto, Llebot Majó, en Rojo Fernández Río/Beltrán Sánchez (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6ª ed., 2016, p. 62. Y en segundo lugar, el régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción, a diferencia del relativo al deber de diligencia, es imperativo (art. 230 LSC). Al respecto, cfr. p.ej., Llebot Majó, *ob cit.*, pp. 50 y s.

dría a concretar procedimentalmente el estándar de diligencia exigible ante decisiones empresariales.³² Tampoco es preciso ahondar aquí en la controvertida cuestión —íntimamente vinculada con la anterior— de a quién compete la carga de la prueba de los requisitos que sustentan esta presunción legal.³³ Lo que parece indiscutible es que el 226 LSC limita *de facto* el control judicial del contenido de las decisiones empresariales, sustituyéndolo por un examen del procedimiento que antecede a la toma de decisión en cuestión.³⁴ A los efectos del presente trabajo baste con exponer en lo que sigue las razones que avalarían la regla del art. 226 LSC, así como los requisitos que operan como condiciones legales cumulativas para considerar diligente la decisión estratégica o de negocio discrecional del administrador.

Más allá de los motivos —arriba referidos— que justifican con carácter general una política de indulgencia con la falta de diligencia, tres son las razones esenciales que hablan en favor de la protección de la discrecionalidad empresarial. En primer lugar, es común la afirmación según la cual la apertura de un espacio de impunidad ante decisiones estratégicas o de negocio es imprescindible a tenor de la falta de una *lex artis* consolidada que opere como referente para el enjuiciamiento de la diligencia de tales actos. Dado que lo que se espera en este ámbito es precisamente la constante innovación y sana asunción de riesgos, sería además contraproducente tratar de anclar la valoración de las decisiones empresariales en un estándar fijo de conducta.³⁵ En segundo lugar, es

³² Al respecto, cfr. p.ej., Hernando Mendivil, «La *Business Judgment Rule*», *Revista de Derecho Mercantil* (299), 2016, pp. 313 y ss.; Roncero Sánchez, «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», en Rodríguez Artigas et al. (dirs.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, 2016, pp. 391 y ss., 396 y ss.; Alfaro Águila-Real, «Art. 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en Juste Mencía (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital*, 2015, pp. 327 y ss.; y monográficamente, Guerrero Trevijano, *El deber de diligencia de los administradores*, 2014, pp. 237 y ss. Desde una perspectiva iuscomparatista, además, Merkt, «Rechtliche Grundlagen der Business Judgment Rule im internationalen Vergleich zwischen Divergenz und Konvergenz», *ZGR* 2/2017, pp. 134 y ss.

³³ Sobre este particular, p.ej., vid. Guerrero Trevijano, *El deber de diligencia de los administradores*, 2014, pp. 313 y ss.; o Hernando Mendivil, *Revista de Derecho Mercantil* (299), 2016, pp. 339 y s.; Roncero Sánchez, en Rodríguez Artigas et al. (dirs.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, 2016, pp. 401 y ss., p. 408.

³⁴ En profundidad, vid. p.ej., Fischer, *Die Business Judgment Rule als typübergreifendes Institut*, 2018, pp. 39 y ss.

³⁵ Ello derivaría en una gestión prudente o conservadora difícilmente compatible con la maximización del valor social. Al respecto, en profundidad, Paz-Ares, *InDret*

habitual entre la doctrina especializada la afirmación según la cual los jueces están poco preparados para revisar la actividad desarrollada por los administradores en el ámbito empresarial: el juez no es un hombre de negocios.³⁶ No es solo que aquellos carecen de la formación e información suficiente para enjuiciar adecuadamente las complejas decisiones empresariales, sino que además, dado que sus juicios *ex post* están siempre —en mayor o menor medida— contaminados por el sesgo retrospectivo (*hindsight bias*),³⁷ aquellos tienden a derivar de forma casi automática el carácter antijurídico del acto de gestión de la simple constatación “a toro pasado” del perjuicio patrimonial. Ambos factores fomentarían políticas de gestión conservadoras altamente ineficientes. En tercer y último lugar, la protección de la discrecionalidad empresarial minimizaría además los costes de gestión, pues disminuye notablemente el riesgo de que un administrador sea hecho responsable por el daño derivado de una decisión empresarial no desleal. La *Business Judgment Rule* no solo mitiga la escalada de la retribución y reduce los costes de aseguramiento legal de decisiones,³⁸ sino que la menor presión a la que se somete a los administradores incentiva además la atracción de talento adverso al riesgo de incurrir en responsabilidad.³⁹

En consonancia con el *telos* de la norma acabado de referir, el art. 226.2 LSC excluye expresamente de su ámbito de aplicación aquellas decisiones “*que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230*”, relativo al régimen de imperatividad y dispensa del deber de lealtad. La *Business Judgment Rule*, en buena lógica, no despliega efecto alguno ante infracciones del deber de lealtad.⁴⁰ Esta regla,

4/2003, pp. 9 y s.; y aunque a propósito del nuevo art. 259 CP, en el mismo sentido, vid. Rodríguez Celada, *InDret* 1/2017, pp. 23 y ss.

³⁶ Cfr. solo Fischer, *Die Business Judgment Rule als typübergreifendes Institut*, 2018, pp. 46 y s.

³⁷ El conocimiento *ex post* del resultado ocasionado torna lo que era objetivamente imprevisible *ex ante* en nítidamente previsible para el espectador *ex post*. Sobre el efecto de este sesgo cognitivo en las decisiones jurisdiccionales, cfr. p.ej., Muñoz Aranguren, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», *InDret* 2/2011, pp. 6 y s.; o Alonso Gallo, «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal», *InDret* 4/2011, pp. 15 a 17.

³⁸ Al respecto, cfr. solo Paz-Ares, *InDret* 4/2003, p. 10.

³⁹ Así, p.ej., Hernando Mendivil, *Revista de Derecho Mercantil*, (299), 2016, p. 321; o Guerrero Trevijano, *El deber de diligencia de los administradores*, 2014, p. 41.

⁴⁰ Vid. al respecto Guerrero Trevijano, *El deber de diligencia de los administradores*, 2014, pp. 303 y ss.

además, solo alcanza aquellas decisiones estratégicas y de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial. Aunque la doctrina mercantil aboga por interpretar esta noción de forma amplia, quedando cubiertas por la presunción todos los actos de gestión (ordinarios o extraordinarios), activos u omisivos,⁴¹ encaminados a la consecución del objeto social o a la organización y gestión interna de la sociedad,⁴² aquella no alcanza ni a las decisiones que nada tienen que ver con el objeto social, ni a las que no pueden ser catalogadas de discrecionales al ser adoptadas en estricto cumplimiento de obligaciones legales o estatutarias específicas (p.ej., formular cuentas o promover la disolución de la sociedad existiendo causa legal...). Esto significa que, con carácter general, los negocios de riesgo penalmente relevantes, a excepción de aquellos considerados ilícitos,⁴³ constituyen decisiones estratégicas o de negocio discrecionales en el sentido del art. 226 LSC. Su adopción puede por consiguiente quedar cubierta, como mínimo mercantilmente, por la presunción de diligencia de la *Business Judgment Rule*.⁴⁴ Ello, en todo caso, dependerá del respeto por parte del administrador en la toma de decisión de las siguientes cuatro condiciones legales.

En primer lugar, el art. 226 LSC exige que el administrador haya actuado de buena fe. La inclusión de esta condición resulta perturbadora, pues vincula el espacio de impunidad en caso de infracción de deberes de diligencia a un requisito propio del deber de lealtad (art. 227 LSC), ajeno además a la lógica procedimentalizadora que inspira el precepto. Si el requisito de la buena fe se interpreta como la necesidad de que el administrador no anteponga en la decisión estratégica o de negocio sus intereses personales a los sociales,⁴⁵ su previsión no hace sino recordar

⁴¹ Sobre las omisiones y su posible incardinación en el art. 226 LSC, cfr. Alfaro Águila-Real, en Juste Mencía (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital*, 2015, p. 341.

⁴² En este sentido, vid. Guerrero Trevijano, *El deber de diligencia de los administradores*, 2014, pp. 252 y ss.

⁴³ Tales negocios ilícitos no solo no quedan cubiertos por la regla de protección de la discrecionalidad empresarial, sino que son susceptibles de ser constitutivos del delito de administración desleal. Al respecto, en profundidad, cfr. Pastor Muñoz/Coca Vila, «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?», *InDret* 1/2015, pp. 2 y ss.

⁴⁴ En el ordenamiento jurídico-alemán, sobre el solapamiento conceptual de las nociones de decisión empresarial y negocio de riesgo, cfr. p.ej., Ibold, *Unternehmerische Entscheidungen als pflichtwidrige Untreuehandlungen*, 2011, pp. 35 y ss.

⁴⁵ Cfr. Guerrero Trevijano, *El deber de diligencia de los administradores*, 2014, pp. 310 y s.

que la *Business Judgment Rule* solo despliega sus efectos ante hechos potencialmente lesivos del deber de diligencia. Si, por el contrario, la mención a la buena fe se interpreta objetivamente, como la exigencia de que la decisión empresarial sea racional o, como mínimo, que no sea disparatada,⁴⁶ se estaría poniendo en entredicho el sentido último de la regla al condicionar su aplicación a la valoración *ex post* del juez sobre la racionalidad de la decisión adoptada. En la doctrina española parece consolidarse la idea de que dicho requisito debe interpretarse subjetivamente: actúa de buena fe el administrador que lo hace en la convicción de estar actuando en el mejor interés de la compañía, si bien con el límite objetivo de la absoluta irracionalidad:⁴⁷ no puede quedar protegido ni el administrador que no está convencido de que su decisión es la correcta en atención al interés social, ni el administrador que, convencido de su bondad, lleva a cabo actos de gestión disparatados.

La segunda condición a la que el art. 226 LSC supedita el espacio de impunidad es que el administrador haya adoptado la decisión empresarial “sin interés personal en el asunto objeto”. De nuevo estamos ante un requisito que responde a la lógica del deber de lealtad:⁴⁸ la *Business Judgment Rule* no ampara las decisiones adoptadas en situación de conflicto de interés.⁴⁹ Y es que, como resulta evidente, el interés per-

⁴⁶ Así parece entenderlo Hernando Cebriá, «La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones», *ADC* (LXIX), 2016, pp. 1399 y s. Y en un sentido parecido, vid. Guerrero Trevijano, *El deber de diligencia de los administradores*, 2014, p. 311, quien señala que “para vencer la presunción de buena fe se entiende que las decisiones cuestionadas deben alejarse tanto de lo que se considera razonable que no cabrá más explicación que la mala fe de los que la tomaron”.

⁴⁷ Cfr. Alfaro Águila-Real, en Juste Mencía (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital*, 2015, p. 332, quien niega la posibilidad de aceptar la buena fe de quien adopta decisiones disparatadas o claramente inadecuadas: “La *business judgment rule* no ampara la tontuna y el despilfarro del patrimonio social”. En tales casos “[n]o hay más remedio que sospechar que se han adoptado concurriendo algún interés personal del administrador”. Cursiva en el original. Y en un sentido parecido, cfr. Recalde Castells, en Olmedo Peralta et al. (dir.), *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, 2018, pp. 1205 y s.; o Roncero Sánchez, en Rodríguez Artigas et al. (dirs.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, 2016, p. 417.

⁴⁸ En este sentido, vid. Recalde Castells, en Olmedo Peralta et al. (dir.), *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, 2018, p. 1204.

⁴⁹ Cfr. Alfaro Águila-Real, en Juste Mencía (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital*, 2015, p. 336.

sonal en el objeto de decisión aumenta sobremanera el riesgo de que aquella no responda al mejor interés de la sociedad y, por ende, se esté infringiendo la obligación genérica de lealtad que exige anteponer el interés societario al personal. Advuértase además que el art. 226.2 LSC expresamente excluye el privilegio del espacio de inmunidad cuando la decisión adoptada afecta personalmente a otros administradores y personas vinculadas, pues se presume que las estrechas relaciones entre los administradores son igualmente razón característica para postergar los intereses de la sociedad.

El tercer requisito legal sobre el que descansa la presunción de diligencia es el de la información suficiente, para algunos, elemento central de la regla de protección de la discrecionalidad empresarial.⁵⁰ Este sí, claramente, se trata de un requisito vinculado a la lógica de la actuación diligente. De hecho, el art. 225.3 LSC alude específicamente al deber de información de los administradores como obligación particular derivada del deber general de diligencia. Solo el administrador que adopte la decisión estratégica o de negocio habiéndose informado y asesorado de manera asaz sobre los elementos relevantes para la toma de la decisión y sus consecuencias podrá ampararse en la presunción de diligencia del art. 226 LSC. La determinación de los específicos deberes de información es, sin embargo, una cuestión crucial que no puede ser respondida apriorísticamente ni con pretensión de generalidad. Parece claro que no cabe exigir a los administradores que agoten todas las posibles o imaginables fuentes de información para adoptar toda y cada una de las decisiones de negocio. El tipo de decisión que se adopta, el tiempo del que se dispone, los costes de acceder a la información y el pronóstico de mejora de la certidumbre en caso de recurrir al asesoramiento experto determinarán en cada caso concreto el grado de información exigible.⁵¹

Y finalmente, en cuarto y último lugar, el art. 226 LSC exige que el administrador haya actuado con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Se trata éste del requisito que con mayor claridad plasma la

⁵⁰ Vid. Alfaro Águila-Real, en Juste Mencía (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital*, 2015, p. 338.

⁵¹ En detalle, Alfaro Águila-Real, en Juste Mencía (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital*, 2015, pp. 338 y s.; Guerrero Trevijano, *El deber de diligencia de los administradores*, 2014, pp. 275 y ss.; y en un sentido parecido, Recalde Castells, en Olmedo Peralta et al. (dir.), *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, 2018, p. 1202.

naturaleza procedimentalista de la regla del buen criterio empresarial,⁵² esto es, el reemplazo de una valoración judicial del fondo de la decisión discrecional empresarial por un simple examen de la corrección formal del procedimiento de adopción.⁵³ La constatación de este cuarto requisito será relativamente sencilla allí donde existan procedimientos de actuación preestablecidos, ya sea en normas mercantiles, ya sea en normativa empresarial interna (protocolos de actuación, programas de cumplimiento...).⁵⁴ En todo caso, este requisito no debe reducirse a la exigencia de un mero acopio de la información necesaria, sino que también habrá de estarse al modo en el que se analiza la información recibida, así como al proceso de reflexión previa y de adopción de la decisión empresarial a la postre lesiva del patrimonio social.

Así las cosas, el administrador que adopte un negocio de riesgo o una decisión de negocio discrecional sin infringir su deber de lealtad, esto es, sin anteponer intereses propios a los de la sociedad, y habiéndose informado de manera suficiente y respetado el procedimiento decisorio adecuado, no responderá por el daño que de aquel negocio de riesgo se derive. Su actuación se considerará conforme al art. 226 LSC diligente. Ahora bien, de la no satisfacción de los requisitos procedimentales de esta regla tampoco se sigue automáticamente la responsabilidad mercantil del administrador.⁵⁵ Aunque no será en la praxis lo común, el administrador todavía podrá verse eximido de responsabilidad por el daño ocasionado cuando la toma de decisión pueda ser considerada diligente conforme al estándar de valoración genérico del “ordenado empresario” (art. 225 LSC).⁵⁶

⁵² Para Recalde Castells, en Olmedo Peralta et al. (dir.), *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, 2018, p. 1201, éste subsume todos los demás requisitos: “La business judgement rule objetiviza los procesos de toma de decisiones empresariales”.

⁵³ En este sentido, vid. Roncero Sánchez, en Rodríguez Artigas et al. (dirs.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, 2016, p. 415: “La idea de «procedimiento» parece centrar la atención en el conjunto de actos sucesivos y concatenados que han conducido a la adopción de la decisión y no en las razones que la han fundamentado».

⁵⁴ Al respecto, cfr. Recalde Castells, en Olmedo Peralta et al. (dir.), *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, 2018, pp. 1201 y s.

⁵⁵ En este sentido, vid. Alfaro Águila-Real, en Juste Mencía (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital*, 2015, pp. 342 y s.

⁵⁶ Vid. Alfaro Águila-Real, en Juste Mencía (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital*, 2015, p. 342.

4. La regla de protección de la discrecionalidad empresarial ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal

4.1. Introducción

Aunque los límites del injusto material del delito de administración desleal del art. 252 CP puedan quedar definidos materialmente por la relación interna que libremente configuren el titular del patrimonio y su administrador,⁵⁷ por lo que no estaríamos, en puridad, ante un tipo realmente accesorio o dependiente de regulaciones preexistentes en el ámbito jurídico-privado, la necesidad en la praxis de reconstruir normativamente una relación interna no exteriorizada aconseja tomar en consideración el Derecho societario. Antes de analizar de qué manera, es preciso sin embargo llevar a cabo todavía dos importantes puntualizaciones.

En primer lugar, es fundamental en lo que sigue tener presente el diferente *telos* que subyace a ambos sistemas normativos y lo problemático que resulta extraer la norma mercantil de su contexto originario e integrarla en un marco teleológico diverso.⁵⁸ Mientras que el régimen mercantil de deberes fiduciarios y, en particular, la configuración del deber de diligencia, son el resultado de un juicio de ponderación amplio, en el que además del interés patrimonial del socio se tienen en cuenta otros intereses, en especial, la necesidad de ofrecer incentivos para una administración societaria eficiente desde una perspectiva holística;⁵⁹ el art. 252 CP responde a un objetivo mucho más modesto y particularista, a saber, proteger el patrimonio individual de quien lo pone a disposición de un tercero para su administración. Así las cosas, el art. 252 CP no puede ser concebido como una herramienta más del sistema de gobierno corporativo al servicio de la creación de valor social. Cuestión distinta es que el delito de administración desleal deba ser interpretado en términos tales que no entorpezca dicho fin.

Y en segundo lugar, debe ponerse aquí de manifiesto que la regla de protección de la discrecionalidad empresarial del art. 226 LSC supone una clara procedimentalización del cumplimiento del estándar de

⁵⁷ Sobre todo ello, en profundidad, Pastor Muñoz/Coca Vila, *La Ley Penal* (128), 2017; Pastor Muñoz/Coca Vila, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 107 y ss., 119 y ss., 129 y ss.

⁵⁸ Advirtiendo de este riesgo en la interpretación de leyes penales en blanco, cfr. Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 66.

⁵⁹ Al respecto, cfr. solo Paz-Ares, *InDret* 4/2003, pp. 3 y ss.

diligencia del “ordenado empresario”. Es decir, el legislador mercantil, presupuesto el respeto del deber de lealtad, renuncia a la valoración material de la decisión empresarial discrecional del administrador ante la característica incertidumbre que envuelve su adopción, condicionando la diligencia de su actuación a la simple constatación del cumplimiento de requisitos de naturaleza eminentemente formal.⁶⁰ De este modo se priva a los jueces de la potestad de revisar directamente el contenido material de la decisión de negocio, limitando su función a la comprobación de la corrección del procedimiento que la soporta. Aunque no es este el lugar en el que analizar en profundidad el creciente —y preocupante— fenómeno de la procedimentalización en la determinación del riesgo permitido,⁶¹ esta singular naturaleza del art. 226 LSC tampoco puede ser descuidada a la hora de valorar de qué manera el injusto penal del art. 252 CP queda condicionado por el Derecho societario.

Sentado lo anterior, es momento de plantear y valorar críticamente las tres grandes posibilidades teóricas de relación entre la regla de protección de la discrecionalidad empresarial del art. 226 LSC y el delito de administración desleal del art. 252 CP ante la adopción discrecional de negocios de riesgo potencialmente lesivos para el patrimonio social.

⁶⁰ En este sentido, vid. p. ej., Rönnau, «Die Zukunft des Untreuetatbestandes», *StV* 12 (2011), pp. 757 y s.; Ransiek, *ZStW*, 116 (2004), pp. 674 y ss.; o Gómez-Jara Díez, «Crisis financiera y retribución de directivos: ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal?», *InDret* 2/2009, pp. 24 y ss., quien contrapone la *Business Judgment Rule* como criterio procesal frente a la *Pay For Performance* como criterio material en la valoración de la discrecionalidad empresarial a la hora de fijar la remuneración de directivos. Aprobando esta corriente procedimentalizadora, vid. Bosch/Lange, *JZ* 5/2009, pp. 234 y s. Críticamente, en cambio, Kubiciel, *NStZ* 2005, pp. 356 y s., quien considera el respeto del procedimiento un mero indicio para la conformidad a Derecho del contenido de la decisión de gestión adoptada.

⁶¹ Al respecto, tempranamente, Baudenbacher, «Verfahren als Alternative zur Verrechtlichung im Wirtschaftsrecht?», *ZRP* (12), 1986, pp. 301 y ss.; o Hassemer, «Justificación procedimental en el Derecho penal», en Hassemer/Larrauri, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, 1997, pp. 12 y ss. Una informativa descripción del estado de la discusión actual puede leerse en Saliger, «Prozeduralisierung im (Straf-) Recht», en Hassemer et al. (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9ª ed., 2016, pp. 434 y ss. Y en particular, sobre el concepto, fundamento y límites a la procedimentalización en el Derecho penal económico, monográficamente Francuski, *Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht*, 2014, *passim*, y a propósito de la adopción de decisiones empresariales susceptibles de ser típicas conforme al § 266 StGB, pp. 312 y ss.; y la misma, «Formelle Vorgaben im materiellen Strafrecht», *JuS* 2017, pp. 219 y ss. Sobre esto último, además vid. Rönnau, *StV* 12 (2011), pp. 757 y ss.; o recientemente Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2018, nm. 195.

4.2. Accesoriedad estricta

Una primera opción pasa por aferrarse íntegramente a la normativa societaria y estimar penalmente típica la adopción de todo negocio de riesgo extramuros del amplio margen de discrecionalidad empresarial configurado por el art. 226 LSC. Esta tesis, que podríamos denominar de accesoriedad estricta, ha sido acogida recientemente por la Sala penal 5ª del Tribunal Supremo alemán en el caso *HSH-Nordbank*, en el que condena al administrador de un banco que ante la crisis financiera que afectaba a su entidad concluyó precipitadamente un negocio especulativo crediticio sin respetar los canales internos de información.⁶² Entiende el BGH que, asumiendo que un comportamiento mercantilmente lícito nunca puede ser castigado ex § 266 StGB, y que solo ciertas infracciones del Derecho primario, aquellas especialmente “graves” o “evidentes” merecen reproche penal, allí donde el legislador otorga al administrador un amplio margen de discrecionalidad procedimentalmente condicionado, y esto es lo que sucede ante la toma de decisiones de negocio potencialmente cubiertas por la *Business Judgment Rule* (§ 93 I AktG), la sola infracción de uno de los requisitos legales de dicha regla es ya suficiente para afirmar de manera automática la especial “gravedad o “evidencia” de la infracción requerida para integrar el tipo penal.⁶³

Aunque el BGH trata de restar relevancia práctica a su afirmación señalando que aquellos criterios que tradicionalmente servían a la jurisprudencia penal para negar la suficiente “gravedad” de la infracción societaria y, con ello, delimitar el injusto penal frente al civil, habrían de seguir siendo tomados en consideración en la interpretación del Derecho societario,⁶⁴ lo cierto es que el BGH renuncia a un segundo examen de antijuridicidad estrictamente penal allí donde el administrador no cumple los requisitos procedimentales de la *Business Judgment*

⁶² BGH NJW 2017, 578.

⁶³ En un sentido parecido, vid. además Schüppen, «Transaction-Boni für Vorstandsmitglieder der Zielgesellschaft: Business Judgement oder strafbare Untreue?», en Sieber et al. (eds.), *FS-Tiedemann*, 2008, pp. 760 y s.; Michaelen, *Abweichungen vom Deutschen Corporate*, 2011, pp. 184 y s.; o en los últimos tiempos, Bittmann, «Untreue: Erkennbarkeit und Praktikabilität = mehr Rechtssicherheit», *Wistra* 4/2017, pp. 121 y ss.

⁶⁴ En detalle, Kubiciel, *JZ* 11/2017, pp. 587 y s., quien advierte con razón del riesgo de una „colonización” del Derecho societario por parte del Derecho penal al desplazar el cribado de las infracciones suficientemente graves del mundo penal al mercantil.

*Rule.*⁶⁵ Importando este razonamiento al ordenamiento español habría de afirmarse que el administrador que en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio discrecionales, aún actuando de buena fe y sin interés personal en el asunto objeto de decisión, no se informa de manera suficiente o no respeta el procedimiento de decisión adecuado estaría infringiendo además de su deber societario de diligencia el deber penal de velar por los intereses patrimoniales administrados del art. 252 CP. La infracción del deber de diligencia mercantil sería, pues, condición necesaria y suficiente para afirmar la tipicidad penal del acto de gestión.

En mi opinión, la tesis de la accesoriadad estricta, dejando a un lado que no garantiza el nivel de seguridad jurídica en la determinación del tipo penal que afirman sus defensores,⁶⁶ responde a un pensamiento formalista incompatible con la necesidad de someter la norma del art. 252 CP a la teleología específica del Derecho penal. La teoría de la accesoriadad estricta abre la puerta a que una norma penal pensada para reprimir la infracción dolosa de un deber de custodia patrimonial sea utilizada como norma de flaqueo de un sistema normativo primario que tiende a la protección de unos intereses distintos y de un modo igualmente disímil. Como se ha mostrado arriba, el sistema mercantil de deberes fiduciarios no está orientado en exclusiva a proteger el patrimonio particular del socio. Además, el legislador mercantil recurre al establecimiento de obligaciones cuya infracción, a lo sumo, puede suponer un peligro abstracto de lesión patrimonial. Ello se advierte paradigmáticamente con las obligaciones de evitación de un conflicto de interés derivadas del deber genérico de lealtad, cuyo quebranto en modo alguno supone imperiosamente un menoscabo patrimonial. Por último, la determinación del injusto mercantil a partir de un pensa-

⁶⁵ Críticos Baur/Holle, «Untreue und unternehmerische Entscheidung», *ZIP* 12/2017, p. 557; Kubiciel, *JZ* 11/2017, pp. 587 y s.; y Leite, «Prozeduralisierung oder Rechtsgüterschutz bei der Untreue?», *GA* 2018, pp. 582 y ss.

⁶⁶ Básicamente, porque no es cierto que en el Derecho mercantil reine el acuerdo sobre cuándo un administrador actúa conforme a Derecho y cuándo no. Lo advierten con razón Navarro Frías, «Delito de administración desleal y discrecionalidad de los administradores sociales», *CPC* (109), 2013, pp. 212 y s.; Wohlers, «Die strafrechtliche Bewältigung der Finanzkrise am Beispiel der Strafbarkeit wegen Untreue», *ZStW* 123 (2011), p. 802; Kubiciel, *NSStZ* 2005, p. 355; y Krell, *Untreue durch Stellenbesetzungen*, 2014, pp. 80 y ss., quien entiende que la accesoriadad, dada la indeterminación del Derecho primario, no constituye ya una herramienta restrictiva del injusto penal. Es igualmente utópico pensar que en la praxis no será objeto de discusión si el administrador ha satisfecho o no debidamente los requisitos procedimentales del art. 226 LSC. Al respecto, vid. solo Baur/Holle, *ZIP* 12/2017, pp. 557 y s.

miento puramente procedimentalista resulta igualmente incompatible con la lógica propia de determinación del injusto penal material.⁶⁷ Ni la infracción de los requisitos procedimentales del art. 226 LSC supone necesariamente una afectación penalmente relevante del patrimonio social, ni el respeto de aquellos supone en todo caso que el administrador no esté creando un riesgo relevante de menoscabo patrimonial.⁶⁸ Así pues, la teoría de la accesoriedad estricta, al considerar la infracción de la norma mercantil condición necesaria y suficiente del injusto penal, lo está desnaturalizando por completo, determinando la imposición de una pena bajo unas condiciones radicalmente distintas a las que la legitiman. Así pues, aquella no solo torna imposible la distinción entre ambas clases de ilícito,⁶⁹ sino que desvirtúa la especificidad de la imputación jurídico-penal en el delito de administración desleal, guida necesariamente por criterios de lesividad material concreta.⁷⁰

El que el administrador no haya actuado de buena fe, tenga un interés particular en la decisión, no respete los procedimientos de información o vulnere los canales de adopción del negocio no es razón suficiente para afirmar que la adopción del negocio de riesgo potencialmente lesivo del patrimonio social es contrario al deber de velar por el patrimonio administrado en el sentido del art. 252 CP, por mucho que el legislador mercantil ya haya otorgado un amplio margen de libertad al administrador a través del art. 226 LSC. En realidad, tampoco lo es la infracción de una obligación societaria, incluso cuando aquella tienda directamente a la protección del patrimonio del titular. El injusto del delito de administración desleal, en tanto que razón para la imposición de una pena de prisión de hasta seis años (en su modalidad agravada del art. 250) solo puede colmarse a partir de un juicio valorativo material propio, atento a la relación material de administración libremente configurada por el titular y el administrador y al carácter del riesgo de menoscabo patrimonial creado por el autor.⁷¹

⁶⁷ En este sentido, cfr. p.ej., Kubiciel, *NStZ* 2005, p. 356; o Leite, *GA* 2018, p. 586.

⁶⁸ Al respecto, muy claro, Krell, *Untreue durch Stellenbesetzungen*, 2014, pp. 73 y ss.

⁶⁹ Vid. Baur/Holle, *ZIP* 12/2017, p. 557.

⁷⁰ Al respecto, muy claro en este sentido, vid. p.ej., Bräunig, *Untreue in der Wirtschaft*, 2011, pp. 87 y ss. Asimismo Schünemann, «§ 266», *LK-StGB*, nm. 33; o Leite, *GA* 2018, pp. 582 y ss. Entre nosotros, en contra de una accesoriedad estricta, cfr. p.ej., Navarro Frías, *CPC* (109), 2013, pp. 209 y ss.; y ya antes, Feijoo Sánchez, *InDret* 2/2009, pp. 32 y ss.

⁷¹ En este sentido, cfr. Leite, *GA* 2018, pp. 586 y ss.; Krell, *Untreue durch Stellenbesetzungen*, 2014, pp. 73 y ss., 90 y ss.

4.3. Accesoriedad relativa o asimétrica

Tomando en consideración lo anterior, la doctrina penal, de manera prácticamente unánime, asume la que se ha venido a denominar la tesis de la accesoriedad relativa o asimétrica: solo el acto de gestión mercantilmente ilícito puede ser considerado penalmente relevante, pero no todo acto de gestión mercantilmente ilícito integra automáticamente el injusto penal.⁷² La antijuridicidad mercantil es, pues, condición necesaria, pero no suficiente, para afirmar la tipicidad penal del acto de gestión desleal; para ello es necesario todavía un segundo filtro de antijuridicidad, este sí, de naturaleza propiamente penal. En favor de esta tesis se suele aludir a dos principios fundamentales del *ius puniendi*:⁷³ por un lado, al de unidad del ordenamiento jurídico, según el cual no debería producirse una contradicción valorativa como la que resultaría de la confluencia de la prohibición penal de la adopción del negocio de riesgo y su permisión societaria; y, por el otro, al principio de subsidiariedad y *ultima ratio* del Derecho penal, según el cual, no todo acto de gestión contraria al estándar del “ordenado empresario” merecería reproche penal, sino solo aquel considerado especialmente grave.

La teoría de la accesoriedad exige, por consiguiente, llevar a cabo un segundo juicio de antijuridicidad estrictamente penal, que opera como tamiz para filtrar aquellas infracciones del Derecho societario lo suficientemente graves como para merecer adicionalmente el reproche penal.⁷⁴ Los problemas empiezan, sin embargo, a la hora de concretar los criterios estrictamente penales que habrían de permitir seleccionar de entre todo el mundo posible de infracciones societarias aquellas merecedoras de pena.⁷⁵ En este sentido, es común la afirmación en la

⁷² Cfr. por todos Lüderssen, «Gesellschaftsrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats», en Dölling (ed.), *FS-Lampe*, 2003, p. 728; Kraatz, *ZStW* 123 (2011), pp. 447 y ss.; Dierlamm, «Neue Entwicklungen bei der Untreue – Lösung des Tatbestandes von zivilrechtlichen Kategorien?», *StraFo* 10/2005, pp. 397 y ss.; Rönnau, *ZStW* 119 (2007), pp. 909 y ss.; Bräunig, *Untreue in der Wirtschaft*, 2011, pp. 91 y ss. Entre nosotros, cfr. p.ej., Feijoo Sánchez, *InDret* 2/2009, pp. 32 y ss.; o Navarro Frías, *CPC* (109), 2013, pp. 209 y ss.

⁷³ Kraatz, *ZStW* 123 (2011), pp. 447 y s.

⁷⁴ Vid. al respecto Schünemann, «§ 266», *LK-StGB*, nm. 93; Jahn/Ziemann, «“Untreuestrafrecht 2.0“», *ZIS* 8/2016, p. 553; o Dierlamm, *StraFo* 10/2005, p. 398.

⁷⁵ En profundidad, cfr. Krell, *Untreue durch Stellenbesetzungen*, 2014, pp. 80 y ss., 89, quien sostiene que, en realidad, la teoría de la accesoriedad relativa, dada la indeterminación radical del Derecho primario, carece de verdadera fuerza restrictiva del tipo.

doctrina y jurisprudencia alemanas según la cuál solo las infracciones del Derecho primario “graves” son idóneas para integrar el tipo penal.⁷⁶ Y en un sentido parecido, es igualmente habitual la alusión al carácter “evidente” de la infracción o “indefendible” de la decisión empresarial adoptada.⁷⁷ Retomando el ejemplo arriba presentado, cabría todavía afirmar en este sentido que el administrador que no respeta los deberes de información y, por ende, no actúa amparado por la *Business Judgment Rule*, pese a infringir su deber de diligencia mercantil, no comete un delito de administración desleal, pues el negocio adoptado es todavía susceptible de ser considerado penalmente atípico.

Ahora bien, la plausibilidad de las conclusiones a las que puedan llegar con carácter general los partidarios de la teoría de la accesoriedad relativa no obsta para afirmar que el fundamento sobre el que aquellas descansan es igualmente problemático. En mi opinión, la teoría de la accesoriedad relativa está sujeta a la misma crítica efectuada en este trabajo frente a la de la accesoriedad estricta. Si resulta que el *telos* del sistema de deberes societario y el penal es distinto, y que el injusto penal no puede configurarse a partir de un razonamiento esencialmente procedimentalista, no resulta en absoluto evidente por qué el Derecho penal habría de subordinar necesariamente los espacios de riesgo permitido del delito de administración desleal a la normativa societaria primaria.⁷⁸ Si el núcleo del injusto del art. 252 CP reside en una gestión contraria a la voluntad del titular del patrimonio, esto es, en el exceso del administrador respecto de las facultades de gestión libremente otorgadas por el titular del patrimonio, resulta difícil de comprender por qué el injusto penal debería quedar en alguna medida determinado por normativa primaria, incluso permisiva, no necesariamente coincidente con el sentido de gestión pretendido por

⁷⁶ *Pars pro toto* Schünemann, «§ 266», *LK-StGB*, nm. 111 a 117; o Kindhäuser, «§ 266», *NK-StGB*, nm. 75a y ss.

⁷⁷ Cfr. solo Tiedemann, «Handhabung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrechts. – Versuch einer Zwischenbilanz», en Hanack (ed.), *FS-Dünnebieber*, 1982, p. 533; y en los últimos tiempos, el mismo, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2018, nm. 568; Loos, «Die asymmetrische Akzessorietät der Untreue», en Ahlbrecht et al. (eds.), *FS-Wessing*, 2015, pp. 279 y ss.; o Kubiciel, *JZ* 11/2017, p. 588.

⁷⁸ En un sentido parecido, vid. Krell, *Untreue durch Stellenbesetzungen*, 2014, pp. 90 y ss. Sobre la diversidad de *telos* como límite a la accesoriedad, cfr. Mansdörfer, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, 2011, nm. 354, quien alude expresamente a la posibilidad de que la norma civil incorpore elementos socio-estatales incompatibles con el sentido de protección de la norma penal.

el titular. Ni el principio de unidad del ordenamiento jurídico ni el de subsidiariedad o *ultima ratio* ofrecen respuestas válidas o concluyentes a esta cuestión.

4.4. El Derecho societario como (mero) indicio en la reconstrucción de la relación interna de administración

Hasta donde alcanzo, quien acepte que el injusto del art. 252 CP responde en última instancia a un quebrantamiento de la voluntad del titular en lo que a la gestión de su patrimonio se refiere, habrá de afirmar que los límites del riesgo permitido en la adopción de negocios de riesgo han de quedar única y exclusivamente definidos por la relación interna que libremente configuren el titular y su administrador.⁷⁹ Y ello con independencia de cómo el Derecho societario configure los deberes fiduciarios del administrador y de las eventuales presunciones de diligencia o lealtad que aquél pueda contener. El problema es, claro está, que a falta de acuerdos sociales que expresen la voluntad de los socios o de normativa interna que establezca con carácter general los niveles de riesgo permitido, el juez penal deberá reconstruir *ex post* la voluntad hipotética de la mayoría de los socios en el momento de la adopción del específico negocio de riesgo.⁸⁰ El parámetro rector es a tal efecto siempre de carácter particularista: se trata de averiguar en última instancia qué hubieran respondido los específicos socios llamados a disponer del patrimonio social si hubieran sido preguntados antes de la adopción del concreto negocio de riesgo, no qué hubiera respondido un socio racional o la mayoría de los seres humanos colocados en la posición de los llamados a consentir.⁸¹ A tal efecto son fundamentales las hipotéticas preferencias individuales de los socios, que habrán de ser deducidas a partir de declaraciones y actuaciones previas (acuerdos, reacciones...); así como del tipo de sociedad en la que se adopta el

⁷⁹ Cfr. Pastor Muñoz/Coca Vila, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 75 y ss.; los mismos, *La Ley Penal* (128), 2017, *passim*. De parecida opinión, Schramm, *Untreue und Konsens*, 2005, pp. 227 y ss.; o Kubiciel, *NStZ* 2005, pp. 357 y s., para quien el delito de administración desleal del § 266 StGB no es una ley penal en blanco y, por lo tanto, el injusto no exige la incorporación de la normativa extrapenal, sino más bien su interacción con los presupuestos del tipo.

⁸⁰ Ello no puede determinarse en modo alguno de forma abstracta, sino que habrá de establecerse de manera individualizada. Al respecto, vid. solo Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2018, nm. 568.

⁸¹ Con detalle, vid. Schramm, *Untreue und Konsens*, 2005, p. 241.

negocio, su objeto social y su historial de riesgo.⁸² A partir de la toma en consideración conjunta de todos estos factores indiciarios habrá de reconstruirse, aunque tan solo sea por aproximación, la voluntad del titular del patrimonio administrado, en tanto que criterio de determinación último de los límites del riesgo permitido.

Ahora bien, la necesaria indeterminación de una voluntad hipotética así reconstruida invita asimismo a afirmar que, en consonancia con la doctrina mayoritaria alemana, solo la adopción de aquel negocio de riesgo que se aparta —de forma radicalmente injustificable— de la voluntad probable de los socios es susceptible de integrar el tipo del art. 252 CP.⁸³ *Sensu contrario* todo negocio de riesgo que en el momento de su adopción caiga en el amplio margen de voluntad potencial del titular habrá de ser considerado penalmente atípico, incluso cuando no pueda descartarse una negativa mayoritaria de los socios a su adopción. Evidentemente, esta fórmula genérica precisa de una ulterior concreción que no puede emprenderse en el marco de este trabajo. Sea como fuere, no se trata de distinguir entre infracciones mercantiles más o menos graves, sino de concretar cuándo la adopción de un negocio de riesgo es en el caso específico ya imposible de justificar a ojos del titular del patrimonio menoscabado. Es tarea esencial de la doctrina y jurisprudencia ir concretando tal fórmula de la mano de grupos de casos, tomando en consideración no solo el específico tipo de sociedad, sino también el concreto negocio de riesgo adoptado (concesión de créditos, negocios especulativos...)⁸⁴

Ahora bien, a tal fin, en la medida en que con carácter general no existirá una exteriorización del sentido de administración pactado en la relación interna, el Derecho societario podrá operar como indicio o heurística para la reconstrucción de esa relación interna no exteriorizada. O en las palabras del Tribunal Supremo: “La Ley de Sociedades de Capital ofrece pautas para determinar el vínculo de lealtad que se quebranta, pero no tipifica el delito”.⁸⁵ Es decir, la regla de protección de la discrecionalidad empresarial y, en general, el sistema de deberes fi-

⁸² Cfr. Schramm, *Untreue und Konsens*, 2005, pp. 230 y ss., 241 y s.

⁸³ Cfr. Kubiciel, *JZ* 11/2017, p. 588; y en profundidad, el mismo, *NStZ* 2005, p. 360.

⁸⁴ Así, con razón, Leite, *GA* 2018, pp. 586 y ss., quien aboga por recurrir para ello a los criterios clásicos de determinación del comportamiento típico e imputación objetiva del resultado.

⁸⁵ Cfr. STS 719/2015 de 10 noviembre, ponente Sánchez Melgar.

duciarios no determinan accesoriamente el injusto penal, pero sí pueden ser tomados en consideración en la medida en que reflejen la voluntad presunta del titular del patrimonio.⁸⁶ Tales obligaciones, en suma, no tienen nunca carácter constitutivo del injusto penal, pues éste depende únicamente de la creación de un riesgo para el patrimonio social contraria a la voluntad de su titular, pero sí pueden desplegar un efecto indiciario.⁸⁷ Ello, no obstante, no significa que las partes incorporen en todo caso el Derecho societario a su relación interna, configurando siempre su relación según los parámetros del Derecho primario. Es perfectamente posible que la voluntad hipotética del titular incorpore la adopción de negocios de riesgo objetivamente irracionales y cuya adopción sería vista con carácter general como contraria al estándar del “ordenado empresario”.⁸⁸ Tampoco es necesario un rechazo expreso de las disposiciones societarias para que éstas no sean estimadas determinantes del umbral de riesgo permitido en el marco de la específica relación de administración. El Derecho societario, en suma, es un factor indiciario más a tener en cuenta en el difícil juicio de reconstrucción de la voluntad hipotética de los socios ante la adopción de negocios de riesgo no expresamente consentidos.

Así las cosas, el injusto penal del delito de administración desleal no es el resultado de un juicio de antijuridicidad en dos niveles: la norma de comportamiento relevante penalmente, esto es, el deber de velar por el patrimonio ajeno en el sentido del art. 252 CP, es condi-

⁸⁶ Al respecto, cfr. Feijoo Sánchez, *InDret* 2/2009, p. 32, quien afirma que la normativa extrapenal no es *ratio essendi*, sino simplemente *cognoscendi* del injusto penal. Como arriba, vid. además Hellmann, *ZIS* 11/2007, p. 437; o muy próximo, Kubiciel, *NStZ* 2005, pp. 359 y s.; y Krell, *Untreue durch Stellenbesetzungen*, 2014, p. 107 y s. Que la mera infracción de obligaciones formales, a lo sumo, puede ser un indicio de la infracción del deber de velar por el patrimonio en el sentido del § 266 StGB es puesto claramente de manifiesto por Bräunig, *Untreue in der Wirtschaft*, 2011, pp. 168 y ss.

⁸⁷ En un sentido parecido, vid. ya Schünemann, *Organuntreue*, pp. 26 y ss., 29; el mismo, «§ 266», *LK-StGB*, nm. 94, defendiendo una mera relación de “afinidad jurídico-civil”. Para Kubiciel, *NStZ* 2005, pp. 357 y s., la normativa extrapenal interactúa con el tipo penal, mediando entre ambos una relación de mera cooperación, pero no de subordinación o integración formal. Apuntando igualmente al carácter meramente indiciario de la normativa mercantil, Feijoo Sánchez, *InDret* 2/2009, p. 32; Navarro Frías, *CPC* (109), 2013, pp. 210 y ss.

⁸⁸ Con razón, Krell, *Untreue durch Stellenbesetzungen*, 2014, pp. 82 y s., para quien la voluntad del titular prima frente al Derecho societario en caso de conflicto.

ción necesaria y suficiente para integrar el injusto.⁸⁹ Cuestión distinta es que la normativa extrapenal pueda ser considerada útil a la hora de reconstruir el específico deber penal infringido por el administrador, o que a la infracción del deber penal le acompañe comúnmente, en tanto que epifenómeno, la lesión del deber de diligencia mercantil.⁹⁰ Con lo anterior, sea como fuere, no se pretende negar la naturaleza esencialmente secundaria del Derecho penal.⁹¹ Lo único que se contradice es la extendida tesis según la cual la norma de comportamiento primaria cuya infracción da pie a la aplicación de la norma de sanción es necesariamente la norma extrapenal positivizada (accesoriedad positiva).⁹² Y esta es precisamente también la razón por la que una norma permisiva en el Derecho primario no debería excluir siempre y en todo caso el injusto penal, sino solo cuando aquella refleje también la voluntad última del titular del patrimonio administrado. También la norma permisiva del sistema primario, en suma, despliega un efecto —meramente— indiciario de la permisión.⁹³

Lo anterior significa, en primer lugar, que la infracción de los criterios procedimentales del art. 226 LSC de ninguna manera es suficiente para afirmar la infracción del deber de velar por el patrimonio administrado del art. 252 CP.⁹⁴ En la medida en que el negocio de riesgo,

⁸⁹ En un sentido parecido, fundamental, Schünemann, «§ 266», *LK-StGB*, nm. 94: la lesión del Derecho societario no es condición imprescindible, sino un mero epifenómeno que usualmente aparece en caso de infracción del deber de velar por el patrimonio administrado. Próximos Leite, *GA* 2018, p. 587; o Krell, *Untreue durch Stellenbesetzungen*, 2014, pp. 90 y ss.

⁹⁰ Cfr. solo Schünemann, «§ 266», *LK-StGB*, nm. 94.

⁹¹ Al respecto, cfr. solo Frisch, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 128 y ss.

⁹² Así, sin embargo, vid. Murmann, *JURA* 8/2010, p. 564, n. 44, quien fundamenta el carácter accesorio (limitado) del delito de administración desleal a partir de la naturaleza secundaria del ordenamiento jurídico-penal. Crítico con la accesoriedad positiva y su influencia expansiva del tipo penal, vid. en cambio Krell, *Untreue durch Stellenbesetzungen*, 2014, p. 42, pp. 73 y ss., 90 y ss.

⁹³ De otra opinión, sin embargo, Feijoo Sánchez, *InDret* 2/2009, p. 9; o Navarro Frías, *CPC* (109) 2013, p. 210, quien entiende que “una conducta permitida en el ámbito mercantil debe llevarnos a excluir, de manera automática, la responsabilidad penal por ese hecho”.

⁹⁴ Cfr. en cambio Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2018, nm. 197, para quien la infracción del procedimiento sí constituiría la infracción del deber de velar por el patrimonio administrado en el sentido del § 266 StGB. Advierte sin embargo con razón de la posibilidad de que la infracción de un criterio procedimental no

pese a la infracción de los requisitos legales del art. 226 LSC, todavía pueda ser considerado compatible con la voluntad hipotética del titular configuradora de la relación interna con su administrador, aquel será penalmente atípico. Y en segundo lugar, la tesis del carácter indiciario abre la puerta a que la adopción de negocios de riesgo cubierto por la regla de protección de la discrecionalidad empresarial pueda ser penalmente relevante, en la medida en que la conformidad al Derecho primario obedezca a razones puramente procedimentales. Es decir, si conforme a una interpretación puramente subjetivista del requisito de la buena fe del art. 226 LSC se llegara a admitir la conformidad a Derecho mercantil de la adopción de una decisión empresarial absolutamente irracional, el negocio de riesgo podría ser todavía considerado penalmente típico. En tal caso, y a falta de indicios en sentido contrario, la normativa primaria no reflejaría la voluntad del titular, de modo que no sería decisiva a los efectos de determinar el riesgo permitido del delito del art. 252 CP.

5. Conclusiones

1. Dado que el art. 252 CP castiga también las infracciones del deber de velar por el patrimonio administrado puramente “altruistas”, resulta primordial determinar con claridad el espacio de riesgo permitido ante la adopción de negocios de riesgo potencialmente lesivos para el patrimonio social. Ello no puede hacerse de espaldas al sistema mercantil de deberes fiduciarios y, en particular, a la regla de protección de la discrecionalidad empresarial del art. 226 LSC.

2. El art. 226 LSC establece una presunción *iuris et de iure* de diligencia del administrador que adopta una decisión empresarial discrecional de buena fe, sin un interés personal en el asunto, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento decisorio adecuado. Ello trae causa de la voluntad del legislador de incentivar modelos de administración societaria eficientes. Se trata de reducir los costes de gestión e incentivar una administración original e innovadora.

3. La determinación de la relación que media entre el régimen de obligaciones mercantiles y el tipo del art. 252 CP ha de tener en cuenta, por un lado, el distinto *telos* de ambos sistemas normativos y, por el otro, la renuncia del legislador mercantil a través del art. 226 LSC al análisis

suponga la afectación del bien jurídico penalmente protegido Rönnau, *StV* 12 (2011), p. 758, n. 45; y próximo Bräunig, *Untreue in der Wirtschaft*, 2011, pp. 168 y ss., 176.

material del contenido de las decisiones empresariales en favor de un mero análisis formal del procedimiento que las antecede.

4. Pese a su amplia aceptación en la doctrina, la tesis de la accesoriedad relativa no explica de manera convincente por qué el injusto del art. 252 CP, comprendido éste como un quebrantamiento de la voluntad del titular del patrimonio a través de un acto de gestión patrimonial lesivo, debería quedar subordinado a un sistema normativo con un *telos* distinto y que recurre en la determinación de los espacios de riesgo permitido a un razonamiento esencialmente procedimentalista.

5. En este trabajo se defiende la necesidad de determinar los espacios de riesgo permitido ante la toma de decisiones empresariales potencialmente lesivas del patrimonio societario tomando como referencia exclusiva la voluntad del titular. El Derecho societario y, en particular, la regla de protección de la discrecionalidad empresarial es, por consiguiente, tan solo relevante en tanto en cuanto puedan operar como indicio de la verdadera naturaleza material de la relación de administración libremente acordada entre el titular y el administrador.

CONCEPÇÕES VOLITIVA E COGNITIVA DO DOLO: UMA ANÁLISE QUANTO AO DITO E O FEITO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS 121.654/MG

VOLITIONAL AND COGNITIVE CONCEPTIONS OF MENS REA: AN ASSESSMENT CONCERNING WHAT IS SAID AND DONE BY THE SUPREME FEDERAL COURT IN THE HABEAS CORPUS 121.654/MG

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p117-143

João Carlos Gonçalves Krakauer Maia

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Advogado.

Recebido em: 30/06/2019

Aprovado em: 07/08/2019

Última versão do autor em: 17/08/2019

Área: Direito Penal

Resumo:

No que se refere ao dolo, a adoção de uma concepção volitiva ou cognitiva resulta, muitas vezes, em soluções distintas para um mesmo caso. No presente artigo, sem adentrar no mérito relativo a qual dessas teorias se apresenta como a mais adequada ao nosso sistema legal e jurisprudencial, buscar-se-á tão somente apontar, a partir da análise do Habeas Corpus n. 121.654/MG, do Supremo Tribunal Federal (STF), a maneira contraditória – ou no mínimo inconsistente – com que tais concepções são comumente aventadas e aplicadas.

Palavras-chave:

Direito Penal. Teoria do Delito. Dolo. Concepção volitiva do dolo. Concepção cognitiva do dolo.

Abstract:

Concerning the institute of mens rea, the adoption of a volitional or cognitive conception results, in many times, on distinctive solutions for the same case. On

the present study, without further exploration on which theory presents itself as more adequate on our legal and precedent system, we seek to only point, through the analysis of the Habeas Corpus n. 121.654/MG of Supreme Federal Court (STF), the contradictory manner – or at least inconsistent – in which such conceptions are commonly applied and referenced.

Keywords:

Criminal Law. Theory of Crime. Mens rea. Volitional conception of mens rea. Cognitive conception of mens rea.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do julgamento do *Habeas Corpus* n. 121.654/MG, pelo Supremo Tribunal Federal. 3. Uma análise preliminar dos fundamentos do julgado. 4. O Supremo Tribunal Federal entre as concepções volitiva e cognitiva do dolo. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Definir os contornos e limites entre o dolo eventual e a culpa consciente é, sem sombra de dúvidas, uma das tarefas mais árduas à doutrina e à jurisprudência pátrias. Por isso mesmo, analisar no caso concreto se uma determinada conduta foi praticada com dolo eventual ou culpa consciente implica lançar-se, muitas vezes, em águas verdadeiramente tormentosas. A uma, pela imprecisão conceitual ou argumentativa com que comumente se analisa o dolo eventual¹. A duas, porque a análise do elemento subjetivo que animou a conduta do agente só pode ser adequadamente realizada a partir de elementos objetivos da ação², que nem sempre revelam com clareza o estado anímico do indivíduo no momento da conduta delituosa.

Quanto à dificuldade de se apreender o elemento subjetivo de uma determinada conduta, e da dependência desse processo aos elementos objetivos, dizia Carnelutti que:

É certo que não se pode julgar a intenção a não ser pela ação. É preciso, porém, que consideremos toda a ação, não apenas uma parte dela. A ação humana não é um ato singular, mas todos os atos, em seu conjunto. Aqui, o conceito que nos pode ajudar é o de indivíduo, precisamente porque expressa a

¹ Nesse sentido, cf.: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas por Luís Greco. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 33.

² Cf.: VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 264.

ideia de indivisibilidade. Um homem se chama indivíduo para indicar que não se pode construir a sua história por pedaços. O que o homem quis não pode ser compreendido senão por meio do que o homem é. E o que o homem é só pode ser determinado por meio de toda a sua história³.

A sobredita dificuldade conceitual – e inclusive de identificação – do dolo eventual nos casos concretos é acentuada, ainda, pela própria dificuldade de se obter dos nossos Tribunais Superiores manifestações quanto ao tema.

No Supremo Tribunal Federal, a pesquisa com os termos “dolo E culpa consciente” revela um total de 29 (vinte e nove) acórdãos. Desses, apenas 18 (dezoito) efetivamente analisavam a controvérsia relacionada à identificação e distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente. Para além disso, a grande maioria dos acórdãos (quatorze deles) dizia respeito a homicídios (dolosos ou culposos) praticados na condução de veículo automotor.

Nenhum dos sobreditos casos foi tratado em sede de recurso extraordinário, revelando a enorme dificuldade de se discutir o tema em questão através dessa via recursal (possivelmente em razão da Súmula 279/STF⁴, que veda o reexame do acervo fático-probatório contido nos autos). Igualmente, nos crimes contra a vida possivelmente dolosos, o princípio da soberania do Tribunal do Júri também acaba por limitar a manifestação dos Tribunais Superiores quanto à configuração, ou não, do dolo eventual, restringindo tais decisões, em regra, ao reconhecimento da impossibilidade de o Tribunal apreciar a questão ali discutida – à exceção dos casos de manifesta (des)configuração do dolo⁵.

³ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 54.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 279*: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Sessão Plenária de 13/12/1963.

⁵ De todos os julgados identificados no STF, em apenas um deles a Suprema Corte reconheceu a impossibilidade de caracterização do dolo eventual, determinando de imediato a desclassificação do crime de homicídio doloso para homicídio culposo na condução de veículo automotor (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 107.801/SP. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Relator do acórdão: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Dj: 06/09/2011. Dj: 13/10/2011. *Stf*, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1509910>>. Acesso em: 10 ago. 2019). Nos demais casos, é recorrente o argumento de que a análise quanto à configuração, ou não, do dolo eventual incumbe ao Tribunal do Júri. Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 131.029/RJ, Relator: Min. Luiz Fux. Relator do acórdão: Min. Edson Fachin. Primeira Turma. Dj:

Tudo isso a dificultar, e muito, a obtenção das necessárias e desejáveis manifestações de nossos Tribunais Superiores, cujos precedentes são importantíssimos não só pela amplitude e habitual profundidade com que são tomadas as suas decisões, mas também pelo papel uniformizador para a jurisprudência nacional.

Nesse passo, e a fim de ilustrar algumas das dificuldades e inconsistências argumentativas empregadas na averiguação judicial do dolo e do elemento subjetivo volitivo da conduta, buscar-se-á analisar, aqui, um desses precedentes do Supremo Tribunal Federal em um caso de homicídio na condução de veículo automotor. No caso em comento, que apresenta uma singular relevância por trazer em si a reunião dos principais argumentos utilizados no STF para se admitir ou afastar a possibilidade de caracterização do dolo eventual, discutia-se a desclassificação de um atribuído homicídio doloso para o crime de homicídio culposo na condução de veículo automotor. E, junto à riqueza argumentativa do acórdão, o que também chama especial atenção ao caso é que ele envolvia não apenas um homicídio praticado na condução de veículo

17/05/2016. Dje: 14/09/2016. *Stf*, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11650901>>. Acesso em: 10 ago. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 132.036/SE. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Segunda Turma. Dj: 29/03/2016. Dje: 25/04/2016. *Stf*, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10779699>>. Acesso em: 10 ago. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 131.884/SC. Relator: Min. Teori Zavascki. Segunda Turma. Dj: 15/03/2016. Dje: 06/05/2016. *Stf*, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=10903456>>. Acesso em: 10 ago. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em Habeas Corpus: 120.417/AL. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Dj: 11/03/2014. Dje: 26/03/2014. *Stf*, 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5512962>>. Acesso em: 11 ago. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em Habeas Corpus: 116.950/ES. Relatora: Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Dj: 03/12/2013. Dje: 14/02/2014. *Stf*, 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276447>>. Acesso em: 11 ago. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 115.352/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Dj: 16/04/2013. Dje: 30/04/2013. *Stf*, 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707012>>. Acesso em: 11 ago. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 112.242/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Dj: 05/03/2013. Dje: 09/12/2013. *Stf*, 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4996704>>. Acesso em 11 ago. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 107.801/SP. *Op. cit.*

automotor sob a influência de álcool, mas circunstâncias que tornavam o crime ainda mais reprovável: porque praticado em alta velocidade e na contramão da via pública⁶. Ao caso, então.

⁶ Como ressaltado anteriormente, embora o julgamento do Habeas Corpus n. 121.654/MG (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 121.654/MG. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator do acórdão: Min. Edson Fachin. Primeira Turma. Dj: 21/06/2016. Dje: 19/10/2016. *Stf*, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11878652>>. Acesso em 03 abr. 2019.) pareça ser o de maior riqueza ao estudo da diferenciação entre a culpa consciente e o dolo eventual, seja pela profundidade argumentativa e síntese dos fundamentos que têm sido utilizados pelo Supremo em tais casos, seja pela gravidade das circunstâncias concretas envolvidas na espécie, o STF já analisou outros casos relacionados a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, notadamente em situações de homicídio na condução de veículo automotor. São eles: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 124.687/MS. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Dj: 29/05/2018. Dje: 27/06/2018. *Stf*, 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132599>>. Acesso em: 11 ago. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 131.029/RJ. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 132.036/SE. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 131.884/SC. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 127.774/MS. Relator: Min. Teori Zavascki. Segunda Turma. Dj: 01/12/2015. Dje: 01/02/2016. *Stf*, 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10126844>>. Acesso em: 11 ago. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em Habeas Corpus: 116.950/ES. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 115.352/DF. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 112.242/DF. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 101.698/RJ. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Dj: 18/10/2011. Dje: 30/11/2011. *Stf*, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1595332>>. Acesso em: 12 ago. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 107.801/SP. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 91.159/MG. Relatora: Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Dj: 02/09/2008. Dje: 24/10/2008. *Stf*, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557287>>. Acesso em: 11 ago. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 82.219/MG. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Dj: 12/11/2002. Dje: 19/12/2002. *Stf*, 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78995>>. Acesso em: 11 ago. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 74.750/PB. Relator: Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Dj: 18/02/1997. Dje: 26/11/1999. *Stf*, 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75468>>. Acesso em: 11 ago. 2019.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 46.791/RS. Relator: Min. Aliaomar Baleeiro. Primeira Turma. Dj: 20/05/1969. Dje: 17/10/1969. *Stf*, 1969. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=61149>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

2. Do julgamento do *Habeas Corpus* n. 121.654/MG, pelo Supremo Tribunal Federal

O Habeas Corpus n. 121.654/MG, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 21/06/2016⁷, tinha como pretensão o reconhecimento da incompetência do Tribunal do Júri para apreciar um homicídio praticado pelo ali Paciente na condução de veículo automotor. No *writ*, sustentava-se ser manifestamente incabível a atribuição de dolo, ainda que eventual, à conduta do Paciente, que, no dia 01/02/2008, havia conduzido seu veículo em estado de embriaguez, com excesso de velocidade e na contramão de uma via pública, causando um acidente de trânsito com vítima fatal.

Denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 121, do Código Penal⁸, o ali Paciente foi pronunciado pelo Juízo do II Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte/MG, nos autos de n. 9649982-85.2008.8.13.0024⁹. A Defesa interpôs recurso em sentido estrito sustentando a impossibilidade de se vislumbrar dolo na conduta do Paciente¹⁰. A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento ao recurso em comento para reformar a decisão de origem, determinando a remessa do processo ao Juízo comum, por entender não configurada a competência do Júri¹¹. Na decisão, ressaltou-se não haver sido demonstrada a vontade dirigida à produção do resultado morte, e assinalou-se ainda não ser possível vislumbrar que o Paciente teria assumido o risco de produzir o resultado fatal¹².

Ocorre que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs um recurso especial (o de n. 1.279.458/MG)¹³, que foi provido

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 121.654/MG. *Op. cit.*

⁸ Cf. o art. 121 do Código Penal: “Matar alguém. Pena: reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”, consultado na obra: BRASIL. Código Penal. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 285.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Penal de Competência do Segundo Tribunal do Júri: 9649982-85.2008.8.13.0024. Dj: 13/10/2009. Dj: 16/10/09. *Tjmg*, 2009. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=24&numero=1&listaProcessos=08964998>. Acesso em: 20. abr. 2019.

¹⁰ Neste sentido informa o relatório do acórdão do julgamento do Habeas Corpus 121.654/MG, já citado. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310550226&text=.pdf>>. Acesso em: 22. abr. 2019.

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, reestabelecendo a decisão de primeira instância¹⁴. No julgamento de relatoria do Min. Jorge Mussi, consignou-se que: (i) a pronúncia se limitava a admitir a acusação, não se podendo exigir de tal decisão os requisitos de certeza necessários para a prolação de sentença condenatória; (ii) na fase de pronúncia há de ser observado o princípio “pro sociedade”; (iii) realçou a competência do Tribunal do Júri, ante a possível configuração de crime doloso contra a vida, evidenciado pela embriaguez ao volante e pela condução de veículo na contramão de via pública¹⁵.

Por isso, impetrou-se no STF o Habeas Corpus aqui analisado, visando o reestabelecimento da decisão do TJMG, por considerar-se que a condução de veículo na contramão, com excesso de velocidade e em estado de embriaguez não indicariam, por si sós, a dolosidade da conduta atribuída ao Paciente. Distribuído o *writ* ao Min. Marco Aurélio, da Primeira Turma do STF, levou-se o feito a julgamento no dia 21/06/2016.

É de se registrar, à essa altura, que a admissão do dolo eventual em crimes de trânsito desperta enorme controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Pois, como bem acentuado pelo Min. Marco Aurélio, há uma enorme “dificuldade da prova do elemento volitivo homicida dos condutores de veículos automotores, mesmo daqueles que, sob efeitos de álcool, trafegavam na contramão da direção, em excesso de velocidade”¹⁶.

E foi em meio a essa enorme dificuldade que se travou a discussão quanto ao mérito do HC n. 121.654/STF.

Em seu voto, o Relator do caso, Min. Marco Aurélio Mello, após acentuar que “pretender transmutar os delitos de trânsito em crimes dolosos contra a vida demonstra esforço jurídico conflitante com a Teoria Geral do Crime, na medida em que se afasta do direito penal da culpabilidade”¹⁷, alertou para a possibilidade de a atribuição de dolo, nos crimes de trânsito, pela simples presença de determinadas circunstâncias objetivas, vir inclusive a subverter o espírito do próprio Código de Trânsito Brasileiro¹⁸:

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1.279.458/MG. Relator: Min. Jorge Mussi, Quinta Turma. Dj: 04/09/2012. Dje: 17/09/2012. *Stj*, 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1174729&num_registro=201102147847&-data=20120917&formato=PDF> . Acesso em 15. abr. 2019.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 121.654/MG. *Op. cit.*, p. 7.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 121.654/MG. *Op. cit.*, p. 6-10.

¹⁸ *Ibidem*.

Ofende-se a própria Lei nº 9.503/1997, que contemplou, expressamente, a embriaguez e o excesso de velocidade como causas excludentes dos institutos despenalizadores no delito de lesão corporal culposa, repito, culposa de trânsito, versando tratar-se de circunstâncias caracterizadoras da elementar subjetiva culpa, em vez do dolo. Com efeito, preceitua o artigo 291, § 1º, que se aplica “aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa”, e não dolosa, reitero, “o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:

I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora)”, reconhecendo o legislador serem elementos indicativos de culpa, e não dolo.

Assim, o Min. Marco Aurélio votou para conceder a ordem e, com isso, retirar do Tribunal do Júri a competência para apreciar e julgar a matéria.

Ocorre, porém, que o Min. Edson Fachin¹⁹, após conhecer da impetração, considerou que, no caso, analisar o elemento subjetivo volitivo competiria de maneira exclusiva ao Tribunal do Júri, já que não teria sido demonstrada de maneira incontestada “a culpa como elemento anímico”. Por isso, o eminente julgador abriu divergência e denegou a ordem, aduzindo para tanto que:

definir se os fatos, as provas e as circunstâncias do caso autorizam, a condenação do paciente por homicídio doloso ou, se em realidade, trata-se de hipótese homicídio culposo ou mesmo de incorrência de crime é questão que cabe ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri²⁰

Chegou-se assim ao voto da Min. Rosa Weber, que, reconhecendo a “delicadeza dessa distinção que se faz entre culpa consciente e dolo eventual”²¹, e assinalando sua perplexidade por se tratar de “hipótese de

¹⁹ *Ibidem*, p. 11-13.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, p. 14.

embriaguez ao volante, excesso de velocidade e condução do veículo na contramão de direção”²², acabou por denegar a ordem por considerar que a “solução da controvérsia, para concluir numa ou noutra linha, estaria a exigir exame, aferição de fatos e provas, o que não é admissível no âmbito de um habeas corpus”²³.

Ultrapassado o voto da Min. Rosa Weber, o Min. Luiz Fux apresentou seu entendimento quanto ao caso, votando pela concessão da ordem²⁴:

O que diz o Código de Trânsito brasileiro? “Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor” – aí fixou-se a pena. Depois, aumenta-se essa pena em casos em que o homicídio é praticado contra uma pessoa que está na faixa de pedestre ou na calçada; deixa de prestar socorro – e ele, então, exacerba. Posteriormente, o próprio Código de Trânsito, que é uma lei especial a par da lei geral, que é o Código Penal, dispõe assim, no art. 302, § 2º:

“(…)

§ 2º Se o agente conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participe, em via, de corrida, disputa ou competição, ou ainda de exibição de demonstração de perícia e manobra de veículo automotor, ele é punido com pena de reclusão a dois ou quatro anos.

A partir daí, iniciou-se uma interessante discussão entre os Ministros de nossa Suprema Corte, tendo o Min. Marco Aurélio lembrado que “as premissas fáticas estabelecidas pelo Juízo, ao pronunciar o paciente, e também pelo Tribunal de Justiça, são as constantes do Código de Trânsito brasileiro para aumento da pena”²⁵, e o Min. Luiz Fux acrescentado que, por mais que à condução do veículo em estado de embriaguez se tivesse acrescido o tráfego na contramão, “dirigir à contramão ou é desatenção, ou é imperícia, [pois] o sujeito não sabe em que rua está entrando”²⁶.

Finalmente, o Min. Luís Roberto Barroso votou²⁷ – de maneira pragmática – pela denegação da ordem, mencionando, antes de mais

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 15-19.

²⁵ *Ibidem*, p. 16.

²⁶ *Ibidem*, p. 17.

²⁷ *Ibidem*, p. 20-21.

nada, preocupantes estatísticas (cujas fontes jamais foram explicitadas) do nosso país quanto às mortes no trânsito, e dizendo, também, que a “conscientização significa difundir a compreensão de que dirigir um carro é como portar uma arma. O uso impróprio é crime. É preciso tirar o glamour da velocidade irresponsável e o clima de festa da embriaguez”²⁸. Por fim, o Min. Barroso arrematou: “a consciência de que a direção mediante embriaguez pode eventualmente levar a julgamento pelo Tribunal do Júri e por crime doloso, penso eu que sirva também como um elemento importante de prevenção geral”²⁹.

Nesse passo, concluiu-se o julgamento com 03 (três) votos pela denegação da ordem e apenas 02 (dois) pela sua concessão. Manteve-se, portanto, a competência do Tribunal do Júri para se processar e julgar o caso. E ainda em tempo: mantida a decisão de pronúncia, em que pese todos os esforços empenhados pela combativa Defesa, o Paciente do Habeas Corpus aqui analisado foi levado ao Júri popular, e condenado a uma pena de 06 anos e 03 meses de reclusão (a serem cumpridos inicialmente em regime semiaberto) com suas razões de apelação desprovidas pelo TJMG.

3. Uma análise preliminar dos fundamentos do julgado

Os fundamentos do julgado explicitado acima demonstram, em larga medida, algumas das dificuldades de se apreender o elemento subjetivo volitivo nos casos concretos. E é de se lembrar, aqui, a lição de Nelson Hungria, de que só se poderia admitir o dolo eventual em crimes de trânsito quando presente uma disposição suicida do agente³⁰. Afinal, salvo uma disposição suicida, é de todo evidente que aquele que conduz seu veículo (por mais temerárias que sejam as circunstâncias) não *quer*, e tampouco *consente* com o risco de produzir um resultado típico que possa recair sobre ele próprio³¹. Nas palavras do próprio Hungria, ao analisar um caso envolvendo uma competição automobilística irregular:

três rapazes apostaram e empreenderam uma corrida de automóveis pela estrada que liga as cidades gaúchas de Rio Grande e Pelotas. A certa altura, um dos competidores não pôde evitar que

²⁸ *Ibidem*, p. 20.

²⁹ *Ibidem*, p. 21.

³⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II, arts. 11 à 27*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 543 – 544.

³¹ *Ibidem*, p. 543-544.

o seu carro abalroasse violentamente com outro que vinha em sentido contrário, resultando a morte do casal que nele viajava, enquanto o automobilista era levado em estado gravíssimo, para um hospital, onde só várias semanas depois conseguiu recuperar-se. Denunciados os três rapazes, vieram a ser pronunciados como co-autores de homicídio doloso, pois teriam assumido *ex ante* o risco das mortes ocorridas. Evidente o excesso de rigor: se estes houvessem previamente anuído a tal evento, teriam, necessariamente, consentido de antemão na eventual eliminação de suas próprias vidas, o que é inadmissível. Admita-se que tivessem previsto a possibilidade do acidente, mas, evidentemente, confiariam em sua boa fortuna, afastando de todo a hipótese de que ocorresse efetivamente. De outro modo, estariam competindo, in mente, estupidamente, para o próprio suicídio.³²

No mesmo sentido são as lições de Alexandre Wunderlich:

Assim, parece-nos por demais perigosa a elasticidade do conceito de dolo eventual nos acidentes de trânsito. Acreditamos, sinceramente, que ao colocar a sua própria vida em jogo, o agente que colide seu veículo contra o de outrem não poderia, num raciocínio óbvio, consentir ou anuir com o resultado. Impossível a presença do elemento volitivo no enquadramento fático referido. Impossível tolerar a produção do resultado. Impossível haver consentimento, anuência, pelo simples fato de que se o agente concordasse com o resultado morte da vítima, estaria ao mesmo tempo, consentindo com a sua (possível e também provável) morte.³³

Na espécie, porém, três circunstâncias foram decisivas para a admissão da possibilidade de atribuição de dolo à conduta do ali Paciente: (i) a embriaguez; (ii) o excesso de velocidade; e (iii) a condução do veículo automotor na contramão da via pública.

Analisadas isoladamente, as referidas circunstâncias dificilmente autorizariam a admissão de dolo eventual no homicídio causado na condução de veículo automotor. Afinal, a própria Lei n. 9.503/97 chegou a prever, em seu art. 302, §2º³⁴, a caracterização de homicídio

³² *Ibidem*, p. 543 – 544.

³³ WUNDERLICH, Alexandre. *O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/1732/o-dolo-eventual-nos-homicidios-de-transito> >. Acesso em: 08 abr. 2019.

³⁴ Confira o referido dispositivo: “Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proi-

culposo na hipótese de condução de veículo automotor em estado de embriaguez (ainda que, à época, o *quantum* de pena a ser aplicado fosse idêntico ao do *caput* do dispositivo, este era apenado com detenção, ao passo que aquele com reclusão). Igualmente, o artigo 291, § 1º³⁵ da referida lei também previa (ainda que o tenha feito expressamente apenas para a lesão corporal) a possibilidade de configuração de crime culposo por excesso de velocidade na condução de veículo automotor. Por fim, e como bem acentuado pelo Min. Luiz Fux, a condução de veículo automotor na contramão da via pública muito mais sugere a imperícia do condutor do que uma aceitação de um risco letal para terceiros e, por que não, para si próprio.

Contudo, por mais que tais circunstâncias não indiquem, isoladamente, a configuração de crime doloso, o acúmulo delas parece ter sido decisivo para que o Supremo admitisse a possibilidade de dolo da ação. Aliás, é de se destacar – e com enorme perplexidade – que, no julgado, a dificuldade de se distinguir entre o dolo eventual e a culpa consciente acabou por ser utilizada por um dos ministros, declaradamente, como um elemento repressivo em desfavor do cidadão, de tal maneira que a dificuldade de distinção aqui analisada acabou por ser erigida a um autêntico fator de prevenção geral.

Mas sem embargo do quanto se disse, o julgado explicitado revela com clareza ímpar duas questões relevantíssimas à contemporânea dis-

bição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. § 2º (Revogado pela Lei 13.281/2016 – DOU 05.05.2016, em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.), consultado na obra: BRASIL. Código Penal. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 802.

³⁵ Confirma o referido dispositivo: “Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber. § 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008) II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008) III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)”, consultado na obra: BRASIL. Código Penal. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 801.

cussão quanto aos limites e contornos do dolo. A primeira questão está relacionada à necessidade, ou não, do elemento subjetivo volitivo para a configuração do dolo. E a segunda questão, diretamente decorrente da primeira, é aquela que se propõe a encontrar quais critérios autorizariam a atribuição de dolo caso se admita a desnecessidade de um elemento subjetivo volitivo para a sua configuração. É o que se passa a analisar.

4. O Supremo Tribunal Federal entre as concepções volitiva e cognitiva do dolo

No que se refere ao dolo, denomina-se teorias volitivas aquelas que exigem o requisito da vontade à sua configuração, distinguido o dolo e a culpa a partir da oposição entre “querido” e “não querido”³⁶.

No Brasil, o art. 18, I, do CP, preceitua que age com dolo o agente que “*quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.*” Pouco se diz, porém, sobre o que se poderia compreender por tal “querer”, na medida em que “o legislador deixa em aberto a questão sobre o que significa exatamente essas expressões”³⁷. É preciso definir, então, em qual sentido se poderia compreender o “querer” e a “assunção” a que faz referência o Código Penal, especialmente porque “o que é ou não é querer ou a assunção de risco não é algo que seja possível inferir diretamente da lei penal, senão de uma teoria do dolo”³⁸.

E, como bem asseverado por Eduardo Viana, a questão aqui colocada é de “extrema importância, uma vez que o verbo querer não é específico da linguagem jurídica”³⁹. Mais que isso: por possuir diversos sentidos, o “querer” pode ser compreendido de maneira distinta quando analisado sob a perspectiva de cada um desses significados⁴⁰. E é de se

³⁶ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 33. Para Paulo César Busato, “aqueles autores que afirmam que o dolo se resume em conhecimento adotam uma postura atributiva-normativa da própria estruturação geral da teoria do delito, enquanto que aqueles que dotam o sistema de imputação de uma ancoragem antológica, também de regra, adicionam a vontade ao conhecimento como elementos componentes do dolo”. BUSATO, Paulo César. *O dolo e o processo de comunicação*. Lumiar, Revista de Ciências Jurídica. v. 2, n. 1, 2008, p. 8. Disponível em: < <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Yvsw-VpV7tYJ:https://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar/article/download/1626/1233+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

³⁷ VIANA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 285.

³⁸ *Ibidem*, p. 285.

³⁹ *Ibidem*, p. 160.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 160.

frisar, também, a advertência do autor: “o nosso código não ofereceu qualquer definição para a expressão, tampouco outra evidente referência sistêmica a partir da qual o conceito poderia ser derivado”⁴¹.

Em um primeiro viés, é possível compreender o “querer” – ou a “vontade” – em um sentido psicológico–descritivo, ou seja, é possível compreendê-lo de uma maneira muito próxima à da linguagem cotidiana⁴². Daí porque Luís Greco assevera que, nesse sentido, “designa-se por vontade um estado mental, algo que ocorre literalmente na cabeça do autor, uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém”⁴³.

Já em um segundo viés, o “querer” – ou a “vontade” – pode ser compreendido em um sentido normativo–atributivo⁴⁴, no qual, como apontado por Luís Greco, a vontade representaria uma “atribuição, isto é, uma forma de interpretar um comportamento, com ampla independência da situação psíquica do autor”⁴⁵. Ainda de acordo com Greco, sob essa perspectiva “a melhor maneira de compreender o comportamento do autor é aquela que, de alguma forma, o aproxima daquilo que ele veio a realizar e o considera plenamente responsável por isso”⁴⁶, pois, como bem acentuado por Puppe, em sentido “normativo, o enunciado ‘o autor quis o resultado’ significa que ele não poderá isentar-se de responsabilidade, alegando que não o quis em sentido psicológico, que não o almejou”⁴⁷.

Para explicitar as distinções entre os diferentes sentidos do verbo “querer”, nada mais exemplificativo do que a situação ilustrada no denominado “Caso Lacmann”, aqui explicitado com as sutis alterações promovidas por Luís Greco:

Dois fazendeiros que brincam de tiro ao alvo numa feira popular decidem fazer uma aposta. O desafio: que o primeiro deles atire no chapéu da menina que se encontra vinte metros adiante sem a ferir. O prêmio: todo o patrimônio do perdedor.

⁴¹ *Ibidem*, p. 161.

⁴² *Ibidem*, p. 160.

⁴³ GRECO, Luís. Dolo Sem Vontade. In: RAPOSO, J. et al. (Org.). *Estudos de Direito e Filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 886.

⁴⁴ VIANA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 163.

⁴⁵ GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 887.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 887.

⁴⁷ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 31-32.

O primeiro fazendeiro atira e ocorre o duplamente indesejado, a menina é atingida e morre⁴⁸

Considerando que o atirador pretendia ganhar a aposta e, com isso, receber todo o patrimônio do outro apostador, e tendo em vista ainda que ferir a menina representaria, também, a perda de todo o seu próprio patrimônio, bem se vê que lhe era peremptoriamente indesejável lesionar a jovem mulher.

Em outras palavras: em sentido psicológico–descritivo, o atirador jamais *consentiu* ou *quis* feri-la, isto é, jamais atuou com a *vontade* de produzir este resultado, que não só não lhe era indiferente, mas efetivamente não *querido*, ao menos em sentido psicológico⁴⁹. Por isso, para aqueles que sustentam que a vontade somente poderia ser analisada sob uma perspectiva psicológica, sequer seria possível considerar que o atirador atuou a título de dolo eventual, pois, como bem destacado por Ingeborg Puppe, “se a ocorrência do resultado é incompatível com os objetivos do autor, então falta a este não só a vontade de que o resultado ocorra; sua vontade, no sentido natural da palavra, é de que o resultado não ocorra”⁵⁰.

No entanto, em que pese a existência dessa “vontade” – ao menos em sentido psicológico – de que o resultado não viesse a ocorrer, e, por consequência, em que pese a ausência de uma “vontade” ou “consentimento” (também em sentido psicológico) de produção deste resultado, ninguém deixará de reconhecer o dolo na conduta do atirador⁵¹. E isso revela que, em muitos casos, doutrina e jurisprudência atribuem o dolo sem que exista qualquer “vontade” ou mesmo “consentimento” em sentido psicológico–descritivo⁵², compreendendo-se o “querer” a “partir de um conceito normativo de vontade”⁵³. O “Caso Lacmann” bem elucidada, então, que por vezes chega-se a atribuir o dolo mesmo considerando-se que a “vontade” do autor, em sentido psicológico–descritivo, era justamente a de que o resultado não se produzisse.

⁴⁸ GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 887.

⁴⁹ GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 887-888.

⁵⁰ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 46.

⁵¹ Nesse sentido, cf.: VIANA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 286; PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 45.

⁵² GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 888.

⁵³ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 36.

Mas por que isso acontece? Segundo Puppe, porque a teoria da vontade “padece de uma utilização ambígua da palavra ‘querer’”⁵⁴, que pode assumir tanto um sentido psicológico, quanto um sentido normativo, como já explicitado anteriormente⁵⁵. Ocorre que, segundo a autora, em muitos casos “esse salto de um conceito de vontade psicológico–descritivo para um conceito normativo–atributivo não é explicado com a devida clareza pela doutrina dominante”⁵⁶. E isso ocorreria de maneira particularmente sensível nos casos de dolo eventual e dolo direto de segundo grau⁵⁷. No que toca ao dolo direto de segundo grau, aliás, a pesquisadora alemã ilustra o que aqui se diz da seguinte forma:

O caso mais claro em que o autor não pode alegar que não almejou o resultado, apesar de isso ser a pura verdade, é o chamado dolo direto de segundo grau. Quem explode o avião particular de um inimigo político com uma bomba-relógio com o propósito de matá-lo, não almeja a morte das pessoas que acompanham o político em seu vôo. Como o agente sabe, porém, que elas têm necessariamente de morrer se seu plano de matar o político dessa tiver sucesso, a ausência de um tal propósito não o isentará do reproche de que ele também quis a morte dos companheiros de vôo – desde que, contudo, se compreenda a expressão querer ou decidir-se em favor de em sentido normativo atributivo⁵⁸

É de se reconhecer, portanto, que nem mesmo as teorias volitivas do dolo consideram a “vontade” exclusivamente em um sentido psicológico–descritivo, e mais: em muitos casos nos quais se atribui à conduta o dolo eventual ou o dolo direto de segundo grau, só é possível fazê-lo através da consideração da “vontade” em um sentido normativo, ainda que as teorias volitivas não o façam de maneira expressa ou declarada.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁵ Quanto ao ponto aqui exposto, Ingeborg Puppe chega a dizer que: “A teoria da vontade recorre ao sentido cotidiano da palavra dolo, como intenção, defende porém um conceito estendido de dolo, que se afasta consideravelmente dessa ideia cotidiana. Todas as expressões com as quais se tenta descrever esse conceito estendido de vontade, como acolher em sua vontade, anuir, assumir o risco aprovando o resultado, são transformadas em ambíguas, utilizadas por um lado sem sentido descritivo, psicológico, por outro em sentido normativo, atributivo.” *Ibidem*, p. 50.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 32.

Tudo a revelar que: a compreensão da “vontade” em sentido psicológico é não apenas inadequada para um considerável número de casos, mas também desnecessária – e por isso mesmo inapropriada – à própria caracterização do dolo⁵⁹. Portanto, se à configuração do dolo há de se atribuir alguma relevância à “vontade”, só se poderia fazê-lo caso se venha a tomar a “vontade” em um sentido normativo-atributivo⁶⁰.

À essa altura, porém, surge um inevitável impasse. Se a “vontade” em sentido psicológico–descritivo é desnecessária e inapropriada à caracterização do dolo, e se, por isso mesmo, só se puder considerá-la a partir de um sentido normativo-atributivo, então é de se indagar: quando se poderá dizer que o agente “quis”, em sentido normativo, produzir o resultado? Em outras palavras: abrindo-se mão do recurso à “vontade” em sentido psicológico, quando se poderá dizer que ao agente atuou de maneira dolosa?

A esse questionamento, considerando a profundidade e rigor científico de sua teoria do dolo, apresenta-se como síntese da corrente que sustenta uma concepção cognitiva do dolo a resposta de Eduardo Viana, para quem: “o dolo é a representação do perigo juridicamente desaprovado de realização de um tipo penal”⁶¹. Ou, nas palavras de Luís Greco: “dolo é conhecimento de que a ocorrência do resultado é algo provável”⁶². Sob a perspectiva de um dolo cognitivo, portanto, “não interessa se o autor levou à sério um perigo conhecido, o que interessa é se ele conhece um perigo que deveria ser levado à sério” e mesmo assim praticou a conduta típica, como bem acentuado por Puppe ao citar lição de Herzberg⁶³.

⁵⁹ GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 896.

⁶⁰ Para Paulo César Busato, aliás, “o dolo não pode ser considerado uma categoria ontológica, representada por uma realidade psicológica, entre muitas razões, pela impossibilidade de sua identificação, o que gera um nível de insegurança das decisões que não tem porque entender-se menor que o obtido em um processo de atribuição. O dolo não existe, se atribui”. BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 11.

⁶¹ VIANA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 294.

⁶² GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 902.

⁶³ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 79. Como bem destacado por Paulo César Busato, em sentido semelhante é a lição de Hassemer, para quem “o dolo é uma ‘decisão a favor do injusto’, mas entende também que o dolo é uma instância interna não observável, com o que, sua atribuição se reduz à investigação de elementos externos que possam servir de indicadores e justificar sua atribuição. Por isso, estes indicadores só podem ser procurados na mesma *ratio* do dolo, que se explica em três sucessivos níveis: a situação perigosa, a representação do perigo e a decisão a favor da ação perigosa”. BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 11.

Assim, a afirmação de que o dolo é a representação do perigo juridicamente desaprovado funda-se em que “a representação do perigo permite ao autor exercer o controle sobre o próprio corpo e que, portanto, domine o que está sendo ou será realizado”⁶⁴. Daí Luís Greco apontar que, “para que se possa falar em dolo, tem o autor de agir com conhecimento tal que lhe confira o domínio sobre aquilo que está realizando”⁶⁵. E assim postas as coisas, bem se vê que, para a concepção cognitiva, à configuração do dolo basta que o agente tenha conhecimento quanto ao perigo (juridicamente desaprovado) por ele criado de realização de um tipo penal, em nada sendo relevante a sua “vontade” em sentido psicológico⁶⁶.

Portanto, em sentido normativo seria possível dizer que o agente “quis” o resultado (ou “assumiu” o risco de produzi-lo) quando, tendo conhecimento do perigo juridicamente desaprovado criado por sua conduta (seja ela comissiva ou omissiva), ele ainda assim a praticar.

Mas com isso ainda não se disse tudo. Partindo-se dessa configuração, como se estabeleceria a distinção entre o dolo e a culpa? Para Eduardo Viana, pode-se dizer que:

[a] diferença de gradação entre o dolo e a culpa está marcada pelo nível de dominabilidade que o autor pode ter sobre a sua conduta, isto é, no comportamento doloso o agente conhece todos os elementos necessários de maneira a dominar o seu próprio comportamento e ativar os mecanismos de evitação da lesão ao bem jurídico, ao passo que o crime culposo consubstancia uma espécie de delito na qual não existe a mesma intensidade de domínio porque o indivíduo não tem consciência de que seu comportamento cria o perigo de realização do tipo penal. (...). Considerando-se

⁶⁴ VIANA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 294.

⁶⁵ GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 902.

⁶⁶ É interessante observar que, para Frish, o objeto do dolo seria não o resultado típico, mas sim a conduta típica, uma vez que não se pode conhecer aquilo que ainda sequer se produziu. A respeito da teoria de Frisch, Roxin aponta que “*objeto del dolo no son para él los elementos pertenecientes al tipo objetivo, pues el ‘saber’ del sujeto no podría referirse al resultado típico simplemente por la sencilla razón de que éste no se há producido en el momento de la acción. Objeto del dolo sería, por el contrario, sólo la ‘conducta típica’, es decir, p. ej. en el caso del § 212 una conducta con riesgo no permitido de muerte. Para el dolus eventualis bastaría por tanto el conocimiento del riesgo no permitido*”. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, t. I. Tradução e notas por Miguel Diaz y Garcia Conledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 439.

o exposto, essa diferença gradual pode ser identificada pela seguinte proposição: quanto mais intenso for o conhecimento do perigo, maior é a sua dominabilidade.⁶⁷

Um dolo concebido de maneira exclusivamente cognitiva desperta, a princípio, inúmeras objeções, e a primeira delas é a de uma suposta incompatibilidade de tal teoria com os dispositivos de nosso Código Penal. Como já explicitado, porém, apesar de ter delimitado que atua com dolo o agente que “quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (art. 18, I, CP), em momento algum o legislador estabeleceu em qual sentido deveriam ser compreendidas essas expressões. A esse argumento acrescenta-se um segundo, ainda mais relevante: a própria doutrina e jurisprudência admitem casos de dolo sem vontade (em sentido psicológico), muito embora não o façam de maneira expressa⁶⁸.

E para vê-lo basta observar o caso do julgado aqui explicitado. O caso ali tratado dizia respeito a um homicídio na condução de veículo automotor, tendo a discussão se concentrado na possibilidade, ou não, de afastamento do dolo eventual. Parece muito claro que, inexistindo nos autos qualquer elemento a evidenciar uma disposição suicida do autor, não se poderia dizer que, em sentido psicológico, ele “quis” o resultado fatal, ou mesmo que ele teria “aprovado” ou “consentido” com tal possibilidade, que evidentemente também deixaria sensivelmente exposta a sua própria vida.

Em sentido psicológico, portanto, não há dúvidas de que o agente efetivamente não “queria” o resultado fatal ali produzido, o que, para um adepto da teoria volitiva do dolo, obrigatoriamente conduziria ao reconhecimento da culpa inconsciente, e ao consequente afastamento da possibilidade de configuração do dolo eventual (tal como feito pela 3ª Câmara Criminal do TJMG). No entanto, o que se viu no julgado foi justamente o contrário: o reconhecimento da *possibilidade* de caracterização do dolo eventual. E a decisão em comento só pode significar duas coisas: (i) ou que o STF decidiu o caso considerando a possibilidade de um dolo sem vontade em sentido psicológico; (ii) ou que o STF, apesar de sustentar uma concepção volitiva do dolo, traiu a solução dogmática por ela apresentada e, por isso mesmo, equivocou-se na decisão proferida.

Mas os fundamentos lançados no acórdão parecem responder à questão.

⁶⁷ VIANA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 293.

⁶⁸ GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 901.

Em seu voto⁶⁹, o Min. Marco Aurélio demonstrou sua enorme preocupação com a dificuldade de provar o “elemento volitivo homicida dos condutores de veículos automotores, mesmo daqueles que, sob os efeitos nocivos do álcool, trafegavam na contramão de direção, em excesso de velocidade, como no caso”, ressaltando, por fim, que “a distinção entre os institutos da culpa consciente e do dolo eventual encontra-se na vontade, no querer volitivo determinado na ação”. Por esta razão, o Min. Marco Aurélio rechaçou a possibilidade de caracterização de dolo eventual no caso, mesmo diante das circunstâncias objetivas ali verificadas, na medida em que elas teriam sido expressamente previstas para casos de crimes culposos⁷⁰. Assim, coerente com uma concepção volitiva do dolo, o Min. Marco Aurélio reconheceu a *impossibilidade* de caracterização do dolo eventual, a afastar a competência do Tribunal do Júri para processar e julgar o caso.

O Min. Luiz Fux acompanhou este voto, assinalando que se alguém “atropela de propósito, isso é homicídio doloso”, mas que o “homicídio na atividade de circulação de veículos” estaria previsto nos crimes culposos do Código de Trânsito Brasileiro⁷¹.

O Min. Edson Fachin foi o responsável por abrir a divergência⁷². Após ressaltar que o caso abarcava hipótese de “embriaguez ao volante, excesso de velocidade e condução do veículo na contramão de direção”, manifestou o entendimento de que o afastamento da possibilidade de caracterização do dolo eventual somente poderia ser realizado pelo

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 121.654/MG. *Op. cit.*, p. 6-10.

⁷⁰ Para Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli, no entanto, deve-se “combater a tese que assimila a hipótese de morte causada por agente que conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência como caso automático a ser sancionado pelo parágrafo 3º do artigo 302 da Lei de Trânsito. (...). Não é incorreto sustentar que a nova regra fortalece a frente jurisprudencial que reputa culposo o perigo conscientemente criado pelo agente que conduz sob a influência de álcool, mas é inexato defender que a culpa será a única forma de responsabilização do agente em casos de acidentes fatais. Por isso, recebe-se com cautela decisão proferida pelo STJ de que a embriaguez, por si só, não caracteriza dolo eventual”. BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. *Novo capítulo sobre a discussão entre culpa consciente e dolo eventual*. Conjur, 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jan-25/opinioao-capitulo-culpa-consciente-dolo-eventual>. > Acesso em: 13 ago. 2019.

⁷¹ *Ibidem*, p. 15-19.

⁷² *Ibidem*, p. 11-13.

Conselho de Jurados, “salvo em casos em que fica de pronto e evidentemente demonstrada a culpa como elemento anímico”, concluindo que tal análise seria inviável em sede de habeas corpus.

A Min. Rosa Weber registrou sua perplexidade ante as circunstâncias objetivas do caso, concluindo que o afastamento da possibilidade de caracterização do dolo eventual “estaria a exigir exame, aferição de fatos e provas, o que não [seria] admissível no âmbito de um habeas corpus”⁷³.

Finalmente, e sem adentrar nas peculiaridades do caso, o Min. Luís Roberto Barroso⁷⁴ se limitou a assinalar que, nos casos de homicídio na condução de veículo automotor, “a repressão moderada e eficiente inclui a possibilidade de o Tribunal do Júri verificar, à luz dos elementos do caso concreto, se a tipificação deve se dar como crime doloso ou crime culposo”⁷⁵.

Como se percebe, os dois Ministros que votaram pelo afastamento do dolo eventual se orientaram, claramente, por uma concepção volitiva do dolo, e dela extraíram o que parece ser a única solução com ela condizente. Por outro lado, os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber levantaram, em síntese, dois argumentos para denegar a ordem: um primeiro de natureza processual, segundo o qual seria inviável apreciar a matéria ali discutida na estreita via do Habeas Corpus⁷⁶; e um segun-

⁷³ *Ibidem*, p. 14.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 20-21.

⁷⁵ A essa altura, é importante assinalar a crítica de Fernando Lopes, no sentido de que os homicídios na condução de veículo automotor “não podem ser decididos com base nas contingências sociais, mas a partir de fundamentos epistemológicos claros e inequívocos, que devem encontrar ainda amparo legal”. LOPES, Fernando. O caso Carli Filho e o significado descritivo e normativo do dolo. *Ibccrim*, 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5109-O-caso-Carli-Filho-e-o-significado-descritivo-e-normativo-do-dolo>. Acesso em: 13. ago. 2019.

⁷⁶ Em outros casos em que se discutia a possibilidade de se desclassificar o homicídio doloso para o homicídio culposo na condução de veículo automotor, o Supremo já destacou a inviabilidade de se realizar tal discussão na via do *Habeas Corpus*. Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus: 160.500/SP. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. Dj: 28/09/2018. Dje: 05/10/2018. *Sjf*, 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748375824>>. Acesso em: 12 ago. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 124.687/MS. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 131.029/RJ. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 132.036/SE. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em Habeas Corpus: 120.417/AL. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 115.352/DF. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal

do argumento no sentido de que as circunstâncias objetivas do caso (“embriaguez ao volante, excesso de velocidade e condução do veículo na contramão de direção”) autorizariam a admissão da *possibilidade* de caracterização de dolo eventual, a impor a pronúncia do agente⁷⁷. O posicionamento do Min. Luís Roberto Barroso mais parece aproximar-se desse segundo argumento.

Em relação ao primeiro fundamento, de impossibilidade de “afecção de fatos e provas” na via do Habeas Corpus, é interessante notar que o *writ* ali manejado se voltava contra um acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial, recurso este que, assim como o Habeas Corpus, possui uma via de cognição extremamente limitada. Nesse passo, é no mínimo curioso que, em vias de cognição igualmente limitadas, um dos Tribunais Superiores (STJ) tenha admitido a análise dos fatos e provas dos autos – em prejuízo do acusado –, ao passo que o outro (STF) não. Mas esta é uma questão para um outro momento.

Quanto ao segundo fundamento, mais relevante ao debate aqui proposto, o que se observa é que, por mais que não tenha sido apontado nenhum elemento que indicasse a disposição suicida do autor, admitiu-se a possibilidade de caracterização do dolo eventual tão somente em razão do perigo por ele criado, perigo este evidenciado pelas circunstâncias objetivas do caso concreto. Ocorre que, com isso, na espécie o Supremo Tribunal Federal acabou por admitir a *possibilidade* de atribuição de dolo eventual a um autor que, sabidamente, jamais *quis* (em sentido psicológico) o resultado ali produzido, e assim se procedeu unicamente em função das circunstâncias objetivas do

Federal. Habeas Corpus: 112.242/DF. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 101.698/RJ. *Op. cit.*

⁷⁷ Em outros julgamentos em que se debatia a possibilidade de se desclassificar o homicídio doloso para o homicídio culposo na condução de veículo automotor, o Supremo também ressaltou a inviabilidade de realizar tal desclassificação em razão das circunstâncias concretas do caso, que envolviam, notadamente, embriaguez ou excesso de velocidade em competição automobilística não autorizada. Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus: 160.500/SP. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 124.687/MS. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 131.884/SC. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 127.774/MS. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 115.352/DF. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 112.242/DF. *Op. cit.*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 101.698/RJ. *Op. cit.*

caso, reveladoras da criação, por parte do autor, de um perigo intenso à vida e integridade física de terceiros.

É como se a Suprema Corte tivesse reconhecido que: como o autor tinha consciência do perigo criado por sua conduta e ainda assim não se absteve de praticá-la, ao fazê-lo ele poderia, ao menos em tese, ter atuado com dolo eventual, por mais que em sentido psicológico a sua “vontade” fosse a de que o acidente jamais tivesse ocorrido. Vale dizer: o “consentimento” ou a “aprovação” quanto à realização do tipo de homicídio só poderia ser atribuída ao autor em um sentido normativo, e, ao manter a pronúncia, o STF admitiu essa possibilidade, ainda que não o tenha feito expressamente. Mas o que se vê, ao final e ao cabo, é que o Supremo adotou, no caso, e com perfeição, uma concepção cognitiva do dolo, embora sem dizê-lo.

No ponto, a crítica de Luís Greco àqueles que sustentam uma concepção volitiva do dolo amolda-se como uma luva ao julgado:

A exigência de um elemento volitivo poucas vezes é levada a sério pelos seus defensores, que costumam, no mais das vezes, atribuí-lo ou negá-lo valendo-se ou de critérios objetivos, como a intensidade do perigo, ou – o que é pior – recorrendo a uma intuição imperscrutável⁷⁸

Não se pretende, no presente trabalho, defender ou rechaçar de maneira exauriente qualquer uma das concepções de dolo (volitiva ou cognitiva) aqui analisadas. Esta é uma tarefa para uma outra oportunidade. O que se almejou aqui, tão somente, foi explicitar uma inconsistência – para não dizer contradição – das decisões judiciais que, sem abrir mão de uma concepção volitiva do dolo, acabam por recorrer às premissas e soluções de uma concepção cognitiva do dolo. E pior, sem fazê-lo de forma declarada, com o que somos levados ao mais obscuro dos mundos: o da insegurança jurídica produzida pela possibilidade de arbítrio⁷⁹.

5. Conclusão

Nas linhas que se seguiram, buscou-se apresentar, ainda que sucintamente, os fundamentos das concepções volitivas e cognitivas do

⁷⁸ GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 901.

⁷⁹ Em sentido semelhante, Fernando Lopes aponta que “de nada adianta adotar a teoria da vontade, se esta for interpretada de acordo com as premissas filosóficas normativistas, pois estas podem reduzi-la a efetivamente nada, ou seja, podem presumi-la onde não existe”. LOPES, Fernando. *Op. cit.*

dolo, apresentando, a partir da análise do Habeas Corpus n. 121.654/MG, algumas possíveis contradições – ou no mínimo inconsistências – da decisão ali tomada pelo STF sob a roupagem de uma concepção volitiva do dolo.

E, de tudo quanto se expôs, sobressai a certeza de que definir os limites e contornos do dolo eventual, e, mais ainda, traçar uma linha que permita distingui-lo com segurança da culpa consciente, é tarefa das mais difíceis e necessárias da moderna teoria do delito. Que continuemos a avançar, mesmo que a passos miúdos, rumo a um Direito Penal orientado pela razão.

Referências

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. *Novo capítulo sobre a discussão entre culpa consciente e dolo eventual*. Conjur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-25/opinio-capitulo-culpa-consciente-dolo-eventual>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL. *Código Penal*. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1.279.458/MG. Relator: Min. Jorge Mussi, Quinta Turma. Dj: 04/09/2012. Dje: 17/09/2012. *Stj*, 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1174729&num_registro=201102147847&data=20120917&formato=PDF>. Acesso em 15. abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial*. Corte Especial. DJ 03/07/1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus: 160.500/SP. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. Dj: 28/09/2018. Dje: 05/10/2018. *Stf*, 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748375824>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 101.698/RJ. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Dj: 18/10/2011. Dje: 30/11/2011. *Stf*, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1595332>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 107.801/SP. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Relator do acórdão: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Dj: 06/09/2011. Dje: 13/10/2011. *Stf*, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf>

jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1509910>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 112.242/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Dj: 05/03/2013. Dje: 09/12/2013. *Stf*, 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4996704>>. Acesso em 11 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 115.352/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Dj: 16/04/2013. Dje: 30/04/2013. *Stf*, 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707012>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 121.654/MG. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator do acórdão: Min. Edson Fachin. Primeira Turma. Dj: 21/06/2016. Dje: 19/10/2016. *Stf*, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11878652>>. Acesso em 03 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 124.687/MS. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Dj: 29/05/2018. Dje: 27/06/2018. *Stf*, 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132599>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 127.774/MS. Relator: Min. Teori Zavascki. Segunda Turma. Dj: 01/12/2015. Dje: 01/02/2016. *Stf*, 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10126844>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 131.029/RJ. Relator: Min. Luiz Fux. Relator do acórdão: Min. Edson Fachin. Primeira Turma. Dj: 17/05/2016. Dje: 14/09/2016. *Stf*, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11650901>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 131.884/SC. Relator: Min. Teori Zavascki. Segunda Turma. Dj: 15/03/2016. Dje: 06/05/2016. *Stf*, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10903456>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 132.036/SE. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Segunda Turma. Dj: 29/03/2016. Dje: 25/04/2016. *Stf*, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10779699>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 46.791/R.S. Relator: Min. Aliaomar Baleeiro. Primeira Turma. Dj: 20/05/1969. Dje: 17/10/1969. *Stf*, 1969. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=61149>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 74.750/PB. Relator: Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Dj: 18/02/1997. Dje: 26/11/1999. *Stf*, 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75468>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 82.219/MG. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Dj: 12/11/2002. Dje: 19/12/2002. *Stf*, 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78995>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 91.159/MG. Relatora: Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Dj: 02/09/2008. Dje: 24/10/2008. *Stf*, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557287>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em Habeas Corpus: 116.950/ES. Relatora: Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Dj: 03/12/2013. Dje: 14/02/2014. *Stf*, 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276447>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em Habeas Corpus: 120.417/AL. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Dj: 11/03/2014. Dje: 26/03/2014. *Stf*, 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5512962>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 279*: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Sessão Plenária de 13/12/1963.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Penal de Competência do Segundo Tribunal do Júri: 9649982-85.2008.8.13.0024. Dj: 13/10/2009. Dje: 16/10/09. *Tjmg*, 2009. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=24&numero=1&listaProcessos=08964998>. Acesso em: 20. abr. 2019.

BUSATO, Paulo César. *O dolo e o processo de comunicação*. Lumiar, Revista de Ciências Jurídica. v. 2, n. 1, 2008, p. 8. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Yvsw-VpV7tYJ:https://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar/article/download/1626/1233+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas: Edicamp, 2002.

GRECO, Luís. Dolo Sem Vontade. In: RAPOSO, J. et al. (Org.). *Estudos de Direito e Filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II, arts. 11 à 27. 5. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LOPES, Fernando. *O caso Carli Filho e o significado descritivo e normativo do dolo*. Ibccrim, 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5109-O-caso-Carli-Filho-e-o-significado-descritivo-e-normativo-do-dolo>. Acesso em: 13. ago. 2019.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas por Luís Greco. Barueri, SP: Manole, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, t. I*. Tradução e notas por Miguel Diaz y Garcia Conledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

WUNDERLICH, Alexandre. *O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/1732/o-dolo-eventual-nos-homicidios-de-transito> >. Acesso em: 08 abr. 2019.

AUSENCIA DE LESIVIDAD Y CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN COMO CRITERIOS NEGATIVOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA¹

ABSENCE OF HARMFULNESS AND CAUSES OF JUSTIFICATION AS NEGATIVE CRITERIA OF OBJECTIVE IMPUTATION

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p145-210

José María Peláez Mejía

Doctor en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. Magister en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Libre de Colombia. Magister en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre de Colombia. Profesor Asociado y Docente Investigador de la Universidad Libre de Cúcuta.

Recibido em: 15/06/2019

Data de aceite: 16/06/2019

Área: Direito Penal

Resumen:

Mediante la presente investigación se pretende demostrar como hipótesis de trabajo que las tradicionales causales de justificación (cumplimiento de un deber legal, obediencia debida, estado de necesidad justificante, legítima defensa, ejercicio de un derecho, cargo público o actividad lícita, etc.) son en realidad modalidades de “riesgo permitido”, razón por la

¹ El presente artículo de investigación corresponde a una síntesis de mi tesis doctoral desarrollada en la Universidad Libre de Colombia y denominada: “*Causales de justificación y ausencia de lesividad como criterios negativos de imputación objetiva: una propuesta de ampliación del concepto riesgo permitido para la constitución de un esquema bipartito del delito.*” Dicha tesis obtuvo la calificación de *summa cum laude* por parte del Tribunal encargado de evaluar la misma. Actualmente existen dos versiones: **i)** la versión original de la tesis que puede consultarse *online* en el siguiente link: https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15552/Libro_Tesis%2012.31.12%20p.m..pdf?sequence=1&isAllowed=y; y **ii)** una versión ampliada en la cual se incluyen varios capítulos nuevos, entre los cuales se destaca el análisis de por qué la “conducta” no debe ser estudiada como un elemento anterior a la tipicidad, sino como un elemento del “tipo penal” que fue publicada de la siguiente manera: PELÁEZ MEJÍA, José María. *Fundamentos de un esquema bipartito del delito*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019.

cual el examen de todas ellas debe darse en el terreno de la imputación objetiva como verdaderas causales de atipicidad y no como conductas típicas carentes de antijuridicidad (entendida como una categoría dogmática independiente). Así las cosas, y dado que también la lesividad hace tiempo es un criterio de tipicidad objetiva, estaríamos presenciando el abandono definitivo de un esquema tripartito del delito, cuya larga agonía no fue más que la crónica de una muerte anunciada; siendo ello así, porque la función, antiguamente cumplida por la antijuridicidad en el sistema jurídico-penal, ha quedado hoy satisfecha en mejor forma a partir de los criterios analíticos que estructuran la imputación objetiva.

Palabras clave:

causales de justificación, imputación objetiva, lesividad, riesgo permitido.

Abstract:

Through this investigation, it is intended to demonstrate as a working hypothesis that the traditional causes of justification (fulfilling a legal duty, due obedience, justifying state of need, legitimate defense, exercise of a right, public office or lawful activity, etc.) are actually “allowed risk” modalities. This is why the examination of all of them must occur in the field of objective imputation, as true causes of atypicality and not as typical behaviors lacking in unlawfulness (understood as an independent dogmatic category). Thus, and since the harmfulness has long been a criterion of objective typicity, we would witness the definitive abandonment of a tripartite scheme of crime, whose long agony was nothing more than the chronicle of an announced death. Being this way, because the function, formerly fulfilled by the unlawfulness in the legal-criminal system, has been satisfied today in a better way based on the analytical criteria that structure the objective imputation.

Keywords:

causes of justification, objective imputation, harmfulness, allowed risk.

Sumário: 1. Introducción. 2. Fundamentos constitucionales, significado, alcance y criterios de imputación objetiva. 2.1. La causalidad como un requisito anterior al juicio de imputación objetiva. 2.2. El concepto y niveles de imputación objetiva. 2.3. Los fundamentos de la imputación objetiva. 2.3.1. Fundamentos a partir del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. 2.3.2. Fundamentos a partir del principio de culpabilidad. 2.3.3. Fundamentos a partir del principio de legalidad. 3. La lesividad y la ausencia de lesividad como criterios negativos de imputación objetiva. 3.1. El principio de lesividad. 3.2. La “lesividad”

y la “ausencia de lesividad” como problemas de imputación objetiva. 4. Las causales de justificación como criterios negativos de imputación objetiva al ser modalidades de riesgo permitido. 4.1. La razón de ser de la distinción entre tipicidad y antijuridicidad, así como entre causales de atipicidad y causales de justificación. Enunciación de la toma de postura al respecto y de los argumentos contrarios a la misma. 4.2. Causales de justificación como criterios negativos de imputación objetiva: una ampliación del concepto de riesgo permitido. 4.2.1. Breve presentación del modelo ampliado de riesgo permitido. 4.2.2. Argumentos que soportan la tesis según la cual las “causales de justificación” constituyen riesgos permitidos (eventos de atipicidad objetiva por falta de imputación objetiva). 4.2.2.1. Argumento lógico-normativo. 4.2.2.2. Argumento constitucional o a partir de principios limitadores del ius puniendi. 4.2.2.3. Argumento dogmático-histórico. 5. Conclusiones: presentación del esquema bipartito del delito propuesto. Referencias.

1. Introducción

A partir de la demostración de dicha *hipótesis de trabajo* se buscarán levantar los pilares fundamentales para la elaboración dogmática de un *esquema del delito bipartito* adecuado para materializar el sistema de protección de derechos humanos que adoptaran los *modelos de constitucionalismo principialista*², viabilizándose así de manera idónea la determinación de los elementos estructurales de la responsabilidad penal; es decir, (de una u otra manera) la construcción de *una teoría globalizada del delito* que supere las serias contradicciones, hermetismos, simplezas o deficiencias, según el caso, de la dogmática jurídico-penal³ actual del

² Al respecto nos dice PINO que el *constitucionalismo principialista* o *neoconstitucionalismo* (en contraposición al garantista) afirma que: (i) Los derechos fundamentales son valores o principios de tipo moral; (ii) Que tales principios son esencial, estructural y pragmáticamente diversos de las reglas por estar dotados de una normatividad más débil; (iii) Que como consecuencia de tal distinción, los principios no pueden ser sometidos al ejercicio de “subsunción” como las reglas, sino a la “ponderación” (Alexy) o el “balanceo” (Dworkin), y (iv) Que, por ende, al haber incorporado las constituciones tales principios morales y a su vez todo juez o tribunal constitucional debe incluirlos en sus decisiones, es necesario conceder que existe entre el derecho y la moral una relación conceptual necesaria. Cfr. PINO, G. Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral. En: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en línea]. 2011, vol. 34. ISSN: 0214-8676, p. 201-228.

³ Se asume como concepto de Dogmática Jurídica el siguiente: “*es una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua,*

mundo, en la que, lejos de observarse algún tipo de acuerdo doctrinal o jurisprudencial, es posible avizorar cada vez más el aumento paulatino de las divergencias insalvables en torno a la estructuración, sistematización y aplicación de los elementos del delito. Todas estas *situaciones problemáticas*⁴ permiten dejar sentado y explicado sin lugar a dudas que la disparidad conceptual es tan grande, que de no dársele una solución a ello, ante la inminente construcción de ordenamientos jurídicos globales e internacionales (como por ejemplo el Estatuto de Roma) sería bastante probable que se renunciara a cualquier intento de elaboración de una Ciencia del Derecho Penal y en consecuencia también a una sistematización coherente de los elementos configurativos del delito, que dejarían en el valle de la inseguridad jurídica, la arbitrariedad y el intuicionismo pedestre la solución de los casos penales que llegaran ante esas instancias supranacionales. Por lo tanto, se buscarán eliminar dichas **contradicciones** en el proceso de sistematización abandonando el intento infructuoso de mantener la *antijuridicidad* como un elemento independiente del delito y considerándolo en contraposición a ello un criterio de imputación objetiva cuyos aspectos negativos deberán ser tratados en el terreno de la tipicidad. Así pues, llevando las anteriores consideraciones a ordenamiento jurídicos que incorporan un Estado Social y Democrático de Derecho, será posible observar que, para la configuración de una nueva teoría del delito como la propuesta, será necesario delinear la dogmática jurídico-penal de acuerdo con los principios y valores que sean adoptados como *límites al ius puniendi* por parte a la Constitución Política vigente en cada estado determinado.

Bajo tal óptica, constituciones políticas como la colombiana han consagrado como principio constitucional el *derecho penal de acto*, materializándolo en una norma rectora del Código Penal conforme a la cual “*la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado*”,

se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y tienen un contenido normativo.” ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 246.

⁴ Al respecto Cfr., BAUCE, Gerardo. El problema de investigación. En: Revista de la Facultad de Medicina, 2007. vol. 30. no. 2. p. 115-118 BUNGE, Mario. La investigación científica. Su estrategia y su filosofía. Barcelona: Editorial Ariel, 1987. p. 189; MEDINA, L. Como plantear un problema de investigación y seleccionar un diseño de estudio apropiado. En: Archivos en Medicina Familiar. Julio-septiembre, 2007. vol. 9. no. 3. p. 127-132; QUINTANA, Alberto. Planteamiento del problema de investigación: errores de la lectura superficial de libros de texto de metodología. En: *Revista IIPSE*. 2008. vol. 11. No. 1. p.239-253.

dándole cabida así al ingreso de la moderna teoría de la “imputación objetiva” como institución doctrinal y normativa edificada para la solución de los más diversos problemas de la dogmática jurídico penal. Por ello la imputación objetiva se ha constituido hoy en día en el tema central de las discusiones jurídico-penales, puesto que su ubicación dogmática, a la hora de atribuir responsabilidad a un individuo, se halla en el primer escalón del raciocinio jurisdiccional de adjudicación normativo-ontológica. Sin embargo, esto ha traído como consecuencia la preocupación doctrinal y jurisprudencial generalizada por delimitar la esencialidad de dicha teoría, ya que de su correcta aplicación depende la resolución definitiva y satisfactoria de las causas penales en los actuales Estados Sociales de Derecho. No obstante los resultados de aquel desvelo intelectual no han sido los esperados; por el contrario, se evidencia una verdadera nubosidad conceptual discordante que ha venido a dejar al operador jurídico en el punto central de las más álgidas teorías divergentes, cuyas consecuencias jurídico-prácticas terminan siendo utópicas o, en el peor de los casos, exageradamente normativistas y, por ende, tan nugatorias de los valores fundantes de un Estado Social y Democrático de Derecho (al cual va dirigida la subcategoría dogmática de la imputación objetiva) que resultan irremediabilmente insostenibles e inaplicables.

En ese orden de ideas, se observa que actualmente **no existe en la doctrina y en la jurisprudencia colombiana** una delimitación clara y precisa en torno al significado, alcance y criterios de aplicación de la teoría de la imputación objetiva, lo que ha imposibilitado materializar en la decisiones judiciales el principio fundamental a la igualdad y la seguridad jurídica, ya que la disimilitud de conceptos y estructuras que presenta esta institución normativa se van haciendo cada día más grandes, **máxime** cuando se intenta compatibilizar tal teoría con los conceptos de *antijuridicidad*, *ausencia de lesividad* y *causas de justificación*, pues la completa separación de estas categorías dogmáticas respecto de la *imputación objetiva* trae consigo, en el peor de los casos, contradicciones y soluciones político-criminales completamente insatisfactorias, y en el mejor de ellos tautologías o redundancias inaceptables que impiden el proceso de cientifización y aplicación segura del Derecho Penal para la solución de casos.

Por lo tanto, el **problema de investigación** que a través de la demostración de esta *hipótesis de trabajo* busca resolverse es el siguiente: ¿Qué función, ubicación y significado coherentes tendrían la antijuridicidad, la ausencia de lesividad y las causales de justificación al interior de un

Esquema del Delito que asumiera la *imputación objetiva* como uno de los elementos integrantes de la tipicidad objetiva?

Así las cosas, se iniciará esta construcción jurídica tratando de evitar al máximo los prejuicios dogmáticos existentes y se tomará entonces como punto de partida un referente conceptual-filosófico e interdisciplinario⁵. Desde tal perspectiva, se realizará con la presente investigación la fundamentación de los aspectos propositivos de la misma llevando a cabo para tales efectos, respectivamente, la argumentación con la cual se sustentarían **dos de las tres ideas centrales** de este trabajo: (i) que la ausencia de lesividad es un criterio negativo *independiente* de imputación objetiva; y (ii) que las causales de justificación son una modalidad de riesgo permitido y en consecuencia también criterios negativos de imputación objetiva. La **tercera idea central** de esta investigación es el resultado inevitable que se derivará de las anteriores dos ideas reseñadas y consistente en la **eliminación** de la antijuridicidad como categoría dogmática independiente configurativa del delito, al trasladarse sus niveles de análisis al terreno de la imputación objetiva que se encuentra ubicada en sede de tipicidad.

Para la fundamentación de esta tercera idea, que conllevará necesariamente la edificación de un esquema bipartito del delito, se utilizarán en el último acápite el *método dogmático* y la teoría del *constitucionalismo principialista* efectuando para tales fines una nueva propuesta de sistematización de los elementos de la responsabilidad penal en Colombia a partir de las conclusiones a las cuales se haya llegado en el desarrollo de cada sección.

2. Fundamentos constitucionales, significado, alcance y criterios de Imputación Objetiva

2.1. La causalidad como un requisito anterior al juicio de imputación objetiva⁶

La conducta tipificada, así como el resultado tipificado son, al tiempo, empíricos y normativos razón por la cual es necesario estable-

⁵ Los referentes teóricos y metodológicos interdisciplinarios no son novedosos en la investigación jurídica, sino que es una forma de auscultar la solución del problema planteado ya consolidados desde hace tiempo. Al respecto BOTERO, Andrés. Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. En: *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad del Norte. [En línea]. 2004. no. 21. p. 163-199. Disponible en Internet: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102109>>.

⁶ Para ver el argumento completo Cfr. PELÁEZ MEJÍA, José María. La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal. *Revista de Derecho*, 31(2), 295-320, 2018. doi:10.4067/S0718-09502018000200295

cer entre ellos puentes de conexión válidos y pertinentes que abarquen ambos mundos. Son por estas razones que la búsqueda de nexos omnicomprendivos resulta completamente inútil dado que una conexión meramente ontológica o puramente jurídica termina dejando inconcluso alguno de los presupuestos necesarios para la configuración del Delito en cualquier ordenamiento penal. Así las cosas, debe entenderse que el Delito no es únicamente onticidad, pero tampoco exclusiva normatividad, constituyendo una y otra una serie de agregados insuficientes a nivel individual pero necesarios en su concurrencia para afirmar la responsabilidad penal, razón por la cual tanto la causalidad como la imputación objetiva son elementos indispensables para establecer el compromiso criminal de un individuo por cuanto únicamente podrá atribuirse un hecho a una persona como obra suya si y sólo si (i) *empíricamente* se encuentran conectados entre sí el resultado, la conducta y el sujeto a quien se le atribuyen los mismos – **causalidad** –; y (ii) si a su vez *normativamente* puede decirse que hay una conexión jurídica que vincule resultado, conducta y ser humano (como partícipe o autor), de tal forma que los primeros le puedan ser atribuidos a éste último – **imputación objetiva** –.

Y es que debe recordarse que la exigencia de causalidad para ciertos delitos (Vgr., los de *resultado* empírico) no ha desaparecido de ninguna forma, encontrándonos con que la imputación objetiva, aun cuando en sus inicios pretendió ser una teoría causal que superara a todas sus predecesoras, logró independizarse de tal forma que se convirtió en un elemento independiente y adicional a ella que hoy en día integra el tipo penal objetivo y resulta necesario para afirmar la tipicidad objetiva del comportamiento, pero sin que deba equiparársela con ésta. Así pues, es absolutamente indispensables diferenciar conceptualmente varios significantes y la función que desde la perspectiva aquí defendida ellos cumplen, para evitar de esta manera confusiones inútiles que tan solo distraerían la atención en lo fundamental:

La imputación objetiva es un elemento del tipo penal objetivo (de la misma manera que lo son la causalidad, el objeto material, los sujetos, la acción, el resultado, etc.) que exige para su configuración dos niveles: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (que podría llamarse imputación objetiva de primer nivel o imputación objetiva del comportamiento) y la realización del riesgo en el resultado (cuyo nombre podría ser el de imputación objetiva de segundo nivel o imputación objetiva del resultado). A su vez el tipo penal objetivo sería

una de las partes del “tipo penal” integrado por varios elementos entre los que se encontraría la “imputación objetiva” mientras que el juicio de tipicidad objetiva lo constituiría la operación mental a través de la cual comparamos los hechos investigados con los elementos del tipo penal objetivo para determinar si existe o no adecuación, subsunción valorativa o equivalencia entre ellos. En caso afirmativo, la consecuencia de dicho juicio de adecuación sería la “tipicidad objetiva” del hecho; y en caso contrario, la “atipicidad objetiva” del mismo. Al respecto es posible evidenciar la existencia de tres juicios de tipicidad objetiva: (i) un juicio de subsunción lógico; (ii) un juicio de imputación fáctica o del hecho empírico; y (iii) un juicio de imputación objetiva, los cuales serán explicados más adelante.

De esta manera, se tiene como definición de los tres juicios de tipicidad objetiva la siguiente: el *juicio de subsunción lógica* es aquel conforme el cual se selecciona de la realidad empírica, en concreto, los hechos cuyas características se adecúan a los sujetos activo y pasivo, la acción típica y el resultado típico, realizando para ello un simple ejercicio de exégesis o comparación entre las cualidades normativas que en abstracto han sido descritas en los distintos elementos objetivos del enunciado normativo de la parte especial del Código (verbo rector, elementos normativos, etc.) y la realidad empírica. Este primer paso es fundamental porque la realidad seleccionada es dual: empírica y normativa, y sobre cada uno de esos extremos vendrá a continuación un juicio posterior de valoración, razón por la cual a partir de este primer juicio es que se obtiene el objeto de valoración natural y jurídica. Como puede verse, la selección de la acción típica y del resultado típico no se hace en la causalidad ni en la imputación objetiva y por pensar lo contrario es que tantos desvaríos trajo consigo la construcción de esos dos escalones de análisis. No puede perderse de vista que con este juicio no se busca saber si el hecho ocurrido le pertenece empírica y normativamente al sujeto activo, sino tan solo seleccionar el material con el que en un análisis posterior (causalidad e imputación objetiva respectivamente) se determinará tal circunstancia. Es de aclarar que conforme la postura aquí esgrimida la causalidad y la imputación objetiva no hacen parte del juicio de subsunción porque aun cuando integran el tipo penal, la subsunción implica un ejercicio de encuadramiento, comparación o adecuación, mientras que la causalidad y la imputación objetiva un ejercicio de relación o determinación de conexiones.

En lo atinente al *juicio de imputación fáctica o del hecho empírico*, una vez seleccionados el sujeto activo y pasivo, así como los hechos constitutivos de acción y resultados típicos se pasa a realizar un juicio de doble atribución:

- i. Atribución empírica de la conducta: mediante este subnivel se busca afirmar que el hecho pretérito configurativo de la acción típica fue generado por el sujeto activo.
- ii. Causalidad: según se vio desde este subnivel se establece si el hecho pretérito configurativo de la acción típica constituye la explicación del hecho pretérito constitutivo del resultado, perteneciendo también este último, por lo tanto, al sujeto activo desde un punto de vista meramente empírico.

Por último, se lleva a cabo un *juicio de imputación objetiva* que consistiría en determinar cuándo la acción y los resultados típicos están conectados jurídicamente y a su vez pertenecen en virtud de la adecuación de éstos a una serie de criterios normativos agrupados en dos grandes niveles: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de tal riesgo en el resultado, no olvidando que dicha imputación normativa aun cuando es necesaria para completar la tipicidad objetiva no constituye el reemplazo de la causalidad natural⁷ pues tienen fines de atribución diversos e indispensables para satisfacer finalmente la responsabilidad penal. Hechos y normas conformando una misma cosa (el Delito) y no lo uno ni lo otro sino una nueva categoría que cabalga entre dos mundos cual lo hizo el lienzo y la pintura al conformar la obra de arte.

2.2. El concepto y niveles de imputación objetiva

La imputación objetiva, como elemento del tipo penal, busca determinar dos cosas: (i) si están vinculadas jurídicamente la acción típica y el resultado típico; y (ii) si la totalidad de esa actuación puede serle imputada a una persona como obra suya. Para hacerlo se vale de los dos niveles antes referidos (como exigencias del mismo):

⁷ Una posición contraria que aboga por una causalidad de tipo funcional puede verse en: LAMPE, E. La causalidad y su función jurídico-penal, en *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003. p. 59-96.

- i. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y
- ii. La concreción del riesgo en el resultado como aspectos “positivos” de la imputación objetiva.

De esta manera, el riesgo permitido, la prohibición de regreso, el principio de confianza, la falta de lesividad, la no concreción del riesgo desaprobado en el resultado, etc., serían en realidad la faz negativa de cada uno de esos niveles de atribución normativa y no los subniveles de los dos escaños de imputación referidos, por lo cual se constituirían en verdaderas causales de ausencia de responsabilidad que aparecen como factores negativos de imputación objetiva al excluirse alguno de sus niveles. Ejemplificativamente, así como el dolo (compuesto positivamente por dos elementos uno cognitivo y otro volitivo) posee una contracara o faz negativa llamada “error de tipo invencible”, de la misma manera la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como primer nivel de la imputación objetiva tiene – entre muchas otras – una contracara o faz negativa: el riesgo permitido. En consecuencia, así como aquél (el error de tipo invencible) genera atipicidad subjetiva, también éste (el riesgo permitido) produce la atipicidad objetiva del hecho y ambos, en últimas, serían entonces ausencias de responsabilidad.

2.3. Los fundamentos de la imputación objetiva

Para poder ofrecer una justificación al concepto de imputación objetiva ofrecido es necesario responder al menos estas tres preguntas: (i) ¿Por qué la imputación objetiva es un elemento del delito y no simplemente un método de interpretación o un conjunto de principios para determinar el alcance de la norma penal?; (ii) ¿Por qué la ubicación de la imputación objetiva es en el tipo objetivo y no en otro de los elementos del delito como por ejemplo la conducta o la antijuridicidad?; y (iii) ¿Cuál es el fundamento teórico, constitucional, legal o filosófico de la imputación objetiva como elemento configurativo necesario del delito?

Al respecto se afirma lo siguiente: la imputación objetiva es en realidad un requisito común a todos los delitos establecidos como tales por los códigos penales. En consecuencia, aun cuando surgió como un conjunto de criterios dispersos que servían para acotar el alcance de los tipos penales y en ese sentido parecía más un método de interpretación, para unos, y una especie de *topoi*, para otros, lo cierto es que hoy en día la imputación objetiva es un verdadero elemento indispensable del

delito consistente en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la posterior realización de éste en el resultado. ¿Por qué? Porque los métodos de interpretación de la ley penal son *procedimientos* a través de los cuáles se busca hallar el significado de los enunciados normativos o, en otras palabras, un conjunto de operaciones mentales con las que se *atribuye* un significado (o norma) a un simple enunciado normativo de carácter penal⁸. Así pues, en este punto reviste especial importancia la distinción que existe entre el *significante* (o enunciado normativo), el *significado* (o norma) y el *método* para extraer el segundo del primero (la interpretación), puesto que la *imputación objetiva* sería el *resultado* o el *producto* de la interpretación realizada a los distintos tipos penales existentes más la generalización sistemática que se efectúa de tales interpretaciones a través de la *dogmática jurídica*⁹. De esta manera, una cosa sería la norma que exige siempre para la afirmación de la tipicidad penal “la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su concreción en el resultado” y otra cosa muy distinta el *procedimiento* (o método de interpretación) a través del cual se pudo llegar a esa conclusión, por lo que no sería viable asimilar la “imputación objetiva” (el producto¹⁰) con la operación hermenéutica para su obtención.

⁸ PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de. Razonamiento jurídico e interpretación constitucional. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Enero-abril, 1988. no. 22.

⁹ Es necesario aclarar que la dogmática jurídica tiene al menos tres significados: (i) es equiparable a la expresión *Ciencia del Derecho*, constituyendo por lo tanto un sinónimo de la misma [en este sentido lo es para ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 192; (ii) es el “*método científico*” empleado de manera primordial y por antonomasia en el seno de la Ciencia Jurídica, pero sin llegar por esto a confundirse o identificarse con ella (acá prefiere hablarse en consecuencia simplemente de *método dogmático* para diferenciarlo de la *dogmática jurídica*. Ver esta postura en: MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: B de F S.A., 2007 p.151 y ss; y (iii) es una serie de enunciados que se refieren a las normas positivas establecidas por el Estado y a la aplicación del Derecho, pero sin llegar a equipararse con su simple descripción, razón por la cual es posible asimilar en este sentido la dogmática jurídica con la *Teoría* o el *Sistema* construido a partir de la interpretación y armonización de los ordenamientos jurídicos; así para ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 240 y ss.

¹⁰ En este punto es importante recordar que la “imputación objetiva” puede ser un “dogma” o “unidad simple” obtenida a partir del denominado método dogmático. Este último sería un procedimiento mediante el cual se interpretan los enunciados normativos contenidos en los textos legales estableciendo similitudes y diferencias, hasta reducir todo su significado a conceptos generales, categorías, unidades simples

En idéntico sentido es rebatible la consideración de que ésta es una serie de *topoi* dispersos porque aun cuando en sus inicios la imputación objetiva funcionó bajo una excesiva casuística y diversidad de principios, estos se fueron sistematizando y sintetizando hasta que finalmente la misma pudo definirse como un nexo jurídico entre la conducta y su autor verificable a partir de la tan citada creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su posterior realización en el resultado. Es decir, ya no funciona éste elemento del delito bajo la metodología del “caso” sino a través de unidades simples y concretas de aplicación lógica completamente definidas.

Ahora bien, ya en cuanto a la **ubicación** de la imputación objetiva en el tipo penal y no en otra parte del delito encontramos su justificación en el concepto de “tipo penal” que se tenga. Para ello será necesario remontarnos un poco a su historia.

Como se recordará con Beling aparece la expresión *Tatbestand* o Tipo Penal para designar la mera descripción de un comportamiento cualquiera, pero sin que se llegara a incluir ninguna clase de valoración normativa¹¹, es por ello que según decía éste primer escalón del delito (o segundo si se considera como primero a la *acción*) era completamente neutral pues tan solo describía las conductas de los seres humanos. Sin embargo, esa absoluta neutralidad se vendría abajo con la doctrina de los neokantianos y principalmente con el descubrimiento que de los elementos normativos hiciera Merkel pues con ellos se puso en evidencia que desde la misma parte especial del Código Penal donde se encontraban los tipos analizados ya el legislador incluía *valoraciones normativas* nada neutrales tales como “sin autorización”, “prohibido”, “ilegalmente”, o “manifiestamente contrario a la ley”, lo que llevó a replantear el concepto del tipo penal y su relación con la “antijuridicidad” a donde relegaban los clásicos toda la carga valorativa de contrariedad a la norma.

Así las cosas, hoy en día la mayoría de la doctrina considera que el tipo penal es una selección de comportamientos desaprobados por el ordenamiento jurídico y en consecuencia ilícitos. Desde esta perspectiva,

o dogmas, con los que sea posible elaborar luego una construcción lógica [es decir, una teoría], en la que cada uno de ellos encuentre su explicación, enlace y coherencia. Sin embargo, después de ese procedimiento será necesario compatibilizar la teoría obtenida con los principios constitucionales que existen en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que los mismos constituyen los límites al *ius puniendi* de un Estado.

¹¹ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General. 5ª ed. Granada: Editorial Comares, 2014, p. 262.

si el tipo penal es un sector del gran conjunto de conductas antijurídicas, resulta inevitable entonces afirmar la necesidad de que exista en el mismo tipo penal y no en otra parte un **elemento identificador o caracterizador** de esa desaprobación general; elemento éste que no podría ser uno distinto al de la imputación objetiva, pues la inclusión de ella en el tipo penal hallaría su razón de ser en la configuración misma del *tatbestand* que requeriría para estar completo de un elemento común a todos los delitos con el cual se estableciera esa característica de que la conducta allí descrita se encuentra jurídicamente desaprobada y no permitida.

En cuanto a los *elementos normativos* que contienen ciertos tipos penales es posible considerar que estos no son más que *criterios específicos o particulares* de imputación objetiva cuya relación con ella opera de la misma forma que lo hace el elemento subjetivo especial con respecto al dolo, donde éste último sería el criterio general de los delitos dolosos mientras que los *ingredientes subjetivos especiales* serían la particularización de la intención exigida por el legislador en algunas conductas punibles. Así mismo, es importante en este punto no confundir entre el “juicio de subsunción” y la “verificación de la imputación” pues como lo explica acertadamente Santiago Mir Puig ésta última “*permite la conexión del resultado típico a una conducta que se encuentre con él en una determinada relación que permita vincularlo a aquella conducta como obra de su autor*” y, por lo tanto,

“no deberían considerarse requisitos de la imputación objetiva los elementos típicos que no guarden relación con la posibilidad de establecer la mencionada conexión. (...) Estos elementos delimitan el alcance de la lesión o puesta en peligro tipificada, que como hemos visto constituye el objeto primero a imputar y debe distinguirse de las condiciones que permiten conectar (imputar) este objeto a un sujeto. La imputación objetiva no ha de equivaler a comprobación de todo el tipo objetivo, sino sólo a afirmación de las condiciones que permiten atribuir a un sujeto la lesión puesta en peligro descrita en el tipo mediante la exigencia de determinados elementos específicos.”¹²

Finalmente, en cuanto a los **fundamentos** acerca de la necesidad de la *imputación objetiva* como un elemento configurativo de la responsa-

¹² MIR PUIG. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. En: MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012, p. 377.

bilidad penal veremos que éstos se encuentran en los principios limitadores del *ius puniendi* propios de la mayoría de los estados democráticos contemporáneos, según pasa a explicarse:

2.3.1. Fundamentos a partir del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Si se asume como válida la *Teoría del Bien Jurídico*, debe comenzarse por definir éste a partir de dos enfoques¹³: (i) uno de carácter político-criminal (o *lege ferenda*) cuya premisa establece que lo único que puede proteger el Derecho Penal son bienes jurídicos y no simples inmoralidades, convirtiéndose de esta manera dicho concepto un modelo normativo útil para la crítica legislativa¹⁴. Y (ii) analizándolo como un concepto de tipo dogmático (o *lege data*) mediante el cual

¹³ MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *Ius Puniendi*. En: MIR PUIG, S. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

¹⁴ Muchas han sido las críticas realizadas al bien jurídico entre las cuales destacamos: 1) No se tiene un concepto unánime y completamente satisfactorio de “bien jurídico” lo que desemboca en cierto relativismo valorativo que llega a ser perjudicial. 2) Esta teoría no logra explicar satisfactoriamente el fundamento de la penalización de los delitos de peligro abstracto. 3) Su función crítica no sirvió para nada en el régimen nacionalsocialista ni impidió que se crearan delitos que no protegían bienes jurídicos. 4) No se requiere siempre proteger bienes jurídicos para que el Derecho Penal edifique un orden legítimo. Tan solo basta con que se necesiten proteger meros intereses sociales, como en el caso del maltrato animal. 5) El catálogo de bienes jurídicos es impreciso y absolutamente variable, pudiendo desembocar en consecuencia en la arbitrariedad y una flagrante violación del principio democrático. 6) Las variaciones del concepto de bien jurídico y del catálogo del mismo son inconsistentes. Ello hace que además se abra una amplia puerta para preferencias subjetivas e idiosincrasias. 7) Carece en sí mismo de algún tipo de poder analítico a partir del cual puedan clasificarse los delitos o sea posible desarrollar la teoría del delito. 8) No otorga un criterio sustantivo (normativo) para decidir qué bienes jurídicos se protegen. Sin embargo, todas estas críticas pueden decirse que de cierta manera han sido superadas por un concepto de *bien jurídico* que se equipara con los *derechos humanos*, los *derechos fundamentales* y los *principios y valores constitucionales o convencionales básicos*, dado que de esta manera ya existiría plena certeza en el catálogo de dichos bienes jurídicos y su elección no sería para nada arbitraria puesto que el fundamento de su escogencia estaría anclado al principio democrático. Así mismo, carecería de peso la tesis de que el bien jurídico no brinda un parámetro normativo para decidir qué derechos – entre tantos – se deben proteger, porque obviamente esa no es la función de dicho constructo lingüístico sino el de los demás principios constitucionales, tales como la última ratio, la *fragmentariedad* y el de *lesividad*. Con el bien jurídico lo que se hace es establecer un marco o límite claro respecto a qué se puede proteger y qué no. Con posterioridad a ello y luego de levantar las fronteras de lo que se puede criminalizar habrá ahora sí que reducir aún más ese

es precisado el objeto de tutela o protección de la norma penal, empleándose dicho principio como un criterio teleológico desde el cual habrán de interpretarse siempre los tipos penales y su alcance. Así las cosas, desde la visión político-criminal enunciada un “bien jurídico” sería *toda* realidad empírica o institucional de carácter objetiva, valiosa en sí misma, y que es protegida por el orden jurídico al ser necesaria para viabilizar el desarrollo armónico de los seres humanos. En consecuencia, si analizamos los bienes jurídicos usualmente protegidos veremos que todos ellos poseen una “existencia efectiva” y no meramente ficcional, razón por la cual se ha decidido enmarcar a los mismos como *realidades objetivas* (es decir, como situaciones o acaecimientos que no dependen de la perspectiva aislada del sujeto). Sin embargo, tales bienes no son únicamente realidades empíricas, fácticas u ontológicas – como la vida o la integridad personal – sino que también lo constituyen el conjunto de hechos jurídicos, culturales, económicos o políticos socialmente contruidos, que existen a “*merced del acuerdo humano*”¹⁵ – como por ejemplo el orden económico y social –. De igual manera, ellos se rotulan bajo la etiqueta de “bienes” por considerarse que tienen un “valor” proveniente de dos caminos o vías: *primero*, la estima social generalizada que con el paso del tiempo los ha hecho valiosos en sí mismos; y *segundo*, la inexcusable necesidad de su materialización para que sea posible el desarrollo armónico de las personas. Finalmente, la definición proyecta el carácter de “jurídico” en el hecho de que tales realidades han sido positivizadas como finalidades o circunstancias deseables protegidas a nivel de Cartas Políticas y Tratados Internacionales.

Ahora bien, ya desde el punto de vista dogmático-constitucional y como límite superior del *ius puniendi*, el bien jurídico debe concebirse como un *principio* conforme al cual el Derecho Penal al prohibir determinadas conductas asignándoles como consecuencias jurídicas penas y medidas de seguridad no podrá jamás convertir en delito (esto es, criminalizar) ni permitir que se sancione por parte de la función jurisdiccional algún comportamiento con el cual no se esté protegiendo un bien jurídicamente tutelado por la Constitución Política, el Bloque de Constitucionalidad o los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

límite previo, pero para ello se acudirá a los otros principios constitucionales y no a éste.

¹⁵ SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997. p. 21.

Así pues, desde la perspectiva expuesta del bien jurídico como *principio* ¿Qué fundamentos podría otorgarle a la imputación objetiva? Siguiendo a Claus ROXIN¹⁶ si la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos el injusto jurídico-penal solamente podría ser edificado sobre la base de prohibir comportamientos que, de forma no permitida, lesionaran o pusieran en peligro efectivo dichos bienes jurídicos y cuyos resultados fuera la consecuencia o realización de dichos riesgos lesivos de los mismos.

Por ende, si un juicio de responsabilidad penal se realizara de espaldas a la teoría de la imputación objetiva, tendrían que castigarse también las acciones ausentes de todo riesgo, inocuas y en general no lesivas de bienes jurídicos pues la prohibición no tendría ningún tipo de freno y podría criminalizarse inclusive cualquier clase de comportamiento sin importar que el mismo hiciera parte únicamente del desenvolvimiento estereotipado de la convivencia humana, siendo ellos a todas luces una infracción al *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* razón por la cual la relación directa que existe entre dicho parámetro político-criminal y la necesidad de *una imputación objetiva* como elemento indispensable en la configuración del delito.

En consecuencia, siguiendo una secuencia de tipo casi silogística podría sostenerse el *bien jurídico* como fundamento de la *imputación objetiva* de la siguiente manera:

- i. El Derecho Penal tiene asignada la tarea de garantizar una vida pacífica y segura a las personas, así como su libertad individual.
- ii. Ahora bien, los componentes que posibilitan esa libertad y la vida pacífica y segura de las personas se denominan *bienes jurídicos* al constituirse en realidades objetivas cuyo valor se deriva de: *primero* el bienestar que genera al ser humano la permanencia de tales realidades y *segundo* la posibilidad de coexistencia con los demás a partir de las mismas, adquiriendo a su vez el carácter de “*jurídicos*” dichos bienes por la protección normativa que mediante derechos fundamentales, derechos humanos y disposiciones similares realizan las constituciones políticas y los contratos sociales originarios de cada Estado para evitar su anulación o lesión.
- iii. Sin embargo, el Derecho Penal no tiene como cometido o finalidad la protección de todo bien jurídico, sino únicamente los que revistan

¹⁶ ROXIN, Claus. El principio de protección de bienes jurídicos y su significado para la teoría del injusto. En: *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Editorial Temis, 2012. p. 295 y ss.

la mayor importancia (principio de fragmentariedad) y cuya protección por las demás ramas del ordenamiento jurídico haya fracasado (principio de *última ratio*), razón por la cual “*el Derecho Penal sirve para la protección subsidiaria de bienes jurídicos*”¹⁷ (principio de intervención mínima o subsidiariedad).

- iv. Lo anterior implica que para la configuración de un sistema de responsabilidad penal se requieran como elementos constitutivos y necesarios del delito derivados del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: *primero* la creación de situaciones riesgosas o peligrosas para ellos; *segundo* la caracterización de los riesgos como “prohibidos” o “desaprobados” porque al ser la protección a los bienes jurídicos “subsidiaria” se parte del hecho que las demás ramas del ordenamiento deben haber tejido normativamente las conductas permitidas e ilícitas, razón por la cual solamente se prohibiría “superar los límites del riesgo tolerado”¹⁸ o ejecutar una conducta cuyo riesgo nunca fue permitido; y *tercero*, si se criminaliza también el resultado y no únicamente la conducta causante, es necesario que dicho riesgo desaprobado sea el que se realice en el resultado prohibido.
- v. En conclusión, “de la concepción que sostiene la protección de bienes jurídicos se deriva la teoría de la imputación objetiva”.¹⁹

Adicionalmente Michael KAHLO pone de presente que el bien jurídico, al no ser un objeto de la naturaleza sino un vínculo real posibilitador de la libertad externa de las personas, conlleva considerar la causalidad como un parámetro y elemento insuficiente a la hora de adjudicar y describir “*el menoscabo de la realidad de una vinculación*”²⁰ por ser ella esencialmente naturalística y carecer además de la robustez jurídica necesaria para la evaluación y valoración de los riesgos como jurídicamente relevantes y potencialmente peligrosos para las relaciones valiosas o el actuar intersubjetivo propio de las prácticas sociales.

¹⁷ ROXIN, Claus. Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania. En: *Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2013, p. 419.

¹⁸ *Ibid.*, p. 419

¹⁹ *Ibid.*, p. 421.

²⁰ KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. En: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 61.

En Colombia, la Corte Constitucional ha dicho que la *exclusiva protección de bienes jurídicos es un principio constitucional vinculante y obligatorio* afirmando adicionalmente lo siguiente:

“En materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la Corte ha entendido, además, que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y a su vez un mecanismo de protección de los mismos, así como de otros bienes constitucionales, como, por ejemplo, el medio ambiente, el orden económico, la moralidad pública, etcétera. Así pues, únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional.”²¹

2.3.2. Fundamentos a partir del principio de culpabilidad

Este principio es definido como un conjunto de exigencias realizadas al legislador y a los jueces de un Estado Social de Derecho en virtud del cual se posibilite y requiera la imputación subjetiva y la dominabilidad del hecho como elementos necesarios para edificar la conducta punible, se excluya la responsabilidad por el mero resultado, se diferencien los grados de participación interna de los sujetos graduándose la pena conforme a ello, y se exija la realización de un juicio de reproche al autor hecho a partir de la determinación de su imputabilidad, motivación normativa y conciencia de la ilicitud.

De dichas exigencias, es particularmente destacable (para los efectos de esta investigación) la exclusión de “*las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como consecuencia de un *versari in re illicita**”²², lo que en otras palabras se conocería como el subprincipio de la proscripción (exclusión o prohibición) de la responsabilidad objetiva; esto es, por el mero acaecimiento de un resultado dañino. Y ello es así dado que:

“No es una persona cualquiera la que responde del resultado; en ese caso se trataría de un mero chivo expiatorio. Tampoco responde todo aquel que haya causado el resultado, **sino sólo aquella persona a la que se pueda imputar**. Todo resultado tiene un gran número de causantes, éstos a su vez o fueron ayudados por legiones de seres humanos, o éstas podrían haber impedido la realización del comportamiento causal. (...) No

²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-205-03., 11 de marzo de 2003. M.P. Clara Inés Varas Hernández.

²² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I. Op., cit. p. 219.

es la causación del resultado per se, sino la vulneración de la norma la que constituye la perturbación social.”²³

En consecuencia, a partir del *principio de culpabilidad* también es posible fundamentar la necesidad de una *imputación objetiva* como elemento configurativo del delito dado que, adicional al simple acaecimiento del resultado, debe exigirse la ausencia de defectos cognitivos en el autor o partícipe cuando realizó el hecho (tales como la falta de dolo o el desconocimiento de la norma), pues la verificación de dichas circunstancias únicamente puede llevarse a cabo mediante la construcción de un procedimiento normativo (como la imputación objetiva) mediante la cual se determine quién es el competente para la evitación del resultado y quién no, más allá de la simple explicación biológica, física, química o empírica del curso causal natural ocurrido. Y esto es así por una sencilla razón: al constituirse los hechos adecuables al tipo penal objetivo en el contenido u objeto del dolo y del juicio de reproche surge a su vez la necesidad de edificar una figura legal que contemple para su realización la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, ya que justamente por dicha desaprobación *ex ante* es que radica la posibilidad de que tales peligros sean controlables por las personas y tengan además la potencialidad de ser cognoscibles como prohibidos.²⁴

²³ JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. En: *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 374.

²⁴ De forma similar MIR PUIG realiza el siguiente planteamiento: “*El Estado democrático de Derecho tiene que ofrecer al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho, y ello no sucedería si, por ejemplo, cupiese castigar a alguien por hechos no realizados por él o que no pudiera prever o controlar con determinada racionalidad. Enlaza esto con la exigencia de cierta seguridad jurídica: el ciudadano ha de poder confiar en que, dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas conforme a una normal racionalidad, no va a ser castigado. Todo ello sirve de fundamento a diversas exigencias ampliamente aceptadas hoy y que pueden considerarse presupuestas de la posibilidad de considerar a alguien como culpable. Tales exigencias son: (...) c) La exigencia de imputación objetiva del resultado lesivo a una conducta del sujeto.*” En: Estado, Pena y Delito. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012., p. 202. Así mismo, también H.L.A. Hart, citado por FERRAJOLI, expresa que “*el principio de culpabilidad garantiza la posibilidad de prever y planificar el rumbo futuro de nuestra vida partiendo de la estructura coactiva del derecho, asegurándonos de que incluso cuando las cosas van mal, como ocurre cuando se cometen errores o se producen accidentes, una persona que haya apuesto lo mejor de su parte para respetar el derecho, no será castigada.*” En: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 491. Igualmente, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR establecen que como parte del principio de culpabilidad se deriva la garantía acorde la cual “*a nadie pueden imputársele acciones prohibidas (a) si no ha tenido la posibilidad – cuando menos – de prever el resultado de su conducta, pero tampoco (b) cuando no le haya sido posible conocer*

*Íntimamente vinculado con el principio de culpabilidad se encuentra la dignidad humana*²⁵ que según KANT conlleva la atribución de responsabilidad de los actos a una persona cuando a ésta pueden serle imputados “*como obra suya en cuanto ser racional*”²⁶, ya que de no ser así se correría con el riesgo de instrumentalizar al sujeto al no considerarlo un fin en sí mismo, sino tan solo un simple medio para la consecución de otros fines²⁷. De esta manera, “*la pena absoluta despliega su función, como se ha explicado, no en el mundo empírico, sino exclusivamente en el mundo inteligible, en el que participa la persona qua ser racional (homo noumenon)*”²⁸, por lo que en virtud de la dignidad humana y el principio de culpabilidad solamente la persona racional puede ser objeto del derecho penal y sujeto de imputación, para lo cual y en garantía de ese respeto a su racionalidad el Derecho Penal tendrá que consagrar como criterios de atribución la creación de riesgos jurídicamente desaprobados que, prohibidos *ex ante*, puedan ser evitados, controlables y conocidos de tal forma que logren, al menos de manera potencial, motivar el cumplimiento de la norma penal.

Sobre la constitucionalización del principio de culpabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

“(…) el ejercicio del legislador en materia penal, debe seguir parámetros muy claros que se resumen en el respeto a los principios de necesidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, estricta legalidad, de culpabilidad, de razonabilidad y proporcionalidad. (...) El deber de obrar conforme al **principio de culpabilidad** comporta el derecho penal de acto, valga decir, castigar a la persona por lo que hace y no por lo que es, desea, piensa o siente; la configuración del elemento

la conminación penal de ella y adecuar su conducta al derecho en la circunstancia concreta.”
Ver: *Derecho Penal, Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán, 2002, p. 140.

²⁵ Así, por ejemplo, BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 168.

²⁶ *Ibid.*, p. 202.

²⁷ “*El imperativo práctico será, pues, como sigue: obra de tal manera que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin el mismo tiempo y nunca solamente como un medio.*” KANT, Manuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México: Editorial Porrúa, 2010, p. 49.

²⁸ LESCH, Heiko Hartmut. *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 39.

subjetivo del delito, pues no hay acción sin voluntad, es decir, sólo se puede castigar una conducta intencional, que es la hecha con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer; y la graduación de la pena de manera proporcional al grado de culpabilidad.”²⁹

Así las cosas, como del *principio de culpabilidad* también se deriva la exigencia de *imputación objetiva* y aquél es un límite constitucional del *ius puniendi* de obligatorio cumplimiento³⁰, tendríamos que por conexión inescindible dicha imputación objetiva hallaría, bajo la forma de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, un fuerte fundamento constitucional que le daría su razón de ser, máxime cuando éste ha sido consagrado expresamente en el artículo 12 del Código Penal al lado de dignidad humana como normas rectoras que constituyen la esencia y orientación del sistema de responsabilidad penal, prevaleciendo sobre las demás y estableciendo parámetros y límites para su interpretación.

2.3.3. Fundamentos a partir del principio de legalidad

Acorde con este principio no existirá delito ni pena alguna a menos que *previamente* una ley formal, escrita, estricta y cierta así lo establezca³¹. Las consecuencias que se derivan de dicho mandato de optimización serían las siguientes:

- i. La prohibición de retroactividad de la ley penal (de allí el carácter *formal* de la ley).

²⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-829 de 2014, 05 de noviembre de 2014. M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

³⁰ Sin embargo, no siempre fue así pues “*al igual que las otras garantías penales, o quizás más, este principio es también una conquista moderna ignorada por la mayor parte de los ordenamientos primitivos.*” (p. 487). No obstante, el derecho penal romano sí alcanzó a consagrar en la ley de Numa Pompilio el principio de culpabilidad y responsabilidad personal, aunque este solamente alcanzaría a ser teorizado “por el pensamiento penal ilustrado para ser después reelaborado orgánicamente por la dogmática del XIX y codificado en todos los ordenamientos modernos. Lo que no quiere decir, empero, que haya sido una conquista pacífica y nítida.” FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 488.

³¹ La consagración constitucional de este principio en Colombia aparece en el artículo 29, inciso segundo, de la Carta Magna cuyo tenor literal es el siguiente: “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*” Dicho principio es reproducido de forma literal por nuestro Código Penal en su artículo 6.

- ii. La prohibición de determinar qué conducta constituye delito a partir de la costumbre (justamente por la exigencia de una ley *escrita*).
- iii. La prohibición de determinar qué conducta constituye delito a partir de la analogía – es decir, mediante analogía *mala partem* – (por cuanto la ley debe ser *estricta*).
- iv. La prohibición de construir leyes anfibológicas, oscuras o equívocas dado que la ley penal tiene la obligación de definir y describir de manera expresa y clara las conductas que serán consideradas delito en un momento determinado (lo cual se deriva del carácter *cierto* de la ley penal conocido también como *principio de taxatividad* o *legalidad en sentido material*, art. 10 del CP).

Partiendo de este principio, en cualquier estado que lo asuma solamente puede ser concebida una conducta como delito si encaja con las características que previamente el legislador penal haya consagrado para su estructuración en el Código Penal. Así pues, y siguiendo dicha lógica, observamos que para la configuración del delito el artículo 9° del Código Penal colombiano establece las siguientes reglas: “*Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.*” En ese orden de ideas, se concluye que la *imputación objetiva* en Colombia hallaría igualmente un fuerte fundamento en el principio de legalidad por cuanto su materialización implicaría incorporar todas y cada una de las exigencias que la ley penal establece para la edificación del juicio de responsabilidad, siendo una de ellas, acorde al artículo 9 citado, la comprobación de la “*imputación jurídica del resultado*” más allá de la simple causalidad naturalística.

Más específicamente, el principio de legalidad le da fundamento a la exigencia de que la “creación del riesgo” sea “**jurídicamente desaprobada**”, porque al prohibirse la existencia de un delito que previamente no haya sido tipificado como tal, se está a su vez ordenando que los *requisitos* que configuran la conducta punible estén claros y determinados previamente por la ley. Y es que, en virtud de tal imperativo, el ciudadano o la persona en general debe tener la posibilidad de conocer y discriminar qué riesgos puede ejecutar y cuáles están prohibidos, y para ello el único mecanismo disponible hasta el momento es la plasmación de reglas a través de leyes. Justamente, gracias a dichas leyes cualquier individuo puede saber con certeza si lo que desea hacer u omitir está permitido, prohibido o es jurídicamente

indiferente, facultándolo para actuar con base en ese conocimiento. Si no fuera así, y la imputación objetiva únicamente estableciera como requisito la “*creación de riesgos*” sin adicionar la calificación de “*jurídicamente desaprobados*” estaríamos en presencia de una fórmula vacía y ambigua que el Juez podría, cual legislador *de facto*, llenar acorde los palpitos de su corazón, generándose con tal posibilidad inseguridad jurídica y una flagrante violación del principio de legalidad que, según se dijo, impide situaciones como las descritas.

Igualmente, instituciones de la imputación objetiva tales como la “desaprobación general del riesgo”, “el riesgo permitido”, “el principio de confianza”, “la prohibición de regreso”, “el alcance del tipo penal”, etc., encuentran su razón de ser en un simple ejercicio de derivación lógica³² a partir del requisito fundamental de “*creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*”. No ocurre lo mismo, sin embargo, con la exigencia de “lesividad del comportamiento” como categoría dogmática y elemento de esa “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado” puesto que el fundamento de aquella proviene, ya no del principio de legalidad, sino del de lesividad que será desarrollado en el acápite siguiente de la presente investigación.

³² Se sigue en este punto la perspectiva de Jesús María SILVA SÁNCHEZ quien nos enseña que “*la aparición del sistema como elemento decisivo en el esquema de la argumentación dogmática obliga a distinguir diversos niveles, en los cuales ésta, naturalmente, debe adoptar una configuración sustancialmente diferente. (...) Así un primer nivel viene dado por la argumentación de la selección de premisas valorativas que sirven de fundamento al sistema (primera fase) y la argumentación de la construcción – y atribución de contenido – a partir de aquéllas, a las categorías básicas de dicho sistema. (...) Así mismo, incide aquí la discusión acerca de la distinción de una y otras categorías sistemáticas (distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, entre justificación y exculpación), así como sobre el concreto contenido asignado a tales categorías (por ejemplo, el contenido de la antijuridicidad o de la culpabilidad). El segundo nivel, todavía referido a la construcción del sistema, alude a la argumentación de la elaboración de conceptos y categorías de abstracción media: el dolo, el error, a la autoría y la participación, etc. Finalmente, en un tercer nivel podía ubicarse la argumentación en el seno de un sistema dogmática ya constituido, dirigida a fundamentar la adopción de soluciones en relación con conceptos y estructuras problemáticos, pero ya en el marco proporcionado por las categorías básicas y secundarias antes referidas.*” (*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012, p. 270–271). En efecto, la derivación lógica de categorías macro ya consolidadas corresponde a la argumentación del segundo nivel y para lograr tal cometido se deben respetar las leyes básicas de la deducción: v.gr. Principio de identidad, no contradicción, tercero excluido, razón suficiente, etc. En cambio, la *fundamentación* de una categoría dogmática desde principios de política criminal correspondería a la argumentación del primer nivel que más que a la lógica obedece de cierta forma a una visión principalística y axiológica, atendiendo criterios de *razonabilidad* más que de *racionalidad*.

Más complejo, en cambio, es dar un fundamento al *segundo* requisito de la imputación objetiva y consistente en la “*realización del riesgo en el resultado*”. Empero, ello es posible a partir de la conjunción íntima entre el principio de legalidad, el principio de culpabilidad y el derecho penal de acto. Con base en el último el Estado solamente puede convertir en delito las “conductas” ejecutadas por los seres humanos o controladas por éstos. Naturalmente, con base en la esencial facultad humana de proyectar y asignar consecuencias a los actos sabemos que normalmente las “acciones” desencadenan procesos causales que derivan en resultados de distinta índole. No obstante, el legislador con base en el principio de legalidad tiene la obligación de especificar en cada tipo penal claramente si desea criminalizar o no, también el resultado además del acto que lo generó. Es este el origen de los delitos de resultado (empírico) que se diferencia de los delitos de mera conducta por la inclusión de las “consecuencias” como elementos adicionales y necesarios para la consumación de la conducta punible. Pero, como en virtud del *principio de culpabilidad* sólo se puede responsabilizar a una persona por lo que es “suyo”, no será suficiente con que parte de los hechos investigados se adecúen al elemento típico denominado “resultado”, sino que adicionalmente ese “resultado” debe pertenecerle a su autor. Para ello, la causalidad buscará establecer como primer nivel una conexión empírica. Sin embargo, luego tendrá que entrar en escena una conexión jurídica y es así como a partir de la imputación objetiva es posible satisfacer este último presupuesto derivado de los principios de legalidad, culpabilidad y derecho penal de acto mediante la inclusión (para los delitos de resultado) de un *segundo* elemento o requisito de imputación objetiva: *la realización del riesgo en el resultado*. Ya el resto de los elementos que componen este último escalón de atribución jurídica (tales como la “evitabilidad del riesgo”) se obtienen dogmáticamente por derivación lógica.

En consecuencia, la razón de ser de la imputación objetiva como un elemento indispensable para la configuración del delito se encuentra en los principios de política criminal que la mayoría de las constituciones políticas democráticas han consagrado como límites jurídicos al *ius puniendi* o poder criminalizador del estado. Dichos principios constituyen y definen el modelo garantista contemporáneo de la responsabilidad penal y “fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Y han sido

ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado de derecho”³³, razón por la cual la fundamentación de la imputación objetiva a la cual se llegó a partir de los mismos bien podría tener pretensiones globales más allá de lo meramente localista.

3. La lesividad y la ausencia de lesividad como criterios negativos de Imputación Objetiva

3.1. El principio de lesividad

Es importante distinguir el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* de la *lesividad*, por cuanto a partir del primero se establece el “contenido” de la protección, esto es, *qué se protege*, mientras que con la segunda se determina la “razón de ser” o el *porqué* de la tutela jurídico-penal de dichos bienes, delimitando a su vez *lo que se debe prohibir* (en el momento legislativo) y *castigar* (en el momento interpretativo y aplicativo del derecho penal; es decir, en la fase jurisdiccional). En consecuencia, aun cuando en la actualidad la lesividad y la expresión “bienes jurídicos” son términos que se asocian con tal frecuencia que parecieran fundirse en un solo, lo cierto es que son distintos y autónomos al punto que en una dogmática donde no imperase la *Teoría del Bien Jurídico* de todas formas subsistiría la *lesividad* bajo el axioma de *nulla lex poenalis sine iniuria*, pues este término de “*iniuria*” que los penalistas traducimos como “daño”, no significa necesariamente lesión o puesta en peligro tanto de bienes jurídicos (como mayoritariamente hoy se considera) sino que también podría ser *iniuria* de derechos fundamentales, de derechos humanos, de reglas jurídicas, o como lo fue en su orígenes de derechos naturales, etc.

Respecto a la caracterización de la *lesividad* como principio o categoría dogmática es necesario esgrimir una *tesis dualista* dado que, sin lugar a dudas, el axioma que la define constituye, en primer lugar, un mandato de optimización fundamental a nivel político-criminal y a nivel constitucional pues se encarga de fijar el espectro máximo de criminalización al posibilitar la conversión en delitos, únicamente, de aquellas conductas que tengan la capacidad o potencialidad de lesionar bienes jurídicos o al menos ponerlos en peligro efectivo de lesión. En

³³ FERRAJOLI. Derecho y Razón, Op., cit. p. 93.

segundo lugar, se verifica que éste principio tiene la propiedad a su vez de convertirse en una categoría dogmática en sede de la aplicación del sistema penal por parte del intérprete de la disposición jurídica adquiriendo la denominación tradicional de *antijuridicidad material*, como solía llamársele en el ayer, o de forma más moderna (aunque marcadamente equívoca por su identidad nominal con el principio) como *lesividad* sin que por ello se justifique una equiparación conceptual. Tan es así, que inclusive el *principio de lesividad* – al igual que ocurre con la mayoría de principios – por su rango constitucional no es ni siquiera privativo del derecho penal y en consecuencia su fuerza jurídica se expande más allá de dichas fronteras irradiando otras ramas del ordenamiento jurídico tales como, por ejemplo, el derecho disciplinario en el cual proyecta su contenido mediante la construcción de una categoría dogmática denominada “ilicitud sustancial”. En cambio, la *lesividad* o *antijuridicidad material* como elemento del delito (cuya ubicación en el esquema de la conducta punible será discutida en los siguientes acápite) es una categoría dogmática intrasistémica pues pertenece en exclusiva al derecho penal cumpliendo la función de ser uno de los requisitos necesarios para la afirmación del juicio de responsabilidad penal. Lo anterior de todas formas no significa que la *categoría dogmática de lesividad* anule la posibilidad de que el intérprete utilice directamente el *principio de lesividad* para la interpretación y aplicación del derecho penal, porque mientras que la primera es un requisito del delito que se agota con su verificación, el segundo tiene una función mucho más perdurable al orientar la comprensión y sentido de *todas* las categorías dogmáticas que configuran la conducta punible. De esta manera, el *principio de lesividad* tiene un alcance tan grande que en virtud del mismo y dado su rango constitucional³⁴ podría inclusive suministrar al intérprete los argumentos

³⁴ “Si bien es cierto que el legislador goza de un margen de configuración normativa al momento de definir qué comportamiento social reviste tal grado de lesividad para determinado bien jurídico que merezca ser erigido en tipo penal, decisión política adoptada con fundamento en el principio democrático y que refleja los valores que rigen a una sociedad en un momento histórico determinado, este margen de discrecionalidad no es ilimitado, por cuanto el bloque de constitucionalidad constituye el límite axiológico al ejercicio del mismo, razón por la cual la definición de tipos penales y de los procedimientos penales debe respetar en un todo el ordenamiento superior en cuanto a los derechos y la dignidad de las personas, tal y como en numerosas ocasiones y de tiempo atrás lo viene señalando esta Corporación en su jurisprudencia. (...) El deber de observar la estricta legalidad comprende pues la obligación que tiene el legislador de respetar el principio de legalidad de las penas y de los delitos en sus diversas manifestaciones: 1) La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 2) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*

necesarios para que de la mano con el artículo 4³⁵ de la Constitución Política lograrse inaplicar una disposición jurídica contenida en el código penal por excepción de inconstitucionalidad³⁶ frente a un caso concreto al ser flagrantemente incompatible con el contenido mismo del principio de lesividad.

Así las cosas, y teniendo en cuenta lo anteriormente expresado resulta pertinente antes de darle paso al siguiente acápite poner de presente los 3 grupos de “casos” que suelen ser reunidos por regla general como “conductas carentes de lesividad” para efectos de analizar la categoría *dogmática* que se deriva del principio constitucional explicado:

- i. Casos de “lesión insignificante del bien jurídico” o de bagatela³⁷: Se presentan cuando una conducta, a pesar de encajar “formalmente”³⁸ en

scripta); 3) la prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 4) la prohibición delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); 5) el principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*); 6) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*) y 7) el derecho penal de acto y no de autor.” Y frente al caso concreto sentenció que “la absoluta necesidad de las leyes penales resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, a la luz del principio *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*.” COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no.C-205 de 2003, 11 de marzo de 2003. M.P.: Clara Inés Varas Hernández.

³⁵ COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 4, Inc. 1: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no. SU 132 de 2013, 13 de marzo de 2013. M.P.: Alexei Julio Estreda. “La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter-partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”.

³⁷ ROXIN, es quien desarrolla de manera inicial este grupo de casos bajo la denominación de un rasero interpretativo de tipos penales llamado “principio de insignificancia”. Desde su óptica, este grupo de casos es mejor tratarlos a través de ese principio que como parte integrante de la adecuación social. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. 2ª ed. MUÑOZ, Francisco (Trad.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002. p. 75. ROXIN. *Derecho Penal*, Parte General. Op. Cit. p. 296.

³⁸ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 163.

alguna de las descripciones típicas de la ley penal, posee un desvalor del acto o del resultado insignificante o mínimo³⁹, que no llega a producir una afectación relevante⁴⁰ para el bien jurídicamente tutelado. Se podrían incluir como ejemplos los siguientes: hurtar en un supermercado un confite⁴¹ o un concentrado de gallina Nork⁴² (Arts. 239 y ss. del C.P.), las lesiones personales en virtud de malos tratos levisimos como lo sería un empujón⁴³ o el rasguño en una mejilla producto de un puñetazo⁴⁴ (Arts. 111 y ss. del C.P.), la venta ambulante de un DVD no original⁴⁵ o de algunos libros fotocopiados⁴⁶ (Arts. 270 y ss. del C.P.), estafas en virtud de engaños mínimos dados en el ámbito de la publicidad de productos⁴⁷ (Arts. 246 y ss. del C.P.), injurias en virtud de expresiones denigrantes al interior de la familia⁴⁸ (Arts. 220 y ss. del C.P.), la realización de juegos de azar con apuestas muy pequeñas⁴⁹ (Art. 312 del C.P.), y tráfico o porte ilegal de estupefacientes por llevar cantidades de estupefacientes que superan en muy pequeña medida la dosis personal permitida o donar a un amigo su dosis⁵⁰ (Art. 376 del C.P.), entre otros.

³⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General. 2ª ed. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, p. 341.

⁴⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal*, Parte General. 4ª ed. Medellín: Editorial Comlibros, 2009, p. 606

⁴¹ GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General. Tomo III. La Tipicidad. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2005, p. 664., y también JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Trad.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. 1995, p. 68.

⁴² EL ESPECTADOR. Hombre que robó cubo de caldo podría pagar hasta 6 años de cárcel. [En línea], 2012. Disponible en Internet: < <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/hombre-robo-cubo-de-caldo-podria-pagar-hasta-6-anos-de-articulo-353160> >.

⁴³ LUZÓN PEÑA. Op., cit. p. 342.

⁴⁴ VELÁSQUEZ. *Derecho Penal*, Parte General, Op., cit. p. 606.

⁴⁵ La Sentencia de Audiencia Provincial (SAP) proferida en Barcelona-6ª 28-7-2006. Citada en nota al pie de página por: LUZÓN PEÑA., Op. cit.

⁴⁶ COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 31362, 13 de mayo de 2009. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

⁴⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General. 9ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011 p. 530.

⁴⁸ ROXIN. Op., cit. p. 296.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ En Colombia: COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 18609, 08 de mayo de 2005. M.P.: Herman Galán Castellanos; COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 24612, 26 de

- ii. *Casos “socialmente adecuados”*: Se trata de todas aquellas conductas que aun cuando implican riesgos que no son nada despreciables ni mínimos (porque si así fuera quedarían inmersos en el anterior grupo de casos) no resultan lesivas para los bienes jurídicamente tutelados por el legislador penal por distintas razones según pasaremos a ver. De esta manera, quedarían comprendidas dentro de este espectro de casos dos tipologías de comportamientos⁵¹: (a) *Conductas riesgosas inherentes al funcionamiento de la vida social*: A este grupo pertenecen todas aquellas conductas que pese a entrañar un riesgo de lesión a bienes jurídicos, se encuentran anclados inevitablemente a la interacción de los seres humanos. Es decir, que tales peligros mínimos habrán de ser tolerados – y en efecto lo son – si se desean mantener funcionando los contactos sociales y las actividades implícitas a ellos. Como ejemplos claros de este punto tendríamos: la privación de la libertad – secuestro simple – en la participación en medios de transporte colectivos, así cuando una persona al subirse a un bus equivocado desea bajarse del mismo y el vehículo decide no parar hasta llegar al próximo paradero a pesar de que expresamente el pasajero le solicita la detención del mismo (Art. 168 del C.P.) y las lesiones efectuadas en el desarrollo de una actividad deportiva, presentándose adecuación social de aquellas lesiones dolosas o culposas que se producen en el ejercicio por ejemplo de un partido de fútbol (Art. 112 del C.P. y ss.). Habrá de aclararse que todos estos supuestos tiene sentido analizarlos en la adecuación social, siempre y cuando no se

abril de 2006. M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés; COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 23609, 01 de febrero de 2007. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez; COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 28195, 08 de octubre de 2008. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca; COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 31531, 08 de julio de 2009. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas; COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia no. 35978, 17 de agosto de 2011. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero; COLOMBIA.CSJ-SCP, sentencia AP801-2014(rad. 43184), 26 de febrero de 2014. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández; entre muchas otras y COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no.C-491 de 2012, 28 de junio de 2012. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. En España también lo ha interpretado así la jurisprudencia según LUZÓN. Op., cit. p. 178.

⁵¹ Se sigue libremente la clasificación que al respecto realiza RUEDA, María Ángeles. *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: Editorial Bosch, 2002. p. 245 y ss. Para mayor profundización sobre el tema de imputación objetiva ver nuestra monografía: BARAJAS CONDE, Diego; PELÁEZ MEJÍA, José M. y SILVA REYES, Andrés. *Significado, Alcance y Criterios de Imputación Objetiva. Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial*. Cúcuta: Editorial del Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre de Colombia, 2013. p. 264 y ss.

hayan ya resuelto por medio de las normas pre-jurídico-penales⁵² o pre-jurídicas⁵³; y (b) *Conductas de clara irrelevancia jurídica*: Es decir, aquellos comportamientos que no le interesan al derecho penal por encontrarse muy arraigados en la interacción social y resultarles a las personas en general cómodos, buenos, loables o indiferentes, razón por la cual no alcanza a generar un desvalor de la acción lo suficientemente grande como para ser criminalizado⁵⁴. Así por ejemplo tendríamos que cabrían en este grupo el enviar de paseo a alguien, pedir un taxi para un amigo que se va, o regalar un tiquete de avión a una persona todas estas conductas con el objetivo de matar a tales individuos (Art. 103 del C.P.). Pero acá también estarían cobijados los regalos que se realizan a carteros en navidad o a un funcionario de la rama judicial (el cohecho del art. 407 del C.P.), por cuanto el significado social de esas actividades no lesivas hace que ante el derecho penal resulten irrelevantes. Otros claros ejemplos serían⁵⁵: el uso de uniformes, insignias o indumentaria de uso privativo de la

⁵² A este primer criterio de determinación del riesgo pertenecen aquellas actividades sobre las cuales existe una regulación jurídica expresa establecida por el legislador o la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo. Por ende, el quebranto de dichos límites constituye per se un riesgo jurídicamente desaprobado ya que la limitación del mismo implica que lo queda por fuera de su marco es una conducta normativamente prohibida. Por ejemplo, las actividades reguladas por el Código Nacional de Tránsito, etc. Se sigue en este sentido a FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. CUELLO, Joaquín y SERRANO, José Luis (Trad.) Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. p. 106 y ss.

⁵³ En este caso el riesgo se encuentra delimitado ya no por el legislador sino más bien por regulaciones o reglamentos que ciertas organizaciones societarias, laborales o similares han elaborado en torno a la ciencia, técnica o actividad peligrosa. En el mundo de la dogmática penal pertenecen a este grupo la *lex artis*, las “normas de cuidado”, las reglamentaciones preventivas de riesgos, etc. Así mismo es importante señalar, como ya lo hiciera Jakobs que lo prohibido por estas normas no es más que un indicio de la naturaleza no permitida del riesgo porque contrario a lo que la ley establece, estas normas pre-jurídicas del riesgo no contienen valoración vinculante alguna. Por ende, el intérprete al evaluar un caso concreto deberá aparte de analizar si ha existido violación de la disposición pre-jurídica efectuar el juicio de proporcionalidad descrito líneas atrás para llegar a la conclusión final de si el actor creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado. Se sigue igualmente en este sentido a FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*.

⁵⁴ Esto porque como dice el maestro Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA no se apartan “de modo grave de los estándares valorativos de la vida social.” *Derecho Penal Parte General, Principios y Categorías Dogmáticas*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011. p. 254.

⁵⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Vol. Primero. MIR PUIG, Santiago y MUÑOZ, Francisco (Trad.). Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981. p. 343.

fuerza pública en un carnaval (Art. 346 del C.P.) y el servir bebidas alcohólicas, no obstante los riesgos que de ello se derivan.

- iii. *Casos en los cuales los medios empleados en la conducta son carentes de idoneidad para lesionar el bien jurídico, “inocuos” o “inidóneos”*: Se presenta cuando los medios empleados para la comisión del ilícito carecen de la aptitud necesaria para lesionar el bien jurídicamente tutelado. Así pues se tienen como ejemplos los siguientes⁵⁶: buscar un homicidio a través de una cantidad demasiado escasa de veneno (Art. 103 del C.P.), dispararle a una persona buscando matarla con un arma que otra persona había descargado secretamente (Art. 103 del C.P.), pretender el aborto con medios ineficaces (agua) o sobre una mujer no embarazada (Art. 122 del C.P.), dispararle a un cadáver (Art. 103 del C.P.), intentar hurtar a una persona metiendo la mano en un bolsillo en el que jamás hubo dinero (Arts. 239 y ss del C.P.) y porte ilegal de un arma totalmente inservible⁵⁷ (Art. 365 del C.P.).

Por ende, el legislador penal **no podrá** prohibir ni el juzgador sancionar aquellas conductas que no lesionen o al menos pongan en peligro efectivo algún bien jurídicamente tutelado, razón por la cual no serían punibles: (i) casos de bagatela; (ii) casos socialmente adecuados; y (iii) casos inidóneos para lesionar el bien jurídico. Y ello es así porque como magistralmente lo pusiera de presente el profesor Ricardo NÚÑEZ “*en un estado de derecho la pena no puede ser la consecuencia de un hecho jurídicamente beneficioso o indiferente, sino de la infracción al orden establecido por el derecho*”⁵⁸; de una ofensa que pueda ser representada objetivamente en el daño o riesgo efectivo de perjuicio de los bienes jurídicamente tutelados por el legislador.

3.2. La “lesividad” y la “ausencia de lesividad” como problemas de imputación objetiva

Las tesis principales que se defienden en este acápite con las siguientes:

i) Tesis 1 →

El principio de lesividad constituye un argumento para justificar que la imputación objetiva debe ser un elemento configurativo necesario y común para todo delito.

⁵⁶ Los ejemplos son tomados de WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte General. Citado en FONTÁN BALESTRA, Carlos. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, s.a. p. 195 y ss.

⁵⁷ Sentencias: 21064(15-09-04) y 32004(21-10-09)

⁵⁸ NÚÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal*, Parte General. Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999. p. 153.

(ii) Tesis 2 →

Del principio de lesividad es posible derivar la “creación de riesgos” como primer requisito de imputación objetiva del comportamiento.

iii) Tesis 3 →

Del principio de lesividad es posible deducir que la “imputación objetiva” es un requisito del juicio de tipicidad objetiva.

(iv) Tesis 4 →

“Lesividad” y “ausencia de lesividad” son elementos o categorías dogmáticas “positiva” y “negativa” de la imputación objetiva, respectivamente, como contenidos definitorios de la “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado”.

Pasemos ahora a exponer los argumentos que sustentan cada una de las tesis enunciadas:

El *principio de lesividad* como todo principio, siguiendo en este sentido al profesor Robert ALEXY, es formalmente un “mandato de optimización”⁵⁹; es decir, una orden del constituyente primario o legislador constitucional para realizar algo en la mejor y mayor medida de lo posible. ¿Pero cuál es el contenido de ese mandato? Limitar el *ius puniendi* y en general la facultad represora del Estado operativizándose de la siguiente manera⁶⁰:

En el *momento legislativo* el constituyente derivado toma en consideración a la hora de edificar las categorías dogmáticas del delito y tipificar las conductas, al menos, las dos reglas que a continuación se enuncian: (i) que dentro de los requisitos que positivizará como necesarios para la configuración de una conducta punible será indispensable la inclusión de un elemento llamado *lesividad, ofensividad, antijuridicidad material, dañosidad* o de cualquier otra manera, en el cual se condense la obligación de exigir que el hecho desvalorado constituya una lesión o al menos una puesta en peligro efectiva para un bien jurídicamente tutelado; lo que en otras palabras, podría resumirse diciendo que el

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 95.

⁶⁰ Aunque el principio de lesividad como garantía constitucional también limita la facultad creadora de sistemas de responsabilidad disciplinario, fiscal y similares, en esta investigación sólo mostraremos el impacto que ejerce a nivel del Derecho Penal.

legislador se encontrará obligado a *crear* por mandato del principio constitucional de lesividad una categoría dogmática o requisito de responsabilidad penal que desarrolle el axioma *nulla lex poenalis sine iniuria* y (ii) que todo proceso de tipificación o descripción de conductas como punibles deberá tan solo incluir aquellas que constituyan verdaderos daños o por lo menos riesgos efectivos para la integridad de los bienes jurídicos que haya decidido tutelar el legislador penal en un período de tiempo determinado.

En el *momento jurisdiccional* el funcionario judicial tendrá a su vez dos obligaciones: (i) evaluar si en el caso concreto el hecho enjuiciado *encaja* en el requisito de *lesividad* como categoría dogmática necesaria para la configuración del juicio de responsabilidad; y (ii) verificar si los tipos penales edificados por el legislador pasan el tamiz de la *lesividad* como principio; es decir, si representan en sí mismos como figuras legales una lesión o puesta en peligro efectiva para el bien jurídicamente tutelado porque de lo contrario, la disposición normativa padecería de un defecto de constitucionalidad que obligaría al Juez a su inaplicación por mandato expreso del artículo 4 de la Constitución Política.

Vemos entonces que la *lesividad* bajo la modalidad de principio **exige** la ocurrencia de un “**daño**” para la tipificación de una conducta como delito y para la emisión de un juicio positivo de responsabilidad penal. Ese requisito de “daño” se satisface con la “lesión” de bienes jurídicos o con, al menos, la “puesta en peligro efectiva” de los mismos. Así pues, sólo serán punibles los comportamientos que de alguna manera “dañen” los mencionados bienes al igual que únicamente responsables las personas que produzcan o ejecuten tales hechos. Pero, ¿qué conductas, entonces, de todas las que suceden en el mundo, podrían encajar en la exigencia de “daño”? Solamente las conductas riesgosas, porque el “riesgo” es la contingencia o proximidad un daño. Si un comportamiento o un evento cualquiera no es riesgoso carece entonces de la potencialidad necesaria para dañar y bajo las directrices del principio en comento no podría ser penalizado. Vemos, en ese orden de ideas, que a partir de la lesividad es posible derivar lógicamente el concepto de *creación de riesgo* que incluye el primero de los elementos de la imputación objetiva.

Con base en lo expuesto ya tenemos fundamentados y contruidos varios elementos de la imputación objetiva: (i) la necesaria *creación de un riesgo* para satisfacer la exigencia de daño y (ii) la *cuantificación* de dicha “potencialidad de daño” o “riesgo” mediante la premisa de “lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídicamente tutelado” al impedir

la criminalización de tres grupos de casos: a) los inocuos; b) los insignificantes o de bagatela; y c) los socialmente adecuados.

Ahora bien, en lo relativo al contenido del daño o sobre cuál será la materia en la que habrá de recaer el mismo y por qué dicho riesgo tiene que ser necesariamente desaprobado son todas ellas preguntas cuyas respuestas no pueden obtenerse solamente del principio de lesividad, sino del enlace de éste con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y legalidad. De esta manera, sintetizando lo expuesto hasta ahora, tendríamos que la expresión “*creación de un riesgo*” surgió como consecuencia del principio de lesividad, pero el requisito completo de imputación objetiva conocido como “*creación de un riesgo **jurídicamente desaprobado***” podrá emerger únicamente de la conjunción de dicho principio con el de legalidad, y a su vez sabremos que el “daño” tendrá que ser de bienes jurídicos y no de otra cosa (por ejemplo, expectativas normativas como cree JAKOBS) porque la *lesividad* también se conecta con el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. Por último, se exigirá para la imputación objetiva en los delitos de resultado (a diferencia de los de mera conducta) además de la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* la *realización del riesgo en el resultado* – según se explicó anteriormente – en virtud de la regla de “personalidad de las penas”⁶¹ derivada del *principio de culpabilidad* en concordancia con los principios de legalidad y derecho penal de acto.

Pero, ¿cómo a partir del principio de lesividad podría justificarse la ubicación de la imputación objetiva? De la siguiente manera: el Derecho Penal tiene como función fundamental la protección de bienes jurídicos y los protege precisamente de lesiones o situaciones efectivamente peligrosas que pueda dañarlos. Para hacerlo, preceptúa de forma clara y expresa las conductas que estarán prohibidas penalmente mediante una técnica legislativa consistente en la elaboración de *tipos penales* donde se describe específicamente aquello que estará prohibido. Por ende, como a partir del principio de lesividad solamente las *conductas que generen daño* serán las que se prohíban y además únicamente, según se explicó, generan daño las conductas que constituyen una “*creación de riesgos*”, es más que evidente que la **ubicación** de la imputación objetiva tendrá que darse

⁶¹ Siguiendo en este sentido a MIR PUIG se tiene que como garantía integrante del principio de culpabilidad se encuentra el principio de personalidad de las penas acorde al cual “se impide castigar a alguien por un hecho ajeno”. MIR PUIG, Santiago. Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena. En: MIR PUIG. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012. p. 202.

en el *tipo penal* pues es allí y sólo allí donde el legislador consigna los eventos que estarán prohibidos.

Continuando ahora con otro de los aspectos que debe ser fundamentado en el presente acápite y consistente en las *tesis 4* enunciadas líneas atrás, ¿qué categorías dogmáticas surgen del *principio de lesividad* como contenido puntual de la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*? En esencia, es posible enlazar los corolarios denominados subprincipios de peligro, lesividad y adecuación social en una sola categoría dogmática, antiguamente denominada como antijuridicidad material, pero que, para evitar confusiones dado el *desplazamiento* de la misma hasta el tipo penal objetivo, la llamaré simplemente “*lesividad del comportamiento*”. Esta categoría dogmática o **requisito esencial** para la estructuración del primer nivel de imputación objetiva (es decir, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado) se satisface si y sólo si se producen cualquier de los siguientes eventos: (i) la lesión de un bien jurídico; o (ii) la puesta en peligro *efectivo* de dicho bien.

De la misma forma, es posible deducir el *aspecto negativo* o las *causales excluyentes* de la “*lesividad del comportamiento*” mediante la utilización de un recurso básico de la argumentación jurídica y consistente en la inferencia de ellas a partir del denominado *argumento a contrario sensu* según el cual dado un enunciado normativo que predica un supuesto de hecho y asigna una consecuencia jurídica a tal evento, es posible concluir “lo que se opone o es contrario al mismo, que por lógica no se comprende dentro de su significado.”⁶² Así las cosas, no existirá lesividad cuando el comportamiento desplegado por el agente no lesione ni ponga en peligro efectivo el bien jurídicamente tutelado, y a su vez esa *ausencia de lesividad*, como contracara de su aspecto positivo, sea el producto de: (i) una actuación inocua o inidónea para lesionar el bien jurídicamente tutelado; (ii) un comportamiento peligroso pero cuyo riesgo sea insignificante; o (iii) se trate de una conducta socialmente adecuada.

Las **consecuencias dogmáticas** de esta postura son evidentes y pueden enunciarse de la siguiente manera:

- i. La *ausencia de lesividad* conlleva la **atipicidad objetiva** del comportamiento y, por lo tanto, no se trabajaría como un *críterio*

⁶² HALLIVIS PELAYO, Manuel. *Teoría general de la interpretación*. México: Editorial Porrúa, 2012. p. 387

negativo de la antijuridicidad, pues su estudio se realizaría en la *imputación objetiva* al determinar si la persona *creó* o no un *riesgo jurídicamente desaprobado*.

- ii. Así mismo, la *lesividad* constituiría un requisito necesario para la configuración de toda *tipicidad objetiva*, razón por la cual la *lesión de bienes jurídicos* o su *puesta en peligro efectivo* serían **objeto del dolo**; puntualmente, del aspecto cognitivo del tipo subjetivo.
- iii. Finalmente, las tesis que aquí hemos demostrado tendrían un efecto importante en la teoría del error según pasa a explicarse: actualmente es posible diferenciar dos clases de error en el Código Penal Colombiano, el *error de tipo* (regulado en el artículo 32 numeral 10 de la ley 599 de 2000) y el *error de prohibición* (contemplado en el numeral 11 de la misma disposición). El *error de tipo* se configura por el desconocimiento que el sujeto activo tiene de los *hechos* adecuables a las hipótesis fácticas o valorativas que describe el tipo penal objetivo. De esta manera, si desconozco, por ejemplo, que la cosa mueble de la cual me estoy apoderando pertenece a otra persona al ser idéntica a la mía se presentaría un *error de tipo* sobre un acontecer del mundo empírico subsumible en uno de los elementos del tipo penal objetivo de hurto y consistente en el *objeto material* y los *componentes descriptivos* que lo definen. Igualmente, si por ejemplo un juez al proferir una decisión pensara equivocadamente que su providencia se encontraba ajustada al ordenamiento jurídico que le sirvió de base, el sujeto activo del tipo penal de prevaricato habría actuado en un *error de tipo*, pero dicho error versaría sobre uno de los *hechos valorativos* adecuables al tipo penal objetivo de prevaricato y atinente al elemento normativo de “*manifiestamente contrario a la ley*”. Por último, otra modalidad de *error de tipo* (muy discutido en la doctrina) es el EPOCAR: el *error sobre los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad*. Conforme esta última modalidad de error de tipo (considerada por otros, en realidad, un error de prohibición indirecto) no habrá lugar a responsabilidad penal si de manera invencible el sujeto cree desacertadamente que están ocurriendo unos hechos cuya realidad es inexistente, pero que si en verdad hubiesen ocurrido se habría hecho posible la aplicación de una causal de ausencia de responsabilidad por ser ellos los presupuestos objetivos de la eximente que terminó siendo putativa.

4. **Las causales de justificación como criterios negativos de Imputación Objetiva al ser modalidades de riesgo permitido**

4.1. La razón de ser de la distinción entre tipicidad y antijuridicidad, así como entre causales de atipicidad y causales de justificación. Enunciación de la toma de postura al respecto y de los argumentos contrarios a la misma

De conformidad con el desarrollo conceptual e histórico visto hasta ahora la *antijuridicidad* tuvo sentido en los esquemas clásico, neoclásico y finalista porque, principalmente en el primero de ellos, el tipo penal surgió como una categoría dogmática **valorativamente neutra** cuya perspectiva se mantuvo idéntica en los otros dos esquemas citados, aunque con ciertas modificaciones (al incluirse conceptos tales como los *elementos normativos* que sí implicaban un juicio de valoración jurídica anticipada para ciertos tipos penales pero que de todas maneras no convertían la tipicidad en una categoría dogmática valorativa), razón por la cual se **hizo necesario** incluir adicionalmente al juicio de subsunción de los hechos con el tipo penal un estadio, fase o requisito del delito en el cual se analizara la *contrariedad* del hecho investigado con el *ordenamiento jurídico*, dado que la mencionada neutralidad valorativa de la tipicidad impedía que allí se realizara esto completamente. Sin embargo, al incluirse con el funcionalismo penal la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* y su *concreción en el resultado* como elementos indispensables de la tipicidad objetiva, ésta última perdió toda neutralidad valorativa **requiriéndose** a partir del ingreso de la imputación objetiva **siempre** un análisis de *contrariedad normativa*; esto es, un juicio de verificación de quebrantamiento del ordenamiento jurídico por parte de la conducta investigada. En consecuencia, como **justamente para cumplir dicha función es que se había creado la antijuridicidad** resulta inevitable concluir que hoy en día carece de sentido continuar manteniendo un *estadio* posterior a la tipicidad en el que tautológica o redundantemente se termina realizando el **mismo** juicio de valor que se lleva a cabo en ella.

A partir de dicha perspectiva histórica, se distinguía igualmente entre *causales de atipicidad* y *causales de justificación*, al definir las primeras como aquellos eventos en los que el *hecho efectivamente demostrado* no encuadraba con el *supuesto de hecho* previsto en el tipo penal, sin que se requiriera para tal verificación un juicio valorativo de juridicidad, sino tan solo la simple comparación entre la hipótesis fáctica y la norma penal, salvo en aquellos casos en los cuales excepcionalmente el tipo consagraba como elementos configurativos adicionales los denominados

elementos normativos. Por el contrario, en las *causales de justificación* *SÍ se realizaba un examen de valoración jurídica a los hechos que eran considerados por el analista como formalmente típicos.*

No obstante, según la postura aquí defendida y que será desarrollada en los próximos acápite aun cuando la *antijuridicidad* carece de sentido como un estadio posterior e independiente de la *tipicidad*, puesto que en el examen de *imputación objetiva* realizado al interior de ésta ya se satisface todo juicio de contrariedad normativa o valoración de la juridicidad de la conducta, se defiende la **tesis** de que es necesario mantener como categoría autónoma y diferenciable de otras formas de atipicidad las *causales de justificación*.

Ahora bien, en cuanto a la *ausencia de imputación objetiva* ésta tendría como **fuentes** o causales las siguientes:

CAUSALES DE ATIPICIDAD OBJETIVA POR AUSENCIA DE IMPUTACIÓN OBJETIVA.

(Los primeros tres grupos de eventos elimina la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, mientras que el cuarto grupo de eventos elimina la concreción o realización del riesgo en el resultado)

(1) Falta de *creación* de un riesgo:

- i)** Indominabilidad objetiva del riesgo, al no ser generado por el sujeto, sino producto de un caso fortuito o una fuerza mayor.
- ii)** Disminución del riesgo.

(2) Efectiva creación de un “hecho” que *no constituye un riesgo*. Ausencia de lesividad por tratarse de:

- i)** Una conducta carente de peligrosidad por *inidoneidad ex ante* del comportamiento.
- ii)** Una conducta de bagatela o *insignificante*.
- iii)** Una conducta *socialmente adecuada*.

(3) Falta de *desaprobación jurídica del comportamiento* por tratarse de **riesgo permitido** el cual puede ser:

- i)** De tipo *general* si tiene como base una norma jurídica extra-penal (Ej. Regulación jurídico-reglamentaria del tránsito vial).
- ii)** De tipo *particular* o *situacional* si tiene como base:
 - (a)** Una causal de justificación, como lo sería:

- El consentimiento.
 - Obrar en escrito cumplimiento de un deber legal.
 - Obrar en cumplimiento de una orden legítima.
 - Obrar en ejercicio de un derecho, una actividad lícita o un cargo público.
 - Legítima defensa.
 - Estado de necesidad justificante.
- (b)** Un principio de confianza.
- (c)** Una prohibición de regreso.
- (d)** Una autopuesta o heteropuesta en peligro.
- (e)** Una norma de cuidado proveniente de:
- Reglamentos particulares de una actividad peligrosa.
 - La *lex artis*.
 - La figura del baremo diferenciado.
- (f)** Conductas no cubiertas por el alcance o ámbito de protección del tipo penal.

(4) La falta de relación de riesgo o ausencia de realización del riesgo en el resultado por:

i) Inevitabilidad del resultado y del curso causal dado que:

- (a)** Aunque se hubiese llevado a cabo una conducta alternativa conforme a derecho, éstos de todas formas habrían ocurrido.
- (b)** El resultado terminó siendo el producto de un riesgo general de vida o explicable por la producción de un riesgo *distinto* del creado por el sujeto activo.
- (c)** Fue producto de una fuerza mayor.
- (d)** El resultado se atribuirá a un ámbito de responsabilidad ajeno.

ii) Tratarse de resultados no cubiertos por el ámbito de protección de la norma jurídica:

- (a)** Resultados no cubiertos por el ámbito de protección del tipo penal.
- (b)** Resultados no cubiertos por el ámbito de protección de la norma jurídico-extrapenal.

4.2. Causales de justificación como criterios negativos de imputación objetiva: una ampliación del concepto de riesgo permitido.

¿Cómo funcionan las causales de justificación en el sistema penal? Cuando se dice que las *prohibiciones penales (normas primarias imperativas)* no constituyen nada distinto que una **prohibición relativa** se quiere decir con ello que existen **ámbitos de libertad no regulados** por la prohibición o prescripción penal. Por lo tanto, cuando el intérprete se halla ante una *causa de justificación* lo que ocurre es que el *juicio de tipicidad* termina arrojando como resultado la atipicidad del hecho, pero no porque se presente una excepción, sino sencillamente porque **dicha conducta no estaría abarcada por el espectro formalmente penalizado por la ley.**

En consecuencia, lo que las *normas primarias imperativas* hacen es determinar dos cosas: (i) cuándo una conducta está prohibida y (ii) cuándo un sujeto es responsable de su comisión. Las ausencias de responsabilidad en cambio lo que hacen establecer: (i) las hipótesis de conductas no prohibidas y (ii) las hipótesis de sujetos no responsables.

Por ende, la **antijuridicidad** sería un elemento **extraño y redundante** en la configuración del delito al *viabilizar un nuevo juicio de prohibición conductual* ya superado por la *tipicidad* al estudiarse la imputación objetiva del comportamiento, con base en la cual se plantearía la paradoja de que ante la presencia de una causal de justificación se terminaría permitiendo **lo mismo** que la norma penal ya había prohibido. Por el contrario, con un esquema bipartito del delito, justamente cuando se examina si el hecho está o no prohibido por el Derecho Penal, las causales de justificación entrarían a decidir dicha problemática de forma definitiva y no parcial, evitándose así la violación del *principio lógico de no-contradicción* frente a las eximentes justificativas y un análisis *tautológico* o *redundante* respecto al estudio positivo de antijuridicidad.

Además, téngase en cuenta lo siguiente:

- i. Para todos los autores (salvo FRISCH) el rasgo más general y definitorio de la imputación objetiva es *la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* y su ulterior *concreción en el resultado*. Así mismo, a excepción de algunos pocos doctrinantes (citados líneas atrás) estos criterios de imputación normativa suelen ubicarse en la **tipicidad objetiva**.
- ii. Para todos los autores las causales de justificación constituyen autorizaciones o permisiones del orden jurídico frente a ciertos compor-

tamientos; es decir, *son conductas que no se encuentran jurídicamente desaprobadas*. Sin embargo, la ubicación sistemática de las mismas (salvo en PAWLIK y tímidamente en SILVA SÁNCHEZ) no se da en la tipicidad objetiva, al lado de la imputación objetiva, sino en la antijuridicidad como su faz negativa.

- iii. Y finalmente para todos los autores (más allá de las variaciones terminológicas) la categoría dogmática de antijuridicidad significa en esencia “contrariedad al orden jurídico”. Pero entonces me pregunto, si eso que he referido es la definición de antijuridicidad penal y la imputación objetiva al mismo tiempo es *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*, ¿cómo es que un “estado de necesidad”, una “legítima defensa” un “estricto cumplimiento de un deber legal”, entre otras causales de justificación, pueden ser actuaciones **permitidas**, autorizadas y en general no-prohibidas, pero a su vez constituyan *riesgos jurídicamente desaprobados*? Algo acá está fallando, y no es en la pregunta, sino en la respuesta. Por lo tanto, salvo que adrede se vulnere el principio lógico de no-contradicción y se renuncie a que la doctrina tenga coherencia y consistencia lógica, una tesis que separa las causales de justificación de los riesgos permitidos y mantiene aislados los conceptos de imputación objetiva y antijuridicidad sólo puede estar destinada al fracaso y la risa de cualquier observador externo, siendo en definitiva una postura inaceptable.

Así las cosas, según la perspectiva que aquí se defiende, es necesario **abandonar** de una vez por todas la tripartición del delito y simplificando las cosas (que se han complicado tanto en la dogmática jurídico-penal precisamente por esforzarse en mantener categorías y elementos que ya no cumplen ninguna función en el esquema de la conducta punible) dejar atrás la antigua categoría intermedia de antijuridicidad que existía entre la *tipicidad penal* y la *culpabilidad*, y hablar de un esquema bipartito. Esto lo sostengo, porque considero que con la *imputación objetiva* **todas las funciones que cumplía la antijuridicidad ahora son cumplidas de una manera más lógica y sencilla por el tipo penal** utilizando para ello criterios positivos de atribución como lo es la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* o la *lesividad* (que se equipararían respectivamente a los conceptos de antijuridicidad formal y antijuridicidad material) y criterios negativos de imputación (como *contracara de aquellos*) entre los que tendríamos el *riesgo permitido* y la *lesión insignificante de los bienes jurídicos*.

4.2.1. Breve presentación del modelo ampliado de riesgo permitido

La expresión *riesgo permitido* admite gran multiplicidad de significados o alcances. Sin embargo, aquí se entenderá que se trata de un macroconcepto *opuesto* (la otra cara de la moneda) del *riesgo jurídicamente desaprobado* como elemento necesario y positivo para la afirmación de la imputación objetiva. En consecuencia, la presencia de uno niega la existencia del otro.

Este riesgo permitido lo hay de dos clases (según la clasificación **aquí adoptada**): a) *general* y b) *situacional*. Lo común a ambos riesgos es que se trata de conductas peligrosas que dañan bienes jurídicos o los ponen en peligro efectivo, encajan en la formal y objetiva descripción típica de la ley penal, pero se encuentran a su vez **autorizadas** en su ejecución, razón por la cual impiden la *creación del riesgo jurídicamente desaprobado* y en consecuencia la satisfacción del primer nivel de imputación objetiva. Es importante en este momento **precisar** que los **tipos formales descriptivos** que aparecen en la ley penal son apenas la descripción de las conductas que **serán sometidas al juicio de desvalor jurídico y NO en sí mismas las acciones u omisiones prohibidas**. Justamente, para saber en un caso concreto si el hecho investigado y ajustado a la tipicidad formal es un ilícito, un injusto penal o una conducta materialmente típica y, por lo tanto, prohibida es necesario agotar adicionalmente el juicio de imputación objetiva y el de imputación subjetiva para poder establecer, ahí sí, dicha conclusión porque de lo contrario sería imposible. Lo que ocurría, es que antiguamente era necesario esperar llegar hasta la **antijuridicidad** para lograr completar este estudio. Sin embargo, con el descubrimiento de la **imputación objetiva** como elemento adicional y necesario de la verificación de la tipicidad la **antijuridicidad se convirtió en un escalón de análisis** redundante y superfluo, pues todas las funciones que esta cumplía pasó satisfacerlas la imputación objetiva.

Así mismo, podríamos definir los *riesgos permitidos generales* como todos aquellos eventos objetivos que representan un comportamiento formalmente descrito por la ley penal como típico pero **carente de desaprobación jurídica** por ser autorizada su ejecución a nivel legal, constitucional o convencional en virtud de una ponderación de intereses que hizo viable su permisión. Aquí la exclusión de la tipicidad se presentaría **sin tener en cuenta el contexto** en el cual ocurre. En estos

eventos, el legislador aceptó como permitidas la acción y el resultado que inevitablemente ésta produjera (ausencia de desvalor del acto y del resultado). También quedan aquí cobijados los denominados **riesgos generales de vida** a los cuales “*pertenecen, en especial, las **condiciones completamente lejanas** (por ejemplo: la procreación de un posterior asesino) y los **cursos causales no dominable** (especialmente, la fuerza de la naturaleza)*”⁶³.

En cambio, serían *riesgos permitidos situacionales* todos aquellos eventos objetivos que representan un comportamiento formalmente descrito por la ley penal como típico pero **carente de desaprobación jurídica** por ser autorizada su ejecución gracias al expreso mandato realizado por el Código Penal, aunque **condicionando dicha autorización al contexto en el que se produzca el caso concreto**, cuyas especiales características serán las que lo conviertan en un hecho socialmente tolerable y susceptible de ser aceptado por el ordenamiento jurídico. Si se dan todas estas condiciones decaerá tanto el desvalor del acto como del resultado, pues en la ponderación hecha por el legislador al construir las eximentes de responsabilidad, previó que en virtud de las mismas la *acción* y el *resultado* podrían ocurrir y realizarse si se daban las condiciones contextuales exigidas; es decir, autorizó ambos.

4.2.2. Argumentos que soportan la tesis según la cual las “causales de justificación” constituyen riesgos permitidos (eventos de atipicidad objetiva por falta de imputación objetiva)

4.2.2.1. Argumento lógico-normativo

La dogmática jurídica en general y la teoría del delito en particular proponen la creación de un **sistema**. Un sistema es un “*conjunto de reglas o principios sobre una materia **racionalmente** enlazados entre sí*”⁶⁴. Esa racionalidad implica, por lo menos, la **consistencia** y la **coherencia** de dicha teoría, sin llegar a exigirse la *completitud*⁶⁵ dado que desde

⁶³ WESSELS, J., BEULKE, W., & SATZGER, H. *Derecho Penal*, Parte General. El delito y su estructura. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 107

⁶⁴ Diccionario de la Real Academia Española

⁶⁵ “*La completitud se define, de manera general, como la propiedad de un conjunto de enunciados de constituir una axiomatización exhaustiva de un cierto universo de discurso, de forma que todo enunciado correcto, relevante para aquel universo, es un teorema de la base axiomática.*” En: RATTI, Giovanni Battista. *Lógica de las normas, coherencia y metodología jurídica*. Chile: Ediciones Olejnik, 2017, p. 46

GÖDEL⁶⁶ fue demostrada su imposibilidad lógico-existencial. Dicha coherencia sería la “*relación justificadora entre ciertos principios y un cierto conjunto de reglas que los presuponen*”⁶⁷, mientras que la consistencia podría definirse como “*la propiedad que caracteriza un conjunto de enunciados que carece de **contradicciones***.”⁶⁸ Esto último implica que la teoría del delito deba cumplir con las reglas derivadas del *principio lógico de no contradicción* y según el cual “*ninguna proposición es al mismo tiempo verdadera y falsa*”⁶⁹, lo cual llevándolo al mundo normativo significaría que dicho sistema del delito, para ser un auténtico sistema formalmente correcto, no puede contener **proposiciones incompatibles** puesto que ante su existencia no pueden ser al mismo tiempo verdaderas (*principio lógico de tercero excluido*). Los tres casos de incompatibilidad se presentan:

- “1. Entre una norma que **manda** hacer alguna cosa y una norma que la **prohíbe** (contrariedad);
2. Entre una norma que **manda** hacer y otra que **permite** no hacer (contradictoria), y
3. Entre una norma que **prohíbe** hacer y una que **permite hacer** (contradictoria).”⁷⁰

⁶⁶ “Nació así un estado de opinión en el que se admitía tácitamente que todos los sectores del pensamiento matemático podían ser dotados de unos conjuntos de axiomas susceptibles de desarrollar sistemáticamente la infinita totalidad de proposiciones verdaderas suscitadas en el campo sujeto a investigación. El trabajo de GÖDEL demostró que esta suposición es insostenible. Puso frente a los matemáticos la asombrosa y melancólica conclusión de que el método axiomático posee ciertas limitaciones intrínsecas que excluyen la posibilidad de que ni siquiera la aritmética ordinaria de los números enteros pueda llegar ser plenamente axiomatizada.” En: NAGEL, Ernst & NEWMAN, James R. *El teorema de Gödel*. Madrid: Editorial Tecnos, 2015, p. 20. Se aclara, no obstante, que, aunque estos autores también dicen que Gödel demostró la imposibilidad de la consistencia, considero que no es así ya que el mismo Gödel la teorizó posible, aunque sumamente dispendiosa o difícil lo cual, por supuesto, es distinto de imposible. Lo cierto es que sí aseguró la imposibilidad de demostrar la consistencia. Esto fue añadido en una nota suplementaria de 1963 a su trabajo de 1931 que puede consultarse en la siguiente referencia: GÖDEL, Kurt. *Sobre sentencias formalmente indecidibles de Principia Mathematica y Sistemas afines*. En: GÖDEL, Kurt. *Obras completas*. Madrid: Alianza Editorial, 2006, pp. 53 y ss.

⁶⁷ RATTI, Giovanni Battista. *Lógica de las normas, coherencia y metodología jurídica*. Chile: Ediciones Olejnik, 2017, p. 46

⁶⁸ Ídem, p. 52

⁶⁹ STEBBING, L. Susan. *Introducción a la lógica moderna*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 194

⁷⁰ BOBBIO, Norbert. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 2007, p. 190

De tales casos, los enunciados en “2” y “3” traen consigo la dicotomía antinómica entre las *normas primarias imperativas* y las *normas primarias facultativas o permisivas*. Sin embargo, esa antinomia es **aparente** si eliminamos la antijuridicidad del esquema del delito, aplicando las reglas del hexágono deontológico, mientras que sería **real** si insistimos en mantener un sistema tripartito y al tiempo una tipicidad que requiera como fundamento para su configuración la presencia de una imputación objetiva cuya afirmación implique la *creación de riesgos jurídicamente desaprobados*.

En ese orden de ideas, las antinomias lógicas que pueden evidenciarse en las posturas mayoritarias del delito las encontramos por que:

- i. Al llevar a cabo el *juicio de tipicidad objetiva* utilizan como uno de sus criterios la verificación de que el sujeto haya creado con su actuar un **riesgo jurídicamente desaprobado**.
- ii. Ese riesgo **jurídicamente desaprobado** no es otra cosa que la comprobación de que el hecho o la conducta investigada se encuentre **prohibida**; esto es, que existe una *norma* que prohíbe “hacer” (delitos de acción) o “no hacer” (delitos de omisión) una cosa determinada.
- iii. Para la verificación, de ese nivel de imputación se tienen en cuenta múltiples criterios negativos de atribución que varían de un autor a otro entre los que podría destacarse el *riesgo permitido*.
- iv. Una vez superado el *juicio de tipicidad objetiva y subjetiva*, el analista pasa a realizar un *juicio de antijuridicidad* buscando determinar si la conducta típica a su vez es contraria o no a Derecho; en otras palabras, si se encuentra prohibida realmente o permitida por una causal de justificación.
- v. Ante la eventualidad de que concurra una causal de justificación, en virtud de este sistema tripartito, estaremos ante una verdadera **antinomia** por cuanto gracias al juicio positivo de tipicidad objetiva se habrá concluido que la conducta “X” del sujeto estaba **PROHIBIDA** (dado que creó un riesgo **jurídicamente DESAPROBADO**), pero que al tiempo estaba **PERMITIDA** por la concurrencia de dicha causal de justificación.
- vi. Lo anterior pone en evidencia que los sistemas tripartitos vulneran el principio lógico de contradicción y en consecuencia la **consistencia** de la teoría que proponen.
- vii. Sin embargo, también vulneran la **coherencia** cuando se trata de resolver lo atinente al **error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación** por cuanto si lo consideran un **error de tipo** que afecta el dolo, olvidan estos teóricos del sistema que el **dolo**

es el resultado del juicio positivo de tipicidad subjetiva que ya debiera estar **sistemáticamente superado** cuando se comienza a realizar el de antijuridicidad, trastocando el orden lógico mismo del sistema que tales doctrinantes proponen. Pero, también vulneran la **coherencia** aquellos que, para solventar este impase lógico, buscan ubicar dicha forma de error como una modalidad de **error de prohibición** dado que eso pervierte la esencia misma de esta última ausencia de responsabilidad y la estructura propia de la culpabilidad dado que: el error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación NO es un error de valoración jurídica acerca de la prohibición de un hecho, sino un error acerca de la **existencia misma de un hecho** que de haberse dado habría eliminado la desaprobación jurídica del comportamiento.

De igual manera los sistemas alternativos bipartitos, ya existentes, mantienen el mismo defecto aquí expuesto por cuanto si nos referimos a la *teoría de los elementos negativos del tipo* vemos que la mayor incongruencia de esta teoría es la falta de **coherencia** dado que esgrimen algo que yo he llamado la **doctrina del arrepentimiento** y según la cual una vez superado el *juicio de tipicidad objetiva y subjetiva*, al verificar (en la antijuridicidad) que sí existió una *causal de justificación*, se **arrepienten** de haber dicho que la conducta era típica y por arte de magia borran esa afirmación asegurando, entonces, que la *causal de justificación* encontrada *a posteriori* del orden lógico que ellos mismos ha mantenido, termina proyectando sus efectos hacia atrás arrastrando consigo la tipicidad que ya habían considerado existente.

Por el contrario, **con la sistemática aquí propuesta** ningún defecto de coherencia o consistencia se revela habida cuenta que:

- i. Al incluirse las *causales de justificación* como modalidades de *riesgo permitido* se viabiliza en el estudio de la imputación objetiva (ubicada en sede de la tipicidad) la existencia o inexistencia de las mismas.
- ii. Esto posibilita, igualmente, la **eliminación de la antijuridicidad** y, por ende, también la eliminación de un análisis tautológico de contrariedad con el derecho que se realizaba en un estadio posterior al de la tipicidad, lográndose de esta manera convertir el juicio de tipicidad en un **juicio definitivo de prohibición o permisión** de la conducta.
- iii. Bajo esta perspectiva, **ninguna inconsistencia** se presentaría dado que precisamente cuando se esté verificando si la conducta se encuentra o no prohibida, la concurrencia de una causal de justificación conllevaría

la *negación* de la tipicidad de la conducta al no haberse creado *un riesgo jurídicamente desaprobado*. Es decir, en el sistema propuesto no afirmamos que la conducta está prohibida y permitida al mismo tiempo (como lo hace la doctrina tripartita, así sea implícitamente) ni tampoco que estaba prohibida, según un examen inicial, pero que luego nos dimos cuenta que no era así y decidimos entonces cambiar de idea (como ocurre con la doctrina de los elementos negativos del tipo penal), sino que, exactamente, cuando estamos verificando la efectiva existencia de una prohibición, ante la concurrencia de una justificante, se concluye (allí donde se debe estudiar ello) que el actuar desplegado por el sujeto en realidad estaba permitido y no prohibido.

- iv. Esto tampoco constituye una antinomia frente a la abstracta descripción que el legislador hace en la *parte especial* de los Códigos Penales, puesto que las causales de justificación desde nuestra visión, y aplicando para ello el hexágono deontológico, son *permisiones relativas*; es decir, autorizaciones o espacios de libertad que NO se tocan con las *prohibiciones relativas* de los delitos. En consecuencia, el estudio acerca de la ilicitud de un hecho toma como base las *descripciones* que el legislador hace en la parte especial de los códigos penales y que podríamos denominar como **conductas relevantes**, mas no *necesariamente* prohibidas. La prohibición, recordemos, es una conclusión a la cual llega el intérprete luego de agotar el juicio de tipicidad que implica la necesaria verificación de que el sujeto haya *creado un riesgo jurídicamente desaprobado*. Lo importante, entonces, de las **conductas relevantes** es que solamente estas pueden estar prohibidas, salvo que hagan parte del *conjunto* de conductas permitidas.

Entonces, si la *conducta no es ni siquiera relevante* carece de importancia para el derecho penal, pero esto se comprueba mediante el *juicio de subsunción lógico*. En cambio, si la conducta es relevante tendrá que pasar a realizarse un juicio de imputación objetiva en cuyo primer nivel se realiza el análisis de licitud de la conducta relevante, el cual resultará definitivo y nunca parcial como en los anteriores sistemas tripartitos e inclusive en la doctrina de los elementos negativos del tipo penal.

De esta manera, en el ejemplo propuesto *matar a otro será prohibido o desaprobado*, pero no ambas, dependiendo de si el sujeto creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado.

- v. En punto de la **coherencia** del sistema propuesto se soluciona la problemática del *error en los presupuestos objetivos de una causal de justi-*

ficación dado que al estar las justificantes **sistemáticamente ANTES** de realizar el estudio de *imputación subjetiva* el dolo ABARCARÍA las situaciones fácticas que convertirían en desaprobada o aprobada a nivel general la conducta por el sujeto desplegada. Por lo tanto, este tipo de error debe ser tratado como un *error de tipo* cuya vencibilidad conlleva el castigo del comportamiento bajo la modalidad culposa si la ley lo ha previsto como punible.

En cuanto al tema del *error en los presupuestos objetivos de una causal de exculpación* (como, por ejemplo, el estado de necesidad exculpante) ello es una problemática que atañe a la culpabilidad y no a esta investigación. Sin embargo, puedo anticipar que mi criterio al respecto lleva a considerar como correcta la postura de que el *error invencible acerca de los presupuestos objetivos de un estado de necesidad exculpante* es equiparable al *estado de necesidad exculpante* en sí mismo y que por ende lo que faltaría es la *exigibilidad de conducta conforme a derecho* y no la conciencia de lo ilícito. Por lo tanto, cuando el error sea vencible habrán de aplicarse las reglas del *exceso* que aplicarían para la causal de exculpación ahora putativa.

- vi. Finalmente, **las causales de justificación son una modalidad de riesgo permitido**, bajo la sistemática de género y especie, porque aquellas no son nada distintos que *autorizaciones* o *conductas peligrosas permitidas* por el legislador y en consecuencia, su identificación con el *riesgo permitido* se hace inevitable, dado que si no fuera así se estaría vulnerando nuevamente el principio lógico de no-contradicción y por ende la *consistencia* del sistema al afirmar que la proposición normativa “*el comportamiento X no es una conducta permitida*” es al tiempo verdadera y falsa.

4.2.2.2. **Argumento constitucional o a partir de principios limitadores del *ius puniendi***

El **principio de legalidad material** exige que la ley describa de manera completa qué conductas se encuentran prohibidas por el Derecho Penal y cuáles no. Dicha función, la cumple el *tipo penal* o *injusto* (que como expresiones sinónimas aquí se adoptan). Esa exigencia, fue positivizada como *norma rectora* en el actual Código Penal al afirmar el art. 10 que “*la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*” Por lo tanto, el tipo penal no solamente incluye las *conductas relevantes*, sino adicionalmente las **conductas prohibidas**.

Al respecto ha expresado la Corte Constitucional en Colombia:

“La conducta punible, el proceso y la pena son las categorías fundamentales del sistema penal. En las sociedades civilizadas cada una de esas categorías debe ser determinada por la ley y debe estarlo de manera cierta, previa y escrita. **Cierta**, por cuanto **debe definirse con certeza el ámbito de las prohibiciones**, procesos y sanciones de tal modo que los ciudadanos sepan a qué atenerse en su diaria convivencia. Es decir, **con seguridad deben conocer qué comportamientos no están permitidos**, a qué reglas procesales se somete la persona a la que se le impute una conducta prohibida y cuáles son las consecuencias sobrevinientes en caso de ser encontrado responsable de ella. Previa, en cuanto se trata de decisiones normativas que deben ser tomadas por la ley antes de los hechos que generan la imputación penal. Esto es, las normas que configuran las conductas punibles, los procesos y las sanciones deben estar predeterminadas. Y escrita, por cuanto se trata de normas con rango formal de ley. Es decir, para la predeterminación de la conducta punible, el proceso y la pena, existe reserva de ley.”⁷¹

Por lo tanto, gracias a la **certeza** que como característica de la ley penal derivada del principio de legalidad debe cumplir todo tipo penal se hará necesario **incluir en éste** como uno de sus elementos configurativos la *determinación* de los riesgos desaprobados que, naturalmente, decaerán ante la permisión que el mismo ordenamiento jurídico establezca.

En un sentido similar, aunque más preciso al traer a colación el concepto de tipicidad, la Corte Constitucional ha dicho:

“No debe olvidarse, en efecto, que en virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en qué circunstancias una conducta resulta punible y ello **con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley** (artículo 6 C.P.). No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho (artículo 113 C.P.).”⁷²

⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no. C- 820 de 2005, 09 de agosto de 2005. M.P.: Clara Inés Varas Hernández.

⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia no. C-173 de 2001, 14 de febrero de 2001. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Clarificado lo anterior, las causales de justificación como autorizaciones de conductas del legislador deben necesariamente pasar a convertirse en la **faz negativa de la tipicidad** y no de un estadio posterior porque es allí y no en otro lugar en donde se establece qué comportamientos se encuentran prohibidos y cuáles no.

Esta última afirmación fue fundamentada en el acápite 1.3 gracias, igualmente, a los principios **de culpabilidad, lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos** a cuyo amparo se concluyó que la imputación objetiva era un elemento necesario del tipo penal cuya definición no podía ser otra que la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, razón por la cual **todo lo que sea permitido** habrá de convertir en atípica la conducta estudiada, lo que justificaría constitucionalmente la necesidad de que las *causales de justificación* sean aspectos negativos de la imputación objetiva.

4.2.2.3. Argumento dogmático-histórico

La **tesis** que se defiende es la siguiente: a partir de la **normativización** del tipo penal ocurrida por la aparición de la categoría dogmática de la imputación objetiva, la **antijuridicidad** se convirtió en elemento del delito innecesario y tautológico, dado que la existencia de lesividad y la concurrencia de justificantes habrán de realizarse en el momento en el que se verifique la *creación o no de riesgos jurídicamente desaprobados*.

En la monumental obra del profesor Fernando MOLINA FERNÁNDEZ⁷³ se señala con acierto que la respuesta a la pregunta de si aún hoy en día sigue siendo necesaria la *antijuridicidad* como categoría dogmática del delito depende, esencialmente, de la revisión de tres aspectos que en los acápites anteriores hemos realizado:

- i. *Primero*, que la antijuridicidad surgió para expresa la *ilicitud formal* que representa el delito como conducta objetivamente contraria al Derecho y sus normas.
- ii. *Segundo*, que la antijuridicidad representó en sí misma el contenido material del principio de lesividad entendido como lesión o puesta en peligro efectiva de bienes jurídicamente tutelados, y
- iii. *Tercero*, que la antijuridicidad se constituyó en un escalón sistemáticamente apto en la estructura del delito para resolver problemas de aplicación del derecho penal frente a la contraposición de normas permisivas.

⁷³ *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 45

Justamente, su permanencia en el tiempo pareciera ser el fruto de las tres importantes funciones que ha cumplido para la descripción adecuada del contenido del delito, sin cuya ayuda habría sido muy difícil de lograr. Por eso, juega en contra de nuestra tesis (de eliminación de la antijuridicidad como categoría independiente del delito) el hecho indiscutible de que sea necesario un estadio previo para evaluar la contrariedad de los comportamientos realizados por el autor con la totalidad del ordenamiento jurídico, de manera previa y distinta a como lo hace la culpabilidad, evaluando y verificando si han existido lesiones o puestas en peligro efectivas de bienes jurídicamente tutelados que además no hayan estado amparadas por causales de justificación. Sin embargo, todas esas loables y necesarias funciones que cumplía la antijuridicidad en el ayer son hoy en día satisfechas en su totalidad (y de mejor manera) por la imputación objetiva del comportamiento. Razón por la cual, pasaremos a explicar por qué esta categoría dogmática del delito, como estadio posterior de la tipicidad, es simplemente una estructura rezagada del pasado, carente de funcionalidad, que entorpece la sistemática del delito por ser redundante y cuya vacuidad la convierte en algo formal y materialmente innecesario.

En la época de BELING la fuerte distinción entre *tipo* y *antijuridicidad* ocurrió por, al menos, dos razones fundamentales⁷⁴: (i) una de tipo *metodológica* que siguiendo la influencia positivista buscaba *separar* el hecho externo y objetivo de la perspectiva valorativa que pudiera realizarse sobre este, para conseguir así una visualización ilustrativa o didáctica⁷⁵ del delito; y (ii) una de tipo *material y funcional* que permitiera diferenciar la conducta que selecciona el legislador penal como delito, de la valoración de contrariedad que representa ese comportamiento con el resto del ordenamiento jurídico.

No obstante, la mayoría de los autores contemporáneos no describen la *tipicidad* ni el *tipo penal* como una categoría neutra, sino cargada de contenido valorativo. Para demostrar mi afirmación, transcribiré a continuación las definiciones que actualmente se realizan del tipo penal y de la tipicidad poniendo en evidencia así la incongruencia de sus posturas, dado que aun cuando admiten que en este primer estadio

⁷⁴ Similar: WILENMANN, Javier. Injusto, justificación e imputación. En: PAWLIK, Michael, KINDHÄUSER, *Urs & otros*. La antijuridicidad en el Derecho Penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa. Buenos Aires: Editorial B de F, 2013, p. 118 y ss.

⁷⁵ Ídem, p. 118

de análisis **se debe verificar si una conducta es contraria a derecho (esto es, si se encuentra prohibida)** tozudamente deciden continuar justificando la existencia de un estadio posterior que **haga exactamente lo mismo que se realiza en la tipicidad** mediante alambicadas y confusas construcciones argumentativas que tan solo muestra la desesperación por mantener una categoría dogmática cuya única fuerza imaginaria reside en la tradición, más no en la racionalidad y la coherencia del sistema.

Así las cosas, quiero poner de presente *primero* la explicación que realizan los mismos autores JESCHECK & WEIGEND de la situación histórica que justificaba la existencia de la antijuridicidad:

“De acuerdo con ello la tipicidad fue comprendida como una descripción puramente externa del hecho de la acción **sin predicado valorativo alguno** (por ejemplo, la muerte de una persona en la que el examen de la antijuridicidad puede mostrar que ésta constituya una acción de guerra y resulta así justificada). **La valoración jurídica de este suceso** debía tener lugar en el campo de la **antijuridicidad** y siempre desde un punto de vista puramente objetivo.”⁷⁶

Empero, esta idea del tipo penal y de la tipicidad cambió radicalmente con la entrada de la *imputación objetiva* por cuanto:

- i. Según MAURACH & ZIPF en el tipo penal se describen “*ciertos comportamientos ilícitos típicos (contravenciones a la norma) como un acotado acontecimiento de la vida y los somete a una pena.*”⁷⁷ Y de forma **aún más sorprendente** nos dicen estos autores: “*se entiende por tipo la descripción que el legislador hace de un determinado comportamiento humano antijurídico*”⁷⁸. Entonces, si ya la antijuridicidad de la conducta es algo verificable en la tipicidad ¿por qué mantienen la necesaria existencia de un estadio de análisis posterior llamado, justamente, antijuridicidad? Al parecer para la comprobación de las causales de justificación, **desconociendo** que su concurrencia lo harían es precisamente eliminar la desaprobación del acto y por ende la tipicidad misma del comportamiento.

⁷⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General. Op. Cit. p. 217

⁷⁷ MAURACH, Reinhart & ZIPZ, Heinz. *Derecho Penal*, Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 346

⁷⁸ Ídem, p. 350

- ii. Para STRATENWERTH “*el tipo en sentido estricto consiste en la descripción de la conducta **contraria a la prohibición o mandato**, a la que se refiere la conminación penal*” y que por lo tanto “*la tipicidad significa tan sólo que la conducta **contradice la prohibición o el mandato** asegurados penalmente*”⁷⁹. Sin embargo, más adelante, aunque pareciera que aquí a *refundido* en una sola categoría la antijuridicidad y la tipicidad, aclara que este primer elemento del delito “*no dice aún que la conducta sea (penalmente) antijurídica, sino sólo que podría serlo*” generando con ella una innecesaria multiplicación de los entes. No se puede afirmar que algo está prohibido y luego decir que tal aseveración se basa en mero juicio provisional. Algo así, carece de la fuerza argumentativa para ser soportado, pero se sustenta en el peso de la tradición que los distintos autores no desean abandonar por el miedo a la tristeza que su duelo causaría.
- iii. Según JESCHECK & WEIGEND “*las acciones **contrarias a estas normas** están descritas en los concretos tipos penales. La tipicidad de una acción significa, por consiguiente, que el hecho muestra aquellos elementos del injusto que se corresponden con el tipo de un delito determinado*”⁸⁰. Pero a pesar de dicha argumentación, termina concluyendo que el *juicio de prohibición* realizado en la tipicidad no se corresponde con el *juicio de antijuridicidad* que debe efectuarse posteriormente a aquél para investigar la concurrencia o no de una causal de justificación. Sin embargo, ¿no es justamente eso lo que debe verificarse en el momento en el que estudie la tipicidad de la conducta porque de qué otra manera podría determinarse si un comportamiento está prohibido o no?

En Colombia, las consecuencias de la normativización del tipo penal y la posibilidad de que esto termine absorbiendo el juicio de antijuridicidad en punto de considerar las causales de justificación como elementos negativos de tipicidad han sido puestas de presente por el profesor Yesid REYES ALVARADO de la siguiente manera:

- i. *Análisis frente a la **lesividad** de la conducta*: La solución no es sencilla, porque si se opta por mantenerla como elemento del tipo, entonces la antijuridicidad (en lo que se suele llamar su aspecto positivo) desaparece porque gira alrededor de la efectiva lesión o puesta en peligro

⁷⁹ STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*, Parte General I. Hecho punible. Buenos Aires: Hammurabi, 2016, p. 128.

⁸⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. p. 346

del bien jurídico, quedando solo como un aspecto independiente a considerar las llamadas causales de justificación (que otros prefieren denominar el aspecto negativo de la antijuridicidad). Si, por el contrario, se optara por retirarla de la tipicidad para que la antijuridicidad no desaparezca como elemento autónomo de la teoría del delito (por lo menos en su faceta objetiva), entonces el ámbito de aplicación de la tipicidad se ampliaría de una forma desmedida.⁸¹

- ii. **Análisis frente a las causales de justificación:** El desarrollo que han tenido conceptos como el de riesgo permitido y riesgo jurídicamente desaprobado dentro de la faceta objetiva de la tipicidad, ha generado un debate interesante en cuanto a si existe o no una diferencia entre las tradicionales causas de justificación y la noción de riesgo permitido:

“Aun cuando el tema es aún objeto de discusión, bien podría decirse que si una conducta corresponde a lo que de alguien se espera en una determinada situación, habrá actuado dentro del riesgo permitido; si, por el contrario, la persona se ha comportado de una manera distinta a como debía hacerlo, pero esa actuación puede ser tolerada de manera excepcional, entonces se estará en frente de una justificante. (...) pero si se admite que el cumplimiento de un deber legal, el legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público, constituyen manifestaciones del riesgo permitido como elemento de la imputación objetiva, entonces no cabe duda de que no solo hacen parte de la tipicidad, sino que dentro de ella pueden situarse en su faceta objetiva porque su existencia no ocurre en la mente del autor del comportamiento.”⁸²

Pero como puede verse el profesor REYES ALVARADO sigue manteniendo una diferencia entre el *riesgo permitido* y las *causales de justificación* similar a la JAKOBS y ROXIN, al considerar que con la primera eximente se encierran todos los casos que genéricamente se consideran autorizados por el legislador, mientras que con el segundo grupo de ausencias de responsabilidad se encierran las situaciones que solamente bajo el análisis del caso concreto puede excepcionalmente considerarse permitido.

Sin embargo, esta postura no puede compartirse porque ya sea en *concreto* o de *forma general* lo cierto es que quien actúa en virtud de una

⁸¹ REYES ALVARADO, Yesid. El archivo de la investigación por atipicidad objetiva. *Revista N° 49* Oct.-Dic. 2014.

⁸² Ídem.

causal de justificación, sencillamente, **no crea un riesgo jurídicamente desaprobado** pues su comportamiento obedece a una expresa autorización del legislador y, en consecuencia, actuar conforme a derecho no podría nunca considerarse al tiempo desaprobado, sin generar con ello una antinomia lógica irresoluble para un sistema jurídico.

¿Por qué, entonces, desde el punto de vista dogmático el riesgo permitido haría parte de la imputación objetiva?

Por las siguientes razones:

- i. Es una exigencia **derivada** del **principio constitucional del acto y exclusiva protección de bienes jurídicos** (como ya se dijo) dado que el legislador no puede prohibir la meras intenciones o hechos exteriorizados si estos a su vez no son comportamientos que tengan una mínima apariencia delictiva.
- ii. Una acción objetivamente correcta no puede convertirse en típica porque vaya guiada por un mal propósito, dado que eso implicaría la etización del derecho.
- iii. Tipificado es **prohibido** o contrario a derecho, pues el tipo penal en su descripción usa normas objetivas de valoración de la conducta y lo hace prohibiéndolo al asignar una pena a ese comportamiento.
- iv. Es claro entonces que si para que haya imputación objetiva se requiere la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*, la concurrencia de un riesgo permitido (precisamente por no estar desaprobado) conllevará la eliminación de la tipicidad.

Ahora bien, ¿Por qué las causales de justificación serían riesgos permitidos?

Por las siguientes razones dogmáticas:

- i. Porque tanto en el *riesgo permitido* como en las *causales de justificación* se lleva a cabo una **ponderación de intereses**, aun cuando el tipo de ponderación sea distinta (como lo afirman ROXIN, JAKOBS y REYES ALVARADO, entre otros): *general* para el “riesgo permitido” y *particular* para las “causales de justificación”, puesto que eso lo único que deja evidenciar es que estas últimas serían una *modalidad* o *especie puntual* de riesgos permitidos y NO una institución jurídica diferente. Ello por cuanto la diferencia entre *general* y *particular*, *abstracto* y *concreto* no conduce a establecer barreras infranqueables entre uno y otro, sino una relación de *género* y *especie* entre las figuras normativas comentadas. De esta manera, **lo fundamental** es que en su *núcleo esencial* las

conductas adecuables a dichas instituciones terminan siendo **lícitas, aprobadas y permitidas** trayendo consigo la misma consecuencia: eliminar la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*.

- ii. Históricamente poseen también ambas instituciones un punto de convergencia puesto que el *riesgo permitido* se fundamenta en la legitimación histórica la cual ha llevado a que sea entendido como un comportamiento socialmente aceptado, asimilándose en este punto con las *causales de justificación* dado que ellas, según el mismo ROXIN, son una regulación socialmente correcta o aceptada, por lo que en este punto de la argumentación una y otra terminarían también concurriendo.
- iii. Las tradicionales hipótesis de *riesgo permitido* y las *causales de justificación* comparten otra característica adicional que los hace asimilables: uno y otro son conductas *peligrosas* para los bienes jurídicos; esto es, con el potencial para destruir situaciones valiosas jurídicamente protegidas por las Constitución Política de un determinado país.
- iv. La *aprobación* del comportamiento ajustado a ambas instituciones es de tipo *jurídico* y no simplemente moral o ético.
- v. El *exceso* en el comportamiento del sujeto conlleva responsabilidad penal tanto en las hipótesis tradicionales del riesgo permitido (*incremento del riesgo*) como en las causales de justificación.
- vi. El *desconocimiento de los hechos* que harían viable el reconocimiento de una u otra eximente de responsabilidad afecta **por igual** el aspecto cognitivo del dolo, lo cual vendría a ser otro síntoma de que la ubicación de las causales de justificación debería ser trasladada al aspecto negativo de la tipicidad objetiva.

Finalmente, las **consecuencias dogmáticas** de esta tesis serían las siguientes:

- i. El *error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación* sería considerado un error de tipo, lo cual resulta compatible con la literalidad del artículo 32 numeral 10 del CP.
- ii. Las causales de justificación serían consideradas riesgos permitidos y por lo tanto **eliminarían la tipicidad objetiva** de la conducta.
- iii. La **antijuridicidad** desaparecería como elemento autónomo del delito y posterior de la tipicidad, pues tanto el estudio de la *lesividad* como de las *causales de justificación* pasaría a realizarse en la imputación objetiva ubicada en sede del tipo penal objetivo.

- iv. El concepto de *ilícito* e *injusto* sería dogmáticamente equiparable al de tipicidad, dado que completado el *juicio de tipicidad* ya la conducta sería **definitivamente** prohibida.
- v. Bajo el anterior entendimiento, y hasta tanto no se realice una reforma al Código Penal, las expresiones *tipicidad*, *ilícito*, *injusto* y *antijuridicidad* serán formas sinónimas de decir **penalmente prohibido**. Por lo tanto, la tesis de la *acesoriedad limitada* que exige para la punición del partícipe que el autor realice al menos una *conducta antijurídica*, deberá entenderse como una exigencia de realizar una conducta *típica, injusta o ilícita*, lo cual queda satisfecho una vez se agota el **juicio positivo de tipicidad subjetiva**.
- vi. Así mismo, el requisito de “*injusta agresión*” que exige el artículo 32 numeral 6 como presupuesto necesario para el reconocimiento de la legítima defensa habrá de entenderse satisfecho una vez agotado el **juicio positivo de tipicidad subjetiva**.
- vii. De igual manera, para la punición del acto del inimputable se requerirá que la conducta sea típica (o sea, injusta, antijurídica o ilícita) y se constante que no existen circunstancias excluyentes de la culpabilidad del autor del hecho.
- viii. Pasarían a eliminar la tipicidad objetiva las siguientes ausencias de responsabilidad del art. 32 del CP (por considerarse modalidades de *riesgo permitido* que NO crean un riesgo jurídicamente desaprobado):
 - El consentimiento del numeral 2.
 - El estricto cumplimiento de un deber legal del numeral 3.
 - El cumplimiento de orden legítima del numeral 4.
 - El ejercicio de un derecho del numeral 5.
 - El ejercicio de un cargo público del numeral 5.
 - El ejercicio de actividad lícita del numeral 5.
 - La legítima defensa del numeral 6.
 - La legítima defensa presunta del numeral 6.
 - El estado de necesidad justificante del numeral 7.
- ix. El objeto del conocimiento del dolo abarcará también la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado sin que llegue a confundirse con la consciencia de lo ilícito por cuanto con el primer nivel cognitivo el sujeto deberá saber que lo realizado se encontraba de alguna forma prohibido por el *Derecho in genere*, mientras que con base en la segunda exigencia cognitiva se le requerirá adicionalmente que, al menos de forma potencial, sepa que su conducta

estaba prohibida, específicamente, por el *Derecho Penal*; esto es, que se trataba de un delito.

5. Conclusiones: presentación del esquema bipartito del delito propuesto

En el modelo continental europeo, desde principios del siglo XX, se evidencia que la dogmática jurídico-alemana estructuró los requisitos configurativos del delito bajo la tríada de “tipicidad” + “antijuridicidad” + “culpabilidad” (sistema tripartito), manteniéndose dicha edificación hasta el día de hoy, casi de forma invariable, por los distintos sectores de la doctrina penal germánica, española y latinoamericana. Sin embargo, en cuanto a los elementos que su vez conforman la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad vemos que la sistemática ha sido completamente caótica, diversiforme y variable hasta más no poder, dejando al funcionario jurisdiccional y, en general, al aplicador del derecho en un completo valle de incertidumbre. A modo de ejemplo, el “dolo” como elemento necesario para la existencia de un delito, comenzó haciendo parte integrante de la culpabilidad con los esquemas clásico y neoclásico del delito, pero, luego de ello, fue “arrancado” de la culpabilidad y “trasladado” hasta la tipicidad por Welzel con el finalismo. En la actualidad aún existen teóricos que defienden la ubicación de este sub-elemento del delito en distintas partes de los macro-elementos de la conducta punible, aunque parece imponerse mayoritariamente la posición de Welzel en dicho aspecto.

Como el Derecho Penal, a la hora de concebir el Delito, ha optado por la configuración de un “**sistema**” rigurosamente organizado, cualquier cambio en el *rompecabezas* de la conducta punible mueve todo el engranaje y trae consigo trascendentales consecuencias de índole sustancial que afectan profundamente la solución de casos concretos. Por ende, la ubicación de los elementos del delito en un determinado orden, no obedece a una simple perspectiva estética o de lógica formal, sino que se encuentra acompañada de toda una línea filosófica que termina repercutiendo a la postre en la solución particular de los casos sometidos a consideración del juzgador.

Así las cosas, con la presente **investigación** se propone, desde el *principialismo constitucionalista* y el *método dogmático*, la elaboración de un **sistema completamente bipartito** en virtud del cual el delito sea redefinido como la suma, únicamente, de “tipicidad” + “culpabilidad”, **eliminando** la “antijuridicidad” como elemento independiente para la

estructuración de la conducta punible por cuanto a partir de la renormativización del “tipo penal” dicha comprobación sistemática se hizo innecesaria y redundante por ya ser satisfecha con aquél.

Las premisas que soportan la tesis expuesta son las siguientes:

- i. Cuanto surgió con el Esquema Clásico la tripartición del delito, vemos que el “tipo penal” y la “tipicidad” (es decir, la adecuación efectiva de los hechos al mismo) nacieron como categorías dogmáticas **valorativamente neutras** y **absolutamente objetivas**, razón por la cual para determinar si un hecho era “típico” o “atípico” (esto es, si encuadraba en el tipo penal) NO se debían realizar juicios jurídicos o valorativos de ninguna clase y tampoco referirse a aspectos internos del sujeto tales como su “conocimiento”, “voluntad” o disposición anímica a realizar la correspondiente conducta. Lo anterior, por cuanto todas las *valoraciones jurídicas* atinentes a determinar si una conducta era contraria a Derecho se realizaba en un estadio analítico posterior: la antijuridicidad mediante la comprobación “negativa” de causales de justificación tales como la legítima defensa, el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber. En ese orden de ideas, vemos que se justificaba, para dicha época en la cual el “tipo penal” era valorativamente neutro, la necesaria existencia de un elemento del delito “adicional” en donde se pudiera realizar el análisis de contrariedad de los hechos con el ordenamiento jurídico, surgiendo entonces la “antijuridicidad” como elemento estructural que hacía falta.
- ii. Posteriormente, y de forma principal con Claus Roxin en los años 70, gracias al funcionalismo moderado **se perfeccionó** un nuevo elemento del delito: la **imputación objetiva**. Este mejorado requisito estructural de la conducta punible se convirtió en el hijo rebelde de la *causalidad* porque nació como una “nueva” y “evolucionada” teoría causal, pero con Roxin se independizó completamente de aquélla y tomó un lugar autónomo en la configuración del delito.
- iii. Según Roxin la *imputación objetiva* era un elemento implícito de los tipos penales de resultado, como el homicidio, más no de los “mera conducta”, como el porte ilegal de armas. Así mismo, aseguró que con la *imputación objetiva* se buscaban delimitar las “razones”, “elementos” o “requisitos” a partir de los cuales un proceso causal pudiera atribuírsele el carácter de típico e imputársele luego de ello a su autor. En consecuencia, aunque los hechos “formalmente” encajasen en el “tipo penal”, eso no significaba

que necesariamente fueran típicos. Por el contrario, según Roxin, para poder predicar la tipicidad del comportamiento era necesario algo más: (i) que la persona hubiese *creado un riesgo jurídicamente desaprobado*; y (ii) que dicho *riesgo se hubiese realizado en el resultado*. Solamente, a partir de dichas dos condiciones, era posible decir que SÍ existía imputación objetiva.

- iv. A pesar de las múltiples visiones que tienen los autores alemanes y españoles de la imputación objetiva, es posible afirmar que en esencia todos se encuentran de acuerdo con Roxin en lo que respecta a lo mencionado anteriormente, pero **agregan** casi con unanimidad que el profesor alemán se quedó corto al considerar que solamente para los delitos de “resultado” es que aplicaba la imputación objetiva y es por eso que hoy en día se considera mayoritariamente que dicho elemento constitutivo del delito aplica para todas las conductas punibles y no solamente para las de resultado.
- v. En ese orden de ideas, para la existencia de tipicidad es necesario comprobar (como parte de la imputación objetiva) que el sujeto, al menos, ha **creado un riesgo jurídicamente desaprobado** y por lo tanto serán *atípicas objetivamente* las conductas que NO sean riesgosas o que siéndolas se encuentren autorizadas o aprobadas por el ordenamiento jurídico.
- vi. Bajo dicha lógica, las dos comprobaciones que debían hacerse en la **antijuridicidad** saldrían sobrando con el nuevo concepto **normativizado** que se tiene de tipicidad (a partir de la entrada en escena de la imputación objetiva) puesto que: (i) la *ausencia de lesividad* – como antiguo elemento negativo de la antijuridicidad – conllevaría a su vez la **inexistencia del riesgo** y consecuentemente con ello, también la falta de imputación objetiva impidiéndose así pasar a estudiar la antijuridicidad porque ante dicha hipótesis, ya la conducta terminaría siendo atípica; y (ii) la *ausencia de causales de justificación* (tales como la legítima defensa o el estado de necesidad) al constituirse en riesgos permitidos o, por lo menos, en situaciones NO desaprobadas por el ordenamiento jurídico sino por el contrario plenamente autorizadas, implicaría también la **falta de imputación objetiva** porque aun cuando dichas conductas fueran *riesgosas* o *peligrosas* estarían en últimas completamente permitidas.
- vii. Entonces, si todos los *juicios o comprobaciones* que debían hacerse en la antijuridicidad quedan plenamente satisfechos en la tipicidad, ¿para qué volver a realizar los mismos análisis en la antijuridicidad? Sería

redundante, innecesario y, desde el punto de vista lógico, incorrecto realizando una multiplicación innecesaria de los entes.

viii. Finalmente, no es posible afirmar sin vulnerar al tiempo el principio lógico de no-contradicción, que las *causales de justificación* son permisos o autorizaciones del ordenamiento jurídico para actuar, pero que, a pesar de ello, no constituyen riesgos permitidos y son por lo tanto objetivamente imputables. Sin embargo, esa es la postura actual de la dogmática penal y justamente por vulnerar principios constitucionales como el legalidad y lógicos como el de no-contradicción tal perspectiva es rebatida a través de la tesis aquí expuesta proponiendo un sistema completamente nuevo que lleve a sus últimas consecuencias la aparición de la teoría de la imputación objetiva.

Así las cosas, paso a esquematizar los modelos tradicionales y a confrontarlo con mi propuesta:

Esquema del delito actual mayoritariamente defendido en Colombia

| Tipicidad | Antijuridicidad | Culpabilidad |
|---|---|---|
| <p>Tipicidad objetiva: Se verifica que los hechos encuadren en los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sujetos (activo y pasivo) 2. Conducta 3. Resultado 4. Nexo causal 5. Imputación objetiva. Consiste en saber si la persona: (i) creó un riesgo jurídicamente desaprobado y (ii) si dicho riesgo se realizó en el resultado. | <p>Se verifica que la conducta típica:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cause daño (lesividad) 2. No esté justificada; es decir, autorizada. | <p>Se verifica que el sujeto:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sea imputable 2. Haya tenido conciencia de lo ilícito 3. Haya tenido la posibilidad de haber actuado de otra manera. |
| <p>Tipicidad subjetiva: Se verifica si la conducta se realizó con dolo, con culpa o con preterintención.</p> | | |

| Tipicidad | Antijuridicidad | Culpabilidad |
|---|--|---|
| <p>Nota: En este nivel de análisis y no solo se verifica que los hechos encuadren con la <i>descripción objetiva</i> del delito, sino que ahora además se exige una comprobación de la <i>contrariedad de los hechos</i> con el ordenamiento jurídico (imputación objetiva) y de una verificación del aspecto subjetivo del delito.</p> | <p>Nota: Aquí se realiza un juicio de valor normativo; es decir, se verifica que la conducta típica haya sido <i>contraria a derecho</i>. <i>¿Pero acaso esto ya no se hace en la imputación objetiva?</i></p> <p>Con este modelo la <i>legítima defensa</i>, por ejemplo, es <i>típica</i> pero no <i>antijurídica</i>, lo cual es un contrasentido ya que implica reconocer que se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado mediante una conducta permitida por el ordenamiento jurídico.</p> | <p>Nota: Aquí se verifican unas condiciones personales del autor del hecho para considerarlo culpable.</p> |

Esquema Bipartito del Delito

| Tipicidad | Culpabilidad |
|---|--|
| <p>Tipicidad objetiva: Se verifica que los hechos encuadren en los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sujetos (activo y pasivo) 2. Conducta 3. Resultado 4. Nexo causal 5. Imputación objetiva. Consiste en saber si la persona: (i) creó un riesgo jurídicamente desaprobado y (ii) si dicho riesgo se realizó en el resultado. Este análisis implica a su vez verificar si se trató de una conducta <i>lesiva</i> o <i>riesgosa</i> (esto es, si hubo daño) y si tal comportamiento estaba amparado o no por una <i>causal de justificación</i>. | <p>Se verifica que el sujeto:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sea imputable 2. Haya tenido consciencia de lo ilícito 3. Haya tenido la posibilidad de haber actuado de otra manera. |
| <p>Tipicidad subjetiva: Se verifica si la conducta se realizó con dolo, con culpa o con preterintención.</p> | |

| Tipicidad | Culpabilidad |
|--|---|
| <p>Nota: Con mi propuesta el análisis que antiguamente se dejaba desplazado para hacerlo en la antijuridicidad se satisface plenamente en sede de imputación objetiva. Así pues, en virtud de este nuevo modelo la <i>legítima defensa</i>, por ejemplo, es <i>atípica objetivamente</i>.</p> | <p>Nota: Aquí se verifican unas condiciones personales del autor del hecho para considerarlo culpable.</p> |

Referencias

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BARAJAS CONDE, Diego; PELÁEZ MEJÍA, José M. y SILVA REYES, Andrés. *Significado, Alcance y Criterios de Imputación Objetiva*. Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial. Cúcuta: Editorial del Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre de Colombia, 2013.

BAUCE, Gerardo. El problema de investigación. En: *Revista de la Facultad de Medicina*, 2007. vol. 30. no. 2.

BOBBIO, Norbert. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 2007.

BOTERO, Andrés. Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. En: *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad del Norte. [En línea]. 2004. no. 21.

BUNGE, Mario. *La investigación científica*. Su estrategia y su filosofía. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

COLOMBIA, *CÓDIGO PENAL*, Ley 599 de 2000.

COLOMBIA, *CONSTITUCIÓN POLÍTICA* de 1991.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, *sentencia C-829 de 2014*, 05 de noviembre de 2014. M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-205 de 2003*, 11 de marzo de 2003. M.P. Clara Inés Varas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia no. C-173 de 2001*, 14 de febrero de 2001. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia no. SU 132 de 2013*, 13 de marzo de 2013. M.P.: Alexei Julio Estreda.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Parte General, Principios y Categorías Dogmáticas*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2011.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. CUELLO, Joaquín y SERRANO, José Luis (Trad.) Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

GÖDEL, Kurt. Sobre sentencias formalmente indecibles de Principia Mathematica y Sistemas afines. En: GÖDEL, Kurt. *Obras completas*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Tomo III. La Tipicidad. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2005.

HALLIVIS PELAYO, Manuel. *Teoría general de la interpretación*. México: Editorial Porrúa, 2012.

JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. En: **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 5ª ed. Granada: Editorial Comares, 2014.

KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. En: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016.

KANT, Manuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México: Editorial Porrúa, 2010.

LAMPE, E. *La causalidad y su función jurídico-penal, en La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003.

LESCH, Heiko Hartmut. *El concepto de delito*. Las ideas fundamentales de una revisión funcional. Madrid: Marcial Pons, 2016.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. 2ª ed. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2013.

MAURACH, Reinhart & ZIPZ, Heinz. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al Ius Puniendi. En: MIR PUIG, S. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General. 9ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: B de F, 2007.

MIR PUIG, Santiago. Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena. En: MIR PUIG. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

MIR PUIG. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. En: MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

NAGEL, Ernst & NEWMAN, James R. *El teorema de Gödel*. Madrid: Editorial Tecnos, 2015.

NUÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal*, Parte General. Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999.

PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de. Razonamiento jurídico e interpretación constitucional. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Enero-abril, 1988. no. 22.

PELÁEZ MEJÍA, José María. *Fundamentos de un esquema bipartito del delito*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019.

PELÁEZ MEJÍA, José María. La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal. *Revista de Derecho*, 31(2), 295-320, 2018.

PINO, Giorgio. *Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho [en línea]. 2011, vol. 34.

RATTI, Giovanni Battista. *Lógica de las normas, coherencia y metodología jurídica*. Chile: Ediciones Olejnik, 2017.

REYES ALVARADO, Yesid. *El archivo de la investigación por atipicidad objetiva*. Revista N° 49 Oct.-Dic. 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. El principio de protección de bienes jurídicos y su significado para la teoría del injusto. En: *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Editorial Temis, 2012.

ROXIN, Claus. Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania. En: *Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2013.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. 2ª ed. MUÑOZ, Francisco (Trad.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002.

RUEDA, María Ángeles. *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: Editorial Bosch, 2002.

SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

STEBBING, L. Susan. *Introducción a la lógica moderna*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal, Parte General I. Hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª ed. Medellín: Editorial Comlibros, 2009.

WESSELS, J., BEULKE, W., & SATZGER, H. *Derecho Penal, Parte General. El delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

WILENMANN, Javier. *Injusto, justificación e imputación*. En: PAWLIK, Michael, KINDHÄUSER, Urs & otros. *La antijuridicidad en el Derecho Penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2013.

ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., & SLOKAR, A. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán, 2002.

A TIPIFICAÇÃO PENAL DO SUPERFATURAMENTO DE OBRAS PÚBLICAS

CRIMES ASSOCIATED TO PUBLIC WORKS OVERCHARGING

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p211-251

Leonardo Andrade Macedo

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da República.

Recebido em: 30/06/2019

Aprovado em: 17/09/2019

Última versão do autor em: 23/09/2019

Área: Direito Penal

Resumo:

Neste trabalho são examinados os principais tipos de superfaturamento e os tipos penais a eles associados. Ao final, analisa-se propostas para aperfeiçoamento da legislação brasileira.

Palavras-chave:

Superfaturamento. Sobrepreço. Obra pública. Corrupção. Fraude em licitação.

Abstract:

This study analyzes the common types of public works overcharging, as well as the crimes usually associated to this practice, including suggestions for improving the Brazilian legislation.

Keywords:

Overcharging. Overprice. Public works. Corruption. Public bid fraud.

Sumário: 1. Introdução. 2. Definição. 3. Tipos de superfaturamento. 3.1 Superfaturamento por quantidade e qualidade. 3.2 Superfaturamento por sobrepreço. 3.3 Superfaturamento por jogo de planilha. 3.4 Superfaturamento por alteração de cláusulas financeiras e superdimensionamento. 4. Tipificação penal. 4.1 Peculato. 4.2 Crimes da lei de licitações. 4.3

Estelionato. 4.4 Proposta de tipificação do crime de “superfaturamento”.
5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Para além de uma conduta moralmente condenável, que corrói a capacidade dos Estados de prover as necessidades básicas de sua população (saúde, educação, segurança, habitação, infraestrutura, serviços públicos em geral),¹ a corrupção é um fenômeno que compromete a legitimidade política, enfraquece as instituições democráticas e cria graves distorções de mercado, com impacto direto na vida dos cidadãos.²

Um dos mecanismos associados à corrupção mais importantes para desvio de recursos públicos é o superfaturamento de obras públicas.³ Essa espécie de prática corrupta, por vezes, conta com o envolvimento de agentes políticos, funcionários públicos e empresas privadas, que se aproveitam da complexidade técnica inerente a cada empreendimento e dos expressivos montantes de recursos envolvidos. Como resultado disso, o preço pago pelo Estado para execução de obras de interesse da coletividade é injustamente elevado, gerando considerável prejuízo ao erário e desperdício de dinheiro público.

Não há maiores dúvidas de que o superfaturamento em obras públicas pode ensejar, na esfera administrativa, a aplicação de penalidades aos agentes públicos responsáveis (art. 121 da Lei 8112/1990) e às empresas privadas beneficiadas indevidamente,⁴ bem como configurar ato

¹ Nesse sentido, reportando-se a Sutherland, Sanchis Mir e Garrido Genovés destacam que “*los delitos de cuello blanco ocasionan más daños físicos y muertes que los delitos comunes, a pesar del carácter no violento de los primeros*”. SANCHIS MIR, José Ricardo; GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Delincuencia de 'Cuello Blanco'*. Madrid: Instituto de Estudios de Policía, 1987, p. 73-78.

² Sobre os variados efeitos da corrupção, vide, por todos, Rose-Ackerman, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge University Press, 1999.

³ O superfaturamento aparece como uma das irregularidades mais identificadas nas auditorias de obras públicas realizadas pelo TCU. Em um universo de 1.688 fiscalizações realizadas no período de 2008 a 2018, o TCU verificou que as três principais ocorrências no período são: “Sobrepço/Superfaturamento”, com 1.331 achados; “Projeto básico deficiente, inexistente ou desatualizado”, com 1.158; e “Falhas na composição de custos expressos na planilha orçamentária”, com 751 achados. TCU, *Fiscobras 2018 consolida auditorias em obras por todo o Brasil*. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/fiscobras-2018-consolida-auditorias-em-obras-por-todo-o-brasil.htm>. Acesso em 24.07.2019.

⁴ São exemplos de sanções aplicadas às pessoas jurídicas multa sobre o faturamento (art. 6º da Lei 12.846/2013), suspensão e impedimento do direito de licitar e contratar

de improbidade administrativa para imposição de sanções de natureza político-civil-administrativa aos agentes públicos e privados envolvidos,⁵ além da obrigação de ressarcimento do prejuízo ao erário.⁶ Entretanto, no campo da responsabilidade penal, a subsunção das práticas de superfaturamento aos tipos penais previstos na legislação brasileira não é tarefa fácil, mormente em face dos princípios da legalidade e da taxatividade.⁷

O superfaturamento em obras públicas funciona como indício da prática de vários crimes, relacionados a bens jurídicos diversos, como corrupção ativa e passiva (art. 317 e 333 do Código Penal), tráfico de influência (art. 332 do Código Penal), associação e organização criminosa (art. 288 do Código Penal e art. 2º da Lei 12850/2013), lavagem de dinheiro (Lei 9613/1998), cartel (art. 4º da Lei 8137/1990), frustração ao caráter competitivo e fraude à licitação (art. 90 e 93 da Lei 8666/1993). Porém, para a configuração de cada um desses delitos, é necessário o preenchimento de requisitos específicos, que não se esgotam na mera demonstração da prática fraudulenta e do prejuízo ao erário.

Na verdade, não se vislumbra atualmente no direito brasileiro um único tipo penal que, de forma exata, abrangente e uniforme, criminalize as diversas práticas de superfaturamento em obras públicas. Em geral, a

com a administração pública (art. 87 da Lei 8666/1993). De modo especial, o art. 5º, inciso IV, da Lei 12.846/2013 prevê como atos típicos lesivos à Administração Pública várias condutas associadas a superfaturamento de obras públicas (alíneas “d”, “f” e “g”).

⁵ O superfaturamento se amolda perfeitamente a atos de improbidade administrativa descritos nos arts. 9º (incisos I, II, VI e X) e 10 (incisos I, V, IX, X, XI e XII) da Lei 8429/1992, ensejando a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8429/1992.

⁶ O ressarcimento do prejuízo ao erário pode ser buscado na própria via administrativa (art. 122, §1º da Lei 8112/1990, art. 80, III e IV da Lei 8666/1993, art. 13 da Lei 12.846/2013) ou na esfera judicial, por meio de ação por ato de improbidade administrativa ou ação civil de ressarcimento, sendo tal pretensão de natureza imprescritível (art. 37, §§4º e 5º da Constituição da República).

⁷ O princípio da taxatividade, inerente ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX da Constituição da República), exige que a lei penal seja certa, precisa, isto é, que ela contenha, tanto quanto possível, a descrição pormenorizada de seus elementos para que se compreenda a proibição inquestionável de determinada conduta. BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41-42. BITENCOURT, C. R. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 332-333. Esse foi o fundamento que ensejou, por exemplo, a rejeição de denúncia pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Inquérito n. 3776, por maioria, ao considerar atípica, e não como peculato, a conduta de parlamentar que usou os serviços de funcionário público para realização de atividades de interesse particular (DJe-216 04.11.2014).

depender do tipo de superfaturamento, das circunstâncias do fato, das condições pessoais e do *animus* dos agentes envolvidos, essa conduta pode se amoldar aos crimes de peculato (art. 312 do Código Penal e art. 1º, I do Decreto Lei 201/1967), crimes da lei de licitações (art. 92 e 96 da Lei 8666/93) e estelionato (art. 171, §3º do Código Penal). Contudo, como se verá, há algumas limitações e dificuldades na aplicação desses tipos para adequada responsabilização penal do superfaturamento em obras públicas.

Autores consagrados no estudo da corrupção, como Rose-Ackerman e Klitgaard, apontam a impunidade como um fator decisivo na escolha do agente entre praticar ou não o ato de corrupção.⁸ Nessa análise racional de custo-benefício, entre outros elementos dissuasórios, são consideradas a probabilidade de punição e a gravidade da sanção.

Da mesma forma, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estabelece a obrigação dos Estados de criminalizar condutas dolosas que impliquem malversação ou qualquer outra forma de apropriação ou desvio de bens por funcionários públicos (art. 17).⁹

Assim, a par das repercussões na esfera administrativa e no campo da improbidade administrativa, não se pode prescindir da sanção penal como importante instrumento de prevenção e repressão ao superfaturamento em obras públicas, sob pena de descumprimento dos compromissos internacionais do país e ofensa ao princípio da proporcionalidade, no viés da proibição de proteção deficiente do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Este trabalho, baseado em uma pesquisa propositiva e valendo-se de levantamento doutrinário e jurisprudencial, busca contribuir para aperfeiçoar o sistema jurídico-penal em relação ao fenômeno do superfaturamento. Inicialmente, serão abordados a definição e os principais tipos de superfaturamento em obras públicas. Em seguida, serão examinados os tipos penais nos quais essa prática é comumente classificada e apontadas as dificuldades e limitações para essa subsunção.

⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan. *The political economy of corruption*. In Institute of International Economics, Corruption and the Global Economy, 1997, p. 40-50. KLITGAARD, R. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: editora Jorge Zahar, 1994.

⁹ Assinada em Mérida, em 31.10.2003, e promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 5687/2006. No mesmo sentido, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, assinada em 29/03/1996 e promulgada no Brasil por meio do Decreto 4.410/2002. Sobre mandados de criminalização expressos e implícitos, vide GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

2. Definição

A expressão “superfaturamento” é definida nos dicionários como uma “fraude contra o fisco, caracterizada pela diferença a mais entre o preço da fatura e o preço de mercado” ou uma “venda feita por preço superior ao normal ou ao de mercado.”¹⁰

De forma similar, MARQUES NETO afirma que:

O superfaturamento de um contrato administrativo consiste em procedimento doloso no sentido de lesar o erário público, por meio do expediente da prática de preços acima dos padrões de mercado, com desrespeito aos princípios da economicidade e razoabilidade, que devem nortear a avença administrativa. Dito de outro modo, superfaturamento implica a emissão de fatura em valor superior ao valor efetivo do bem, visando – no mais das vezes – a um locupletamento de alguma das partes através da apropriação desta diferença.¹¹

Esses conceitos parecem restringir o superfaturamento apenas à prática conhecida como sobrepreço, em que há cobrança de preços excessivos, superiores à média do mercado.¹² Porém, o sobrepreço é apenas um dos tipos possíveis de superfaturamento. Assim, de acordo com uma definição mais abrangente, inspirada no inciso V do art. 96 da Lei 8666/1993, LOPES assinala que “superfaturamento é um conjunto de práticas ilegais que tornam, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato para a Administração.”¹³

Por outro lado, sob uma perspectiva técnico-jurídica, pode-se dizer que o superfaturamento consiste em um conjunto de certas práticas fraudulentas que propiciam a obtenção de vantagem indevida ao contratado e causam dano ao erário em contratos administrativos, destacando-se, nesse conceito, três elementos essenciais: a fraude, o contrato administrativo e o dano ao erário.

¹⁰ Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em 24.07.2019.

¹¹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A impossibilidade de redução unilateral de preços pela Administração por alegação de superfaturamento*. Boletim de licitações e contratos, v. 10, n. 11, p. 539, nov. 1997.

¹² Igualmente, na única menção expressa a superfaturamento na Lei 8666/1993, aplicável às hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação (art. 25, §2º), o termo parece ter sido utilizado nesse sentido mais restrito, como equivalente de sobrepreço.

¹³ LOPES, Alan de Oliveira. *Superfaturamento de obras públicas*. São Paulo: Pronto, 2011, p. 60.

A fraude consiste em uma prática enganosa, um engodo para iludir outrem, induzindo-o ou mantendo-o em erro, para lesar ou por em risco o bem jurídico.¹⁴ É o que ocorre, por exemplo, quando se fornece um bem ou se presta um serviço em quantidade ou qualidade inferior àquela contratada e se cobra por sua integralidade; ou quando se pratica preço excessivo como se fosse correspondente ao de mercado; ou, ainda, quando, por meio do chamado jogo de planilhas, se altera o equilíbrio econômico-financeiro inicial e a obra se torna injustamente mais onerosa para a Administração.

Contrato administrativo, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei 8666/1993, é “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.” Neste trabalho, o foco é o contrato administrativo para execução de obra,¹⁵ entendida como “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução (...) indireta”, ou seja, por terceiros, sob os regimes de tarefa, empreitada por preço global, unitário ou integral.¹⁶

¹⁴ “Fraude é todo e qualquer meio enganoso, que tem a finalidade de ludibriar, de alterar a verdade dos fatos ou a natureza das coisas, e deve ser interpretada como gênero, que pode apresentar-se sob várias espécies ou modalidades distintas, tais como o artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento.” BITENCOURT, C. R. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 323.

¹⁵ Sobre os conceitos de obra e serviços de engenharia, vide a Orientação Técnica do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP OT – IBR 002/2006. Disponível em <http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/OT-IBR-02-2009-Ibraop-01-07-10.pdf>. Acesso em 24.07.2019. Cláudio Altounian aponta a insuficiência da Lei 8666/1993 para distinção entre obra e serviço de engenharia, afirmando que “a legislação procurou definir serviços como aquelas atividades em que há predomínio do emprego de mão de obra em relação ao de material e, no caso de obra, o contrário.” ALTOUNIAN, Cláudio. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 4ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, p. 34. Vide, ainda, ABDUCH SANTOS, José Anacleto. *Contratos Administrativos: formação e controle interno da execução, com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 325-328.

¹⁶ Art. 6º, I e VIII da Lei 8666/1993. Embora o foco desta análise sejam os contratos celebrados com base na Lei 8666/1993, nada impede que estes apontamentos sejam também aplicados a outros tipos de contratos administrativos que envolvam execução de obras e serviços de engenharia, tais como os contratos de concessão (Lei 8987/1995), de parceria público privada (Lei 11.079/2004) e os celebrados a partir do regime diferenciado de contratações (Lei 12.462/2011) e por empresas

Por fim, dano ao erário consiste em uma redução patrimonial indevida suportada por uma entidade da Administração Pública, seja por meio de “desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres” (art. 10 da Lei 8429/1992). A licitação que, em regra, deve preceder a celebração de contratos administrativos, tem, entre seus objetivos, garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei 8666/1993). Essa finalidade acaba frustrada quando, seja ainda na fase da licitação ou durante a execução do contrato, se admite, por exemplo, a prática de preços excessivamente superiores aos correntes no mercado ou se paga por itens não executados conforme contratado, ficando, assim, configurado prejuízo ao patrimônio público.

Mesmo explicitados os elementos do conceito de superfaturamento, esse complexo fenômeno somente pode ser bem compreendido a partir da análise de seus diversos tipos. Tanto que a definição de superfaturamento adotada pela Diretoria Técnico-Científica da Polícia Federal e pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP se confunde com a própria descrição dos tipos de superfaturamento.¹⁷

Essa definição técnica acabou sendo adotada pela chamada Lei das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016), que, de certa forma, passa a ser a principal referência legal em matéria de superfaturamento:

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se (...) a evitar operações em que se caracterize *sobrepreço* ou *superfaturamento* (...).

§ 1º Para os fins do disposto no caput, considera-se que há:

I - *sobrepreço* quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada;

II - *superfaturamento* quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo:

estatais (Lei 13.303/2016), com os devidos ajustes em razão das peculiaridades de cada regime jurídico.

¹⁷ Diretoria Técnico-Científica da Polícia Federal. Instrução Técnica n.001/2010-DITEC e Orientação Técnica n.001/2010-DITEC; Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP OT – IBR n.005/2012. Disponível em http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_-_IBR_005-2012.pdf. Acesso em 24.07.2019.

- a) pela medição de *quantidades* superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
- b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da *qualidade*, da vida útil ou da segurança;
- c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o *desequilíbrio econômico-financeiro* do contrato em favor do contratado;
- d) por outras *alterações de cláusulas financeiras* que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços.

Assim, passa-se à análise dos vários tipos de superfaturamento, conforme a classificação adotada nessa lei e nas normas técnicas citadas, a saber: por quantidade e qualidade, por sobrepreço, por jogo de planilha, por alteração de cláusulas financeiras e superdimensionamento.

3. Tipos de superfaturamento

O superfaturamento em obras públicas compreende uma variedade de práticas fraudulentas, geralmente identificadas apenas por meio de trabalhos periciais ou de auditoria.

Tais práticas devem ser examinadas de forma separada e específica, uma vez que os tipos de superfaturamento possuem *modus operandi* próprios, ocorrem em fases diversas do processo de contratação e execução e podem envolver diferentes grupos de pessoas, públicas e privadas, com participações e *animus* distintos. Esse tratamento analítico das modalidades de superfaturamento é necessário para a adequada subsunção da conduta aos tipos penais, a correta aplicação das regras sobre concurso de crimes e a definição da autoria, entre outros elementos, de modo a assegurar a justa responsabilização penal.

3.1. Superfaturamento por quantidade e qualidade

O superfaturamento por *quantidade* se caracteriza pela medição e pagamento por itens da obra (serviços e materiais) em quantidades superiores às efetivamente executadas, gerando, com isso, prejuízo ao erário.

Por exemplo, em obras de pavimentação viária o projeto prevê base do pavimento com certa espessura total (15 cm), mas o contratado executa a obra com espessura inferior (5 cm). Assim, contando com a deficiência ou o

conluio da fiscalização, o contratado apresenta boletim de medição e fatura como se tivesse executado o serviço por inteiro, recebendo o pagamento na integralidade, apesar de ter fornecido bem menos do que deveria.¹⁸

Para identificar o superfaturamento por quantidade em obras públicas, basta comparar os quantitativos de itens constantes das medições (que, em tese, devem corresponder àqueles previstos nos documentos que compõem o projeto básico,¹⁹ com os ajustes relativos a eventuais aditivos contratuais) com as quantidades desses mesmos itens efetivamente executadas, levantadas mediante análise documental (diário de obras, notas fiscais de fornecedores e subcontratados) ou em exame direto do local, com vistoria da obra.²⁰ Uma vez apurada diferença de quantitativos, para encontrar o valor do dano ao erário é só multiplicar essa diferença pelo preço unitário dos itens correspondentes.²¹

Já o superfaturamento por *qualidade* consiste na medição e pagamento integral por itens da obra executados de forma deficiente ou mediante substituição de materiais por outros de qualidade pior e custo menor, resultando, assim, em diminuição da qualidade, vida útil ou segurança da obra.

Como exemplos pode-se citar, em obra de saneamento, a troca do sistema de fossa de alvenaria por pré-moldada ou a substituição de

¹⁸ Nesse exemplo, além do dano já materializado em razão do fornecimento a menor, como não foi executado fielmente o projeto, é bastante comum que na primeira temporada de chuvas comecem a aparecer defeitos no pavimento, exigindo desembolso de novos recursos para recapeamento ou refazimento de trechos da via. Outro exemplo frequente de superfaturamento por quantidade, de difícil identificação *a posteriori*, ocorre com serviços de terraplenagem e movimentação de terra. LOPES, Alan. *Perícia em obras rodoviárias: a experiência da fiscalização concomitante do lote 07 da BR 101/NE*. Encontro Técnico Nacional de Auditoria de Obras Públicas – ENAOP – Palmas/TO, 2012.

¹⁹ Sobre a definição de projeto básico e seu conteúdo técnico, vide a orientação técnica do IBRAOP OT – IBR 001/2006. Disponível em http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/orientacao_tecnica.pdf. Acesso em 23.07.2019.

²⁰ O superfaturamento por quantidade pode ocorrer mesmo que a vistoria indique que a obra foi devidamente concluída, por exemplo, quando há sobreposição de objetos contratuais (a mesma obra, em parte ou por inteiro, faz parte do escopo de mais de um contrato) ou quando a obra, embora contratada de terceiro, é executada com equipamentos e pessoal da própria Administração, casos em que se terá pago duas vezes pelo mesmo serviço.

²¹ Para cálculo do prejuízo ao erário em razão de superfaturamento por quantidade, vide a metodologia prevista na Instrução Técnica n. 001/2010-DITEC e na Orientação Técnica n. 001/2010-DITEC (art. 20). Vide, ainda, a OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012, seção 5.1.

tubulação metálica por PVC; na implantação de revestimento vegetal à margem de rodovias, o plantio de capim ao invés de grama; em obra de habitação popular, a utilização de materiais de qualidade inferior em instalações hidráulicas e elétricas.

Assim como no caso do superfaturamento por quantidade, para detecção do superfaturamento por qualidade é preciso comparar as especificações constantes dos documentos do contrato (projetos, memorial descritivo, planilhas, etc) com aquelas efetivamente executadas, identificadas por meio de levantamento documental e exame direto do local, inclusive, se necessário, com ensaios de laboratório para análise das características do material empregado.²² Já para cálculo do valor do dano ao erário, “o serviço previsto na planilha contratual cuja qualidade especificada não foi atendida deve ter zerada a quantidade” e “o serviço efetivamente executado deve ser criado como serviço extracontratual, com seu respectivo preço de referência sem a incidência do desconto original.”²³

Esses dois tipos de superfaturamento, por quantidade e qualidade, ocorrem, essencialmente, durante a fase de execução contratual. Antes da liberação de cada parcela é realizada uma medição fraudulenta, em que se produz um documento divergente da realidade, com base no qual a Administração efetua o pagamento. A fraude se consuma e o prejuízo se materializa a cada parcela paga em contraprestação a itens executados em quantidades inferiores às medidas ou com qualidades diferentes das contratadas.

Assim, cada parcela paga contendo itens superfaturados corresponde a uma ação ilícita autônoma. Havendo múltiplas parcelas indevidamente medidas e pagas, não existirá um ato ilícito único, mas uma pluralidade de atos ilícitos autônomos, praticados no contexto de uma mesma obra, cabendo, assim, a aplicação das regras da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal).

A prática do superfaturamento por quantidade ou qualidade decorre, por um lado, da atuação de pessoas ligadas à empresa contratada, responsáveis pela execução da obra e pela apresentação ao Poder Público de documentos de medição e faturamento fraudulentos. Embora

²² LOPES, Alan. *Perícia em obras rodoviárias*. ENAOP – Palmas/TO, 2012.

²³ Art. 21 da Orientação Técnica n. 001/2010-DITEC. Na mesma linha a OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012, seção 5.2. Nesse cálculo do dano ao erário também deverão ser considerados o custo de reparo ou refazimento dos serviços defeituosos, o valor presente líquido da perda de receita decorrente da menor qualidade e a perda econômica decorrente da redução da vida útil.

materialmente essas condutas possam ser praticadas por funcionários e subalternos da contratada, tais como o engenheiro residente da obra, o responsável técnico, o supervisor, o gestor do contrato, empregados das áreas administrativa e financeira ou mesmo terceiros subcontratados, são os administradores e sócios controladores da pessoa jurídica quem, em geral, possuem o controle das ações e o domínio final dos fatos, orientando e determinando seus subordinados a praticar a conduta ilícita.²⁴ Mesmo que essas lideranças visitem a obra apenas ocasionalmente, é esperado que elas participem de reuniões com os funcionários diretamente envolvidos nas atividades para discutir a execução dos trabalhos, a evolução do cronograma físico-financeiro, as medições e pagamentos, bem como recebam regularmente relatórios sobre o andamento da obra. Assim, todos os agentes privados que concorreram para a fraude, de forma consciente e voluntária, podem figurar como coautores de eventual delito.

O êxito da fraude depende, ainda, da atuação dos funcionários públicos responsáveis por atestar as medições falsas e ordenar o pagamento das parcelas, tais como o fiscal da obra (servidor público ou terceirizado),²⁵ o gestor do contrato e o ordenador da despesa.

Para apuração da responsabilidade dos funcionários públicos envolvidos, uma questão usualmente tormentosa é a determinação do *animus* do agente. Se o funcionário tinha conhecimento da fraude e quis beneficiar indevidamente a contratada ou assumiu o risco do superfaturamento, poderá vir a responder por crime doloso (art. 18, I, do Código Penal), em concurso com os agentes privados. Por outro lado, se o funcionário público, embora não conluiado com a contratada, atestou a medição fraudulenta ou viabilizou pagamentos a maior, em razão de imprudência, negligência ou imperícia, poderá responder por crime culposo, se houver (art. 18, II, do Código Penal).

²⁴ Sobre a teoria do domínio do fato, por meio da qual é possível responsabilizar aqueles que, embora não tenham executado materialmente a conduta delituosa, tinham consciência e vontade de realizá-la, além de poderes para determinar que outros a fizessem, vide ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons. No âmbito do direito brasileiro, indica-se a análise do caso mensalão (STF, Ação Penal n. 470).

²⁵ Quando o acompanhamento e fiscalização da obra são delegados a terceiro, não integrante dos quadros da Administração (art. 67 da Lei 8666/1993), ele se equipara a funcionário público para fins penais, por força do disposto no art. 327, §1º do Código Penal, uma vez que é contratado para execução de atividade típica da Administração Pública.

O *animus* do funcionário público de beneficiar a contratada fica evidente quando há prova de que ele recebeu vantagem indevida, incorrendo, dessa forma, também na prática de corrupção passiva. Mas muitas vezes essa análise se dá por meio de elementos indiciários e circunstanciais. Como ignorar a substituição de uma caixa d'água, prevista originalmente, por outra de volume substancialmente inferior? Ou a troca de esquadrias de alumínio por ferro? Ou a execução de um sanitário com dimensões notoriamente reduzidas em relação ao projeto, com torneiras de plástico ao invés de metal? Diante de situações grosseiras de superfaturamento por quantidade ou qualidade será inegável o conhecimento da fraude e a atuação dolosa (ao menos por dolo eventual) por parte dos funcionários públicos que visitavam a obra e tinham por dever de ofício justamente evitar que tais situações ocorressem.

3.2. Superfaturamento por sobrepreço

O superfaturamento por *sobrepreço* se configura pela prática de preços manifestamente superiores à tendência praticada pelo mercado ou incompatíveis com os fixados em sistemas oficiais. Essa modalidade de superfaturamento tem origem ainda na fase de licitação (embora também possa surgir durante a execução com a celebração de aditivos contratuais), cuja seleção é baseada em orçamento contendo preços inflados artificialmente.

Em um cenário de concorrência plena, com a participação de um número relevante de potenciais fornecedores,²⁶ a licitação propicia a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, reduzindo a possibilidade de pagamento de preços abusivos. Entretanto, são comumente usados vários artifícios ilegais para eliminar a concorrência e viabilizar a contratação de preços mais elevados, como o conluio entre os licitantes, a redução da publicidade do certame e o direcionamento da licitação para determinado fornecedor, mediante previsão no edital de exigências de habilitação restriti-

²⁶ Análise estatística feita por perito criminal federal, a partir de dezenas de licitações realizadas pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, indicou que, em licitações com participação de até cinco competidores, o desconto médio contratado em relação ao valor máximo admitido é de cerca de 6%, ao passo que, quando o número de concorrentes sobe para nove ou mais, esse desconto alcança uma média de 35%. LIMA, M. C. *Sobrepreço de preços de referência e conluio – comparação de custos referenciais do DNIT e Licitações bem sucedidas*. V Seminário de Perícias de Engenharia Civil. Anais, p. 97-104. Brasília: outubro de 2009. No mesmo sentido, PEREIRA, Gustavo Pimentel da Costa. *O mercado da construção civil para obras públicas como instrumento de auditoria: uma abordagem probalística*. Dissertação de mestrado, Recife. Universidade Federal de Pernambuco, out. de 2002.

vas.²⁷ Independentemente da ocorrência de eventual prejuízo para o erário, tais condutas, por si sós, podem configurar crimes da lei de licitações (arts. 90 e 95 da Lei 8666/1993) e cartel (art. 4º da Lei 8137/1990).

Antes de realizar qualquer contratação, a Administração deve fazer uma estimativa de preços,²⁸ a fim de assegurar a aquisição por preço compatível com o de mercado.²⁹ Esse levantamento pode ser realizado de várias formas, desde que tecnicamente justificadas, como cotações junto a fornecedores locais,³⁰ pesquisas na internet e a publicações técnicas especializadas, visitas *in loco* para checar o preço de balcão e consultas a bancos de preços e sistemas de referência oficiais.

No caso de obras, a Lei 8666/1993 exige que seja elaborado “orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários” (art. 7º, §2º, II). Essa composição de preços unitários (CPU) deve abranger os insumos básicos (areia, cimento, aço, etc) e compostos (concreto, vigas e pilares, redes de água e esgoto, etc), mão de obra, encargos sociais, máquinas e equipamentos, coeficientes de consumo e de produtividade,³¹ não se admitindo a utilização de itens genéricos, descritos apenas como “verba”.³²

²⁷ Sobre exigências de habilitação restritivas, recomenda-se a análise dos precedentes do TCU em CAMPELO, Valmir. CAVALCANTI, Rafael Jardim. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 273-340.

²⁸ O art. 6º, XI, “f” da Lei 8666 prevê que o projeto básico deve conter “orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.”

²⁹ Nesse sentido, a Lei 8666/1993 estabelece que na licitação deverá haver a “verificação da conformidade de cada proposta com (...) os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços (...)” (art. 43, IV), não se admitindo “proposta que apresente preços global ou unitários (...) incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado” (art. 44, §3º), caso em que a proposta será desclassificada (art. 48, II).

³⁰ Uma fraude bastante comum para propiciar o sobrepreço em licitações é a coleta de três orçamentos com preços combinados para serem bem superiores aos verdadeiros de mercado. Nesse caso, para identificar a fraude, basta comparar o preço desse orçamento apresentado à Administração com aqueles praticados para outros clientes do mesmo fornecedor.

³¹ Sobre orçamento para obra pública, vide BAETA, André Pachioni. *Orçamento e controle de preços de obras públicas*. São Paulo: Pini, 2012, p. 305-322. ALTOUNIAN, *op cit.*, p. 71-130 e 403-434. MENDES, André. *Aspectos polêmicos de licitações e contratos de obras públicas*. São Paulo: Ed. Pini, 2013, p. 30-68. Secretaria de Estado da Administração e Patrimônio. *Manual de obras públicas - edificações: Práticas de Projeto, Construção e Manutenção de Edifícios Públicos Federais*. Disponível em www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manual.htm. Acesso em 24.07.2019.

³² Acórdãos do Plenário do TCU n. 2373/2013, 3210/2013, 2049/2008 e 1091/2007.

Em obras custeadas com recursos federais, mesmo que executadas por Estados e Municípios, o Decreto n. 7983/2013 estabelece que, salvo situações excepcionais, justificadas tecnicamente (art. 8º),³³ os custos unitários do orçamento base não poderão exceder aqueles correspondentes à mediana do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – Sinapi,³⁴ para obras e serviços de engenharia civil em geral (art. 3º), bem como os custos previstos no Sistema de Custos Referenciais de Obras – Sicro,³⁵ para obras de infraestrutura de transportes (art. 4º).³⁶

Segundo LOPES, estudos da criminalística da Polícia Federal têm demonstrado que tais sistemas de custos oficiais apresentam preços bem superiores ao custo real suportado pelos fornecedores (de 15 a 30%), especialmente em obras de grande porte, sendo, assim, conservadores o

³³ O Decreto n. 7983/2013 também admite a possibilidade de cada órgão desenvolver sistemas próprios de referência de custos (art. 5º) e prevê que, para itens não encontrados no SINAPI e SICRO, sejam utilizadas outras tabelas e sistemas de referência, publicações técnicas especializadas e pesquisa de mercado (art. 6º).

³⁴ O SINAPI é um sistema de referência oficial mantido pela Caixa Econômica Federal, segundo definições técnicas de engenharia da CEF (especificação de insumos, composições de serviços e orçamentos de referência) e de pesquisas mensais de preços realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE nas capitais de Estados. Disponível em <http://www.caixa.gov.br/poder-publico/apoio-poder-publico/sinapi/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 24.07.2019.

³⁵ O SICRO é mantido pelo DNIT, com atualizações periódicas e adaptadas à realidade de cada Estado. Disponível em <http://www.dnit.gov.br/custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentos-1>. Acesso em: 24.07.2019.

³⁶ A exigência de uso do Sinapi para precificação de obras custeadas com recursos federais surgiu, pela primeira vez, na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de 2003. Nessa época, a regra era de que os custos unitários não poderiam ser superiores a 30% em relação àqueles constantes do Sinapi. A partir de 2004, as LDOs passaram a prever que os custos unitários deveriam ser iguais ou menores que a mediana de seus correspondentes no SINAPI. Em 2010, além do SINAPI, as LDOs passaram também a exigir o uso do SICRO para licitações de obras rodoviárias. Contudo, desde 2014, os dispositivos das LDOs que previam a obrigatoriedade de uso do SINAPI e do SICRO têm sido vetados, apesar das críticas dos órgãos de controle. Assim, atualmente, o fundamento para se exigir a observância daqueles sistemas de referência é o Decreto n. 7983/2013, ato normativo relativamente precário, que pode ser modificado ou revogado, a qualquer tempo, por ato do Executivo. Mais recentemente, a previsão do uso da mediana do SINAPI e do SICRO passou a constar também da Lei das Empresas Estatais (Lei 13303/2016, art. 31, §2º) para obras e serviços de engenharia contratadas por empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias.

bastante para satisfazer o nível de exigência da responsabilidade penal. Isso se deve, entre outras causas, a fatores de produtividade minorados nas composições de insumos e aos efeitos denominados barganha (vantagem decorrente de aquisições em grande quantidade) e cotação (diferença entre a mediana de preços e o menor preço pesquisado).³⁷

Evidentemente, as propostas dos licitantes e a planilha que vier a compor o contrato não precisam coincidir com os preços unitários do orçamento base, podendo o custo de cada item variar para mais ou menos, desde que o preço global ofertado seja inferior ao orçado. Contudo, é dever do gestor público definir no edital critérios de aceitabilidade dos preços ofertados, conforme as especificidades do mercado correspondente, com fixação dos preços máximos, tanto unitários como global,³⁸ até como forma de prevenir o jogo de planilhas.³⁹

Além do custo direto, o preço final da obra pública deve contemplar a taxa de BDI (ou LDI) – Bonificações (ou Lucros) e Despesas Indiretas, um índice percentual incidente sobre o custo de cada item da planilha, que corresponde à remuneração do empreendimento associada ao risco de sua execução.⁴⁰ Estão abrangidos no BDI despesas relativas à administração central, o lucro do empreendedor, tributos e as taxas de risco, seguro e garantia.⁴¹ A taxa de BDI, cuja composição deve ser explicitada tanto no orçamento base como nas propostas dos licitantes,⁴² varia de acordo com cada tipo de obra pública, tendo o TCU desenvolvido parâmetros de referência, que situam o BDI na faixa de

³⁷ LOPES, Alan de Oliveira. *Op. cit.*, p. 100-101. Vide, ainda, SILVA FILHO, Laércio de Oliveira e; LIMA, Marcos Cavalcanti; MACIEL, Rafael Gonçalves. *Efeito barganha e cotação: fenômenos que permitem a ocorrência de superfaturamento com preços inferiores às referências oficiais*. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasil. ano 42. n. 19, 2010.

³⁸ Art. 40, X da Lei 8666/1993, art. 11 e 13 do Decreto n. 7983/2013 e Súmula TCU n. 259/2010.

³⁹ ALTOUNIAN, *op cit.*, p. 273-278. CAMPITELI, Marcus Vinicius, *Medidas para evitar o superfaturamento decorrente dos “jogos de planilha” em obras públicas*. Dissertação. Universidade de Brasília. Brasília, 2006, p. 71-73.

⁴⁰ CAMPELO, Valmir. CAVALCANTI, Rafael Jardim. *Op. cit.*, p. 71-90.

⁴¹ Art. 9º do Decreto n. 7983/2013. Há viva polêmica sobre a inclusão na taxa de BDI das despesas relativas à administração local e mobilização-desmobilização, o que, contudo, na atualidade, não vem sendo admitido pelo TCU, segundo o qual tais parcelas devem estar explicitadas entre os custos diretos. Lopes, A. *op cit.*, p. 109-122.

⁴² Súmula TCU n. 258/2010.

20% a 30%⁴³ (salvo para certos materiais, de natureza específica, que devem ter BDI reduzido).⁴⁴

Para identificar o superfaturamento por sobrepreço original e mensurar o potencial dano ao erário, que se concretizará durante a execução contratual, basta comparar o preço contratado com o preço paradigma.⁴⁵ Em seguida, é preciso analisar se essa divergência é significativa ou se decorre de imprecisões intrínsecas ao método de orçamentação utilizado.⁴⁶

Um tema que gera certa celeuma no cálculo do dano relativo ao sobrepreço é se deve ser adotado como paradigma o custo de referência, obtido por meio do SINAPI, SICRO e outras fontes, ou o custo real, obtido a partir das notas fiscais das mercadorias e serviços adquiridos pelo contratado. De fato, como se viu, tais sistemas de custos oficiais apresentam preços superiores ao real, não correspondendo, efetivamente, ao preço de mercado. Por outro lado, argumenta-se que, para fins legais, esses sistemas refletem o preço de mercado e eventual economia decorreria da eficiência do contratado. Na realidade, se não existe vício no contrato que comprometa sua validade, não há justificativa para

⁴³ Atualmente, tais parâmetros são os indicados no acórdão do Plenário do TCU n. 2622/2013. Vide, ainda, os acórdãos do TCU n. 325/2007 e 2369/2011, bem como o trabalho TCU, *Estudo sobre taxas referenciais de bdi de obras públicas e de equipamentos e materiais relevantes*. Brasília, maio de 2013. O Serviço de Perícias de Engenharia do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal também desenvolveu um interessante modelo para cálculo da taxa de BDI com base no porte e localização da obra. Os textos explicativos e a planilha modelo estão disponíveis em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/noticias-1/eventos/audiencia-publica/audiencia-publica-obras-publicas>. Acesso em 24.07.2019.

⁴⁴ Art. 9º, §1º do Decreto n. 7983/2013 e Súmula TCU n. 253/2010. São exemplos de itens com BDI reduzido materiais betuminosos utilizados em obras rodoviárias (acórdão TCU n. 3273/2013).

⁴⁵ A OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012 detalha na seção 4 a forma de obtenção dos preços paradigma (custos e BDI) para análise do orçamento de obra pública. Sobre a metodologia de análise de preços para identificação de sobrepreço original (método do balanço), vide art. 14 a 17 da IT n. 001/2010-DITEC e art. 10 a 17 da OT n. 001/2010-DITEC, e a seção 5.3 da OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012.

⁴⁶ A OT n. 001/2010-DITEC sugere a adoção do parâmetro de 10% para definir a margem de segurança na análise da significância da divergência devida ao preço global inicial. Se a divergência for inferior a esse parâmetro, recomenda-se realizar análises mais detalhadas (art. 14 e 15). Na mesma linha a OT IBRAOP n. 004/2012, que dispõe sobre a precisão do orçamento de obras públicas. Disponível em http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_IBR0042012.pdf. Acesso em 24.07.2019. Vide, ainda, MENDES, André, *op. cit.*, p. 201-203 e BAETA, André, *op. cit.*, p. 51-53.

adotar outro preço senão aquele ali previsto. Contudo, se o contrato está eivado de alguma ilegalidade que enseja sua nulidade (tais como os casos de fraude à licitação, conluio, cartel e corrupção), a solução será mesmo a adoção do preço real, assegurando-se ao contratado tão somente o ressarcimento pelos seus custos, na forma preconizada no art. 59, parágrafo único, da Lei 8666/1993.

Como o superfaturamento por sobrepreço usualmente tem origem ainda na fase de licitação, essa fraude, de modo geral, contará com o envolvimento de agentes públicos, tais como aqueles responsáveis pela elaboração da planilha orçamentária (orçamentista ou engenheiro de custos), membros da comissão de licitação que participaram do julgamento das propostas e a autoridade superior que autorizou a deflagração do certame e homologou a proposta vencedora com preços majorados. A manifestação favorável do órgão de consultoria jurídica não afasta a responsabilidade dos gestores públicos, uma vez que tal análise, de modo geral, se restringe a aspectos formais do processo licitatório, não abrangendo a avaliação dos preços praticados e outros aspectos técnicos da licitação.

Os particulares que se beneficiam do superfaturamento por sobrepreço também podem ser responsabilizados, uma vez que concorrem para a fraude ao submeter à Administração, de forma consciente e voluntária, proposta contendo preços abusivos e celebram contrato com preços sabidamente superiores à média do mercado.

3.3. Superfaturamento por jogo de planilha

O superfaturamento por jogo de planilha é caracterizado pelo rompimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em desfavor da Administração por meio da alteração de quantitativos e/ou preços durante a execução da obra.

Nesse tipo de fraude, já vislumbrando a necessidade de alteração de quantitativos da planilha orçamentária (geralmente para correção de erros de projeto, melhor adequação técnica ou por insuficiência de recursos públicos), a contratada vence a licitação ofertando preço global com desconto significativo em relação ao preço de referência. Porém, durante a fase de execução, são celebrados aditivos contratuais em que os itens com maiores descontos acabam eliminados ou reduzidos, enquanto os itens com menores descontos (ou mesmo com sobrepreço) têm sua quantidade aumentada. O resultado disso é que, ao final, a contratada garante uma remuneração mais elevada, com a qual não teria vencido

o certame, e a Administração deixa de obter a proposta mais vantajosa, gastando mais do que deveria.⁴⁷

Para evitar o jogo de planilhas e preservar o equilíbrio econômico financeiro inicial do contrato, a Administração deve assegurar que, em caso de alterações contratuais, seja mantido o percentual de desconto original obtido na licitação,⁴⁸ de modo que o preço global pago após os aditivos não seja superior ao preço global de referência (ajustado em razão das modificações de quantitativos) abatido do percentual de desconto original.⁴⁹

O dano ao erário nesse caso é calculado por meio do chamado “método do desconto” e corresponde exatamente a essa diferença entre o preço global final pago ao contratado e o preço global de referência (ajustado em razão das modificações de quantitativos) com a incidência do percentual de desconto original.⁵⁰

No caso de jogo de planilhas, podem figurar como autores da fraude tanto pessoas ligadas à contratada (geralmente, os administradores, engenheiros e funcionários da área comercial), que concorreram para a ilegalidade, como também agentes públicos (em geral, o fiscal da obra, o gestor do contrato e a autoridade superior), que, de forma consciente e voluntária, admitiram a modificação do contrato e deram causa a vantagem indevida em favor do contratado.

3.4. Superfaturamento por alteração de cláusulas financeiras e superdimensionamento

Os tipos de superfaturamento abordados até aqui (por quantidade, qualidade, sobrepreço e jogo de planilha) são os mais comuns e de maior

⁴⁷ CAMPITELI, Marcus Vinicius, *Op. cit.*, p. 5-8 e 39-42. MENDES, André. *op. cit.*, p. 184-192.

⁴⁸ Art. 37, XXI da CRFB 1988 e art. 65, II, “d” e §1º da Lei 8666/93; art. 14 do Decreto n. 7983/2013.

⁴⁹ Esse reequilíbrio deve ser ajustado por acordo entre as partes e formalizado por meio de termo aditivo (art. 65, II, “d” e §1º da Lei 8666/1993). Não havendo consenso e subsistindo sobrepreço após as alterações contratuais, restará à Administração rescindir o contrato (art. 78, XII da Lei 8666/1993) ou mesmo promover sua anulação (art. 59 da Lei 8666/1993).

⁵⁰ O “método do desconto” para cálculo do dano ao erário em razão de superfaturamento por jogo de planilhas vem sendo adotado pelo TCU a partir do Acórdão n. 1755/2004, embora também se admita o chamado “método do balanço”. CAMPELO, Valmir. CAVALCANTI, Rafael Jardim. *Op. cit.*, p. 361-374. Metodologia similar está prevista na OT n. 001/2010-DITEC (art. 34 e seg.) e na OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012 (item 5.4). Vide, ainda, BAETA, André Pachioni. *Op. Cit.*, p. 305-322, 401-414.

impacto no desvio de recursos públicos. Contudo, há outras práticas que, embora menos frequentes e de menor potencial lesivo ao patrimônio público, também são consideradas modalidades de superfaturamento.

O superfaturamento por alteração de cláusulas financeiras compreende quatro práticas ilegais, que ocorrem durante a execução contratual, usualmente com a colaboração de agentes públicos, e que propiciam vantagem indevida ao contratado em prejuízo do erário: (a) recebimentos contratuais antecipados; (b) distorção do cronograma físico-financeiro; (c) reajustamentos irregulares de preços; e (d) prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração.

Segundo as regras do direito financeiro, os pagamentos somente podem ser realizados pela Administração após o regular empenho e liquidação da despesa.⁵¹ Assim, em regra, é vedada a antecipação de pagamentos ao contratado sem efetiva comprovação de sua prévia contrapartida. Nos casos excepcionalíssimos em que essa antecipação é admitida,⁵² deve a Administração realizar descontos para compensar o custo de oportunidade dos recursos pagos antecipadamente.⁵³ Os pagamentos antecipados, não previstos em edital e sem a prévia contrapartida do contratado, representam diminuição da parcela de custos financeiros inicialmente previstos para a execução da obra, normalmente já abrangidos na composição do BDI, e configuram, portanto, superfaturamento. Para mensurar o dano ao erário nesse caso, “os valores antecipados deverão ser descontados pela taxa Selic desde a data da efetiva prestação dos serviços até a data da antecipação ilegal do pagamento”.⁵⁴

Por sua vez, a distorção do cronograma físico-financeiro configura uma variação um pouco mais sofisticada de pagamento antecipado, com um toque de jogo de planilhas. A fim de obter ganhos maiores no início do empreendimento para financiar as próximas etapas às custas da Administração, o contratado organiza a planilha orçamentária que acompanha sua

⁵¹ Art. 62 e 63 da Lei 4320/1964, art. 40, XIV, “a” e art. 65, II, “c” da Lei 8666/1993.

⁵² Segundo precedentes do TCU, o pagamento antecipado somente é admitido diante da existência de interesse público devidamente demonstrado no processo licitatório (por exemplo, uma prática reconhecida no mercado para aquisição de determinado equipamento especial), com previsão no edital e exigência de garantias (acórdãos 1442/2003, 606/2006, 1726/2008, 1016/2013, 2805/2013, 3614/2013, 2234/2013).

⁵³ Art. 40, XIV, “d” da Lei 8666/1993.

⁵⁴ Item 5.7 da OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012 e art. 42 da OT n. 001/2010-DITEC.

proposta de modo que os itens executados na fase inicial da obra tenham preços unitários superiores aos de mercado, compensando essa diferença com preços unitários menores nos itens executados na fase final. Se a obra for concluída tal como previsto, o dano ao erário nesse caso será proporcionalmente pequeno, se restringindo apenas a parte do custo financeiro. Contudo, “o seu real perigo é que isso seja um ‘alerta’ de que a contratada irá abandonar a obra ou querer aditivos alterando os itens desfavoráveis.”⁵⁵

Outra forma de superfaturamento por alteração de cláusulas financeiras é a utilização de prazos de reajustamento de preços em período inferior a 12 meses ou a adoção de índices que não reflitam a variação dos custos da obra da melhor forma.⁵⁶ Também se considera que há superfaturamento quando ocorre reajuste de preços em decorrência da prorrogação injustificada do prazo contratual, gerando custos adicionais indevidos para a Administração.

Por fim, o superdimensionamento se caracteriza pela previsão de quantidades ou qualidades de materiais ou serviços muito além das necessárias, segundo práticas e normas de engenharia vigentes, causando, assim, desperdício de dinheiro público, com ofensa os princípios da economicidade e eficiência.⁵⁷ Por exemplo, em obra de saneamento, indica-se tubulação de certa dimensão ou extensão em montante muito superior ao necessário para o atendimento dos objetivos pretendidos. Esse fenômeno geralmente é acompanhado de superfaturamento por quantidade ou qualidade, já que a contratada acaba empregando apenas os materiais e serviços estritamente necessários ao cumprimento da finalidade da obra, mas é remunerada segundo o projeto superdimensionado.

Em todos esses casos, além dos particulares vinculados à empresa que concorrem para a ilegalidade e se beneficiam das fraudes, também poderão ser responsabilizados os agentes públicos envolvidos, tais como o autor do projeto superdimensionado, membros da comissão de licitação que aceitam proposta de cronograma financeiro distorcida, o fiscal do contrato e o ordenador de despesa que admitem pagamentos antecipados, bem como a autoridade superior que celebra aditivos para reajustamento de preços de forma irregular.

⁵⁵ LOPES, Alan de Oliveira. *op. cit.*, p. 185.

⁵⁶ Art. 40, XI, e 55, III da Lei 8666/1993; art. 28 da Lei 9069/1995; art. 2º da Lei 10192/2001. Para análise dos precedentes do TCU sobre o tema, vide CAMPELO, Valmir. CAVALCANTI, Rafael. *Op. cit.*, p. 551-568.

⁵⁷ Sobre o cálculo da divergência devida ao superdimensionamento, vide art. 46 da OT n. 001/2010-DITEC.

4. Tipificação penal

Na atualidade, não há no direito brasileiro um tipo penal específico que criminalize, de forma exata e abrangente, as várias práticas de superfaturamento em obras públicas. A depender do tipo de superfaturamento, das circunstâncias do fato, das condições pessoais e do *animus* dos agentes envolvidos, essa conduta pode ser enquadrada nos crimes de peculato (art. 312 do Código Penal), crimes da lei de licitações (art. 92 e 96 da Lei 8666/1993) e estelionato (art. 171, §3º do Código Penal), que serão analisados a seguir.

4.1. Peculato

A expressão peculato, derivada do latim *pecunia*, significa, literalmente, enriquecimento.⁵⁸ Em linhas gerais, o crime consiste no fato de o funcionário público apropriar-se ou desviar, em proveito próprio ou alheio, uma coisa alheia móvel (dinheiro, valor ou qualquer outro bem) que possui em razão do cargo. Essa modalidade é conhecida como *peculato-próprio*, com previsão no art. 312, *caput* do Código Penal, abrangendo o *peculato-apropriação* (primeira parte do *caput*) e o *peculato-desvio* (segunda parte do *caput*).

O crime também se configura quando, mesmo não tendo a posse do bem, o funcionário público, valendo-se dessa condição, o subtrai ou concorre para que seja subtraído por outrem. Esse é o chamado *peculato-furto*, previsto no §1º do art. 312.⁵⁹

Há, ainda, previsão de modalidade *culposa* (§§2º e 3º do art. 312),⁶⁰ quando o funcionário público, deixando de observar um dever objetivo de cuidado, permite que “terceiro pratique outro crime contra o patrimônio público que, em razão do seu cargo, deveria proteger.”⁶¹

⁵⁸ O termo *pecunia* extrai suas raízes da palavra *pecus*, que significa gado, principal expressão da riqueza antes da invenção da moeda. PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da Costa. *Dos crimes contra a Administração Pública*. 4ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 30-32.

⁵⁹ Diferentemente do peculato-desvio, o peculato-apropriação e o peculato-furto são considerados delitos funcionais impróprios, uma vez que, afastada a qualidade de funcionário público, sobrevém mera desclassificação ou atipicidade relativa, passando o fato a configurar outros crimes (art. 168 e 155 do CP). BALTAZAR JÚNIOR, José P. *Crimes Federais*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 282.

⁶⁰ Contudo, a modalidade culposa do peculato é de pouca utilidade prática, em razão da pena irrisória cominada ao delito (detenção de três meses a um ano), o que, na maioria dos casos, leva à prescrição.

⁶¹ BITENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal*, vol. 5, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 50. Bitencourt ensina que essa hipótese não se trata de participação

NUCCI aponta que o funcionário público insere-se na figura do garante, prevista no art. 13, §2º, I do CP, tendo “o dever de agir, impedindo o resultado de ação delituosa de outrem; não o fazendo, responde por peculato culposo.”⁶² Existe certa divergência se o peculato culposo está restrito apenas às situações em que um funcionário público concorre culposamente para o crime de peculato doloso de outro funcionário⁶³ ou se abrange qualquer espécie de crime doloso praticado contra a Administração, ainda que não funcional e cometido por particular, posição que tem prevalecido na doutrina.⁶⁴

A doutrina classifica o peculato como crime pluriofensivo, pois, além de atentar contra o patrimônio público, o funcionário abusa de seu cargo, trai a confiança nele depositada e viola os deveres de fidelidade e probidade para com a Administração.⁶⁵

culposa em crime doloso, o que seria contrário à teoria monista adotada no concurso de pessoas no direito brasileiro (art. 29 do CP). Segundo o autor, não há qualquer vínculo ou liame subjetivo entre o funcionário público que agiu culposamente e o autor do crime doloso, mas uma espécie de “autorias colaterais”.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 10ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 1099. Na realidade, no crime omissivo impróprio (ou comissivo por omissão), a aplicação da regra prevista no art. 13, §2º, I do Código Penal ao funcionário público que não impediu o crime contra a Administração ensejaria sua equiparação ao verdadeiro causador do resultado, respondendo ele como coautor daquele crime e não por crime culposo autônomo. BITENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 295-296.

⁶³ Nessa linha de entendimento, vide PAGLIARO, A.; COSTA JR., Paulo. *op cit.*, p. 56.

⁶⁴ Nesse sentido, STOCO argumenta que “estranho seria que a lei visse peculato no concurso culposo de funcionário, dando oportunidade a que outro se apoderasse de valores da repartição e se quedasse indiferente quando, no mesmo caso, a subtração fosse executada por particular, evidente, assim, maior culpa do funcionário.” STOCO, Rui et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 3.832. Adotam o mesmo entendimento os seguintes autores: BITENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal*, vol. 5, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 50. NUCCI, Guilherme de Souza. *op cit.*, p. 1099. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. IV, 5ª ed., Niterói: Impetus, 2009, p. 372. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial*, v. 2, 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 813. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 743. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *op cit.*, p. 309. MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Crime de peculato e suas espécies*. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Crimes contra a administração pública: aspectos polêmicos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 95-107.

⁶⁵ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, vol. 9, Rio de Janeiro: Forense, p. 343.

O sujeito ativo do peculato, necessariamente, haverá de ser um funcionário público,⁶⁶ tais como, no caso de obras públicas, os servidores que elaboram ou aprovam os projetos e orçamentos, membros da comissão de licitação, fiscais e gestores do contrato. Isso não significa, porém, que particulares que tenham concorrido para o ilícito não possam ser coautores do peculato, uma vez que, por ser elementar do crime, a condição de funcionário público a eles se comunica (art. 30 do CP). Quando há a autoria de Prefeito Municipal (ou de quem o substitua ou suceda na chefia do Executivo Municipal), em razão do princípio da especialidade, a conduta passa a se enquadrar no crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, que não difere substancialmente do art. 312 do CP.⁶⁷

Assim, uma primeira conclusão a que se pode chegar é que, no superfaturamento de obras públicas, fica afastado o crime de peculato se não houver algum funcionário público que tenha concorrido de forma dolosa para o ilícito. Seria o caso, por exemplo, de particulares ligados à empresa contratada que, sem contar com o auxílio de funcionários públicos, utilizam documentos falsos ou outros artifícios fraudulentos para enganar a Administração e obter a vantagem indevida relativa ao superfaturamento. Nessa hipótese, poderá restar configurado crime de estelionato ou mesmo algum crime da lei de licitações por parte dos particulares.⁶⁸

Tendo em vista as três modalidades de peculato doloso, seria possível enquadrar as condutas que propiciam o superfaturamento de obras públicas em alguma delas?

No *peculato-apropriação* o funcionário público apodera-se indevidamente do bem, que está em seu poder em razão da função exercida,

⁶⁶ Foi adotada no Brasil a teoria extensiva na definição de funcionário público, para fins penais. Segundo o art. 327 do Código Penal, considera-se como tal “quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública” (*caput*), ou ainda, “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (§1º). Esse conceito está de acordo com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 2º, “a”).

⁶⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade dos prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2009.

⁶⁸ Além disso, se a vantagem indevida do contratado decorreu de conduta culposa do funcionário público (ex: fiscal da obra que, por negligência e imperícia, não conferiu a qualidade ou quantidade do serviço executado, comparando-o com as medições), poderá ele responder por peculato culposos.

passando a agir como se fosse dono (*animus rem sibi habendi*). Tal modalidade parece não se aplicar a nenhum dos tipos de superfaturamento de obras públicas, uma vez que, em todos eles, o dinheiro é repassado a um terceiro (o contratado), não permanecendo na posse do funcionário. Ainda que parte desses recursos retorne posteriormente para o funcionário público, na forma de propina paga pelo contratado para obter vantagem indevida, essa é uma fase posterior, uma decorrência do poder de disposição que o particular passa a ter sobre os recursos recebidos da Administração. Logo, entende-se que não haverá peculato-apropriação, mas os crimes de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), por parte do funcionário público, e corrupção ativa (art. 333 do Código Penal), por parte das pessoas ligadas ao contratado.

Também não se vislumbra a precisa adequação do superfaturamento de obras públicas à conduta do *peculato-furto*. O verbo núcleo do tipo “subtrair” (ou “concorrer para que seja subtraído”) tem o sentido de “retirar, surruperar, tirar a coisa da vítima”, geralmente de forma furtiva, clandestina, sem depender de qualquer colaboração da vítima.⁶⁹ Ora, no superfaturamento de obras públicas é a própria Administração quem entrega o dinheiro à contratada, em montante indevido, mas por ato voluntário, de forma consentida, segundo o rito e a forma previstos em lei (mediante empenho, liquidação e pagamento).⁷⁰

⁶⁹ Discorrendo sobre o crime de furto, PIERANGELI esclarece o sentido de subtrair: “Observamos que, se não houver subtração, mas entrega da coisa, ainda que contra a vontade do sujeito passivo, não haverá furto, mas outro delito. E mais, se a entrega se realiza como decorrência de uma conduta fraudulenta do agente, haverá estelionato, e não furto. Aqui se estabelece uma clara distinção entre o furto com fraude e o estelionato: no furto, há subtração; no estelionato, entrega voluntária, ainda que esta esteja viciada pelo engodo.” PIERANGELI, José Henrique. *op cit*, p. 202-203.

⁷⁰ Há vários precedentes, principalmente envolvendo o chamado “estelionato previdenciário”, em que se reconhece que não há subtração da coisa quando, ludibriada pela fraude, a própria vítima entrega espontaneamente a coisa para o agente, ainda que haja o envolvimento de funcionário público: STJ, 5a T, RESP 200602687993, Rel. Gilson Dipp, DJ 06/08/2007; TRF4, 4ª Seção, RVCr 200304010306299, Rel. Tadaaqui Hirose, DJ 04/05/2005; TRF3, 1ª T., ACR 00045749420014036181, Rel. Márcio Mesquita, e-DJF3 04/04/2013; TRF 1, 3ª T., RSE 2007.39.00.001188-4, Rel. Assusete Magalhães, e-DJF1 29/04/2011, TRF1, 3ª T., RSE 2001.35.00.007014-0, Rel. Jamil Rosa de Jesus, e-DJF1 04/12/2009. Em sentido contrário, entendendo configurado o peculato-furto quanto há coautoria de funcionário público para obtenção de benefício previdenciário, há alguns precedentes da 4ª Turma do TRF1 relatados pelo juiz convocado Klaus Kuschel: ACR 2001.39.00.009802-

Portanto, não há que se falar em subtração por parte do funcionário público ou do particular.⁷¹

O crime que, sem dúvida, melhor reflete o que acontece no superfaturamento de obras públicas, quando há o envolvimento de funcionário público na trama, é o peculato-desvio. Segundo NORONHA, “desviar é desencaminhar e distrair; é a destinação diversa que o agente dá à coisa, em proveito seu ou de outrem.”⁷² Como exemplo de peculato-desvio, PIERANGELI menciona justamente a hipótese “do funcionário que, conscientemente, efetua pagamento pela administração por serviço não prestado ou por mercadoria não recebida.”⁷³ É exatamente o que ocorre no superfaturamento por quantidade e qualidade: os recursos públicos que deveriam ser destinados ao pagamento de itens efetivamente executados pelo contratado são desviados indevidamente em seu benefício, mediante pagamento por serviços não prestados.⁷⁴

1, e-DJF1 29/01/2010; ACR 2002.39.00.004089-0, e-DJF1 18/07/2008; ACR 2000.39.00.008594-7, DJ 26/09/2007.

⁷¹ Todavia, em pesquisa de jurisprudência na Justiça Federal, encontrou-se precedente no qual o superfaturamento de obra é classificado como peculato-furto: TRF5, 2ª T., ACR 00045805719944058100, Rel. Francisco Barros Dias, DJE 03/11/2011.

⁷² NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*, v. 4, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 222.

⁷³ PIERANGELI, José Henrique. *op cit*, p. 202-203. O mesmo exemplo é citado por BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *op cit*, p. 301.

⁷⁴ Em pesquisa de jurisprudência dos Tribunais Superiores e da Justiça Federal foi possível encontrar vários precedentes em que se reconheceu que o superfaturamento configura o crime de peculato-desvio, alguns deles, contudo, com referência ao crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, em razão da coautoria de Prefeitos Municipais: STJ, 5ª T., AGRESP 201300595672, Rel. Jorge Mussi, DJE 02/12/2015; STJ, Corte Especial, APN 200602588679, Rel. Eliana Calmon, DJE 04/04/2013; TRF5, 1ª T., ACR 00001428520134058402, Rel. Manoel Erhardt, DJE 25/08/2016; TRF5, 3ª T., ACR 200983030011301, Rel. Cid Marconi, DJE 12/07/2016; TRF5, 3ª T., ACR 00035829520134058400, Rel. Janilson Bezerra de Siqueira, DJE 01/07/2016; TRF5, 2ª T., ACR 200984000109714, Rel. Vladimir Carvalho, DJE 07/12/2015; TRF5, Pleno, PIMP 00045930820144050000, Rel. Cid Marconi, DJE 20/10/2015; TRF5, 2ª T., ACR 200984000087792, Rel. Ivan Lira de Carvalho, DJE 06/10/2015; TRF5, Pleno, APN 00002503220134058300, Rel. Ivan Lira de Carvalho, DJE 12/01/2015; TRF5, 2ª T., ACR 00039909120104058400, Rel. Vladimir Carvalho, DJE 04/09/2014; TRF5, Pleno, INQ 00003779420134058000, Rel. Francisco Cavalcanti, DJE 27/05/2014; TRF5, 1ª T., ACR 200984000100462, Rel. Niliane Meira Lima, DJE 13/06/2013; TRF5, 2ª T., ACR 200405000078434, Rel. Francisco Dias, DJE 07/06/2012; TRF1, 3ª T., ACR 2008.43.00.001467-6, Rel. Klaus Kuschel, e-DJF1 15/04/2016; TRF3, 1ª T., ACR 00011983720004036181; acórdãos do caso TRT/SP citados.

Já nos demais tipos de superfaturamento (por sobrepreço, por jogo de planilhas, por alteração de cláusulas financeiras e superdimensionamento), embora na acepção comum da expressão ocorra também um “desvio de recursos públicos”, tecnicamente fica mais difícil defender que existe uma mudança de direção, uma alteração do destino planejado para o dinheiro. Nesses casos, os serviços são executados, mas a Administração paga um preço maior do que deveria. Por isso, tais espécies de superfaturamento em obras públicas parecem melhor se adequar à conduta descrita em outros tipos penais, como se verá adiante.⁷⁵

No caso do peculato-desvio (como no peculato-apropriação), um pressuposto da conduta é que o funcionário público tenha a posse legítima da coisa móvel desviada. Segundo Fragoso, “a posse aqui deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo não só o poder material de disposição sobre a coisa, como também a chamada disponibilidade jurídica, isto é, a possibilidade de livre disposição que ao agente faculta (legalmente) o cargo que desempenha.”⁷⁶ O poder de disposição sobre o orçamento público, em geral, cabe ao funcionário público designado como ordenador de despesa,⁷⁷ bem como à autoridade superior do órgão ou entidade (secretário, superintendente, diretor, presidente, etc), embora a ação possa ser materialmente executada por um subordinado. Em casos de superfaturamento de obras públicas, são eles quem realizam a conduta descrita no tipo penal de “desviar dinheiro de quem tem a posse, em proveito alheio”, incorrendo, assim, no crime em questão, desde que, conscientes da ilegalidade, atuem com vontade ou assumam o risco de desviar os recursos.

Entretanto, mesmo que o ordenador de despesa não tenha agido com dolo, outros funcionários públicos envolvidos na trama poderão

⁷⁵ Em sentido contrário, Freitas entende que o aumento arbitrário de preços configura peculato-desvio. FREITAS, André G. Tavares. *Crimes na lei de licitações*. 3ª ed., Niterói: Impetus, 2013, p. 136.

⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal*: parte especial. v. 3, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 392. No mesmo sentido, PAGLIARO, A.; COSTA JR., Paulo. *op cit.*, p. 36. Na jurisprudência, vide os seguintes precedentes: STJ, HC 10845, Dipp, 5ª T, DJ 23.4.01, TRF4, AC 20007100022098-3, Penteado, 8ª T., 20.06.07.

⁷⁷ O art. 80, §1º do Decreto-lei n. 200/1967 estabelece que “ordenador de despesa é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio.” Definição similar está presente no Manual da Despesa da União, constante do anexo da Instrução Normativa n. 10/91, do Departamento do Tesouro Nacional.

incidir no crime de peculato-desvio. Em geral, os pagamentos à contratada são autorizados com base na planilha orçamentária integrante do contrato e segundo os serviços atestados nos boletins de medição firmados pela fiscalização. O ordenador de despesas age, muitas vezes, confiando na regularidade desses atos. Salvo situações absurdas ou claramente discrepantes, não se espera que, a cada parcela, o ordenador de despesa verifique se há sobrepreço na planilha orçamentária ou vá a campo confirmar a medição atestada pelos fiscais. Assim, se o ordenador de despesa desconhecia a ilegalidade do pagamento, será caso de erro de tipo (art. 20 do Código Penal), podendo ele, se agiu sem o cuidado devido, vir a responder por peculato culposo.⁷⁸ Já os terceiros que, com a finalidade de desviar recursos públicos, determinaram o erro do ordenador de despesas – como, por exemplo, servidores que elaboraram e aprovaram projetos e orçamentos com sobrepreço, membros da comissão de licitação que admitiram proposta com distorção do cronograma físico-financeiro e fiscais da obra que firmaram boletins de medição falsos – poderão responder pelo crime de peculato-desvio (ou outros, dependendo da tipificação), na condição de autores mediatos (art. 20, §2º do Código Penal).⁷⁹

Finalizando, cumpre assinalar algumas observações úteis para aplicação desse tipo penal, mencionadas por PIERANGELI:⁸⁰

“Não assume maior relevância penal o fato de não ter o agente se beneficiado do crime, nem que se determine o montante dos valores desviados. Também não é indispensável à caracterização do delito a tomada ou a prestação de contas, nem se exige, salvo casos excepcionais, o exame pericial para a comprovação do delito, principalmente quando os documentos existentes atestam a materialidade do fato.

⁷⁸ Por outro lado, se o erro de tipo era inevitável (escusável), fica excluída a tipicidade, por carência do tipo subjetivo. BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 448.

⁷⁹ A doutrina admite a autoria mediata em crimes próprios, desde que “o autor mediato reúna as qualidades ou condições exigidas pelo tipo” (BITENCOURT, C. R., *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 489). Assim, não se vislumbra óbice à configuração de peculato-próprio se há, ao menos, um funcionário público entre os coautores mediatos. Vale lembrar que exigência de que o funcionário público tenha a posse legítima da coisa móvel desviada é um pressuposto da conduta (realizada por aquele que agiu em erro) e não uma condição do sujeito ativo.

⁸⁰ PIERANGELI, José Henrique. *op cit*, p. 811.

(...)

A falsidade documental e a ideológica [por exemplo, boletins de medição discrepantes da realidade], quando constitui elemento essencial para o desvio, é absorvida pelo peculato (RT 402/87, 501/283, 513/357)”.

Com relação ao preceito secundário, o crime em questão possui penas cominadas de reclusão, de dois a doze anos, e multa, que podem ser aumentadas da terça parte quando o funcionário público envolvido for ocupante de cargo em comissão ou de função de direção ou assessoramento (art. 327, §2º do CP).⁸¹ Além disso, na fixação da pena (art. 59 do CP), haverão de ser analisados, entre outros elementos, o montante dos recursos desviados,⁸² a importância da obra para a população e os riscos e prejuízos para terceiros gerados pela execução da obra em quantidade ou qualidade inferior à esperada. Deverão também ser adequadamente aplicadas as regras sobre concurso de crimes, observando-se, por exemplo, o eventual concurso entre o peculato-desvio e a corrupção ativa e passiva no caso de pagamento de propina ao funcionário público que concorreu para o superfaturamento, bem como a continuidade delitiva na hipótese de pagamento de várias parcelas superfaturadas, no contexto de uma mesma obra.⁸³ Por fim, a condenação do funcionário público poderá ter como efeito a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo (art. 92, I do Código Penal).

⁸¹ Contudo, tal causa de aumento não se aplica aos coautores que não ostentam aquela condição, por se tratar de circunstância não elementar do crime (art. 30 do CP). Nesse sentido: STJ, HC 32106/PR, Carvalhido, 6ª T., 25.8.04.

⁸² O PLC n. 27/2017 (PL n. 4850, de 2016), aprovado em 26.06.2019 no Senado e remetido de volta à Câmara dos Deputados, prevê, entre outras medidas, o aumento da pena mínima cominada ao peculato doloso para 4 anos de reclusão, e sua inclusão entre os crimes hediondos quando o valor da vantagem ou prejuízo é igual ou superior a dez mil salários mínimos.

⁸³ Nesse sentido, vide os acórdãos do caso das obras do TRT/SP: TRF3, 5ª T., Rel. Suzana Camargo, AC 20006181001198-1/SP, j. 3.5.06; TRF3, 1ª T., ACR 0003274-34.2000.4.03.6181/SP e 00011983720004036181, Rel. Luiz Stefanini, 7.10.2013 e e-DJF3 16/11/2015; STJ, 6ª T., RESP 1.183.134-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21.6.2012. Mais recentemente, no STF, 2ª T., HC 111553/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16/12/2014, e no STJ, Corte Especial, APn 536, Rel. Eliana Calmon, DJE 04/04/2013; TRF4, AC 19990401034886-7, Rel. Vladimir Freitas, 7ª T, j. 6.8.02. Em sentido contrário, considerando a corrupção absorvida pelo peculato: TRF2, AC 19990201032217-9, Rel. Paulo Barata, 3ª T., 4.12.01; TRF5, 4ª T, ACR 00011646020124058000, Rel. Edilson Nobre, DJE 02/07/2015; TRF5, Pleno, APN 8905063330, Rel. José Maria Lucena, DJ 30/03/1999.

4.2. Crimes da lei de licitações

As normas penais previstas na lei de licitações (Lei 8666/1993) têm por finalidade “resguardar a moralidade administrativa, o bom funcionamento da Administração Pública, a lisura dos procedimentos licitatórios [e] a idoneidade das contratações efetivadas pela Administração Pública.”⁸⁴

Embora boa parte das condutas ali incriminadas já estivesse abrangida por tipos previstos no Código Penal,⁸⁵ entendeu-se necessário “um tratamento amplo e sistemático destinado a reprimir as possíveis e reprováveis condutas praticadas no âmbito da licitação (...) e da execução dos contratos administrativos.”⁸⁶ Entretanto, GRECO FILHO aponta que a lei de licitações é um exemplo do que chama de “inflação legislativa penal”, apresentando graves defeitos de técnica e conceito, que comprometem sua eficácia.⁸⁷

Entre os tipos penais previstos na lei de licitações, há dois nos quais, aparentemente, podem ser classificados atos praticados no superfaturamento de obras públicas.

O primeiro é o do art. 92, que tipifica como crime a conduta de “admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais.” Apesar de certas imprecisões no texto, algumas impressões podem ser extraídas.

Assim como no caso do peculato, exige-se que o sujeito ativo seja funcionário público,⁸⁸ mais precisamente um servidor no exercício da

⁸⁴ FREITAS, André G. Tavares. *op. cit.*, p. 31.

⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. CASTRO, Bruna Azevedo de. *Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações*, Revista dos Tribunais, vol. 957/2015, p. 259-272, jul. 2015.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 1998, 5ª ed., p. 590.

⁸⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2-3. Tal opinião é compartilhada por BITENCOURT, que faz severas críticas à redação dos tipos penais da Lei 8666/1993. BITENCOURT, C. R. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 230. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Matheus Miranda. *Os crimes na lei de licitações como consequência da expansão do direito penal*. In ALEIXO, Klelia Canabrava. FONSECA, Pedro H. C., *Perspectivas garantistas para as ciências criminais*. Belo Horizonte: DPlácido, 2016, p. 97-108.

⁸⁸ A Lei 8666/1993 apresenta no art. 84 uma definição própria de funcionário público, que, embora com redação ligeiramente diferente, é substancialmente idêntica ao conceito amplo previsto no art. 327 do Código Penal. FREITAS, André G. Tavares. *op. cit.*, p. 28-30.

função e com competência legal para favorecer o contratado. Como essa qualidade especial é elementar do tipo, ela se comunica a quaisquer outras pessoas que tenham concorrido para o delito, agentes públicos ou privados, que, portanto, podem figurar como coautores do crime.⁸⁹ No caso do “contratado”, para sua responsabilização penal, não basta ter ele “concorrido para a consumação da ilegalidade”; é preciso que ele tenha “obtido vantagem indevida” ou se “beneficiado, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais”, conforme previsto no parágrafo único do art. 92.⁹⁰

Outra característica desse crime é que ele se dá “durante a execução do contrato”. Logo, condutas que se restringem à etapa de formação do contrato, ainda que o resultado se verifique posteriormente, não estão abarcadas pelo tipo penal. É o caso, por exemplo, do superfaturamento por sobrepreço original, em que a adoção de preços abusivos ocorre ainda na fase da licitação/contratação, sendo o pagamento ao contratado de valores superiores à tendência de mercado mero resultado dos atos anteriormente praticados.

Os verbos núcleos do tipo empregados na norma (admitir, possibilitar e dar causa) alcançam as mais variadas condutas comissivas e omissivas adotadas pelo funcionário público para favorecer indevidamente o contratado. O dispositivo também abrange quaisquer espécies de modificações contratuais ilícitas ou vantagens indevidas concedidas ao contratado. Esse âmbito de incidência alargado da norma permite

⁸⁹ Em crimes de autoria coletiva, como geralmente ocorre em casos de superfaturamento, permite-se uma imputação geral aos acusados, reservando-se à fase instrutória a delimitação precisa da conduta de cada um deles. Nesse sentido, os seguintes precedentes dos Tribunais Superiores: STF, 1ª T., HC 118891 / SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 01/09/2015; STF, 2ª T., HC 98840/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 30/06/2009; STJ, 5ª T., RHC 64073 / PI, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 28/06/2016; no mesmo sentido e do mesmo relator, o RHC 50595 / RS, j. 01/03/2016, e RHC 55163/RS, j. 03/11/2015; STJ, 5ª T., RHC 55171/SP, Rel. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 16/06/2015.

⁹⁰ Alguns autores apontam que a obtenção da vantagem indevida seria uma limitação à responsabilidade do contratado, uma espécie *sui generis* de condição objetiva de punibilidade para esse partícipe. Porém, por contratado deve ser entendida “a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública” (art. 6º, XV da Lei 8666/93), e não as pessoas naturais ligadas à empresa (diretores, engenheiros, encarregados), que poderão responder como coautores na forma do caput, em concurso com o funcionário público. FREITAS, André G. Tavares. *op. cit.*, p. 107. BITENCOURT, C. R. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 232-233 e 255.

abarcam as diversas práticas de superfaturamento que ocorrem durante a execução contratual, como o jogo de planilhas e a alteração de cláusulas financeiras, em que há celebração de aditivos ilegais ou se aceita situações irregulares em benefício do contratado.⁹¹

O elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade consciente do funcionário público de agir de forma ilegal, em detrimento do erário e em favor do particular.⁹² Embora se entenda que “o dolo exigido para a configuração do delito do *caput* do art. 92 da Lei de Licitações é o genérico, não se exigindo um fim especial no agir do sujeito ativo”,⁹³ há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o tipo penal inadmitte “culpa ou dolo eventual, posto dirigido ao administrador desonesto e não ao supostamente inábil.”⁹⁴

A exemplo dos demais crimes licitatórios, a pena cominada ao delito é apenas de detenção e multa, e em patamar ínfimo,⁹⁵ desproporcional à relevância dos bens jurídicos tutelados e ao potencial de lesividade da infração penal. Como em outros crimes funcionais, há previsão de aumento da terça parte para os ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança (art. 84, §2º) e perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo (art. 83).

O outro delito a ser analisado é aquele previsto no art. 96 da Lei 8666/1993, cuja redação, ao mencionar as expressões “fraudar”, “prejuízo da Fazenda Pública”, “licitação (...) ou contrato dela decorrente” e tipologias de fraude similares às que ocorrem no superfaturamento (“elevando arbitrariamente os preços”, “alterando substância, qualidade

⁹¹ Nesse sentido: TRF2, 5ª T., ACR 199851010348981, Rel. Vera Lúcia Lima, DJU 02/09/2004; TRF4, 1ª T., ACR 199804010681283, Rel. Eloy Bernst Justo, DJ 24/05/1999.

⁹² COSTA JR., Paulo. *Direito Penal das Licitações*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 34.

⁹³ TRF5, 3ª T., ACR 00096297020104050000, Rel. Cid Marconi, DJE 16/11/2015; TRF1, 3ª T., ACR 2006.30.00.000116-4, Rel. Ney Bello, e-DJF1 31/10/2014; TRF4, 4ª Seção, APN 200404010170436, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 03/02/2010.

⁹⁴ STJ, Corte Especial, APN N.º 200201653178, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 08 out. 2007; TRF5, 3ª T., ACR 00052754220124058500, Rel. Janilson Bezerra de Siqueira, DJE 01/07/2016.

⁹⁵ Além da elevada probabilidade de prescrição, mesmo em caso de condenação, dificilmente haveria cumprimento de pena de prisão, tendo em vista a adoção de regime aberto (art. 33 do CP), a possibilidade de substituição por penas restritivas de direito (art. 44 do CP) e suspensão condicional da pena (art. 77 do CP). Não seria admitida sequer interceptação telefônica (art. 2º, III da Lei 9296/96).

ou quantidade da mercadoria fornecida”, “tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou execução do contrato”),⁹⁶ sugere que esse tipo penal foi criado exatamente para abarcar as várias espécies de superfaturamento.⁹⁷ Além disso, esse é o delito da lei de licitações com maior pena cominada (detenção, de 3 a 6 anos, e multa), dada a gravidade e o elevado potencial lesivo da conduta incriminada.

Entretanto, como outras normas da lei de licitações, o art. 96 possui defeitos de redação que dificultam sua aplicação.⁹⁸ O mais grave deles, certamente, é mencionar no *caput* apenas os contratos “para aquisição ou venda de bens ou mercadorias”, sem fazer referência a obras e serviços, que possuem regulamentação própria na lei (art. 7º e seguintes).

Até já se considerou, mediante interpretação extensiva, que o referido crime pode abranger fraudes praticadas em contratos para prestação de serviços ou execução de obras,⁹⁹ mormente aqueles em regime de execução indireta por empreitada, em que há não apenas uma prestação de serviços, mas, essencialmente, o fornecimento, pelo particular à Administração, de todos os bens (materiais, insumos e equipamentos) empregados na construção. Porém, diante da literalidade da lei e dos princípios da legalidade e taxatividade, tende a prevalecer que a incidência do art. 96 está restrita aos casos de aquisição e venda de mercadorias.¹⁰⁰

⁹⁶ Essas tipologias de fraudes são similares àquelas previstas nos art. 171, §2º e art. 175 do Código Penal e art. 7º da Lei 8137/1990, porém, específicas para os casos em que a Fazenda Pública é vítima.

⁹⁷ Baltazar Júnior chega a denominar esse tipo penal de “superfaturamento ou fraude na execução do contrato”. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *op cit*, p. 918. Outros autores, como Hely Lopes Meirelles, o chamam de “estelionato licitatório”, pela menção a “fraude” e “prejuízo”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 190.

⁹⁸ Entre tais defeitos de redação, Bitencourt menciona a menção a “Fazenda Pública”, expressão menos abrangente do que “Poder Público” ou “Administração Pública”, que não incluiria as empresas estatais. BITENCOURT, C. R. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 319-321.

⁹⁹ STF, 1ª T., HC n. 102063/ES, Rel. Marco Aurélio, j. 5.10.2010; TRF4, AC 20000401024978-3, Rel. Germano, 7ª T, 18.3.2003.

¹⁰⁰ Nesse sentido, Greco Filho afirma que: “A delimitação da lei à aquisição ou venda de bens deve ser respeitada tendo em vista o princípio da tipicidade (...), mas não se justifica, porque o mesmo tipo de conduta e de prejuízo pode ocorrer relativamente a contratos de prestação de serviços e, com maior frequência, em contratos de obras. GRECO FILHO, Vicente. *op. cit.*, p. 116. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *op cit*, p. 918. FREITAS, André G. Tavares. *op. cit*, p. 138. BITENCOURT, C. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 335. Na jurisprudência, há decisão da 1ª Turma do STF, relatada pelo Min. Edson Fachin, publicada em 4/4/16, no

4.3. Estelionato

Segundo PIERANGELI, “o emprego da fraude é uma forma evoluída de se apoderar do bem alheio”, utilizada desde os tempos mais remotos. No direito romano, o crime de estelionato integrava o *dolus malus*, definido como “toda astúcia, falácia ou maquinação empregada para surpreender, enganar ou iludir a outrem.”¹⁰¹

Além da vantagem ilícita e do prejuízo alheio, comuns a outros delitos patrimoniais, o elemento que aproxima o superfaturamento do crime de estelionato é justamente a fraude, o meio enganoso destinado a induzir ou manter a vítima em erro, fazendo com que ela entregue espontaneamente a coisa para o agente.¹⁰²

A fórmula genérica adotada no art. 171, *caput*, do Código Penal (“qualquer outro meio fraudulento”) permite alcançar quaisquer tipos de fraudes, inclusive aquelas próprias do superfaturamento, como as medições falsas, as planilhas orçamentárias com sobrepreço e as alterações contratuais contendo jogo de planilha. Ademais, não se exige qualidade especial do sujeito ativo e a expressão “para si ou para outrem” torna irrelevante, para caracterização do delito, que o proveito esteja dirigido a terceira pessoa, diversa do agente.

Diante dessas características abrangentes, pode-se dizer que o estelionato funciona como um “soldado de reserva” para situações de superfaturamento que não possam ser enquadradas em outros tipos penais aplicáveis em razão do princípio da especialidade, como o peculato e os crimes da lei de licitações.¹⁰³

Inquérito 3331/MT, de cuja ementa se extrai o seguinte excerto: “Em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da CR), a conduta de quem, em tese, frauda licitação ou contrato dela decorrente, cujo objeto é a contratação de obras e serviços, não se enquadra no art. 96, I, da Lei 8.666/93, pois esse tipo penal contempla apenas licitação ou contrato que tem por objeto aquisição ou venda de bens e mercadorias”. No mesmo sentido, TRF4, 4ª Seção, RC n. 2005.04.01.006340-5, Rel. Paulo Afonso Vaz, j. 23.11.2006; TRF4, AC 0016264-72.2003.404.7200, Rel. Baltazar Jr., 7ª T, 18.5.2013.

¹⁰¹ PIERANGELI, José Henrique. *op cit*, p. 297.

¹⁰² É justamente essa característica que distingue o peculato do furto mediante fraude (art. 155 do CP) e do estelionato-furto (art. 312, §1º do CP), em que o bem é obtido mediante subtração. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *op cit*, p. 227.

¹⁰³ No caso envolvendo a obra do edifício-sede do TRT/SP, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região fez interessante distinção entre os crimes de peculato e estelionato em condutas relacionadas ao superfaturamento da obra. Para o período inicial, em que houve liberação de verbas, sem que sequer tivesse havido a assinatura

Contudo, a pena cominada ao estelionato (reclusão, de um a cinco anos, e multa), mesmo com o aumento de um terço previsto no §3º para crimes contra entidades públicas, parece desproporcional em relação à lesividade do superfaturamento de obras públicas.

4.4. Proposta de tipificação do crime de “superfaturamento”

Tendo em vista a relevância do superfaturamento de obras públicas como mecanismo de desvio de recursos públicos, bem como a ausência de tratamento técnico adequado e uniforme desse tema no direito penal brasileiro, mostra-se conveniente a construção de uma proposta de tipificação penal.¹⁰⁴

Apesar do superfaturamento estar incluído entre as condutas abrangidas pelo crime de “malversação de recursos públicos”, cuja tipificação se pretende por meio do PL 6735/2006, considera-se que a seara mais apropriada para disciplinar a matéria é a lei de licitações e contratos administrativos, seja mediante modificação da atual Lei 8666/1993 ou inclusão de dispositivo em novo diploma sobre o tema,¹⁰⁵ uma vez que o superfaturamento está estreitamente ligado às fases e atos do processo de contratação pública e implica violações às normas que regem esse processo e aos bens jurídicos ali tutelados.

do contrato e o início da execução dos serviços, considerou-se configurado o crime de peculato-desvio (art. 312, caput, do CP), por parte do presidente do TRT/SP, que tinha disponibilidade jurídica sobre os recursos, e dos demais coautores, funcionários públicos e pessoas ligadas às empresas. Para as etapas subsequentes, já durante a execução da obra, em que os pagamentos eram feitos com base em relatórios, laudos e medições forjados, não compatíveis com a evolução da construção, entendeu-se configurado o crime de estelionato contra entidade de direito público (art. 171, §3º do CP) por parte do presidente da comissão de obras, dos engenheiros responsáveis pelas medições e demais pessoas envolvidas na fraude.

¹⁰⁴ Em relatório aprovado na sessão plenária de 15 de março de 2018, a Comissão de Peritos do MESICIC-OEA recomendou “1.2.3.22. Considerar tipificar, de maneira específica, o crime de sobrepreço e superfaturamento na atividade contratual, atribuindo-lhe uma sanção pertinente à gravidade de tal conduta”. Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, 30ª Reunião da Comissão de Peritos, Relatório Final – Brasil, OEA/Ser.L, SG/MESICIC/doc.518/17 rev. 4, Washington, D.C., disponível em http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_bra_rep_por.pdf, Acesso em: 24.07.2019.

¹⁰⁵ Após aprovação no Senado Federal em 13/12/2016 (PLS 559/2013), encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o PL n. 6814/2017 (apensado ao PL n. 1292/95), que visa instituir uma nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, em substituição às atuais Leis n. 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), n. 10.520/2002 (Pregão) e n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), além de compilar temas hoje tratados por normas infralegais.

Assim, propõe-se a tipificação do crime de “superfaturamento” como uma forma especial autônoma de estelionato, com a seguinte redação:

Art. __. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo da Administração Pública, mediante sobrepreço ou superfaturamento em contrato administrativo ou seus aditivos.

Pena: reclusão, de quatro a doze anos, e multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

Essa opção por um crime autônomo justifica-se pelo fato de a própria Administração Pública (na sua moralidade, eficiência, imparcialidade) ser ofendida, e não apenas seu patrimônio. Além disso, a interpretação do crime de estelionato está consolidada no Direito brasileiro, o que facilita sua aplicação. A proposta traz o agente econômico para o centro da imputação, como autor de um crime comum contra a Administração Pública, e não como partícipe ou coautor de peculato. Ademais, o tipo passa a punir o atentado principal contra o erário, e não o crime acessório (fraude à licitação), que ocorre quase como um ato preparatório corriqueiro nesses casos.

As definições de contrato administrativo e Administração Pública seguem o disposto na legislação atual (art. 2º, parágrafo único, art. 6º, XI da Lei 8666/93), bastando acrescentar, em outro dispositivo, as definições de sobrepreço e superfaturamento, com descrição das práticas fraudulentas correspondentes,¹⁰⁶ tal como já previsto na Lei das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016).¹⁰⁷ A exemplo de outras normas penais da Lei de Licitações, o tipo proposto se vale de elemento normativo especial da ilicitude (“vantagem ilícita”) e demanda a integração de outras normas da própria lei, constituindo espécie de norma penal em branco.

A proposta busca contemplar os diferentes tipos de superfaturamento e as diversas espécies de contratos administrativos e seus aditivos firmados pela Administração Pública (fornecimento de bens e mercadorias, execução de obras, prestação de serviços, concessões, parcerias

¹⁰⁶ Vale destacar que não é o mero descumprimento contratual que configura a fraude, mas o engodo, o meio arbilioso, destinado a enganar a Administração e viabilizar a obtenção da vantagem indevida. Sobre a distinção entre fraude civil e fraude penal, vide BITENCOURT, C. R. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 186-188, 335; BALTAZAR JÚNIOR, José P. *op cit*, p. 204.

¹⁰⁷ Apesar do sobrepreço caracterizar um tipo de superfaturamento, optou-se por mencioná-lo de forma separada, tendo em vista o tratamento distinto que acabou sendo adotado na Lei 13.303/2016.

público-privadas, contratos sob o regime diferenciado de contratações públicas, etc).

A norma penal incriminadora tem como sujeito passivo a Administração Pública, direta e indireta, abrangendo todas as pessoas citadas no art. 85 da Lei 8666/93, e como sujeito ativo qualquer pessoa que concorra para o superfaturamento, seja funcionário público ou particulares ligados ao contratado. O elemento subjetivo é o dolo, consistente na vontade consciente de obter vantagem ilícita em prejuízo do erário, mediante superfaturamento ou sobrepreço no contrato administrativo.

O preceito secundário segue o patamar proposto no PLC n. 27/2017 (PL n. 4850/2016), em vista da reconhecida gravidade e lesividade das práticas destinadas ao desvio de recursos públicos. Havendo o envolvimento de funcionário público, cabível a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, “g” do Código Penal ou da causa de aumento do parágrafo 2º do art. 84 da Lei 8666/93, considerando a maior reprovabilidade de sua conduta, em razão do abuso de poder e do rompimento do vínculo de confiança com a Administração.

Por fim, como o tipo proposto está em estreita conexão com outros crimes contra a Administração, foi incluída uma cláusula de subsidiariedade expressa, para evitar dupla punição pelo mesmo fato e já resolver eventual concurso aparente de normas em favor do crime mais grave.

O Ministério Público Federal chegou a apresentar, em abril de 2018, uma Nota Técnica à Comissão Especial instituída na Câmara dos Deputados, destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6814/2017 (apensado ao PL n. 1292/95), que visa instituir uma nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.¹⁰⁸ Entre as propostas apresentadas estava justamente a tipificação do crime de superfaturamento em obras públicas, com redação similar ao texto proposto neste trabalho. Embora a proposta tenha sido acolhida em uma das versões do parecer apresentado pelo relator à Comissão Especial, ela acabou sendo excluída no texto final (subemenda substitutiva global),¹⁰⁹ que, no momento, aguarda deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados.

¹⁰⁸ Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%20PL%206814%20-%20versoao%20final.pdf>, Acesso em: 24.07.2019.

¹⁰⁹ Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1765896&filename=Parecer-PL129295-17-06-2019 . Acesso em 24.07.2019.

O texto proposto no PL até corrige a redação do *caput* do art. 96 da Lei 8666/1993, ao eliminar a restrição a licitações e contratos para aquisição de bens e mercadorias, porém os incisos continuam mencionando apenas bens e serviços, sem fazer referência a obras,¹¹⁰ mantendo, assim, a problemática ora existente acerca da tipificação penal do superfaturamento de obras públicas.

5. Conclusão

O superfaturamento de obras públicas é um dos instrumentos mais utilizados para desvio de recursos públicos no Brasil, com elevado potencial de lesividade para o erário.

Apesar disso, são escassas na doutrina jurídica nacional análises sobre as repercussões criminais das condutas relacionadas ao superfaturamento. O exame mais aprofundado desse tema tem ficado restrito ao campo da engenharia de custos, havendo, no máximo, algumas referências por parte de autores da área de direito administrativo, ao tratar de dispositivos da lei de licitações e precedentes dos Tribunais de Contas.

Este trabalho transitou entre essas várias searas com a finalidade de contribuir para aperfeiçoar o sistema jurídico-penal brasileiro em relação ao fenômeno do superfaturamento.

Na primeira parte, para adequada definição de superfaturamento (conjunto de certas práticas fraudulentas que propiciam a obtenção de vantagem indevida ao contratado e causam dano ao erário em contratos administrativos) e compreensão de seus tipos (por quantidade e qualidade, por sobrepreço, por jogo de planilha, por alteração de cláusulas financeiras e superdimensionamento), recorreu-se, predominantemente, à doutrina da

¹¹⁰ O art. 182 do PL propõe a inserção na Parte Especial do Código Penal, em um novo capítulo denominado “Dos crimes em licitações e contratos administrativos”, do art. 337-L (fraude em licitação ou contrato), com a seguinte redação: “Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:

I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidades diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;

II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;

III – entrega de uma mercadoria por outra;

IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;

V – qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

área de engenharia de custos, ao exame de textos legais e normas técnicas e à análise de precedentes do Tribunal de Contas da União.

Na segunda parte, focada na análise de tipos penais associados ao superfaturamento de obras públicas (peculato, crimes da lei de licitações e estelionato), foi realizado amplo levantamento da doutrina brasileira a respeito desses crimes, bem como pesquisa jurisprudencial, restrita aos Tribunais Superiores e aos Tribunais Regionais Federais, de ações penais envolvendo o superfaturamento de obras públicas e questões correlatas.

Percorridas essas etapas, é possível concluir que o tema do superfaturamento de obras públicas, embora bem desenvolvido no campo da engenharia de custos, carece de sistematização e adequado tratamento no âmbito do Direito Penal brasileiro. Por essa razão, foi apresentada proposta de redação para tipificação do crime de superfaturamento, como uma forma especial autônoma de estelionato, a ser incluído, preferencialmente, no novo diploma legal sobre licitações e contratos administrativos.

Referências

ABDUCH SANTOS, José Anacleto. *Contratos Administrativos: formação e controle interno da execução, com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.

ALTOUNIAN, Cláudio. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 4ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014.

BAETA, André Pachioni. *Orçamento e controle de preços de obras públicas*. São Paulo: Pini, 2012.

BALTAZAR JÚNIOR, José P. *Crimes Federais*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Tratado de Direito Penal*, vol. 5, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMPELO, Valmir. CAVALCANTI, Rafael Jardim. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CAMPITELI, Marcus Vinicius, *Medidas para evitar o superfaturamento decorrente dos “jogos de planilha” em obras públicas*. Dissertação. Universidade de Brasília. Brasília, 2006.

COSTA JR., Paulo. *Direito Penal das Licitações*, São Paulo: Saraiva, 1994.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Diretoria Técnico-Científica DA POLÍCIA FEDERAL, *Instrução Técnica n. 001/2010-DITEC*;

Diretoria Técnico-Científica DA POLÍCIA FEDERAL. *Orientação Técnica n. 001/2010-DITEC*;

FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal: parte especial*. v. 3, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FREITAS, André G. Tavares. *Crimes na lei de licitações*. 3ª ed., Niterói: Impetus, 2013.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. IV, 5ª ed., Niterói: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, vol. 9, Rio de Janeiro: Forense.

Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP. *Orientação Técnica OT – IBR 001/2006*. Disponível em http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/orientacao_tecnica.pdf. Acesso em 24.07.2019.

_____. *Orientação Técnica OT – IBR 002/2006*. Disponível em <http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/OT-IBR-02-2009-Ibraop-01-07-10.pdf>. Acesso em 24.07.2019.

_____. *Orientação Técnica OT – IBR do IBRAOP n. 005/2012*. Disponível em http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_-_IBR_005-2012.pdf. Acesso em 24.07.2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 1998, 5ª ed.

KLITGAARD, R. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: editora Jorge Zahar, 1994.

LIMA, M. C. *Sobrepreço de preços de referência e conluio – comparação de custos referenciais do DNIT e Licitações bem sucedidas*. V Seminário de Perícias de Engenharia Civil. Anais, p. 97-104. Brasília: outubro de 2009.

LOPES, Alan de Oliveira. *Superfaturamento de obras públicas*. São Paulo: Editora Pronto, 2011.

_____. *Perícia em obras rodoviárias: a experiência da fiscalização concomitante do lote 07 da BR 101/NE*. Encontro Técnico Nacional de Auditoria de Obras Públicas – ENAOP – Palmas/TO, 2012.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A impossibilidade de redução unilateral de preços pela Administração por alegação de superfaturamento*. Boletim de licitações e contratos, v. 10, n. 11, nov. 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, André. *Aspectos polêmicos de licitações e contratos de obras públicas*. São Paulo: Ed. Pini, 2013.

Michaelis. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em 24.07.2019.

MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Crime de peculato e suas espécies*. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Crimes contra a administração pública: aspectos polêmicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*, v. 4, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 10ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Matheus Miranda. *Os crimes na lei de licitações como consequência da expansão do direito penal*. In ALEIXO, Klelia Canabrava. FONSECA, Pedro H. C., *Perspectivas garantistas para as ciências criminais*. Belo Horizonte: DPlácido, 2016, p. 97-108.

PAGLIARO, Antônio; COSTA JR., Paulo José da Costa. *Dos crimes contra a Administração Pública*. 4ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade dos prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA, Gustavo Pimentel da Costa. *O mercado da construção civil para obras públicas como instrumento de auditoria: uma abordagem probabilística*. Dissertação de mestrado, Recife. Universidade Federal de Pernambuco, out. de 2002.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial*, v. 2, 2ª ed, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. CASTRO, Bruna Azevedo de. *Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações*, Revista dos Tribunais, vol. 957/2015, jul. 2015.

ROSE-ACKERMAN, Susan, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge University Press, 1999.

_____. *The political economy of corruption*. In Institute of International Economics, *Corruption and the Global Economy*, 1997.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SANCHÍS MIR, José Ricardo; GARRIDO GENOVÊS, Vicente. *Delincuencia de 'Cuello Blanco'*. Madrid: Instituto de Estudios de Policia, 1987.

SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO E PATRIMÔNIO (SEAP). *Manual de obras públicas - edificações: Práticas de Projeto, Construção e Manutenção de Edifícios Públicos Federais*, disponível em www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manual.htm. Acesso em 24.07.2019.

SILVA FILHO, Laércio de Oliveira e; LIMA, Marcos Cavalcanti; MACIEL, Rafael Gonçalves. *Efeito barganha e cotação: fenômenos que permitem a ocorrência de superfaturamento com preços inferiores às referências oficiais*. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasil. ano 42. n. 19, 2010.

STOCO, Rui et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, *Estudo sobre taxas referenciais de bdi de obras públicas e de equipamentos e materiais relevantes*. Brasília, maio de 2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, *Fiscobras 2018 consolida auditorias em obras por todo o Brasil*. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/fiscobras-2018-consolida-auditorias-em-obras-por-todo-o-brasil.htm>. Acesso em 24.07.2019.

OFENÔMENO DE CORRUPÇÃO CHAMADO “MANI PULITE”: CONSEQUÊNCIAS NORMATIVAS NO ORDENAMENTO PENAL ITALIANO E INSUCESSOS

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p253-275

Dout. Maristella Amisano
Professora de Direito Penal na Università della Calabria (Italia)

Recebido em: 18/06/2019

Aprovado em: 30/07/2019

Última versão do autor em: 28/08/2019

Área: Direito Penal

Sumário: 1. O significado histórico, político e social do fenômeno “mani pulite”. 2. As leis vigentes e os problemas da “procura di milano”. 3. Os problemas processuais. 4. As mudanças de lei. 5. Um balancete sobre a época de mani pulite. Referências.

1. O significado histórico, político e social do fenômeno “mani pulite”

No momento que a polícia entrou no escritório do Mario Chiesa para prendê-lo, ninguém sabia ainda que aquele fato teria mudado a história da Itália. A operação Mike Papa, depois chamada Mani Pulite, abriu a tampa sobre um sistema de corrupção enraizado, encardido no tecido econômico, social e político italiano. Mas não foi somente isso. ‘Mani pulite’ contribuiu em derrotar a “prima repubblica”, ou seja acabou com a forma de governar, a lei eleitoral e as pessoas que tinham governado o País depois da segunda guerra mundial até aquele momento. ‘Mani pulite’ mudou a política, mudou os políticos, mudou as leis, mudou a percepção social a respeito da corrupção. Os cidadãos se tornaram cientes dos rios de dinheiro que as empresas privadas passavam aos políticos, ganhando em troca licitações frequentemente inúteis

pelo bem público e leis feitas sob medidas: mecanismo que atrapalhou o crescimento do País, pois o interesse de poucos se antepôs ao bem comum e recursos enormes foram queimados, fazendo crescer o débito público de maneira exponencial.

As investigações mostraram que todos os partidos da maioria- aqueles que estavam governando o País- ou seja PSI, DC e PCI, receberam dinheiro dos empreendedores em troca de “favores”.

No 1993, por meio das investigações que seguiram à captura de Mario Chiesa, surgiu o escândalo Enimont: o grupo empresarial Ferruzzi- Montedison, que era o mais importante grupo químico do País, tinha dado uma “tangente”¹ de cerca de 150 bilhões de lire para forçar o Estado em comprar com preço muito caro a cota privada da sociedade química Enimont. O escândalo levou Raul Gardini, CEO do grupo, ao suicídio na cadeia: um dos homens mais poderosos do País naquele momento histórico foi o primeiro que não aguentou as consequências das investigações de ‘mani pulite’ e escolheu a morte à cadeia.

Mas o escândalo que mais teve consequências sociais foi o que surgiu na saúde pública. Até quando de Lorenzo foi designado Ministro da saúde pública, os partidos não tinham interesse em receber dinheiro das indústrias farmacêuticas: quando existiam, adações eram poucas e a entidade era mínima. Quando De Lorenzo se tornou Ministro, tudo mudou: ele implementou o sistema das dações indevidas de dinheiro e chegou a criar um sistema onde o dinheiro não era somente finalizado em financiar os partidos políticos, mas ele mesmo pressionava para obter dinheiro para si. Ele ameaçava de excluir certos remédios do prontuário dos fármacos que o Estado reembolsava aos pacientes. Desse jeito, ele ameaçava às indústrias farmacêuticas um prejuízo indevido em troca de dinheiro.

As investigações na época de ‘mani pulite’ não pouparam nem os magistrados, pois alguém declarou durante o interrogatório que podia ser comprado também o terceiro poder do Estado, ou seja, que era possível dar dinheiro aos juízes para que eles manipulassem as sentenças.

O fenômeno ‘mani pulite’ teve várias consequências em todos os âmbitos. Conhecer esse sistema de propinas entre as empresas e os políticos distanciou os cidadãos da política, assim que nas eleições que seguiram o primeiro escândalo todos os partidos que tinham governado

¹ ‘Tangente’ é a palavra com a qual na língua italiana identifica-se a dação de dinheiro em troca de utilidade indevida.

a Itália na assim dita “prima repubblica” foram derrotados e ganharam partidos nascidos para protestar contra as roubarias dos políticos. Emblemática a vitória do partido da Lega nord, que evidenciava as enormes diferenças econômicas e sociais entre o sul e o norte do País, querendo uma espécie de separação que deixasse o norte, mais desenvolvido e produtivo, se soltar do sul, atrasado e cheio de problemas de criminalidade. Mas foi a propaganda que o partido da Lega Nord fez que teve sucesso e levou a ganhar as eleições. O slogan era: “Fuori Roma ladrona”. A ideia era valorizar o trabalho da Procura de Milão que estava investigando os casos de corrupção no interesse do País e criticar os políticos que estão em Roma sò roubando e voltando as costas ao País. Já disse que até o sistema de eleição foi mudado: de um sistema proporcional, que dava conta no Parlamento de todos os partidos presentes no território nacional em relação à percentual de votos ganhos, a Constituição republicana foi mudada e foi introduzido o sistema “maggioritario”: ganha as eleições e pode governar o País quem obtém mais votos. Se criaram assim dois grupos contrapostos: quem ganhava era a maioria, quem perdia as eleições era a oposição. Sistema que ainda permanece e que caracteriza a democracia italiana, mesmo que o sistema eleitoral ainda hoje não seja considerado adequado às exigências de estabilidade do País.

Na verdade, 25 anos depois de ‘mani pulite’, ainda a interpretação que foi dada daquele momento histórico está incerta: não tem acordo entre quem acha que a ‘seconda repubblica’ foi causa do trabalho do Ministério público de Milão ou foi efeito dele. Mesmo a maioria das pessoas achando hoje dia que ‘mani pulite’ foi uma operação boa, tem uma parte da opinião pública que acha que ‘mani pulite’, de fato, através da obra do Ministério público, realizou um verdadeiro golpe.

De qualquer forma, ‘mani pulite’ quebrou o sistema anterior e foi o momento mais difícil de uma grave crise do sistema em que o poder dos magistrados pendia em cima da política.

2. As leis vigentes e os problemas da “procura di milano”

Do ponto de vista estritamente jurídico, os fatos que os culpados contavam durante os interrogatórios aos “pubblici ministeri” estavam dentro de uma área cinzenta entre os crimes de ‘concussione, corruzione e finanziamento illecito ai partiti’. Não é este o lugar onde explicar os critérios de uma comparação jurídica que leve em conta as diferenças dos sistemas jurídicos e da redação dos delitos. Para simplificar, posso dizer que os fatos que os culpados contavam podiam realizar corrup-

ção, concussão e ilícito financiamento aos partidos políticos. Por alguns deles não tinha um esquema jurídico perfeito e o caso ficava entre a corrupção e a concussão. A diferença entre concussão e corrupção foi desde sempre um assunto muito debatido pela doutrina italiana e muito importante. Não se trata somente de questão de definição. É importante colocar o fato que aconteceu na realidade sob a norma certa para definir o crime, mas, mais do que isso, as consequências sancionatórias são muito diferentes entre o delito de concussão e os vários delitos de corrupção. E tem mais. Uma distinção certa entre os dois crimes evita que um prevaleça sobre o outro, chegando até a uma revogação implícita de um crime e a uma sobre aplicação do outro.

Vários foram os critérios utilizados pela doutrina para diferenciar os crimes de corrupção e concussão. Para tentar uma síntese, posso dizer que os critérios principais foram três. O critério mais antigo e que se baseava na relação que acompanhava o código penal de 1930, é o da iniciativa: a subsunção no crime de concussão ou corrupção dependeria de quem tomou a iniciativa. Nesse sentido, um funcionário público que tome a iniciativa de pedir ou deixar entender que está pedindo dinheiro ou outra utilidade para fazer um ato do seu ofício ou contrário aos deveres do seu ofício realiza sempre o crime de concussão. Mas hoje esta solução parece simplista. Não é sempre fácil entender quem tomou a iniciativa e essa solução daria problemas interpretativos no caso que o privado tomasse a iniciativa de corromper o funcionário público e, durante a tratativa, o funcionário mesmo mudasse os termos do acordo. Outro critério utilizado para diferenciar concussão e corrupção é o da superioridade ou igualdade: seria crime de corrupção cada vez que entre privado e funcionário público tem uma igualdade de condição que permita de chegar a um acordo; seria crime de concussão quando o funcionário público se ponha em posição de supremacia, assim de criar medo no privado e forçá-lo a pagar. No primeiro caso teria uma livre contratação, mesmo com base criminosa; no segundo caso a vontade do privado seria constricta. Mas esse critério também não foi considerado suficiente, pois pode chegar a um acordo mesmo depois de coação.

O único critério que pus todos de acordo, mesmo a jurisprudência dos Tribunais, foi o critério do *metus publicae potestatis*. Esse foi o discrimine usado na época de ‘mani pulite’, pois foi considerado o único capaz de destacar os aspectos reais e psicológicos, além de jurídicos, do fenômeno. A base é que não necessariamente a vontade do privado

deve ser azerada, mas deve ser condicionada por causa do medo que ele tem que o funcionário público prejudique ele se ele não pagar. Até sem pedido explícito do funcionário público: frequentemente as pressões maiores são as mais disfarçadas.

Na prática esse critério apresenta algumas dificuldades aplicativas, tanto que o Grispigni chegou a dizer: “Insomma, c’è chi si illude di essere un concusso per poter impunemente essere corruttore”². Por isso foi feita a distinção entre *lucro captando* e *damno vitando*: trata-se de corrupção quando o privado *certat de lucro captando*, ou seja quer tirar um proveito; trata-se de concussão quando o privado *certat de damno vitando*, alias tenta de evitar um prejuízo. Pensando dessa forma, podemos dar conta também da diferença entre corrupção e concussão a respeito do interesse tutelado pela norma incriminatória. A concussão protege o interesse da coletividade que o funcionário público não abuse da sua função para obter vantagens indevidas; a corrupção protege o interesse da coletividade que o funcionário público não venda a função dele. São interesses próximos, mas diferentes.

As dificuldades que os “Pubblici ministeri della procura di Milano” encontraram quando precisaram traduzir em termos jurídicos os fatos de ‘mani pulite’ não se limitaram a essa.

O que aconteceu frequentemente era que o funcionário público não entrava em contato com o privado constringindo ou pedindo; nem o privado entrava em contato com o funcionário público querendo comprar a função dele. Geralmente o operador económico entrava em contato com uma estrutura da pública administração para obter uma licitação, um contrato ou algo assim e sentia uma espécie de pressão ambiental que o levava a querer pagar. Seria o que è chamado de ‘corruzione ambientale o sistemica’.

A respeito da ‘corruzione ambientale o sistemica’ na época de mani pulite se realizou a maior fratura entre a doutrina italiana e a jurisprudência dos Tribunais. Foi um dos maiores casos onde a jurisprudência fechou os olhos sem levar em conta todos os problemas de compatibilidade com os princípios do ordenamento que a doutrina tinha ressaltado. A aplicação prática, a vontade de punir fatos que a consciência comum queria que fossem sancionados, levou a colocar de lado as garantias que nunca podem ser esquecidas para se manter dentro do Estado de direito. Vou abrir aqui uma parêntese: nunca se pode prescindir dos princípios

² GRISPIGNI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Ricerche, Roma, 1953, p. 163.

constitucionais. Nenhuma emergência ou situação temporária pode permitir que sejam negligenciados os princípios indispensáveis para que a democracia seja preservada. Se as normas são insuficientes para enfrentar uma emergência é o legislador que deve intervir, sem que os juízes possam fornecer uma interpretação ilegítima que satisfaça o senso moral comum daquele momento histórico e social.

O primeiro passo é verificar se a corrupção ambiental possa ser reconduzida dentro de uma norma penal que já existe ou não. Mas, antes de tudo, temos que procurar uma definição de corrupção ambiental. Essa tarefa, que parece ser fácil, apresenta muitas dificuldades: muitas são as definições de corrupção ambiental e não são parecidas entre elas, mas sim muito diferentes nos elementos essenciais.

A maneira mais comum com a qual a doutrina define a corrupção ambiental é aquela corrupção que não é feita por um único ato corruptivo, mas por muitos fatos que se tornam hábito. Essa definição é prevalentemente sociológica, pois não define os elementos do crime, assim que parece que precisa referir-se às normas de corrupção comuns. De fato, não seria o crime de corrupção que muda com a corrupção ambiental, mas seria a frequência com a qual se verificam os fatos criminosos. Se fosse assim não teria problema interpretativo nenhum, todos os problemas seriam os mesmos que as normas de corrupção apresentam. Mas tem outras definições de corrupção ambiental. Frequentemente se fala³ que a corrupção ambiental é um fenômeno de corrupção que tem, como elemento peculiar, a influência do ambiente. Mas influenciar é conceito que lembra mais a concussão do que a corrupção. Tanto que certa doutrina acha melhor falar de concussão ambiental do que de corrupção ambiental. Até agora parece que as diferenças com as normas sobre a corrupção sejam externas e que não tenham nada a ver como a construção da mesma norma. Mais uma vez parece que as definições de corrupção ambiental cheguem a ressaltar o elemento sociológico e não estritamente jurídico. O que preocupa, do ponto de vista jurídico, é que a corrupção ambiental para ser realizada não precisaria de um ato do ofício do funcionário público individualizado. Poderia ter corrupção ambiental sem que a comercialização ilícita tenha como objeto um ato determinado, podendo ser simplesmente um jeito para manter um “bom relacionamento” com a administração pública. Seria uma forma de pagar para ter, no futuro, quando precisar, um favor do funcionário público.

³ RAMPIONI, *I delitti di corruzione. Studi sui casi*, Cedam, Padova, 2008, p.143ss.

Aqui está o ponto nodal. Segundo as leis vigentes na época de ‘*mani pulite*’ não podia se realizar o crime de corrupção se o ato do funcionário público pelo qual o privado prometia ou dava dinheiro ou outra utilidade não fosse especificamente determinado. Não se realizava crime quando o pagamento fosse para a realização de um ato não determinado e específico do funcionário público. Não podia se realizar crime, pois esse fato estava fora da previsão da norma. Mas as exigências práticas da jurisprudência de punir o maior número possível dos fatos descobertos para que ‘*mani pulite*’ não acabasse em vão levou-a a considerar que a individualização específica do ato que o funcionário público se comprometeu em fazer não era necessária. As normas relativas à corrupção não deviam ser interpretadas no sentido formal: ato de ofício poderia ser qualquer comportamento que prejudique os deveres de lealdade e imparcialidade que devem ser observados por os funcionários públicos. Assim pensando, se realizaria corrupção ambiental cada vez que o privado deu dinheiro ao funcionário público para ter favores em troca. Favores genéricos, sem necessidade de ser individualizados. Segundo a jurisprudência, o que seria imprescindível é que o ato objeto da corrupção seja ato que cai dentro das funções do funcionário público. Em resumo, o ato pode não ser individualizado *ab iníicio* mas deve estar dentro dos atos de competência do público funcionário.

Assistimos assim a uma inversão lógica. Não é a jurisprudência que deve mudar o conteúdo de uma norma conforme aos valores sociais daquela época: somente o legislador tem poder de intervenção. É a sociedade que seleciona os bens considerados mercedores de tutela; é sempre a sociedade que, entre esses bens, individua os que precisam de uma tutela mais forte e se forem prejudicados levam à sanção penal. As normas não são que a transposição em termos jurídicos da sensibilidade social. E a evolução social costuma ser bem mais rápida do que a obra do legislador. Por um lado, essa é uma consequência inevitável, por outro lado o legislador age com muita lentidão. Mas é somente o legislador que pode criar normas ou modifica-las. A conclusão é que durante o período de mão limpas foram punidos como corrupção ambiental fatos que não eram conforme às normas vigentes de corrupção. Com a consequência, muito provavelmente, de agradar a opinião pública, mas também de pisotear os princípios sobre os quais o nosso ordenamento democrático se funda.

Mas esse não foi o único problema de interpretação que a Procura de Milão encontrou na época de ‘*mani pulite*’. Para entender melhor,

temos que lembrar as normas vigentes na época em relação aos crimes de corrupção.

Os artigos do código penal que puniam a corrupção e que são vigentes até agora, tendo sofrido poucas modificações, eram os artigos 318, 319 e 321 c.p. . Dentro do próprio artigo 318 e dentro do artigo 319 são punidas várias condutas. O artigo 318 descreve a corrupção pelo exercício das suas funções⁴ e pune o funcionário público que, para exercer a sua função, recebe indevidamente para si ou para outrem, ou simplesmente aceita a promessa de dinheiro ou outra vantagem. A doutrina italiana chama esse delito de corrupção imprópria, antecedente e passiva. A corrupção se define imprópria, pois o funcionário público recebe dinheiro ou a promessa de dinheiro ou outra vantagem para cumprir um ato que cabe dentro das suas funções do ofício. Ele não vai realizar um ato indevido, mas sim um ato legítimo e que cai dentro das suas funções. A corrupção é antecedente, pois o dinheiro é dado ou prometido antes que o funcionário público realize o ato. É como se o funcionário fosse incentivado à realização do ato por meio da vantagem que ele obtém. O dinheiro se torna o estímulo para ele realizar o ato conforme aos seus deveres. Enfim, a corrupção se considera passiva: o réu é o funcionário público, não é o privado que dá o dinheiro e que está punido por outra norma.

O artigo 319⁵ c.p. pune o funcionário público que, para omitir ou atrasar ou para ter omitido ou atrasado um ato conforme aos seus deveres, ou para fazer ou para ter feito um ato contrário aos deveres da sua função, recebe, para si ou para outrem, dinheiro ou outra vantagem ou aceita a promessa.

Esse é um artigo central da disciplina penal da corrupção. Nessa norma estão contidos vários fatos, punidos em via alternativa e com a mesma pena. Se trata de corrupção própria: é corrupção para fazer ou ter feito algo contrário aos deveres do público ofício. O funcionário público recebe uma vantagem indevida para realizar atos indevidos, não

⁴ Art. 318 c.p. vigente na época de ‘mani pilite’: “Corruzione per un atto d’ufficio”: “ Il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro o altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d’ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno”.

⁵ Art. 319 c.p.: “Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da tre a cinque anni”.

conforme aos deveres inerentes a sua função. A conduta equipara a omissão e o atraso de um ato conforme aos seus deveres à realização de um ato contrário às suas funções: ambas as condutas são ilícitas e lesionam o bem tutelado que é a imparcialidade da atividade da administração pública. Dentro desse mesmo artigo estão delineadas seja a corrupção antecedente seja a corrupção subsequente: no primeiro caso a vantagem é dada ou promessa antes que o ato ilícito seja realizado; no segundo, a vantagem é dada depois da realização do ato, quase como se fosse uma retribuição. O artigo 319 é de novo uma forma de corrupção passiva, pois o réu não é o privado mas sim o funcionário público.

Nos artigos 318 e 319 estão todas as formas de corrupção passiva: própria, imprópria, antecedente, subsequente. Falta ainda individuar a corrupção ativa. O artigo 321⁶ c.p. dispõe que as mesmas penas impostas pelos fatos dos artigos 318 e 319 se aplicam ao privado que deu ou prometeu ao funcionário público dinheiro ou outra vantagem para si ou para outrem. O que muda na corrupção ativa é o réu. É como se tivessem duas formas de cada tipo de corrupção: uma pune o funcionário público e a outra pune o privado pelos mesmos comportamentos. É uma técnica de redação normativa que o legislador usou aqui para tentar ser mais esquemático e evitar eventuais dificuldades de interpretação⁷.

Essa era a normativa dentro da qual a Procura de Milão precisou encaixar os fatos que surgiram na investigação de ‘mani pulite’. Mas essas normas, antes da maciça aplicação durante a época de ‘mani pulite’, já tinham criado alguns problemas de aplicação prática. O primeiro problema –inclusive um dos mais importantes– era referente ao momento de realização do crime, aliás quando podemos dizer que todos os elementos necessários do crime, objetivos e subjetivos, se realizaram, assim que o crime pode se dizer consumido. O delito de corrupção se realiza quando o funcionário público aceita a promessa de dinheiro ou quando recebe o mesmo? A solução do problema tem reflexos práticos de grande importância. O momento da realização do crime determina o Tribunal competente ao julgamento e determina também o momento a partir do qual é calculada a prescrição do crime.

⁶ Art. 321 c.p.: “Le pene stabilite nel primo comma dell’articolo 318, nell’art. 319, nell’art. 319 bis, nell’articolo 319 ter e nell’art. 320 in relazione alle suddette ipotesi degli artt. 318 e 319, si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all’incaricato di un pubblico servizio il denaro o altra utilità”

⁷ Na verdade, o artigo 321 na forma daquela época punia somente o privado no caso da corrupção impropria antecedente e não da subsequente.

O problema da Procura de Milão era justamente isso: adiar o momento de realização do crime para tentar adiar o momento da prescrição, pois os julgamentos estavam demorando tanto que o risco era que todos os delitos acabassem prescritos.

Geralmente, se for realizada somente uma das duas condutas descritas nas normas, ou seja se o funcionário só aceitou a promessa sem receber o dinheiro ou se o funcionário público só recebeu o dinheiro sem nenhuma promessa anterior, o crime se considera realizado e consumido com a conduta de aceitar a promessa ou receber o dinheiro. A questão muda quando o funcionário público antes aceita a promessa e depois recebe, conforme à promessa, o dinheiro (ou outra vantagem para si ou para outrem). Quando se consome o delito? Na hora da promessa aceita ou na hora do dinheiro recebido? Doutrina e jurisprudência, até os anos '90 antes de 'mani pulite', concordavam que o momento de realização do crime era aquilo da aceitação da promessa. Que era o jeito comum de interpretação no caso de condutas alternativas: já a primeira consome o crime, pois já é lesionado o bem que a norma penal queria proteger. Quando o funcionário público aceita a promessa de dinheiro ou outra vantagem é lesionada a imagem da administração pública, mesmo que no futuro o funcionário não chegue a receber o dinheiro que foi lhe prometido. De fato, no caso que ele não receba, o crime está realizado justamente no ato da promessa. Tudo seria conforme aos princípios de interpretação que sempre foram seguidos.

Mas depois de 'mani pulite' nasceu a exigência de evitar que os delitos fossem prescritos, assim que a doutrina não mudou a forma de raciocinar mas a jurisprudência mudou sim. As pronúncias começaram justamente do Tribunal de Milão e afirmaram que se tiver promessa e depois dação de dinheiro ou outra vantagem, o crime se realiza non momento da dação. Os juízes motivaram esse *revirement* opinando que o prejuízo à administração pública de aceitar a promessa fica absorvido no maior prejuízo de aceitar o dinheiro. Mas essa forma de pensar era conforme às exigências de adiar a prescrição, não à exigência de correta aplicação da lei penal.

Foi assim que, pela primeira vez, não foi a doutrina que orientou a jurisprudência, mas o contrário: depois de um tempo no qual a doutrina ficou parada na opinião dela, vários autores começaram aderir à opinião do Tribunal de Milão. Só que a adesão não veio por causa de uma mudada interpretação das normas, mas veio para apoiar, do ponto de vista social e político, o trabalho de investigação da Procura de Milão. Pela primeira vez a política e o direito se misturaram de forma

tão descoberta, pisando em cima da correta interpretação da lei. As consequências foram imensas: se pense numa promessa e, em seguida, uma dação de dinheiro. Se o crime se realiza com a dação, isso significa que ter aceitado a promessa realiza tentativa de corrupção. Mas aceitar a promessa, conforme as normas, já é realização do crime, não tentativa. Isso criou uma grande confusão que nem ajudou no combate a corrupção, pois quando a interpretação da norma se torna obscura é muito fácil desfrutar os pontos fracos para fugir de uma condenação.

Mais uma vez temos que lembrar que o direito deve ser livre e independente de preconceitos e visões políticas. A política não pode perseguir suas finalidades através da manipulação do direito.

Outro problema de interpretação muito grande que a Procura de Milão encontrou durante a época de ‘mani pulite’ foi a definição de ato de ofício do público funcionário. Quando é que podemos dizer que um dado ato cabe nas funções do funcionário público? Só sabendo que aquele ato está abstratamente dentro das funções do funcionário público poderemos falar em corrupção. O que complica a coisas é que parte da doutrina italiana divide entre deveres genéricos e deveres específicos do funcionário público. Enquanto os deveres específicos são típicos do ofício do funcionário público, os deveres genéricos são os deveres de lealdade e imparcialidade etcetera que concernem todos os funcionários públicos. Entender os deveres de uma forma ou da outra tem consequências muito diferentes. Se os deveres do funcionário público são simplesmente genéricos, cada ato cometido por ele que prejudica a imagem da administração pública já realiza o delito de corrupção. Segundo a interpretação mais restritiva, a corrupção será realizada somente quando o funcionário público faça um ato que cabe nas suas tarefas específicas. A questão é sutil, vale a pena fazer um exemplo. Vamos supor que o diretor da junta comercial possa conceder o CNPJ de uma empresa só verificando todos os documentos apresentados. Se ele foi corrupto para conceder o CNPJ, mesmo tendo verificado que a sede da empresa é fictícia, ele emite igualmente o CNPJ: assim ele foi corrupto pela realização de um ato que cabe dentro das mansões do funcionário público. Vamos pensar no caso de um funcionário da Junta comercial que não tenha entre suas funções a atribuição do CNPJ. Ele foi pago para que não fosse concedido o CNPJ por uma empresa potencialmente concorrente do corruptor. E vamos supor que ele entre escondido dentro do escritório de outro funcionário da Junta deputado à emissão do CNPJ e esconda o arquivo para que não possa ser exami-

nada a documentação pela concessão do CNPJ. O funcionário público alcançou o objetivo pelo qual foi pago, mas não foi através da comissão de um ato do ofício dele; foi fazendo algo contrário a seus genéricos deveres de lealdade e imparcialidade da Administração pública.

Segundo a interpretação mais restritiva do ato de ofício, nesse último caso não se realizaria o crime de corrupção; segundo a outra forma de interpretar a norma, a corrupção se realizaria. Durante a época de ‘mani pulite’ se afirmou a segunda opinião, devido a necessidade que fosse punida a maior parte dos atos lesivos, de qualquer forma, da Administração pública. Mas, na teoria, o problema não mudou.

Muito próximo a esse problema interpretativo tinha outro: o ato do funcionário público objeto de corrupção deve ser individuado ou não? É necessário que o funcionário público seja pago pela realização (ou não realização) de um ato individuado no momento da corrupção ou se realiza corrupção mesmo se o funcionário público receba dinheiro ou outra vantagem para fornecer uma ajuda genérica, mesmo futura ou eventual? A letra da lei, nesse aspecto, é clara: não realiza corrupção um ato que não seja previamente objeto de específico acordo. Falar de ajuda genérica lembra a corrupção ambiental que, como vimos, não era punida na época de ‘mani pulite’.

3. Os problemas processuais

É opinião comum que na época de «mani pulite» foram celebrados muitos processos: a amplitude do fenômeno e a eco mundial que seguiu deixa pensar num momento histórico onde o Tribunal de Milão celebrou centenas de processos de corrupção. Mas a realidade foi muito diferente. Os procedimentos foram realmente muitos. Mas temos que fazer diferença entre procedimentos e processos. O Novo código do processo penal de 1988 distinguiu entre fase do procedimento e fase do processo. A fase do procedimento inclui a abertura das investigações e toda a fase até a audiência preliminar, onde o juiz deve decidir se levar um crime ao julgamento ou não. Somente quando o juiz decide pelo julgamento se abre uma fase nova na qual, depois das questões preliminares, é aberto o «dibattimento», ou seja o lugar onde cada parte exercita o direito das provas, e começa o processo. Tudo o que vem antes desse momento é «procedimento». Como veremos, os procedimentos na época de «mani pulite» foram muitos, mas os processos foram poucos a respeito da multidão de acusações e investigações. Entre 1992 e 1994 as condenações foram no total 1.281.516 foram “patteggiamenti” antes do

processo; 104 foram procedimentos de condenação com rito abbreviato; 345 foram “patteggiamenti” durante o processo e somente 316 foram condenações depois de julgamento. Para entender os dados temos que entender o que é «patteggiamento» e o que é «rito abbreviato».

Entre as maiores inovações do código do processo penal de 1988 estão os “riti deflattivi del dibattimento”⁸. O ponto de partida é que cada processo, onde as partes levam provas, demora muito e dá muito trabalho ao sistema da justiça. O fato dos processos demorarem muito afasta os cidadãos da justiça e faz como a pena seja sempre inadequada, pois irrogada muito tempo depois da comissão do crime. Foi por tentar solucionar essa situação que o legislador do novo código do processo introduziu algumas formas de resolver os casos evitando o processo tradicional. Uma dessas formas, que agora é uma das mais usadas, é o “patteggiamento”. A expressão literalmente significa negociação, acordo, mas a titulação da norma é “Applicazione della pena su richiesta”, ou seja aplicação de uma pena que foi requerida. Veremos quem quis a aplicação da pena, em quais casos e porque através a leitura da norma. O artigo 444 do código do processo penal na formulação atual –que é bem diferente da formulação vigente na época de ‘mani pulite’ mas que mesmo assim podemos utilizar, pois não foram mudados os elementos essenciais– dispõe⁹: “O imputado e o ministério público podem pedir ao

⁸ Ritos que evitam o julgamento.

⁹ Art. 444 c.p.p.: “L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

1 bis. Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600 bis, 600 ter, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600 quater, secondo comma, 600 quater 1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600 quinquies, nonché 609 bis, 609 ter, 609 quater e 609 octies del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria .

1-ter. Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater e 322 bis del codice penale, l'ammissibilità della richiesta di cui al comma 1 è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato.

2. Se vi è il consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta e non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, il giudice, sulla base degli atti, se ritiene corrette la qualificazione giuridica del fatto,

juiz a aplicação, na espécie e na medida indicada, de uma sanção substitutiva ou de uma pena pecuniária, reduzida até um terceiro, ou de uma pena detentiva quando essa, consideradas as circunstâncias e reduzida até um terceiro, não ultrapasse cinco anos, sós ou juntos com a pena pecuniária (...). A única diferença com a norma atual é que na época de ‘mani pulite’ a pena não devia ultrapassar dois anos, mas o mecanismo é o mesmo: as duas partes envolvidas no procedimento, ou seja quem faz a acusação e quem defende, acham um acordo de pena que deve ser submetida à avaliação do juiz. Se o juiz não encontra vícios, deve aplicar a pena que foi concordada. Essa pena é o resultado da pena que acusação e defesa acham justa e da redução de até um terceiro. Redução que premia quem quis evitar a disputa processual. Tem um acordo sobre uma pena e essa vem reduzida de uma dada quantia, que pode chegar até um terceiro da pena concordada. Mas esse não é o único benefício que esse rito alternativo fornece ao réu. Na versão original do código, aquela vigente na época de ‘mani pulite’, a pena não podia ultrapassar os dois anos globais (só a pena detentiva ou a pena detentiva junta com a pena pecuniária) e isso significava estar dentro dos limites de outro instituto extremamente importante: a suspensão condicional da pena. Dentro de uma pena de dois anos, o juiz, acertada a falta de periculosidade social e verificado que é improvável que o réu volte a cometer crimes, pode suspender a pena, ou seja pode evitar que a pena seja cumprida. Isso quer dizer que o “patteggiamento” não somente permitia ao réu de concordar uma pena, que era ainda reduzida, mas os limites previstos por essa pena muito provavelmente o levavam à suspensão condicional, ou seja, à não cumprir a pena mesma. E tem mais. Para incentivar esse tipo de solução alternativa ao processo, o legislador esclareceu que o “patteggiamento” não é sentença de condenação. O réu pode escolher chegar a um acordo com quem acusa ele porque não quer enfrentar as consequências de um processo público, não quer enfrentar a demora

l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti, nonché congrua la pena indicata, ne dispone con sentenza l'applicazione enunciando nel dispositivo che vi è stata la richiesta delle parti. Se vi è costituzione di parte civile, il giudice non decide sulla relativa domanda; l'imputato è tuttavia condannato al pagamento delle spese sostenute dalla parte civile, salvo che ricorrano giusti motivi per la compensazione totale o parziale. Non si applica la disposizione dell'articolo 75, comma 3 .

3. La parte, nel formulare la richiesta, può subordinarne l'efficacia alla concessione della sospensione condizionale della pena. In questo caso il giudice, se ritiene che la sospensione condizionale non può essere concessa, rigetta la richiesta.

de um processo, a vergonha, os custos e assim por diante. Concordar a aplicação de uma pena não é portanto sinônimo de condenação mas de uma escolha processual. Com todas as consequências de ressarcimento do prejuízo etc.. que isso significa.

O acordo entre as partes que é a base do “patteggiamento” pode acontecer na mesma fase da investigação, assim que se o juiz avalia a pena concordada de forma positiva o processo não vem celebrado; ou pode acontecer na primeira audiência do processo, antes que seja aberto o “dibattimento”, ou seja o julgamento. Olhando os dados divulgados pelo Tribunal de Milão, no total teve 861 procedimentos que acabaram com o “patteggiamento”. O processo foi celebrado em somente 316 casos e não todas foram condenações. Frequentemente foi alegada a falta de provas ou, melhor, de “riscontri”, ou seja de elementos que não constituem provas mas que confirmam elas. O aspecto pior foi que a maioria dos processos celebrados se concluíram com a prescrição dos crimes alegados. Durante a demora dos processos foram feitas muitas leis a respeito da prescrição, que criaram o suspeito de ser feitas justamente para deixar prescritos muitos dos delitos descobertos através da operação ‘mani pulite’.

4. As mudanças de lei

O direito penal tem como fim fortalecer o senso de segurança social e, para fazer isso, o legislador deve selecionar os interesses que a sociedade considera precisar mais de tutela e criar leis que protejam os mesmos interesses. Sempre tem, por causa das diferentes velocidades de desenvolvimento que a sociedade e o direito tem, uma dyscrasia, ou seja, sempre o direito penal está atrasado em proteger interesse que a sociedade há tempo já considerou merecedores de tutela. Mas nesse caso a demora com a qual a lei se conformou aos interesses prevalentes na sociedade civil foi realmente absurda.

Mesmo a operação ‘mani pulite’ tendo evidenciado os problemas de interpretação das normas que já illustrei, a ação do legislador foi sempre e só aquela de aumentar a pena edital prevista pelos crimes de corrupção, sem mudar a estrutura dos crimes. Tivemos que esperar 20 anos para ver uma real mudança nas atitudes do legislador no combate a corrupção através da lei número 190 de 6 de novembro de 2012, titulada “Prevenção e repressão da ilegalidade e corrupção na administração pública”. Nas intenções o legislador parecia ser muito firme no combate a corrupção. A primeira parte da lei contem regras a respeito da reforma da organi-

zação da Administração Pública. Dentro de cada administração é criado um órgão de fiscalização e essa atitude é muito importante quanto ao combate a corrupção, mas ainda não é norma penal. Essa lei reformou profundamente o delito de concussão, que foi separado em duas diferentes normas para conter todos os possíveis casos que ficavam fora da normativa anterior. Quanto a corrupção, mudou o artigo 318, a partir da titulação, que agora é “Corrupção pelo exercício da função”. A norma na versão atual pune o funcionário público que, para exercer suas funções, seus poderes, indevidamente recebe para se ou para outrem, dinheiro ou outra vantagem ou aceita a promessa disso. A pena é da reclusão de 1 até 5 anos”. Comparando essa forma de corrupção com aquela descrita no antigo artigo 318, se vê que a diferença toda está no ato realizado pelo funcionário público, que foi objeto- como já falei- de muitas disputas em doutrina e jurisprudência vigente a normativa antiga. O legislador tomou posição: não precisa mais, para que tenha corrupção, que o funcionário público realize um ato que cabe dentro das suas específicas tarefas; o importante é que ele faça algo que cabe dentro das suas genéricas funções. Assim o âmbito de aplicação da norma está maior e todos os comportamentos que antigamente tinha dúvidas para coloca lós dentro da norma da corrupção agora realizam o crime.

Outra novidade da lei de reforma concerne o adverbio “indevidamente”. Com a normativa antiga a doutrina e a jurisprudência interpretavam o adverbio achando que fosse necessário um relacionamento de proporção entre o ato realizado pelo funcionário público e o valor recebido. Segundo a lei de reforma, qualquer vantagem indevida realiza corrupção, independentemente do valor recebido pelo público funcionário, pois qualquer valor é indevido.

A reforma, na minha opinião, foi oportuna e útil no combate efetivo à corrupção.

Discurso diferente deve ser feito a respeito da forma de corrupção do artigo 319, que, sendo a corrupção própria, é a mais importante. A reforma limitou-se no aumento das penas editais, no mínimo e no máximo. Como já disse, duvido muito que esse constitua um combate mais forte à corrupção.

A reforma mexeu em outro ponto de grande importância. Antes disse que um dos problemas que a Procura de Milão encontrou durante a época de ‘mani pulite’ foi a falta de uma norma explicita que punisse a corrupção ambiental, ou seja quando o funcionário público recebe dinheiro ou outra vantagem para ter uma geral benevolência, sem que

seja concordado o ato específico que ele deve cometer. Com toda certeza trata-se de forma de corrupção insidiosa, que merecia ser punida. O legislador da reforma acrescentou no código penal o artigo 346 bis, titulado “Trafico de influencias ilícitas”. A norma introduzida recentemente é bem detalhada e pune qualquer um que, desfrutando relações existentes com funcionários públicos, indevidamente se faz dar ou prometer, para si ou para outrem, dinheiro ou outra vantagem patrimonial como preço da sua mediação ilícita com o funcionário público, para remunerá-lo para ter cumprido um ato contrário aos seus deveres funcionais, ou para ter omitido ou atrasado um ato do seu ofício. A pena é da reclusão de 1 até 3 anos e pode ser punido também quem deu o dinheiro¹⁰.

Essa norma pune o mediador e pune o privado que deu o dinheiro, não pune o funcionário público. E isso poderia parecer uma falha da lei, mas não é, pois o funcionário público é punido por corrupção própria, ex artigo 319 c.p.. Mas tem um porém. Segundo o artigo 319 o funcionário público para ser punido deve realizar um ato contrário às suas funções que seja indicado de forma específica. Como já disse, estas são as regras para quem seja realizado o crime de corrupção própria. Então os critérios pela punibilidade do funcionário público são mais restritivos do que pelo mediador e o privado: com a consequência que quem deveria ser punido mais, para ser funcionário público e ter violado os deveres do ofício, acaba sendo punido com mais dificuldade. Essa norma, então, ajudou para criar um habito contrário à corrupção mas não foi tão útil como poderia ser no combate à corrupção.

A lei de reforma trouxe outra novidade bastante importante. Como disse no começo, o combate à corrupção deve vir junto com uma mudança cultural que mude o habito da corrupção dentro da sociedade italiana. Não podemos combater a corrupção sem combater aquele habito que nos faz pensar que sem pagar não podemos obter nada, nem que seja

¹⁰ Art. 2635 c.c. (2002): Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione sino a tre anni.

La stessa pena si applica a chi dà o promette utilità.

La pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'art. 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

Si procede a querela della persona offesa.”

um nosso direito. E para mudar esse habito não podemos pensar que a corrupção seja um fenômeno restrito ao âmbito público. A corrupção está em todos os ambientes, no âmbito público mas também no âmbito privado, assim que não adianta combater a corrupção dentro da administração pública sem ter como alvo o âmbito privado também. Mas a corrupção entre privados nunca foi punida na Itália. Somente no ano 2002 foi introduzida, no código civil, uma norma titulada “Infidelidade por causa de dação ou promessa de vantagem”. Trata-se de uma sanção civil que pune os administradores ou outros sujeitos na posição de vértice que, por causa da dação ou promessa de dinheiro ou outra vantagem, realizam atos em violação das obrigações de seu ofício e esses atos provocaram um prejuízo à sociedade. É uma forma de corrupção muito importante que poderia ser fundamental no combate à corrupção. Só que o grande impacto que essa norma poderia ter foi restrito por causa de um detalhe processual: a ação não pode ser começada pela iniciativa do ministério público mas deve começar por queixa da vítima. É preciso que a vítima manifeste sua vontade de ação através de um ato, que é a queixa. Mas isso não é tão simples. Não é tão simples individuar quem é a vítima. A princípio é quem foi prejudicado e podemos pensar que foi prejudicado quem não recebeu a realização do seu direito por causa do comportamento criminoso. Mas, na pratica, prejudicado será quem não pude realizar o serviço pela empresa, pois foi quem pagou que realizou. Só que na maioria dos casos, o prejudicado não terá interesse nenhum em denunciar. Se ele denunciasse, perderia qualquer oportunidade de trabalho naquela empresa; não denunciando, ele abre a porta para poder realizar outros serviços pela mesma empresa que o prejudicou.

Mas não se trata somente de detalhe procedural. Essa norma tem uma eficácia reduzida por causa dos sujeitos ativos, que deve ser em posição apical, e por causa do requisito da norma que deve ter acontecido um prejuízo pela sociedade. Mas se o serviço foi executado por uma empresa competente e por um preço justo, a sociedade não terá prejuízo nenhum. Aliás, não terá prejuízo no sentido que o legislador queria dar, pois sempre será prejudicada a sociedade cujos funcionários recebam dinheiro indevidamente.

E tem mais. O legislador teve medo de chamar essa norma “corrupção”: esse é o sinal que, no fundo, o legislador não se importa do que acontece no âmbito dos privados.

Com a reforma de 2012 o legislador mexeu com essa norma também. A primeira mudança foi referente a titulação, que agora é: Corrupção

entre privados. A norma reformada é a seguinte: “A não ser que o fato realize um crime mais grave, os administradores, os diretores, os gerentes (...) que, por causa da dação ou promessa de dinheiro ou outra vantagem, para si ou para outrem, realizam ou omitem algo na violação dos deveres inerentes ao seu ofício ou das obrigações de fidelidade, causando prejuízo pela sociedade, são punidos (...)”¹¹. Foram ampliados os sujeitos ativos que podem realizar o crime, mas ainda não foram incluídos os simples funcionários; foi mantida a procedibilidade por queixa e foi mantido o elemento necessário do prejuízo pela sociedade. Parece mesmo que só a titulação mudou, mas os elementos essenciais da norma não mudaram, assim que a aplicação não vai mudar muito. A única mudança real foi colocar ao lado das obrigações do ofício do funcionário público a obrigação de fidelidade que ele também tem. Mas isso não foi suficiente para dar à norma aquele impulso que faria dela realmente uma ferramenta para combater a corrupção em todos os âmbitos.

A norma foi alterada novamente em 2017 e talvez agora possa ter uma aplicação melhor.

Essa, nas linhas essenciais, a reforma da lei depois de ‘mani pulite’. Não todos os problemas de interpretação foram resolvidos e, nos fatos, o combate à corrupção deu os mesmos resultados.

Por isso surge uma pergunta: ‘mani pulite’ foi um sucesso ou um fracasso?

5. Um balancete sobre a época de mani pulite

Temos que nos perguntar se o escândalo de ‘mani pulite’, que teve repercussões no mundo inteiro, foi um sucesso pela lei, pela aplicação

¹¹ Art. 2635 c.c. (2012): “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sè o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.

Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.

Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e secondo comma è punito con le pene ivi previste.

Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell’Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell’articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi”.

da lei e pela força manifestada pelo poder público, pela percepção social ou foi um insucesso.

Vinte anos depois do fenômeno ‘mani pulite’, um dos protagonistas principais da Procura de Milão daquela época, o ministério público Gherardo Colombo, deu uma entrevista que abriu com as seguintes palavras: “Mani pulite ha perso”, ou seja “Mani pulite perdeu”. Nessa entrevista ele não tinha dúvida: a época de mão limpas não foi útil para melhorar nada e não acabou com a corrupção. Pelo contrário, do ponto de vista social, a exposição toda que a corrupção teve determinou uma reação oposta: o pensamento coletivo aprendeu a conviver com a corrupção e o senso de justiça foi totalmente detonado. O sistema da justiça apanhou por causa dos “patteggiamenti” e da “prescrizione”. Ambos instrumentos que não permitiram que os réus realmente pagassem pelas culpas deles. As leis mudaram, mas de uma forma ditada pela emergência, sem que tivesse um planejamento de política criminal e nenhuma lei, nem reforma de lei, acabou fazendo da corrupção um crime mais difícil de cometer ou de ser descoberto.

Pelas palavras de Colombo, ‘mani pulite’ foi uma derrota total, sem exceção.

Realmente foi assim?

Na minha opinião, ninguém estava preparado por um escândalo de proporções enormes igual ‘mani pulite’: a sociedade não estava preparada, as leis não estavam preparadas, o sistema da justiça também não. Temos que considerar também que não é fácil lidar com a corrupção, pois envolve vários aspectos jurídicos e sociais.

O surto de ‘mani pulite’ pus em evidencia os defeitos das leis, das leis procedurais que tinham acabado de ser promulgadas, as insuficiências do sistema da política que devia ser mudado. Tudo de uma vez só. Logico que isso foi um abalo no sistema. Mas foi um abalo necessário. Como em todos os momentos de quebramento, acontece que algo dá errado ou não dá certo como nas intenções. Mas isso faz parte do processo de crescimento de um País democrático.

Pessoalmente acho que, do ponto de vista jurídico, o que aconteceu durante e depois ‘mani pulite’ não acrescentou nada, nem facilitou a aplicação das normas sobre a corrupção. A culpa foi principalmente, na minha opinião, das escolhas que o legislador fez e que consistiam somente no aumento das penas editais. Nunca essa escolha, por si só, da resultados apreciáveis. Mas 20 anos de fracassos no combate à corrupção levaram à escolhas diferentes: prevenção antes que repressão.

Nasceu a ANAC, Autorità Nazionale Anticorruzione, com a finalidade de prevenção da corrupção nos setores mais sensíveis da pública administração. Como disse o Presidente da Anac, Raffaele Cantone, fazendo uma comparação com a medicina: “Per guarire da una malattia non bastano le cure, serve una stile di vita sano che riduca i fattori di rischio che possono concorrere all’insorgere di determinate malattie. Per spiegare quello che stiamo facendo in Italia, soprattutto sul fronte degli appalti pubblici, che costituisce il comparto in cui è maggiore il rischio di infiltrazioni criminali in virtù delle cifre che riesce a muovere, vorrei partire da un paragone “medico”: per guarire da una malattia non bastano le cure, serve una stile di vita sano che riduca i fattori di rischio che possono concorrere all’insorgere di determinate malattie. Nel 2014, quando mancava un anno all’inizio di Expo, gli scandali e gli arresti minacciavano lo svolgimento della manifestazione. Per tornare al paragone di prima: il malato rischiava seriamente il decesso. Per recuperare il tempo perso, cercando di assicurare rapidità delle procedure ma al tempo stesso i necessari controlli di legalità, abbiamo messo a punto un modello di “vigilanza collaborativa” che di fatto consiste nella verifica preventiva delle operazioni di gara: bandi, lettere di invito, disciplinari, capitolati ma anche schemi di contratto e verifiche *ex post* come le aggiudicazioni o le varianti al progetto. Alla fine Expo, che rischiava di esporre l’Italia a una figuraccia internazionale, si è tenuta regolarmente e non ci sono stati più scandali, a dimostrazione che non è vero il luogo comune secondo cui maggiori controlli comportano un allungamento dei tempi. Sotto questo punto di vista l’esperienza italiana può rappresentare a pieno diritto un benchmark. Il controllo delle procedure con cui vengono assegnati gli appalti pubblici rappresenta però solo un pezzo di questa battaglia. Altrettanto fondamentali sono i Piani di prevenzione della corruzione, con cui ogni pubblica amministrazione italiana ogni tre anni deve individuare le aree più a rischio al proprio interno, indicando le misure che intende adottare per prevenire possibili fenomeni corruttivi, la tempistica con cui realizzarli e i responsabili dei controlli.”¹²

¹² Resumindo o discurso de Cantone, ele fala que para sarar depois de uma doença não bastam os remédios mas é preciso adotar um estilo de vida saudável que possa reduzir os fatores de risco que podem facilitar certas doenças. Em 2014, quando faltava um ano para o começo de Expo, os escândalos e as prisões ameaçaram a manifestação. Para voltar a comparação de antes, o doente estava arriscando seriamente de falecer. Para recuperar o tempo perdido, tentando de assegurar rapidez

A prevenção, junta com a mudança de habito social, está dando resultados bons, confirmados pela posição no ranking mundial da corrupção, que no 2015 foi “menos pior” do que em antecedência. Isso foi por causa da fase de ‘mani pulite’? Provavelmente não. Mas ‘mani pulite’ faz parte da nossa história e sem a nossa história, no bem e no mal, não estaríamos onde estamos agora: aprendendo pelos nossos erros e valorizando tudo o que de bom foi feito.

Referências

AMATO, *Quale discrimen tra corruzione e concussione?*, in Cass. Pen., 1998, 11, pp.2918ss.

AMISANO, *Le tipologie della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2012

AMISANO, *Momento consumativo della corruzione: verso un punto fermo?*, in Critica del Diritto, 2006, 4, p.352ss

AMISANO, *Struttura e sociologia della corruzione ambientale*, in Critica del Diritto, 2009, 1, p.153ss.

ANDRIOLI, *Colpa e vergogna: la malattia delle tangenti*, Editori Riuniti, 1994

BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, I, I delitti dei pubblici ufficiali*, Cedam, Padova, 2001

CARACCIOLI, *Un escamotage adottato dalla giurisprudenza per evitare prescrizioni troppo facili*, in Guida al diritto, 1995,n. 49, p. 86ss.

DAVIGO, *La giubba del re. Inchiesta sulla corruzione*, Laterza, Roma-Bari, 1998

FIANDACA, *Legge penale e corruzione*, in Foro it., 1998,V, c.4

FOFFANI, “*La corruzione fra privati*” nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un’occasione mancata?, in AA.VV., *La corruzione fra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2003, p.377ss.

FORTI, *L’insostenibile pesantezza della tangente ambientale: inattualità della disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in Riv it. dir e proc. pen., 1996, p.476ss.

mas ao mesmo tempo realizando as fiscalizações necessária, realizamos um modelo de vigilância colaborativa que, de fato consiste na fiscalização preventiva de todas as operações de licitações . No final, Expo, que podia colocar a Itália numa posição muito complicada, foi um sucesso. Isso foi a prova que não é verdade que maiores são as fiscalizações e maiores são os prazos das obras públicas. Isso não significa que possam ser negligenciadas as providencias de prevenção a corrupção, que sempre são as mais importantes.

GALLO, *Appunti di diritto penale*, III, Giappichelli, Torino, 2003

GRISPIGNI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Ricerche, Roma, 1953

GROSSO, *Dazione o promessa di denaro al pubblico ufficiale "in ragione delle funzioni esercitate": corruzione punibile o fatto penalmente atipico?*, in *Foro it.*, 1996, II, c.414

MANES, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv .it.dir. e proc. pen.*, 2000, p. 924ss.

MOCCIA, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in *Riv.it.dir.e Proc.pen.*, 1996, p.463ss

PADOVANI, *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv.it.dir.e Proc.pen.*, 1996, p.448ss

RAMPIONI, *I delitti di corruzione. Studi sui casi*, Cedam, Padova, 2008

STELLA, *La filosofia della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 1994, p.935ss

PARTE 2

PROCESSO PENAL

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA REVISÃO CRIMINAL

THE APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE IN CRIMINAL REVIEW

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p279-296

Fábio Rocha de Oliveira

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assessor judiciário da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Recebido em: 18/06/2019

Aprovado em: 11/07/2019

Última versão do autor em: 13/07/2019

Área: Direito Processual Penal

Resumo:

O princípio da presunção de inocência é tradicionalmente concebido pela jurisprudência brasileira como inaplicável no âmbito da revisão criminal, diante de uma interpretação meramente literal da norma constitucional correlata, o que acaba por redundar na exegese de que a dúvida não beneficia o seu peticionário. Propõe-se aqui um novo exercício hermenêutico de tal garantia fundamental no pleito revisório, de modo a conciliar sua aplicabilidade com a coisa julgada penal, rechaçando assim a manutenção de condenações em face da constatação de incerteza probatória na seara meritória da lide penal.

Palavras-chave:

Revisão criminal. Presunção de inocência. Dúvida. Interpretação teleológica. Aplicabilidade. *In dubio pro societate*.

Abstract:

The principle of the presumption of innocence is traditionally conceived by Brazilian jurisprudence as inapplicable in the scope of criminal review, in

the face of a purely literal interpretation of the corresponding constitutional norm, which ultimately results in the exegesis that doubt does not benefit the petitioner. It is proposed here a new hermeneutical exercise of such a fundamental guarantee in the revisionary appeal, in order to reconcile its applicability with the final sentence, thus rejecting the maintenance of convictions in the face of the finding of the uncertainty of evidence in the meritorious court of criminal proceedings.

Keywords:

Criminal Review. Presumption of innocence. Doubt. Teleological interpretation. Applicability.

Sumário: 1. Introdução. 2. A dúvida na disciplina normativa da revisão criminal. 3. Crítica ao posicionamento jurisprudencial prevalente. 4. A presunção de inocência como garantia fundamental no âmbito da revisão criminal. 5. Proposta de compatibilização interpretativa. 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O princípio constitucional da presunção de inocência¹ encontra-se disposto na norma do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, o qual prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tal garantia pética, que integra também o núcleo essencial dos direitos individuais fundamentais de nosso ordenamento jurídico, suscita reflexões sobre seus efeitos, extensão e aplicabilidade, sendo que estudiosos e juristas já se detiveram sobre a análise aprofundada dos casos e situações nas quais este princípio se aplica.

Contudo, uma perspectiva que talvez tenha demandado atenção insuficiente seria a oposta, qual seja, as hipóteses em que este direito individual fundamental não tem incidência. E, neste ponto, possui especial relevo – precipuamente em razão da repercussão prática na resolução de casos concretos – o enfoque da inaplicabilidade da presunção de inocência na revisão criminal. Assim, este artigo pretende esboçar, em síntese, a análise da pretensa juridicidade da não aplicação deste princípio constitucional neste meio impugnativo defensivo específico.

¹ O princípio da presunção de inocência também recebe a denominação de princípio do “estado de inocência” (OLIVEIRA, 2002, p. 383) ou mesmo princípio da “não-culpabilidade” (RANGEL, 2003, p. 24). Contudo, tão somente em razão da consagração da primeira denominação, optar-se-á por utilizá-la neste trabalho.

2. A dúvida na disciplina normativa da revisão criminal

A revisão criminal é uma ação penal desconstitutiva, de manejo exclusivo pela defesa, que tem por finalidade rescindir a coisa julgada penal nas hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Nucci assim dispõe sobre a natureza jurídica da revisão criminal:

É uma ação penal de natureza constitutiva e *sui generis*, de competência originária dos tribunais, destinada a rever decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário. Trata-se de autêntica ação rescisória na esfera criminal, indevidamente colocada como recurso no Código de Processo Penal. É *sui generis*, pois não possui polo passivo, mas somente o autor, questionando o judiciário que o vitimou.²

Portanto, nas situações acima elencadas, a defesa pode postular ao Judiciário a rescisão da condenação transitada em julgado. Perceba-se que, consoante jurisprudência consolidada, a existência do trânsito em julgado é condição inclusive para o conhecimento do pedido revisional; noutras palavras, somente se admite o ajuizamento de uma revisão criminal no caso em que a condenação já seja definitiva, sem qualquer recurso pendente. Este é o escólio de Marcellus Polastri Lima:

(...) é a revisão criminal ação, cuja competência será originária dos Tribunais, ou seja, originariamente a competência para seu julgamento é do segundo grau de jurisdição ou do Tribunal Superior, conforme o caso. Sua finalidade é a desconstituição da sentença ou acórdão condenatórios, já com trânsito em julgado. Ação exclusiva da defesa, uma vez que inexiste no Brasil a revisão pro societate.³

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ed. São Paulo: RT, 2007, p. 871/872.

³ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 876.

Por tal razão, tratando-se de uma condenação criminal já transitada em julgado, inverte-se a presunção: se, até tal marco temporal (trânsito em julgado), valia a presunção de que o acusado era inocente, após a sedimentação da coisa julgada penal passa a valer a presunção oposta, ou seja, presume-se que o condenado seja culpado. Considerando que a presunção de inocência, que atua também como uma regra de julgamento, impõe a observância do *in dubio pro reo*, acabou por se definir, *a contrario sensu*, que a dúvida não favorece o condenado na revisão criminal (o chamado *in dubio pro societate*).

Tal conclusão – que *a priori* não suscita grandes controvérsias e aparenta ser inteiramente lógica – foi inclusive pacificada em uma súmula aprovada à unanimidade pelo Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujo Enunciado nº 67 assim dispõe, de forma clara e peremptória: “Na revisão criminal a dúvida não beneficia o peticionário.”

Aqui não se trata da análise da existência ou não de alguma dúvida relevante sobre a responsabilidade penal do condenado – por exemplo, uma dúvida essencial sobre a autoria delitiva – mas, pelo contrário, parte da premissa de sua existência inequívoca. Noutras palavras, diante de uma valoração nítida de incerteza sobre quem perpetrou o crime, a opção jurídica, no âmbito de uma revisão criminal, é a de manter a condenação.

E, segundo o entendimento reiterado dos tribunais, tal opção se aplica tanto na reanálise do conjunto probatório que fundou a condenação (pedido de revisão criminal baseado na alegação de sentença condenatória contrária à evidência dos autos, disposta no inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal) quanto na juntada de provas novas favoráveis ao condenado (requerimento de rescisão da coisa julgada lastreado no inciso III do mesmo artigo). Mossin explica a questão de forma clara:

O juízo de revisão é juízo de certeza da existência de uma das hipóteses legais do pedido. A insuficiência de prova e a dúvida não autorizam a revisão, que é ação de desconstituição da coisa julgada. Não caracteriza a revisão como segunda apelação, não favorece ao requerente o princípio do *in dubio pro reo*. A livre apreciação dos elementos da prova não é atribuição do juízo revisional, o qual se limita a verificar se a condenação tem base em algum daqueles elementos probatórios.⁴

⁴ MOSSIN, Heráclito Antonio. *Comentários ao Código de Processo Penal à luz da doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2005, p. 1284.

Portanto, na revisão criminal não basta à defesa incutir uma relevante dúvida nos julgadores acerca da procedência da condenação do peticionário. Não se exige mais certeza alguma para manter a condenação, operando-se verdadeira inversão do ônus probatório: ainda que traga novas provas da inocência do condenado ou que demonstre que o conjunto probatório já existente não demonstra com clareza a pertinência da condenação, isto não basta ao êxito do pedido revisional, porque qualquer dúvida remanescente não beneficia o peticionário. A tarefa hercúlea da defesa é imbuir nos desembargadores que apreciarão a revisão criminal um juízo de absoluta certeza da inocência do condenado.

A adoção do brocardo *in dubio pro societate* em sede de revisão criminal, de modo que a demonstração de dúvida acerca da responsabilidade penal do peticionário não basta a um julgamento de procedência de sua pretensão revisional, pode ser verificada por meio de uma pesquisa jurisprudencial – inclusive por acesso aos sítios eletrônicos – nos Tribunais de Justiça Estaduais, sendo aqui transcritos apenas alguns julgados exemplificativos dos últimos cinco anos.⁵

A Corte Mineira reafirma esse entendimento já cristalizado, de modo translúcido, inclusive com peculiar sinceridade ao afirmar que, mesmo na incerteza de ser o peticionário o autor do crime, deve por este responder. Vejamos trechos de ementas de alguns precedentes recentes a este respeito, julgados à unanimidade:

Nos moldes da Súmula 67 do TJMG, em sede revisional, a dúvida deve ser interpretada ‘pro societate’, não bastando que a absolvição do acusado seja requerida com base em elementos que apenas debilizem a prova ou causem incerteza no íntimo do julgador, pois há, na realidade, verdadeira inversão do ônus da prova..⁶

Julga-se improcedente o pedido revisional diante da incapacidade das provas novas, produzidas em ação de justificação, demonstrarem,

⁵ Neste ínterim, poder-se-ia citar centenas de acórdãos de inúmeros tribunais pátrios, nos mais variados períodos de tempo, eis que a jurisprudência nacional que aplica o brocardo *in dubio pro societate* em sede de revisão criminal se mostra temporal e espacialmente abrangente e sedimentada. Assim, opta-se pela transcrição apenas de algumas decisões meramente exemplificativas, em razão da eloquência de suas palavras, evitando-se portanto evitável tautologia.

⁶ Revisão Criminal 1.0000.17.025491-6/000 - Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques - Data de Julgamento: 18/12/2017 - Data da publicação da súmula: 26/01/2018. *Vide* Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível no sítio eletrônico: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em 29.11.2018.

com segurança, a injustiça da condenação, descabendo arguir-se, por esta via, qualquer dúvida quanto à autoria, visto vigor, em sede de Revisão Criminal, a máxima “in dubio pro societate”.⁷

Também o Tribunal de Justiça do Paraná alberga decisões semelhantes, como a que abaixo se destaca:

Por certo, para se cogitar na desconstituição de uma decisão judicial acobertada pela coisa julgada na seara revisional, não basta a mera suscitação de dúvida, já que a dúvida em nada aproveita ao condenado, a quem incumbe demonstrar de forma incontestada a injustiça da decisão revisanda, com apresentação de prova cabal de sua inocência. Isso porque não prevalece nesta via o princípio *in dubio pro reo*; muito pelo contrário, vislumbra-se uma verdadeira inversão do ônus probatório, conferindo-se primazia ao princípio *in dubio pro societate*.⁸

Igual o entendimento prevalente no Tribunal de Justiça do Amapá, *in verbis*:

Se não há prova cabal da alegada contrariedade da sentença à evidência dos autos e havendo outras provas que sustentam o decreto condenatório, impõe-se a manutenção da decisão imunizada pela autoridade da coisa julgada, até porque, em revisão criminal, a dúvida se resolve em favor da sociedade, como bem traduz o brocardo latino *in dubio pro societate*.⁹

Mesmo raciocínio compartilha a jurisprudência prevalente do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

Para desconstituir sentença transitada em julgado não basta que as novas provas transmitam dúvida ao espírito do julgador, exigindo-se que expressem certeza, segurança, posto que neste

⁷ Revisão Criminal 1.0000.16.086679-4/000 - Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos - Data de Julgamento: 18/09/2017 - Data da publicação da súmula: 29/09/2017. *Vide* Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível no sítio eletrônico: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em 29.11.2018.

⁸ TJ-PR - RVCr: 13270025 PR 1327002-5 (Acórdão), Relator: Renato Naves Barcellos, Data de Julgamento: 03/03/2016, 4ª Câmara Criminal em Composição Integral, Data de Publicação: DJ: 1772 04/04/2016. Disponível no sítio eletrônico: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 12.07.2019.

⁹ TJ-AP - RVCr: 00018293620158030000 AP, Relator: Desembargador RAIMUNDOVALES, Data de Julgamento: 15/12/2016. Disponível no sítio eletrônico: <<http://www.tjap.jus.br/portal/>>. Acesso em 12.07.2019.

momento processual não mais vigora o princípio do “*in dubio pro reo*”, mas sim o do “*in dubio pro societate*”.¹⁰

Tais acórdãos – à semelhança de inúmeros outros acessíveis em qualquer pesquisa jurisprudencial – apenas exemplificam a sedimentação da exegese direcionada à inaplicabilidade do brocardo *in dubio pro reo* no julgamento das revisões criminais, com lastro em uma interpretação meramente literal e simplista da norma constitucional que consagra o princípio da presunção de inocência.

3. Crítica ao posicionamento jurisprudencial prevalente

A rigidez da exegese acima exposta – segundo a qual qualquer nível de dúvida, ainda que significativa ou que atinja ponto fulcral da responsabilidade penal, não beneficia de forma alguma o peticionário na revisão criminal – impõe algumas ponderações.

Em primeiro lugar, tal conclusão interpretativa praticamente fulmina o próprio instituto da revisão criminal, tornando-o inócuo. Isto porque, exceto em relação a questões meramente de direito (notadamente no que dizem respeito à dosimetria da pena, por exemplo), a probabilidade de êxito de uma revisão criminal é ínfima.

Insta salientar que, se a defesa conseguir demonstrar – por uma argumentação substancial e contundente sobre o exame dos elementos probatórios já produzidos nos autos – e até mesmo provar – pela juntada de novos dados probantes de relevo – que a versão fática absoluta merece acolhimento, ainda assim a revisão criminal será julgada improcedente se remanescer alguma dúvida nos julgadores da revisão criminal sobre a responsabilidade penal do peticionário pelo crime pelo qual restou condenado.

Como exemplo, basta observar que o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar improcedente uma revisão criminal de sua alçada¹¹, referendou a doutrina de Gustavo Henrique Babaró neste ponto, enfatizando que, se remanescer alguma dúvida, o pedido revisional deve ser indeferido:

¹⁰ TJ-MS 14098716920178120000 MS 1409871-69.2017.8.12.0000, Relator: Des. José Ale Ahmad Netto, Data de Julgamento: 29/11/2017, 1ª Seção Criminal. Disponível no sítio eletrônico: <https://www.tjms.jus.br/consultas/processos_links.php>. Acesso em 12.07.2019.

¹¹ Revisão Criminal nº 0036309-30.2017.8.26.0000 - Relator(a): Des.(a) Airton Vieira - Data de Julgamento: 14/05/2018. Vide Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível no sítio eletrônico: <<https://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em 29.11.2018.

Ademais, no que diz respeito ao ônus da prova neste âmbito, Gustavo Henrique Badaró esclarece que “tem prevalecido o entendimento de que, na revisão criminal, há uma inversão do ônus da prova, aplicando-se o *in dubio pro societate*”. Registra, nada obstante, posição de Ada Pellegrini Grinover no sentido de que não há inversão, mas apenas “aplicação da regra do ônus da prova, segundo a qual incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito (...) ou, como previsto no campo penal, que o ônus da prova incumbe a quem alega”. Sintetiza Badaró: “A divergência, contudo, parece ser terminológica. Afirmar que incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito (CPC/1973, art. 373, I) que ele é inocente equivale a dizer que, se o Tribunal estiver na dúvida sobre a ocorrência ou não da causa de pedir, deverá negar provimento à revisão criminal, mantendo a condenação. Ou seja, a dúvida será resolvida contra o acusado que requer a revisão criminal.”¹²

Ora, tratando-se de uma condenação já transitada em julgado, o que pressupõe uma exaustiva instrução probatória já analisada pelo Estado-juiz, em uma ou mais instâncias de julgamento, dificilmente estar-se-ia diante de um contexto fático-probatório que não suscite sequer alguma dúvida sobre a responsabilidade penal do condenado. Aliás, o baixíssimo índice de julgamentos de procedência de revisões criminais, no que concerne ao aspecto meritório de autoria e materialidade delitivas, corrobora tal afirmação.¹³

Assim, a revisão criminal acabaria por limitar seu âmbito de incidência minimamente frutífera em impugnações defensivas sobre questões unicamente de direito, à semelhança do que hodiernamente ocorre com os recursos especial e extraordinário, diante da limitação da possibilidade do reexame fático nas instâncias superiores do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.¹⁴

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 462-463.

¹³ Malgrado os tribunais pátrios não disponibilizem referências estatísticas a este respeito, tal afirmação pode ser facilmente averiguada por meio de pesquisa jurisprudencial acerca das decisões dos tribunais disponíveis em meio eletrônico, em seus respectivos sítios virtuais.

¹⁴ Neste ponto, destaque para as Súmulas nºs 07 do Superior Tribunal de Justiça e 279 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente: “*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*” “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.*”. Vide Superior Tribunal de Justiça. Disponível no sítio eletrônico: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em 04.12.2018. Vide ainda Su-

Em suma, pesar sobre a defesa o ônus probatório de demonstrar de modo irrefutável um juízo de absoluta certeza sobre a inocência do peticionário de uma revisão criminal, desconstituindo qualquer valor probatório remanescente de todas as provas coligidas na instrução criminal que conduziram à sua condenação, implica avaliar a inocuidade deste instrumento processual ou reduzir drasticamente sua eficácia ao mesmo âmbito cognitivo restrito dos recursos excepcionais.

4. A presunção de inocência como garantia fundamental no âmbito da revisão criminal

A partir de tais reflexões, uma ponderação mostra-se igualmente necessária. E ela parte do que seja quiçá o ponto de fundo do problema sob enfoque. A presunção de inocência é uma garantia individual fundamental que tem por conteúdo um direito humano, o que inclusive se encontra consagrado no âmbito internacional. Basta observar sua previsão tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia das Nações Unidas¹⁵ quanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o chamado “Pacto de San Jose da Costa Rica”).¹⁶

Neste ponto, não obstante limite sua incidência até o momento do trânsito em julgado, Maria Lúcia Karam enfatiza a presunção de inocência como um princípio político que, por opção do legislador constituinte, consagra o direito individual fundamental do acusado ser considerado inocente.¹⁷ Lênio Streck vai além disto, ao conceber que a presunção de inocência não é apenas uma regra de julgamento ou de tratamento do acusado, mas uma garantia política do cidadão em face do poder punitivo estatal.¹⁸

premo Tribunal Federal. Disponível no sítio eletrônico: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 04.12.2018.

¹⁵ Artigo 11.1: “*Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.*” - Vide Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível no sítio eletrônico: <<https://www.unicef.org/brazil/pt/>>. Acesso em 05.12.2018.

¹⁶ Art. 8.2: “*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.*” Vide Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível no sítio eletrônico: <<http://www.oas.org/es/cidh/>>. Acesso em 07.12.2018.

¹⁷ KARAM, Maria Lucia. *Liberdade, Presunção de Inocência e Direito À Defesa*. Vol. 5. Col. Escritos Sobre a Liberdade, Lumen Juris, 2009, p. 50.

¹⁸ STRECK, Lênio Luiz. *A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF*. 3º ed. Curitiba:

Outrossim, Gomes Filho leciona que a presunção de inocência conforma todo o processo penal e sua aplicação se impõe em qualquer fase processual na qual se esteja diante da incidência da reprimenda penal:

(...) a denominada presunção de inocência constitui princípio informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como tal as atividades estatais concernentes à repressão criminal.¹⁹

Assim, como uma garantia individual fundamental que tutela um direito humano, a presunção de inocência possui um cunho material, qual seja, o estado de inocência da pessoa: qualquer ser humano, ao ser acusado de uma infração penal, deve ser considerado inocente. Entretanto, o aspecto substancial e material desta garantia é delimitado em nosso ordenamento constitucional por um parâmetro meramente formal: o trânsito em julgado.

Destaque-se desde logo que, para esta linha de raciocínio, parte-se aqui ainda do conceito tradicional de trânsito em julgado.²⁰ José Frederico Marques ensina que, após o esgotamento da possibilidade de interposição de recursos, a sentença ou acórdão transitam em julgado.²¹ Moreira segue igual ensinamento:

Por “trânsito em julgado” entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso.²²

Revista Jurídica do MP-PR, 2015.

¹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.

²⁰ Neste ponto, não se ignora que o conceito tradicional de trânsito em julgado seja atualmente questionável a partir de decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal, como no julgamento da “Lei da Ficha Limpa” (ADI nº 4578- Relator Ministro Luiz Fux – Fevereiro de 2012) e no julgamento que recentemente autorizou a execução provisória da sanção penal após o julgamento da segunda instância (Medida Cautelar nas ADCs nºs 43 e 44 – Relator Ministro Marco Aurélio – Outubro de 2016). Tal exame, contudo, escapa ao objeto deste trabalho.

²¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. atual. Campinas: Millennium, 2003, vol. II.

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 145.

Da mesma forma, Fazzalari denota o aspecto processual do trânsito em julgado, pelo esgotamento das faculdades recursais das partes, inviabilizando a contestação da decisão:

(...) a sentença se torna “incontestável” em juízo por obra das partes, dado justamente a sua carência de outros poderes processuais para prosseguir o processo ou para instaurar um novo sobre o mesmo objeto, obliterando a sentença já emitida (e não mais impugnável: com efeito, não é mais necessário configurar, em relação àqueles sujeitos, uma proibição de contestar a sentença, bastando a constatação de que a lei não concede a eles novos poderes para fazê-lo (...) por conseguinte, se torna “intocável” por assim dizer, por parte do juiz que a emitiu e por qualquer outro juiz, ainda aqui não por causa de uma proibição, mas pela simples falta de poderes (*rectius*: deveres): *nemo iudex sine actore*.²³

Portanto, decisão transitada em julgado seria aquela atingida pela preclusão máxima, ou seja, a decisão contra a qual não mais caberia a interposição de recurso²⁴, o que ocorre inclusive em um momento temporalmente delimitado e fixo. Estabelece-se assim a data do trânsito em julgado. Perceba-se que o direito fundamental sob enfoque – o estado de inocência – é circunscrito a um parâmetro meramente formal: até um certo dia, a pessoa é considerada inocente; a partir de tal data, ela já passa a ser considerada culpada.

A sujeição da aplicabilidade de um direito individual fundamental a um marco temporal traz algumas perplexidades, especialmente no âmbito da revisão criminal. Isto porque esta divisória formal não altera o plano da realidade. O mesmo conjunto probatório que, até um certo dia, poderia determinar a absolvição do acusado, passa a não autorizá-la a partir deste dia. A mesma dúvida sobre a autoria delitiva que imporia a absolvição até um determinado dia, passa a ser insuficiente para afastar a condenação a partir do mesmo dia. No plano fático, o panorama não se alterou: existe e permanece uma dúvida real constatada sobre

²³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. 8. ed. Trad. Eliana Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 541.

²⁴ O conceito de “trânsito em julgado” como a preclusão máxima da decisão, contra a qual não caiba mais recurso, encontra assento legal no art. 502 do Código de Processo Civil, aplicável analogicamente do Processo Penal: “*Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.*”

o envolvimento do peticionário no crime; a conclusão é que se altera, pois tal incerteza não mais o beneficiará.

A este raciocínio poder-se-ia objetar que a existência de uma dúvida sobre a responsabilidade penal do acusado já levaria à sua absolvição durante a ação penal de origem, tornando despicienda qualquer consideração sobre o manejo da revisão criminal. Mas tal objeção, conquanto aparentemente lógica, parte da premissa da infalibilidade do julgador *a quo* na valoração das provas do caso. Ora, se este não vai errar, confundir-se ou equivocarse no exame das provas, torna-se prescindível até mesmo a existência do instituto processual da revisão criminal.

Pensemos uma certa situação hipotética, extremamente comum nos casos submetidos à apreciação do Judiciário. Um Tribunal de Justiça, por meio de seu Grupo de Câmaras Criminais, analisa uma revisão criminal de um processo penal findo; avalia as provas coletadas durante a persecução penal e também aquelas novas provas porventura trazidas pela defesa e assim conclui: “assiste razão à defesa pois, de fato, há uma relevante dúvida sobre ter sido o peticionário o autor do crime”. Qual a conclusão do julgamento? O pedido revisional via de regra é indeferido, aplicando-se o princípio do *in dubio pro societate*. Em outras palavras: o Estado-juiz reconhece que não sabe ao certo se foi aquela pessoa que cometeu o crime, mas ainda assim mantém sua condenação.²⁵

A questão que aqui se coloca é se tal julgamento vulneraria o direito individual fundamental da pessoa condenada, que cumprirá uma pena mesmo com o reconhecimento judicial de incerteza de sua responsabilidade penal. Todas as vezes em que o tribunal invoca o princípio do *in dubio pro societate* para rejeitar uma revisão criminal, é isto que, em síntese, ele faz e autoriza.

Outrossim, tal perplexidade impõe um maior aprofundamento interpretativo sobre a questão, especialmente quanto ao princípio constitucional sob enfoque. Nesse ínterim, quando a norma constitucional dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impõe-se um exercício hermenêutico com maior enfoque teleológico.

Afinal, por que a Constituição Federal coloca, em outras palavras, que uma pessoa é considerada inocente enquanto não se esgotarem os recursos cabíveis? O que se encontra subjacente a tal diretriz constitucional

²⁵ O simples enunciado de tal afirmação mostra-se claramente inconcebível, o que inclusive demandaria uma análise mais aprofundada na seara da Filosofia do Direito.

situa-se na percepção de que, após uma condenação ser proferida pelo magistrado sentenciante e ser mantida pelas instâncias superiores mesmo após seu reexame pelos variados recursos previstos em nosso Direito Processual Penal²⁶, já haveria então segurança jurídica suficiente para se concluir que a pessoa seria realmente culpada pelo crime a ela imputado.

Neste sentido, a vinculação da conclusão da responsabilidade penal do acusado ao trânsito em julgado, ou seja, ao esgotamento dos recursos cabíveis, encontra-se insitivamente ligada ao manejo efetivo de tais recursos. Isto porque seria justamente a apreciação do caso múltiplas vezes (pelas instâncias *ad quem*) que traria a segurança esperada para a conclusão de que alguém é culpado por um delito a ele imputado.

Quando o legislador constituinte elaborou a norma do art. 5º, LVII, ele pretendeu reforçar a segurança do pronunciamento condenatório do juiz de primeiro grau pressupondo que os recursos adequados seriam manejados para reexaminar a decisão condenatória. Caso não imaginasse a interposição efetiva dos recursos cabíveis, ou não conferisse importância a estes para imputar segurança ao julgamento condenatório, a exigência do trânsito em julgado seria despicienda e bastaria ao constituinte de 1988 afirmar, ao contrário do que positivou no inciso acima mencionado, que “ninguém será considerado culpado até que seja assim declarado por sentença”. Todavia, não foi esta a opção do constituinte da nossa Carta de 1988.

Salienta-se tal questão apenas para acrescer às ponderações acima expendidas que nosso princípio da presunção de inocência parte de um dado fictício: o de que as partes interporão os recursos cabíveis contra a sentença condenatória, permitindo assim a apreciação do caso pelos tribunais; assim, apenas após o esgotamento dos recursos cabíveis, teríamos a sedimentação da conclusão de que o acusado realmente é culpado pelo crime a ele imputado. Contudo, não se pode olvidar que são excepcionais os casos em que todos os recursos cabíveis são efetivamente manejados; aliás, não raras vezes a sentença do juízo de primeira instância transita livremente em julgado, sendo que a revisão criminal é a primeira oportunidade em que um tribunal analisará o caso.

Neste ínterim, afigura-se desarrazoado limitar a interpretação da presunção de inocência de modo a cingi-la em seu aspecto temporal. A

²⁶ Nossa legislação processual penal prevê, por exemplo, o cabimento dos recursos de apelação criminal, embargos de declaração, embargos infringentes, recurso especial, recurso extraordinário, agravos.

Constituição Federal, ao dispor que o acusado é considerado inocente até o trânsito em julgado da condenação, não pretende prejudicá-lo com a fixação de tal parâmetro temporal, mas apenas garantir-lhe que, até tal momento, ele é inocente. Isto não significa que, em uma interpretação *a contrario sensu*, ele possa ser considerado culpado mesmo após tal marco temporal no caso em que se reconheça judicialmente uma dúvida relevante em seu favor. Em outras palavras, o parâmetro temporal (data do trânsito em julgado) é uma garantia do acusado de que, antes dele, não pode ser considerado culpado, mas não configura um limitador intransponível de seu direito material de ser considerado inocente em caso de dúvida.

5. Proposta de compatibilização interpretativa

A partir de tais análises, um esboço de solução seria assim vislumbrável: durante a ação penal condenatória (ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação), presume-se a dúvida e, portanto, a própria inocência. O ônus probatório da responsabilidade penal, conforme cediço, é inteiramente da acusação e a defesa nada precisa provar, pois qualquer eventual dúvida (inclusive aquela que decorra da mera ineficiência probatória da acusação) soluciona-se a favor do acusado. Na revisão criminal (após, portanto, o trânsito em julgado da condenação), a dúvida continua beneficiando o peticionário (como não poderia deixar de ser, enfocando assim a substância do direito fundamental correlato), mas apenas impõe-se à defesa o ônus de provar a existência de uma dúvida razoável sobre a responsabilidade penal do condenado (e não de provar a certeza da inocência, como é a atual jurisprudência consolidada dos tribunais). Tendo o trânsito em julgado como marco temporal, temos que, antes dele, a dúvida se presume em favor do acusado; depois dele, a defesa precisa prová-la. Assim, o *in dubio pro reo* também se aplicaria nas revisões criminais, desde que a defesa comprove que existe razoável dúvida a favor do peticionário.

Perfilha semelhante orientação Maurício Zanoide de Moraes, ao ponderar a viabilidade de aplicação da presunção de inocência, por consagrar direito individual fundamental, como “regra de juízo” no âmbito da revisão criminal:

(...) seja pela perspectiva constitucional de garantia individual, seja pela *ratio legis* infraconstitucional, há perfeita identidade entre os direitos fundamentais determinadores tanto da finalidade da revisão criminal, quanto da presunção de inocência como “norma de juízo”: o julgador sempre deverá analisar

os fatos e interpretar as normas pela incidência do “favor rei” (para matéria legal) e do “in dubio pro reo” (para dúvida em matéria fática). Não há qualquer incompatibilidade constitucional ou infraconstitucional para que a presunção de inocência como “norma de juízo” tenha inteira aplicabilidade na revisão criminal. De fato, tanto a estrutura normativa daquele direito fundamental, quanto a da revisão criminal se compatibilizam, e devem interagir para melhor efetivação.²⁷

Não se olvide que a possibilidade aqui aventada – qual seja, o cabimento da rescisão da coisa julgada penal no caso de dúvida sobre a responsabilidade penal do condenado – poderia suscitar um aparente confronto de dois princípios de índole constitucional: o *in dubio pro reo* (como vertente da presunção de inocência) e a segurança jurídica.

Por um lado, poder-se-ia interpretar que seria afrontoso às nossas diretrizes jurídicas máximas – e à própria ideia de Justiça – manter a condenação de alguém após o reconhecimento judicial de existência de dúvida sobre sua responsabilidade penal pelo crime pelo qual responde. Por outro lado, poder-se-ia igualmente ponderar que implicaria uma insegurança jurídica desarrazoada admitir que um pronunciamento judicial definitivo seja afastado simplesmente com a demonstração de alguma dúvida remanescente sobre a condenação penal.

Entretanto, tal conflito principiológico afigura-se meramente aparente, eis que esta segunda ponderação não afasta e menos ainda se sobreporia à força argumentativa da primeira interpretação, por algumas razões principais.

Primeiramente, é relevante indagar: a quem interessa, ou, melhor dizendo, a quem se dirige a “segurança jurídica” de uma condenação penal transitada em julgado? Precipuamente ao próprio poder punitivo estatal e seu aparato institucional de persecução penal. O condenado ou até mesmo a sociedade se beneficiam com a manutenção de uma condenação na qual há dúvida sobre a responsabilidade penal do condenado? Não se concebe uma resposta afirmativa a isto. Portanto, se a segurança jurídica da coisa julgada penal – que supostamente conflituaria com o *in dubio pro reo* – direciona-se ao próprio Estado-poder, ela não poderia atuar como limitadora dos direitos individuais fundamentais, pois estes se interpretam a favor do indivíduo e não contra ele.

²⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 620.

Em segundo lugar, nosso ordenamento processual penal já afasta a imutabilidade da coisa julgada penal ao prever a possibilidade de manejo da revisão criminal sem qualquer requisito temporal (noutras palavras, ela pode ser ajuizada, após o trânsito em julgado da condenação, em qualquer tempo, inclusive após a morte do condenado). Assim, a “insegurança” da reversibilidade da condenação definitiva já é inerente à viabilidade de rescisão desta em qualquer tempo. Permitir tal rescisão na hipótese de demonstração de dúvida em sede de revisão criminal não representa um *plus* de “insegurança”.

Ademais, a segurança jurídica inerente à coisa julgada penal não se alcança apenas com a improcedência dos pedidos de revisão criminal com base no *in dubio pro societate*; maior segurança jurídica se alcança com uma construção doutrinária e uma sedimentação jurisprudencial que estabilizem a ideia de que a dúvida demonstrada pelos dados probatórios dos autos sempre beneficiará o peticionário.

Como ensina Canotilho, a ideia de segurança jurídica está intimamente ligada ao princípio da proteção da confiança do cidadão, com lastro na “*calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos*”. Nesse íterim, a fixação da incidência do *in dubio pro reo* também na revisão criminal atende a tais premissas, pois confere ao condenado – e indiretamente também à sociedade – a confiança da não manutenção de sua condenação caso a defesa demonstre, inclusive com novas provas, que há dúvida relevante sobre sua responsabilidade penal. Vejamos o que expôs o grande jurista português:

O indivíduo tem como direito poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses atos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico poderes.²⁸

Assim, considerando a situação preestabelecida em nosso ordenamento de que uma condenação criminal definitiva é sempre passível de rescisão, possui um maior potencial de segurança jurídica a definição da tese de que a dúvida delineada em uma ação penal – seja ela con-

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 257.

denatória ou revisional – sempre será interpretada em favor da pessoa a quem se imputa a infração penal.

6. Conclusão

Diante do que restou acima exposto, entende-se que o conteúdo teleológico do princípio da presunção de inocência não permite que tal garantia fundamental individual seja afastada – como atualmente procede a jurisprudência pátria, em uma interpretação meramente literal do comando previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 – de modo a se legitimar a manutenção de uma condenação criminal definitiva mesmo na hipótese de demonstração, no âmbito de uma revisão criminal, de que há relevante dúvida meritória sobre a responsabilidade penal do peticionário.

Neste ínterim, em uma proposta de conciliação de tal princípio pétreo com a segurança jurídica da coisa julgada penal, formula-se uma nova interpretação da presunção de inocência no âmbito da revisão criminal. Assim, pode-se sintetizar este esboço teórico da seguinte forma: a jurisprudência atual entende que antes do trânsito em julgado a dúvida beneficia o acusado e, após o trânsito em julgado, a dúvida é solucionada em favor da sociedade.²⁹ Propõe-se aqui uma nova leitura: a dúvida sempre beneficia o acusado, sendo que, antes do trânsito em julgado, a inocência se presume e, portanto, qualquer dúvida decorrente da desincumbência do ônus probatório da acusação atua em favor do acusado; após o trânsito em julgado, a dúvida precisa ser comprovada pela defesa, sendo desta o ônus de demonstrar a incerteza acerca da responsabilidade penal do acusado para obter a rescisão da coisa julgada penal.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível no sítio eletrônico: <<http://www.oas.org/es/cidh/>>. Acesso em 07.12.2018.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível no sítio eletrônico: <<https://www.unicef.org/brazil/pt/>>. Acesso em 05.02.2019.

²⁹ Obviamente, não se adentrará aqui a análise da questionável afirmação de que manter uma condenação em que há dúvida seja algo benéfico para a sociedade. Contudo, também não se pode deixar de pontuar o descalabro de tal afirmação.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. 8. ed. Trad. Eliana Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

KARAM, Maria Lucia. *Liberdade, Presunção de Inocência e Direito À Defesa*. Vol. 5. Col. Escritos Sobre a Liberdade, Lumen Juris, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. atual. Campinas: Millennium, 2003, vol. II.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MOSSIN, Heráclito Antonio. *Comentários ao Código de Processo Penal à luz da doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF*. 3º ed. Curitiba: Revista Jurídica do MP-PR, 2015.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível no sítio eletrônico: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em 03.06.2019.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível no sítio eletrônico: <<https://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em 03.06.2019.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível no sítio eletrônico: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em 04.06.2019.

Supremo Tribunal Federal. Disponível no sítio eletrônico: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 04.06.2019.

DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO MARCO FUNDAMENTAL À AVALIAÇÃO DAS CAUSAS IMPEDITIVAS DA TRANSAÇÃO PENAL

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AS A LANDMARK FOR THE EVALUATION OF THE IMPEDITIVE CAUSES OF THE "PENAL TRANSACTION"

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p297-324

Paulo Roberto Santos Romero

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Promotor de Justiça.

Recebido em: 14/02/2019

Aprovado em: 18/05/2019

Última versão do autor em: 14/02/2019

Área: Direito Processual Penal

Resumo:

O exame dos requisitos exigidos pelo artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995, imprescindível à proposição da transação penal, deve ser empenhado à luz da garantia constitucional da presunção de inocência, razão pela qual somente a sentença penal irrecorrível consubstancia os maus antecedentes que, *per se*, inviabilizam a aplicação da medida despenalizadora; já a negativa de acesso ao benefício, sob o fundamento de prognose de insuficiência da medida, considerada a partir do que revelam a personalidade e a conduta social do agente, exige, por parte do Ministério Público, a correspondente comprovação, cujo ônus recai-lhe de forma integral.

Palavras-chave:

Presunção de Inocência. Juizados Especiais Criminais. Transação Penal. Antecedentes criminais. Hermenêutica constitucional do artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995.

Abstract:

The examination of the requirements required by article 76, paragraph 2, item III, of Law No. 9.099 / 1995, essential for proposing the criminal transaction, must be committed in the light of the constitutional guarantee of the presumption of innocence, which is why only the unappealable criminal sentence establishes the bad antecedents that “per se” make the application of the decriminalizing measure unfeasible; the denial of access to the benefit, on the basis of a prognosis of insufficiency of the measure, considered from what reveals the personality and social conduct of the agent, demands, on the part of the accuser, the corresponding proof, whose burden is entirely incumbent on him.

Keywords:

Presumption of Innocence. “Special Criminal Courts”. “Criminal Transaction”. Criminal Background. Constitutional hermeneutics of article 76, paragraph 2, item III, of Law 9999/1995.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da presunção de inocência ante as peculiaridades do sistema processual dos Juizados Especiais Criminais. 3. Da compatibilidade entre a transação penal e a presunção de inocência. 4. Do pressuposto e das causas impeditivas à propositura da transação penal. 5. Da natureza jurídica do acesso à transação penal. 6. Da impossibilidade de antinomias no ordenamento jurídico. 7. Dos maus antecedentes em sede de transação penal. 8. Outras dimensões do artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995; 9. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O Capítulo III da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 – que institui os Juizados Especiais Criminais – regulamenta, em sua Seção II, a fase preliminar do processo e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo¹; ali fulgura a “transação penal”, assim disciplinada:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

¹ Assim definidos pela própria Lei n.º 9.099/1995, em seu artigo 61: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

O dispositivo em questão – depreende-se *ictu oculi* – mantém várias e complexas conexões com o princípio constitucional da presunção de inocência. Nessa dimensão, sobreleva-se aquela que se refere à viabilidade da propositura de transação penal em face dos “antecedentes” do autor do fato, razão pela qual o presente estudo examina se o artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9099/1995, é compatível com o artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, e, desde que positiva a resposta, em qual medida.

2. Da presunção de inocência ante as peculiaridades do sistema processual dos juizados especiais criminais

De início, cumpre sublinhar que o princípio da presunção de inocência ao estabelecer, no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, ilumina a totalidade dos sistemas penal e processual penal pátrios, determinando-lhes o *modus* operacional.

No sempre abalizado escólio de TOURINHO FILHO², há que se reconhecer que “[e]sse princípio nada mais representa que o coroamento do *due process of law*. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio da sociedade livre, como bem o disse A. Castanheira Neves. Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente.”

A rigor, todo processo penal na República Federativa do Brasil está medularmente comprometido com a garantia constitucional da presunção de inocência. Uma vez que o procedimento integra o processo – em sua face *objecti* –, por consequência, tem-se que, independentemente da ritualística, comum ou especial, a presunção de inocência sempre lhe será um inderrogável fanal. Assim, a simples constatação de que às infrações de menor potencial ofensivo correspondem o procedimento comum sumarríssimo, nos termos do artigo 394, § 1.º, inciso III, do Código de Processo Penal, não constitui exceção a tanto.

Significa dizer, destarte, que os Juizados Especiais Criminais, conquanto estruturados sob critérios que lhes são específicos, apenas instituem, a partir do artigo 62 da Lei n.º 9.099/1995, que a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade orientam o procedimento que neles tramita, sem que isso signifique desvinculação à perspectiva garantidora dos direitos humanos³. Com efeito, o *due process of law* impede que norma infraconstitucional neutralize o direito à tutela jurisdicional a ser materializado em acordo com as garantias processuais penais esculpidas na *Lex Legum*. É sob essa ótica e em contrapeso àqueles critérios (*i.e.*, harmonizando-os aos direitos fundamentais), que o mencionado dispositivo (com redação dada pela Lei n.º 13.603, de 9 de janeiro de 2018) dita, em sua parte final, que o processo desenvolvido perante os Juizados Especiais Criminais objetivará, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação da pena não privativa de liberdade. Considerado

² TOURINHO FILHO, 2009, p. 32.

³ O princípio da presunção de inocência já se inseria entre os postulados fundamentais consagrados no artigo 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que proclamava: “*Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement reprimé par la loi*”. Além disso, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, ao trazer a lume a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, cravou, no âmbito do processo penal, o artigo 11.1, segundo o qual “toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa”.

esse último aspecto, resta patente que o sistema processual da Lei n.º 9.099/1995 se alicerça e se edifica, mediante distinta ênfase, à realização do conteúdo axiológico inerente à presunção de inocência. É que se o principal escopo desse princípio é a liberdade, e, se nos processos dos Juizados Especiais Criminais essa garantia é um objetivo expressamente estipulado pela própria lei, tem-se, pois, na confluência e interação desses domínios libertários, que no sistema processual particular dos Juizados Especiais Criminais a garantia constitucional da presunção de inocência desponta com peculiar relevo.

3. Da compatibilidade entre a transação penal e a presunção de inocência

O legislador constituinte originário determinou, no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criassem os 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.

Assim, embora abalizada doutrina⁴ repute a transação penal incompatível com a presunção da inocência, tal tese não é sustentável desde a ótica dos princípios instrumentais de interpretação constitucional. À refutação do argumento, basta o manejo do princípio da unidade da Constituição, cujo teor impõe ao hermenêuta o dever de conciliar as tensões porventura existentes entre as normas constantes na Lei Fundamental; calha bem, a respeito, o categórico escólio de BARROSO⁵, ao asseverar que “[n]ão é possível, [...], afirmar a inconstitucionalidade [das] disposições, frutos

⁴ Com a transação, segundo REALE JÚNIOR (*apud* TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2017, p. 685), “faz-se *tabula rasa*, vazio total do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio *nulla poena sine iudicio*, informador do processo penal”.

⁵ BARROSO, 2015, p. 338. Na mesma obra (cf. nota de rodapé n.º 89, p. 338-339), o autor, Ministro do Supremo Tribunal Federal, assinala que a Excelsa Corte brasileira possui entendimento firme no sentido da inexistência de inconstitucionalidade em disposições alocadas no próprio texto constitucional, conforme se depreende, entre outros, dos seguintes precedentes: ADIn 815-3/DF, DJU de 10 de maio de 1996, Rel. Min. MOREIRA ALVES e ADInMC 3.300/DF, DJU de 9 de fevereiro de 2006, Rel. Min. CELSO DE MELLO, que enfatiza a “impossibilidade jurídica de se proceder a fiscalização normativa abstrata das normas constitucionais originárias”.

da mesma vontade constituinte originária. Por essa razão, uma norma constitucional não pode ser inconstitucional em face de outra.”

No devido processo penal típico dos Juizados Especiais Criminais está inserido, mediante expressa previsão constitucional, o instituto da transação penal: eis o fundamento determinante à sua propositura, sempre que cabível, no procedimento sumaríssimo efetivado sob os parâmetros da Lei n.º 9.099/1995.

Releva destacar, assentada essa premissa, que a fase preliminar do procedimento sumaríssimo da Lei n.º 9.099/1995 – embora ainda desprovida de denúncia devidamente recebida – também integra o seu due process, e, nesse viés, a presunção de inocência comparece à sua disciplina, sem que nisso haja qualquer vício de inconstitucionalidade.

Destarte, na medida em que a propositura, a aceitação e o cabal cumprimento dos termos da transação penal podem solucionar uma causa⁶, no âmbito do Juizado Especial Criminal, a presunção de inocência incide sobre a aferição dos seus requisitos legais. Essa concepção, aliás, abrange o conteúdo político-criminal relativo ao disposto no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, bem como, entre as suas diversas acepções, aquelas alusivas à disciplina da prova⁷, à inocência como condição do acusado⁸, ao devido processo legal⁹ e à inadmissibilidade de interpretação extensiva em regra restritiva de direito¹⁰.

⁶ Embora, a rigor, o princípio da presunção de inocência e o do *in dubio pro reo* sejam inconfundíveis, o certo é que ambos pertencem ao gênero *favor rei*, razão pela qual possuem pontos comuns. Nessa perspectiva, a presunção de inocência figura como – consoante assinalam CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*apud* TUCCI, 1993, p. 405) – “uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa”.

⁷ Em face do princípio da presunção de inocência, segundo GOMES FILHO (1991, p. 41) “qualquer diferenciação de tratamento que se estabeleça entre o réu que foi absolvido plenamente e aquele que o foi por precariedade de provas será, evidentemente, ofensiva ao espírito do preceito constitucional.”

⁸ Consoante GOMES FILHO (*Op. cit.*, p. 46), “a consagração do preceito [da presunção de inocência] pela Constituição encerra, no plano do tratamento que deve ser dado ao acusado, a garantia de que nenhuma disposição legal, ato judicial ou ato administrativo poderá fundar-se na equiparação de sua situação à do culpado.”

⁹ A presunção de inocência e o devido processo penal complementam-se; por isso, no que tange ao objeto deste estudo, a etapa preliminar ao procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais deve ser levada a cabo, pelas razões expostas neste tópico, de molde a evidenciar concretude a ambos os princípios constitucionais.

¹⁰ Ao conceber a citada regra de hermenêutica como corolário deduzível do direito à não-consideração prévia de culpabilidade, TUCCI (*Op. cit.*, p. 411-412) observa que “inspirado no ideal de liberdade, o legislador constituinte consagrou a regra ora

Não se pode perder de vista, outrossim, que o aperfeiçoamento da transação penal depende ainda de expressa aceitação do autor do fato assistido por defensor; esse componente faz com que a um só tempo sejam atendidos o princípio da dignidade humana¹¹ e as garantias da ampla defesa¹² e da presunção de inocência¹³, já que o respeito à vontade do agente – pelo que se depreende dos §§ 4.º, *in fine* e 6.º, ambos do artigo 76, da Lei n.º 9.099/1995 – não equivale ao reconhecimento jurídico-processual penal de sua própria culpa¹⁴.

4. Do pressuposto e das causas impeditivas à propositura da transação penal

O exame do artigo n.º 76 da Lei n.º 9.099/1995 revela – consoante observa, em obra conjunta, GRINOVER – que “a proposta de transação penal não é alternativa ao pedido de arquivamento, mas algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda deva o processo penal ser instaurado.”¹⁵ Portanto, no *caput* do

analisada com uma única intenção, qual seja a de favorecer o acusado. Daí porque não fez inserir no respectivo texto nenhuma ressalva, nem qualquer referência a primariedade e a bons antecedentes como requisito de sua incidência.”

¹¹ Uma das dimensões mais importantes da dignidade humana (que no Estado de Democrático de Direito também abrange o direito à igualdade, à tutela da integridade psicofísica e o direito-dever de solidariedade social), consiste no respeito ao direito da liberdade do indivíduo, inclusive no plano da autodeterminação: a vontade livre e consciente da pessoa deve ser acatada quando refletirem escolhas em conformidade com o ordenamento jurídico. Assim, na visão de BODIN DE MORAES (2017, p. 106), “toda e qualquer situação subjetiva recebe a tutela do ordenamento jurídico se e enquanto estiver não apenas em conformidade com o poder de vontade do titular, mas também em sintonia com o interesse social”.

¹² O artigo 76, § 3.º, da Lei n.º 9.099/1995 é taxativo em assegurar, na formalização da transação penal, a observância do binômio defesa pessoal-defesa técnica: a aceitação dos termos de sua proposta não é obrigatória e o agente e seu advogado é quem decidirão acerca de sua conveniência, sempre que ela se revelar mais vantajosa ao *status libertatis*. Assim, como decorrência da transação penal, “a aceitação da proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade é” – conforme ressalta MIRABETE (2000, p. 143) – “uma técnica da defesa”.

¹³ BITENCOURT (1996, p.104) diz: “a presunção de inocência insculpida na Constituição brasileira é *iuris tantum*, cedendo quando houver prova em contrário, como ocorre com a aquiescência do autor do fato, na transação penal.”

¹⁴ Na transação penal, bem observa POLASTRI LIMA (2009, p. 763), “não se afere culpa e, assim, não há que se falar em descumprimento do princípio da não culpabilidade”.

¹⁵ GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCA FERNANDES; GOMES, 1996, p. 123.

dispositivo está aquilo que é verdadeiro pressuposto da propositura da transação penal: a impertinência do arquivamento do termo circunstanciado de ocorrência.

As causas impeditivas à proposta da medida despenalizadora estão elencadas nos três incisos que consubstanciam o § 2.º, do artigo 76, da Lei n.º 9.099/1995. Trata-se de rol exaustivo que articula hipóteses não cumulativas, mas que dependem, nos termos da lei – que jamais possui palavras inúteis – de “comprovação”. Neste ponto, a garantia do artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, flameja: a proposta de transação penal somente se torna incabível se o Ministério Público desconstituir, comprovadamente, a presunção *juris tantum* que milita em favor da viabilidade do mencionado préstimo legal. Não será, portanto, o agente quem deverá demonstrar que angaria os requisitos viabilizadores da hipótese libertária, uma vez que em razão do princípio da presunção inocência o ônus probatório alusivo às causas de impedimento do benefício recai inteiramente sobre o titular da ação penal.

Nos termos da Lei n.º 9.099/1995, a primeira causa de impedimento à propositura da transação penal deflui da comprovação de o autor da infração já houver sido condenado pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por “sentença definitiva”. Nessa última expressão, com efeito, soergue-se, com todo o seu fulgor, o princípio da presunção de inocência. Sentença definitiva é aquela transitada em julgado, irrecorrível; a causa *sub judice*, ainda sob trâmite de recursos ordinários, especiais e extraordinários, independente da natureza dos efeitos que lhe sejam conferidos (*i.e.*, suspensivo ou meramente devolutivo), impedem o reconhecimento da coisa julgada em matéria processual penal.

É importante sublinhar que a aplicação por excelência do disposto no artigo 76, § 2.º, inciso I, da Lei n.º 9.099/1995 se dá em desfavor do agente reincidente. Se um dos escopos dos Juizados Especiais Criminais é a despenalização, soa incompatível com o seu espírito geral que a primeira hipótese de impedimento da transação penal (o instituto no qual mais aflora o objetivo de aplicação de pena não-privativa de liberdade) seja a condenação anterior transitada em julgado, que impôs ao agente pena privativa de liberdade pela prática de crime. É que nessa causa impeditiva há certo *automatismo* que poupa o órgão do Ministério Público de maiores digressões argumentativas: a objetividade do requisito ratifica esse ponto de vista. Por outras palavras: a simples juntada da certidão em que há o registro condenatório, verificado sob os parâmetros estipulados pela lei, já impede o acesso à transação penal.

Destarte, a eficácia da primeira causa impeditiva à transação penal deve sofrer um recuo hermenêutico, posto que, na redação do artigo 76, § 2.º, inciso I, da Lei n.º 9.099/1995, o legislador *potius dixit quam voluit*. Com isso, quer-se dizer que o dispositivo não comporta análise aferrada aos seus estritos termos: fosse assim, todas as condenações pela prática de crime, independentemente de quaisquer outras valorações, estariam a inviabilizar, sem maiores ônus argumentativos ao *Parquet*, o acesso do agente à proposta de transação penal. A irracionalidade e a desproporcionalidade que emergem do mencionado dispositivo, aliada ao fato de que a admissão de sua literalidade torna significativamente esvaziado o inciso III do mesmo artigo 76, § 2.º, da citada legislação, com inadmissíveis e amplíssimas áreas de *bis in idem*. Dito de modo categórico: não é qualquer condenação criminal simplesmente anterior à data da audiência preliminar que impede, *ipso facto*, o benefício despenalizador, mas somente a condenação pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva indutora de reincidência entre delitos. Já todas as outras condenações ocorridas no Juízo Criminal, em especial aquelas indiferentes à reincidência entre delitos ou aquelas referentes à reincidência que envolva contravenção, não serão, por óbvio, irrelevantes à realidade do Termo Circunstanciado de Ocorrência levado à audiência preliminar, uma vez que deverão ser devidamente avaliadas a título de *antecedentes*, conforme abordagem *infra*. Oportuno assinalar, ademais, que inexiste qualquer óbice à ressignificação hermenêutica ora proposta, porquanto o exercício de exegese restritiva operado na espécie resulta em interpretação favorável à liberdade. Além disso, essa mesma ressignificação em nada desconstitui quaisquer das causas impeditivas da transação penal, mas apenas determina que parte delas seja realocada em outro inciso, presente no mesmo artigo e parágrafo, para que sejam submetidas a um ônus argumentativo mais densificado, como sói de exigir qualquer possibilidade que implique diminuição do *status libertatis* do autor do fato.

A segunda causa impeditiva à propositura da transação penal consiste no fato de o agente já ter sido anteriormente, no prazo de cinco anos, beneficiado pela sua aplicação. Inexiste desarmonia entre disposição e o princípio da presunção de inocência: sem cravar qualquer reconhecimento de culpa anterior, a lei apenas impede que o instituto despenalizador seja banalizado; além disso, no processo atual em que houve a negativa de propositura, a transação penal anterior em nada altera o balanço do ônus probatório das partes.

A terceira e última causa impeditiva à proposta de transação penal conecta-se à prognose favorável da necessidade e suficiência da medida, que se torna incabível desde que não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias pertinentes ao fato examinado na audiência preliminar. Na análise da adequação da transação penal sob esse fundamento, a proporcionalidade e a razoabilidade operam como guias da atuação do órgão Ministerial em cada caso concreto; contudo, a nortear-lhe perenemente a postura processual-penal no tocante ao tema, estará a presunção de inocência.

5. Da natureza jurídica do acesso à transação penal

Sem embargo de sua literalidade, o artigo 76, *caput*, da Lei n.º 9.099/1995, não outorga ao órgão Ministerial qualquer arbítrio no tocante à apresentação da proposta de transação penal ao agente que dela fizer jus: o desmando gratuito jamais se coaduna com o Estado Democrático de Direito, cuja defesa, aliás, incumbe ao próprio *Parquet*, conforme expressamente determinado pelo artigo 127, *caput*, da Constituição Federal. Destarte, o titular da ação penal, ao verificar que na espécie está presente o pressuposto da proposta do benefício, livre de quaisquer causas impeditivas à sua apresentação, exercerá o poder-dever de explicitá-la, na audiência preliminar, ao autor da infração penal, devidamente assistido por advogado.

No que tange à disciplina do artigo 76 da Lei n.º 9.099/1995, o que se tem, a rigor, consoante PACHELLI DE OLIVEIRA¹⁶, é que “segundo comando expresso da lei, o Estado reconhece o direito do réu a não ser submetido a um modelo processual *condenatório*, quando presentes os requisitos legais, segundo os quais a medida mais adequada ao fato seria a via conciliatória da *transação penal*.” Assim, o acesso ao citado instituto despenalizador, “quando” e “se” nada lhe representar comprovado obstáculo, constitui autêntico direito público subjetivo do autor do fato¹⁷.

¹⁶ PACHELLI DE OLIVEIRA, 2006, p. 588.

¹⁷ Nesse sentido: PACHELLI DE OLIVEIRA, *Op. cit.*, p. 588; JESUS, 1995, p. 66; BITENCOURT, *Op. cit.*, p. 106; e, ainda, POLASTRI LIMA (*Op. cit.*, p. 763), *in verbis*: “Estando presentes os requisitos da lei, deverá o Ministério Público propor a transação, e, caso não o faça, o agente poderá provocá-lo, já que a proposta é um seu direito subjetivo, tratando-se de norma de caráter penal (abstenção do *jus puniendi* original) mais benéfica.”

Evidente que não se trata de direito absoluto: contanto que entenda impertinente a proposta de transação penal, poderá o órgão Ministerial não a formalizar, competindo-lhe, contudo, nos termos do artigo 43, inciso III, da Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, fundamentar a negativa. Caso o Magistrado, de sua vez, convença-se de que a denegação do benefício, por parte do *dominus litis*, seja descabida, não poderá, tomando-lhe o lugar, agir *ex officio*; a saída processual que se lhe descortina é a aplicação, por analogia, do artigo 28 do Código de Processo Penal, conforme apontam a melhor doutrina¹⁸ e a jurisprudência dominante¹⁹.

Admitido que o agente reúne os requisitos legais à fruição da transação penal, a negativa de sua proposição, desde que injustificada, constitui indevida discriminação que, por ferir regra de tratamento, afronta o princípio constitucional da presunção de inocência.

6. Da impossibilidade de antinomias no ordenamento jurídico

O ordenamento jurídico constitui um sistema que, sendo ontologicamente uno, não tolera antinomias²⁰. Quer isso dizer que na ordem jurídica impera o senso de coerência (*i.e.*, ausência de contradições), tradutora de uma harmonia interna havida no complexo normativo²¹.

Diz-se acerca disso porquanto os enunciados do artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995 e também dos artigos 44, inciso III, 59, *caput* e 77, inciso II, esses do Código Penal, possuem termos comuns, quais sejam, “antecedentes”, “conduta social” e “personalidade do agente”, bem como “motivos” e “circunstâncias” [da infração penal]; esses parâmetros, com efeito, devem balizar a medida transacionada (na Lei n.º 9.099/1995) e a aplicação da pena (no Código Penal), em patamares que traduzam a necessidade e a suficiência de uma e outra²².

Detectada essa realidade, e considerando que ao se exteriorizarem, o direito penal e o direito processual penal revelam relação de interdis-

¹⁸ BONFIM, 2017, p. 804.

¹⁹ STJ, REsp 737.688/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 16 de outubro de 2006, p. 418.

²⁰ Cf. BOBBIO, 1995, p. 81.

²¹ Cf. ENGLISH, 2001, p. 310.

²² Não passa *in albis* que os artigos 71, Parágrafo Único, 83, inciso I, 168-A, § 3.º e 337-A, § 2.º, todos do Código Penal, também fazem referência aos “antecedentes” do agente.

ciplinaridade, sobretudo no plano principiológico²³, cabe reconhecer que aqueles termos comuns havidos na Lei n.º 9.099/1995 e no Código Penal devem ser assimilados mediante identidade conceitual.

Este estudo dedica-se, à luz do princípio da presunção de inocência, a delimitar o alcance do termo “antecedentes”, positivado no artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995; todavia é importante atinar, desde logo, que o conteúdo normativo da expressão, referida na citada legislação especial, não pode ser diverso daquele mencionado no Código Penal.

Essa relação de identidade se justifica em homenagem a premissas hermenêuticas inarredáveis como segurança jurídica²⁴, racionalidade²⁵ e proporcionalidade²⁶, na medida em que impede ao exegeta da Lei n.º 9.099/1995 tornar referidos termos mais gravosos que os previstos no próprio Código Penal. Esse óbice deriva, ademais, do princípio da presunção de inocência, que se apresenta ao autor do fato, na transação penal, como garantia de que seu *status libertatis* não terá maiores restrições que aquelas impostas ao condenado.

²³ “Apesar de ninguém pretender que o direito processual pertença ao direito penal em sentido estrito, deve com ele manter uma vinculação estreita e mesmo certo grau de dependência, já que o direito processual é sempre um meio e não um fim em si mesmo. [...] Relacionam-se, de um lado, por uma independência acadêmica e expositiva, assim como, de outro, por nítida dependência teórica ou ideológica (ou político-criminal): os objetos são díspares, mas os princípios de ambos são – ou deveriam ser – estritamente paralelos, [...]” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2015, p. 289-289, sem omissões no original). Além disso, não se pode perder de vista a existência das normas “híbridas” (veiculadoras de matéria penal e processual), como também as “heterotópicas” (norma penal inserta em diploma processual e/ou norma processual alocada em lei penal) – a respeito, cf. BONFIM, 2012, p. 26-27 –, as quais evidenciam ainda mais a interdisciplinaridade entre os citados ramos do Direito, integrantes, ambos, da mesma enciclopédia das ciências penais.

²⁴ Por segurança jurídica, segundo ATIENZA, “deve-se entender capacidade de um determinado ordenamento jurídico para tornar previsíveis, isto é, seguros, os valores liberdade e igualdade” (*Apud* VIGO, 2005, p. 271).

²⁵ Entendida em acepção idêntica àquela proposta por PULIDO (2013, p. 62-64), ou seja, composta pelos critérios da clareza e consistência conceitual, consistência normativa, saturação (*i.e.*, a completude do argumento mediante a abrangência de todas as premissas que lhe pertençam), respeito à lógica dedutiva, respeito às cargas de argumentação, consistência argumentativa e coerência.

²⁶ A ser assimilado tanto na vertente da “vedação da proteção insuficiente” (*Unter-massverbot*), quanto na sua contraface, qual seja, “proibição do excesso” (*Übermass-verbot*) – cf., nesse sentido, BONFIM, 2017, p. 117-119.

7. Dos maus antecedentes em sede de transação penal

Nada impede, a partir da garantia da presunção de inocência, que a compreensão dos “antecedentes”, bastante sedimentada no âmbito penal²⁷, sirva igualmente ao processo penal desenvolvido perante os Juizados Especiais Criminais. Aliás, o significado do termo, eminentemente técnico, é crucial à aferição da viabilidade da transação penal.

Assentada essa premissa, é crucial estabelecer as hipóteses caracterizadoras dos maus antecedentes, impeditivos à propositura da transação penal, considerado o marco fundamental do artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal.

“Antecedentes” – conforme pontificava FRAGOSO²⁸ (mesmo antecipadamente à Constituição Federal de 1988) – dizem sobre “o comportamento anterior do acusado, mas não a reincidência, [...]. Os processos judiciais anteriores contra o acusado, que tenham conduzido à sua absolvição são irrelevantes. Presume-se a inocência de toda pessoa acusada de crime.” A complementar esse magistério, BONFIM²⁹ ressalta que “é corolário do princípio da não culpabilidade a impossibilidade de se considerarem, para efeitos de dosimetria da pena, os inquéritos e processos criminais em andamento do acusado, sem trânsito em julgado.”

Merecem reflexão o teor dos citados magistérios, em face da riqueza de seus desdobramentos.

De início, cabe pontuar que “antecedentes” jurídico-criminais – seja em sentido lógico, teleológico ou cronológico – são somente os eventos de relevância penal que *precederam*, na linha do tempo, o fato imputado ao agente; logo, se ele é levado à audiência preliminar em data “x”, por fato ocorrido na data “y”, que se lhe atribui em tese a responsabilidade, não serão “antecedentes” criminais, os registros posteriores

²⁷ “O princípio da *presumption d’innocence*, [...], tanto é relevante no âmbito processual [...], como no âmbito do Direito Penal. Preponderantemente naquele, sim, mas não se pode negar que tenha valia também no âmbito do direito substancial” (GOMES, 1998, p. 117, sem omissões no original). O hibridismo da transação penal, enquanto medida despenalizadora, revela que ela possui, a um só tempo, natureza processual e penal, conforme ressaltado, em obra coletiva por GRINOVER (*Op. cit.*, p. 19). Destarte, posto que o princípio da presunção de inocência aplica-se aos institutos penais e processuais penais e, considerando que a transação penal possui essa dupla natureza, por qualquer ângulo que se esquadrinha juridicamente a apontada medida despenalizadora, revela-se que a leitura referente a ela sempre deverá estar comprometida com a mencionada garantia constitucional.

²⁸ FRAGOSO, 1985, p. 336, sem omissão no original.

²⁹ BONFIM, 2017, p. 100.

a essa última data, malgrado compreendidos entre ela mesma e aquela em que se realiza o ato judicial.

Independentemente de qualquer marco temporal, tem-se que investigações arquivadas e processos judiciais que redundaram em absolvição (*i.e.*, sentenças monocráticas ou acórdãos que não estabeleceram o reconhecimento jurídico de infração penal), não desqualificam os antecedentes criminais do apontado autor do fato.

Da mesma forma, perseguições criminais em curso (na fase indiciária ou processual) não configuram, igualmente, maus antecedentes.

Ademais, válido pontuar que, sob pena de caracterização de *bis in idem* absolutamente vedado em matéria punitiva, o registro criminal gerador da reincidência (porquanto dotado de conteúdo normativo próprio) também não pode ser assimilado como maus antecedentes³⁰.

A jurisprudência contemporânea, máxime no âmbito dos Tribunais Superiores, proclama idêntico entendimento.

Assim, a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Terceira Seção, julgado em 28 de abril de 2010, publicado no DJe de 13 de maio de 2010).

No Supremo Tribunal Federal a questão foi julgada em 17 de dezembro de 2014, com reconhecimento de Repercussão Geral, no Recurso Extraordinário n.º 591054/SC- Santa Catarina (rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, publicado no DJe de 26 de fevereiro de 2015), sendo que a ementa do v. Acórdão restou nestes termos cristalizada:

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS
– INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DE-
SINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não

³⁰ Na medida em que a reincidência é mais gravosa do que os maus antecedentes (porquanto interfere, *ex vi lege*, mais duramente no *status libertatis* da pessoa, inclusive em hipóteses que esses últimos não têm esse mesmo condão (*v.g.*, artigo 110, *caput*, do Código Penal e artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal), por óbvio que a reincidência *também* é causa impeditiva à propositura da transação penal, muito embora não seja mencionada em nenhum dos três incisos do § 2.º, do artigo 76 da Lei n.º 9.099/1995. O fundamento dessa assertiva radica no inciso I do mencionado dispositivo, no qual a reincidência está *a fortiori* subentendida, e não exatamente no inciso III, posto *sub examine* no tópico em epígrafe. Por essa razão, compete ao intérprete a atividade hermenêutica capaz de extrair a verdadeira tradução do espírito valorativo que anima a norma positivada.

culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais³¹.

Em síntese: para efeitos de configuração de *maus antecedentes* somente a condenação criminal definitiva anterior ao fato em julgamento pode ser levada em conta, desde que aquele mesmo título judicial não seja gerador de reincidência. Essa compreensão se institui justamente porque, no dizer de BOSCHI³², “a exigência da condenação definitiva tem a ver com a garantia da presunção de inocência (art. 5.º, inc. LVII, da CF).”

À vista do exposto, poderia parecer, num primeiro lance de olhar, que a definição de *maus antecedentes* estaria completamente esvaziada. Transplantada para o universo dos Juizados Especiais Criminais essa mesma impressão ganha contornos ainda mais sensíveis na medida em que o artigo 76, § 2.º, inciso I, da Lei n.º 9.099/1995, impede a propositura da transação penal a comprovação de ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva. Logo, poderia parecer que a combinação do referido enunciado normativo, do mencionado entendimento jurisprudencial e da citada posição doutrinária retro enumeradas acabariam por retirar a autonomia dos antecedentes apontados pelo artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995.

Todavia, isso não se verifica, com efeito.

Em observância aos artigos 63 do Código Penal e 7.º da Lei das Contravenções Penais³³, ostentará *maus antecedentes*, embora tecnicamente primário, o agente que cometer crime em data posterior ao trânsito em julgado de uma condenação consequente à prática de contravenção. Pelos mesmos fundamentos, não será reincidente, conquanto portador de *maus antecedentes*, o agente que perpetrar nova

³¹ Posteriormente a esse julgado, o Pretório Excelso, tanto em seu Pleno quanto em suas duas Turmas, firmou o entendimento no sentido nele externado, consoante se depreende, v.g., do exame dos seguintes casos: HC 151431/MG (Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 08 de maio de 2018), RE 1012344 AgR/RJ (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 19 de maio de 2017), HC 113577/RS (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 25 de novembro de 2015), HC 104266/ RJ (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 26 de maio de 2015) e HC 94620/MS (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 24 de novembro de 2015).

³² BOSCHI, 2002, p. 199

³³ Ambos dispositivos, note-se, fazem expressa referência ao anterior trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cuja irrecorribilidade servirá de marco jurídico indutor à reincidência.

contravenção após ter sido condenado em definitivo, no estrangeiro, pela prática dessa mesma espécie de infração penal.

Da mesma forma, *contrario sensu* ao disposto no 64 do Código Penal, a condenação cuja pena fora extinta há mais de cinco anos não gera reincidência, mas atestam maus antecedentes³⁴; igualmente, demonstram-nos a condenação pretérita na Justiça Castrense (sobretudo em crimes militares impróprios) ou aquela decorrente da prática de crime político.

Ademais, cabe assinalar que a condenação irrecorrível anterior ao fato levado à audiência preliminar e cuja punibilidade fora extinta após o seu trânsito em julgado, presta-se à contabilização de maus antecedentes (*v.g.*, prescrição da pretensão executória).

Também a condenação criminal definitiva, seguida do perdão judicial, malgrado não indutora de reincidência (artigo 120 do Código Penal), pode ser levada em conta para a aferição dos antecedentes.

Igualmente, a reabilitação concedida, se bem que válida para fins do sigilo dos registros sobre a condenação (artigo 93 do Código Penal), não terá o condão de subtrair, à aferição do cabimento da transação penal, o registro de maus antecedentes.

Além dessas hipóteses, perfeitamente possível que o autor do fato ostente condenação anterior irrecorrível (tanto faz, se pela prática de contravenção ou de crime) e indutora ou não de reincidência, cuja pena aplicada tenha sido multa ou restrição de direitos. Em casos deste jaez, o artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995 será o fundamento, em razão de seus maus antecedentes do agente, que impedirá a transação penal. Na mesma esteira, figura o exemplo do agente já irrecorrivelmente condenado pela prática de contravenção penal, mesmo à pena privativa de liberdade, cujo acesso à transação penal será inviável não exatamente em razão do disposto no artigo 76, § 1.º, inciso I, da Lei n.º 9.099/1995 (que exige condenação anterior definitiva pela prática de *crime*), mas porque os seus antecedentes, na forma do inciso III, do mesmo dispositivo, não o recomendam³⁵.

³⁴ Nesse sentido, cf. STF, HC 69.001-7, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 26 de junho de 1992.

³⁵ A prática de nova infração penal após “uma” condenação criminal irrecorrível gera a reincidência; assim, “outras” condenações criminais anteriores ao cometimento da nova infração penal, verificáveis além daquela indutora da reincidência, servem à identificação dos antecedentes desabonadores. Note-se, porém, que somente a hipótese de o autor do fato ser reincidente pela prática de dois crimes (com o primeiro reconhecido por sentença cujo trânsito em julgado lhe redundou em

Articulam ainda outra reflexão, TOURINHO NETO e FIGUEIRA JÚNIOR³⁶:

Importará maus antecedentes a pena restritiva de direitos imposta por força de transação penal? Estabelece o § 4.º do art. 76 da Lei 9.099/1995 que a aplicação da pena restritiva de direitos ou multa não implicará reincidência. Mas a parte final desse mesmo dispositivo dispõe que o autor do fato, assim favorecido, fica impedido de receber “o mesmo benefício no prazo de cinco anos”. Logo, na verdade, não deixou de constituir maus antecedentes.

Em realidade, as penas de multa ou restritivas de direito aplicadas como decorrência da aceitação de proposta de transação penal não configuram maus antecedentes, porquanto anotadas nos registros criminais do agente não como consequência de um título judicial penal condenatório. Contudo, a depender das circunstâncias do caso concreto, dos argumentos esgrimidos pelo órgão ministerial e da fundamentação exarada pela autoridade judicante, as penas de multa ou restritiva de direitos aplicadas em anterior transação penal podem interferir no cabimento do mesmo benefício em novo processo, após decorridos os cinco anos da quarentena demarcada no artigo 76, § 2.º, inciso II, da Lei n.º 9.099/1995: não exatamente porque são “penas”, ou em razão dos “antecedentes” do autor do fato, mas justamente em função dos aspectos que, a seguir, passam a ser objeto de análise.

aplicação de pena privativa de liberdade) impede a transação penal com fundamento no artigo 76, § 2.º, inciso I, da Lei n.º 9.099/1995; as demais hipóteses de reincidência e que mais de perto interessam ao presente estudo – *i.e.*, seja pela prática de duas contravenções, seja pela prática de crime anterior apenado com sanção diversa da privação de liberdade – impedem o mesmo benefício, com base, porém, no inciso III, do mencionado dispositivo. Em uma situação específica, contudo, detecta-se a incidência de duplo fundamento inibidor da proposta de transação penal: trata-se do caso do agente que cumpriu pena privativa de liberdade pela prática de crime, e que nos cinco anos posteriores à extinção da reprimenda foi condenado irrecorrivelmente pela prática de novo crime (o que lhe gerou reincidência), depois disso ainda, sofreu nova condenação e, em seguida, comparece à audiência preliminar pela prática de nova infração penal; sendo reincidente pela prática de crime e portador de maus antecedentes, não faz *jus* à transação penal, bastando ao Ministério Público a mera juntada da certidão que demonstra a perda da sua primariedade, calcada em condenação irrecorrível pela prática de crime, à pena privativa de liberdade.

³⁶ TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, *Op. cit.*, p. 708-709.

8. Outras dimensões do artigo 76, § 2.º, inciso III, da lei n.º 9.099/1995

O amplo espectro de incidência do artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995, suscita outros campos de investigação que não se incompatibilizam com a presunção de inocência.

Se, por um lado, a definição de maus antecedentes corresponde aos registros criminais de anteriores condenações irrecorríveis ao fato (exceto aquela indutora da reincidência, porquanto possuidora de conteúdo normativo autônomo), por outro, é imperativo reconhecer que os eventos marcantes na vida do agente, sem embargo de sua conotação criminal estritamente técnica, revelam dados importantes alusivos à sua personalidade e conduta social. Sob esse viés, é inegavelmente relevante, na biografia de qualquer pessoa, o seu envolvimento com o aparato policial ou judicial, máxime o de natureza criminal, seja qual for o seu desfecho³⁷. Desde aí, portanto, as investigações policiais arquivadas, os processos criminais em curso e os registros alusivos ao cometimento de atos infracionais não são indiferentes à aferição da propositura da transação penal, segundo o *praeceptum juris* em questão.

É a própria lei quem determina que cada indivíduo seja considerado *per se* e de acordo com seu *modus* de agir em sociedade. A razão disso está em que as margens de uma “ficha corrida” não comportam a definição de um homem, perscrutado sob o prisma biopsicossocial. Toda pessoa é uma unidade humana completa e um fragmento da humanidade, e, nessa dimensão, caracteriza-se por uma síntese funcional-orgânica que, desde a perspectiva psicodinâmica, interage mediante experiências particulares estabelecidas com o meio natural e social em que vive. “*Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo*” – cravou ORTEGAY GASSET³⁸. Destarte, a análise da conduta social e da personalidade do agente exigem visão abrangente, não circunscrita ao universo dos registros de condenações criminais irrecorríveis. O passado do indivíduo, embora compreenda os seus antecedentes, é, porém, muito mais amplo que eles, e, nessa extensão total a sua vida pregressa deve ser medida, para fins do artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995.

³⁷ “O homem escreve a sua própria biografia, pois todos os atos serão atos incorporados à sua história, e as incontáveis decisões somam um conjunto que reflete a pessoa do homem, a sua singularidade.” (REALE JÚNIOR; DOTTI; ANDREUCCI; PITOMBO, 1987, p. 161.

³⁸ ORTEGAY GASSET, 2016, p. 18.

Personalidade e conduta social do agente, embora discerníveis entre si, entrelaçam-se. Do ponto de vista da ciência psicológica, GAZZANIGA e HEARTHETON³⁹ preconizam que

[...] o projeto básico da personalidade é geneticamente determinado e manifesta-se em temperamentos⁴⁰ que têm base biológica. No entanto, esses temperamentos não predeterminam a personalidade: a interação entre as pessoas e seus mundos sociais cria indivíduos únicos, talvez ao influenciar processos cerebrais que determinam a personalidade.

Malgrado a interação existente entre a personalidade e a conduta social do agente, cumpre assinalar que, para efeitos da dicotomia positivada na norma processual penal, a personalidade enfatiza os traços referentes à individualidade do agente, integrada por fatores endógenos e exógenos; a partir desse último componente, a conduta social passa a também a ser considerada como contexto interpessoal em que se efetivam as relações do indivíduo com as diversas faixas de vida coletiva na qual está inserido.

Uma vez que a lei estabelece o corte epistemológico que distingue entre a personalidade e a conduta social do autor do fato, cuja apreciação constituem objetos da audiência preliminar no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, cumpre ao intérprete delimitar cada um desses elementos normativos de valoração cultural.

O conhecimento acerca da personalidade remonta, em suas raízes mais profundas, ao século I.V a.C., quando Hipócrates (Cós, 460 a.C. – Tessália, 370 a.C.) apresentou tipologias vinculadas à distribuição de certos fluidos corporais. Decorridos muitos séculos, alvorecia um estágio

³⁹ GAZZANIGA; HEARTHETON, 2005, p. 496.

⁴⁰ O conceito de “temperamento”, que na definição citada ocupa posição de centralidade, foi bastante desenvolvido pela Psicologia Jurídica, especificamente. Nesse diapasão, consoante MIRAY LOPEZ (1980, p. 23), é oportuno assinalar que “*si por constitución entendemos ‘el conjunto de propiedades morfológicas y bioquímicas transmitidas al individuo por la herencia’*, podremos definir el temperamento como la resultante funcional directa de la constitución, que marca em todo momento la especial modalidad de la primitiva tendencia de reacción ante los estímulos ambientales. Un error frecuentemente cometido es el de confundir el temperamento con el carácter. No obstante, éste viene definido objetivamente por el tipo de reacción predominante, exhibida por el sujeto frente a las diferentes clases de estímulos y situaciones; claramente se comprende que no siempre la tendencia primitiva de reacción coincide con la reacción exhibida, ya que entre ambas se interpone todo el conjunto de funciones intelectuales (discriminativas, críticas, judicativas) y de las inhibiciones creadas por la educación.”.

de observação organizada acerca do tema, numa fase ainda protoclínica: a medicina, procurando estabelecer parâmetros acerca do comportamento anormal, debruçava-se no estudo da personalidade patológica por intermédio de Emil Kraepelin (Neustrelitz, 1856 – Munique, 1926), Sigmund Freud (Freiberg in Mähren, 1856 – Londres, 1939), Pierre Janet (Paris, 1859 – Paris, 1947), Carl Jung (Kesswil, 1875 – Küsnacht, 1961) e outros. Na sequência, é irrompida, a partir dos anos 1960-1970, a fase experimental dos estudos acerca da personalidade, encarada a partir de então sob um prisma eminentemente científico, independente de juízos de valor. Com isso, epígrafes analíticas alusivas às suas estruturas, qualidades e fatores constitutivos passam a ser levados em conta nas tentativas de sua definição, com destaque a três de seus aspectos: “dinamismo” (ela é um produto transitivo), “organicidade” (porquanto supõe organização de experiências e características em relação ao todo que é a pessoa) e “ajustamento único ao meio” (o modo como o indivíduo conhece a si e os outros, para exercitar sua integração ao mundo)⁴¹.

Assim, do ponto de vista da psiquiatria – de acordo com KAPLAN, SADOCK e GREBB⁴² – “o termo ‘personalidade’ pode ser definido como a totalidade dos traços emocionais e comportamentais que caracterizam o indivíduo na vida cotidiana, sob condições normais; é relativamente estável e previsível”.

Ainda no campo da psiquiatria clínica, JACOBSON e JACOBSON⁴³ agregam, na compreensão da personalidade, que ela inclui

[...] modos típicos de perceber o eu e o mundo, mecanismos de enfrentamento preferidos em resposta ao estresse e valores derivados de experiências culturais, familiares e individuais. Embora o desenvolvimento da personalidade continue ao longo da vida, os traços mais característicos são formados até o início da fase adulta, incluindo a tendência a ser passivo ou ativo, a intensidade com a qual a pessoa expressa emoção e o grau de extroversão social. Eventos adversos podem exacerbar aspectos negativos da personalidade; no entanto, traços positivos ou adaptativos também vêm à tona, de modo que a linha de base da personalidade permanece geralmente intacta após uma crise ter passado.

A psicologia, de sua vez, mesmo considerando que o termo “personalidade” comporta abordagens diversas (psicanalítica, behaviorista, huma-

⁴¹ Nesse sentido, cf.: VARGAS, 1990, p. 12-23.

⁴² KAPLAN; SADOCK; GREBB, p. 686.

⁴³ JACOBSON; JACOBSON, 1997, p. 241.

nista e cognitiva), propõe conceito que, malgrado mais abrangente, não destoa, em essência, do anterior. Nesse sentido, ATKINSON⁴⁴ pontifica:

A personalidade se refere às características, respostas emocionais, pensamentos e comportamentos do indivíduo que são relativamente estáveis ao longo do tempo e em diferentes circunstâncias. Os psicólogos estudam os processos básicos que influenciam o desenvolvimento da personalidade em diversos níveis de análise, tal como a influência da cultura, aprendizagem, biologia e fatores cognitivos. Ao mesmo tempo, os que estudam a personalidade estão mais interessados em compreender a pessoa na *totalidade*. Isto é, eles tentam entender o que torna cada pessoa única. As pessoas diferem imensamente em inúmeros aspectos, [...]. Algumas são hostis, algumas são amorosas e outras são retraídas. Cada uma dessas características é um *traço da personalidade*, uma tendência disposicional para agir de determinada maneira ao longo do tempo e em diferentes circunstâncias.

Além de estabelecer a definição da personalidade, a ciência psicológica ocupa-se também de uma outra empreitada relevante, que conjuga os traços da personalidade com o *modus* pelo qual o indivíduo interage socialmente; assim, cabe frisar, ainda sob o magistério de ATKINSON⁴⁵, que

[i]solados, os traços da personalidade não nos informam nada sobre os processos dinâmicos do funcionamento da personalidade, e os psicólogos de traços que procuram desenvolver teorias da personalidade precisaram utilizar outras abordagens para enfocar a segunda tarefa mais importante da psicologia da personalidade: sintetizar os muitos processos que influenciam as interações de um indivíduo com os ambientes físico e social – biologia, desenvolvimento, aprendizagem, pensamento, emoção, motivação e interação social – em uma abordagem integrada da pessoa total.

Com isso, retorna-se, desde a mirada científica, à análise conjugada do binômio personalidade e conduta social do agente⁴⁶.

⁴⁴ ATKINSON, 2002, p. 471, sem omissões no original.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 475-476.

⁴⁶ Tanto isso é verdade, sob a ótica das ciências penais, que Paulo José da COSTA JÚNIOR (1996, p. 200) assevera que “a personalidade, para ser valorada em seu aspecto global e dinâmico, considerando o agente em seu meio social circundante

Nesse contexto, a conduta social do indivíduo é – segundo NORONHA⁴⁷ – “a sua integração e o relacionamento dentro dos grupos sociais dos quais participa, desde o núcleo familiar até os agrupamentos maiores”. Por isso, sob o prisma lógico, nada impede que “embora de má conduta social, tenha o réu bons antecedentes”, conforme pontua CARVALHO NETO⁴⁸.

É nessa medida que as investigações policiais arquivadas, os procedimentos e processos criminais em curso, assim como os registros de atos infracionais ganham relevo para a investigação da pertinência ou não da transação penal. Destarte, não fará jus a ela, porquanto insuficiente em seus propósitos despenalizadores, por exemplo, o indivíduo que não fora anteriormente denunciado pela prática de estupro, em razão de decadência operada em desfavor da vítima que não acionou a Justiça a tempo e modo (artigos 213 e 225, ambos do Código Penal), e que, posteriormente a tal arquivamento, é apresentado nos Juizados Especiais Criminais, pela prática de assédio sexual (artigo 216-A do Código Penal), perpetrado contra a mesma ofendida, maior de dezoito anos. Mais uma hipótese: embora primário e com bons antecedentes, o agente ameaça seus dois irmãos que optam por não dar continuidade no Termo Circunstanciado de Ocorrência formalizado em seu desfavor; dias depois, diante de testemunhas idôneas e de forma manifestamente ilícita e culpável, ele cumpre a promessa e assassina um daqueles seus consanguíneos, quedando-se, inclusive, confesso. Diante disso, vem a ser efetivamente processado perante o Tribunal do Júri e o irmão sobrevivente, atento ao prazo decadencial, decide, no âmbito dos Juizados Especiais, prosseguir naquele feito em que figura como vítima do crime previsto no artigo 147 do Código Penal: o processo em curso, destinado à resolução do fratricídio, pode perfeitamente, ante as peculiaridades da espécie, obstar a transação penal, servindo como fundamento da negativa à proposta o artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995. *A fortiori*, impede o acesso à transação penal a decisão proclamada pelos jurados, ainda que recorrível, uma vez que sobre essa última incide os efeitos

ocasional ou permanente, que o pressiona e que o faz reagir, de forma passiva ou agressiva, não pode ser analisada isoladamente, destacada da conduta social.”

⁴⁷ NORONHA, 1993, p. 244. No mesmo sentido, BONFIM e CAPEZ (2004, p. 712), ao subscreverem o alcance mais amplo da conduta social em relação aos antecedentes, pontificam que essa última se refere a qualquer forma de comportamento do agente dentro da sociedade.

⁴⁸ CARVALHO NETO, 2003, p. 52.

do artigo 5.º, XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal: nesse panorama, a presunção de inocência e a soberania dos veredictos – duas garantias constitucionais, cláusulas pétreas ambas (artigo 60, § 4.º, inciso IV, da Constituição Federal) – confrontam-se; há processo em curso, mas a existência daquela mesma condenação, subscrita pelo Egrégio Conselho de Sentença, evidencia que o referido benefício não deve ser aplicado. Outro exemplo: não poderá contar com os préstimos da transação penal o indivíduo que, após o trânsito em julgado da sentença exarada em procedimento destinado à apuração de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, cumpre medida sócio-educativa e, logo depois de completar a maioridade penal, é trazido à audiência preliminar dos Juizados Especiais Criminais, justo em razão da prática do crime de porte ilícito de entorpecentes.

Os decretos absolutórios, eventualmente, também poderão enfileirar-se no sentido da não-indicação da suficiência da transação penal, a partir do que revelam a conduta social e a personalidade do autor do fato. Exemplo nesse sentido seria o do agente que fora absolvido em razão do reconhecimento de causa excludente de culpabilidade (*v.g.*, erro de proibição) e que, depois, perpetra a mesma conduta e tenta a exculpação sob o mesmo fundamento. Outro exemplo nessa mesma esteira: em julgamentos anteriores, admitiu-se causa de isenção de pena em favor do filho que, por vezes diversas, destruiu coisa da própria mãe e que não tinha ainda completado 60 anos (artigo 181, inciso II, primeira figura, do Código Penal); contudo, mais uma vez, ele perpetra danos, mas agora ao tempo em que a genitora implementara aquela mesma idade (artigo 183, inciso III, do Código Penal). Em situações desse jaez, a jurisdição afirmou a existência do crime (*i.e.*, o fato típico antijurídico), mas porque impossibilitada de apená-lo, lavrou o decreto absolutório, com base no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. Ora, nessas hipóteses, o reconhecimento do delito anterior, não obstante a verificação dos decretos absolutórios, deve ser objeto de criteriosa análise voltada aos fins do artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995.

Mesmo as prisões civis decorrentes da falta de pagamento de pensão alimentícia têm, em tese, a potencialidade de influenciar na aferição da proposta de transação penal, a partir do referencial da personalidade e da conduta social do agente, em especial no que tange aos delitos de “maus-tratos”, de “entrega de filho à pessoa inidônea” e de “abandono intelectual”, todos da órbita de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos do artigo 61 da Lei n.º 9.099/1995,

e previstos, respectivamente, nos artigos 136, 245, *caput*, e 246, todos do Código Penal.

De resto, urge sublinhar que os registros de transações penais dos quais o agente se beneficiou há mais de cinco anos também podem, em tese, integrar a avaliação da sua personalidade e conduta social: nesse caso, entretanto, a cautela deve ser redobrada na fundamentação da negativa, porquanto, de regra, o transcurso do período depurador é suficiente à renovação da possibilidade de gozo do benefício. Assim, as circunstâncias do caso concreto devem apontar ser a transação penal inadequada à resposta jurisdicional correspondente ao fato levado para análise na audiência preliminar⁴⁹.

Em todos os exemplos anteriores, o que se dá, a rigor, é o mero deslocamento daqueles eventos que já não admitem ser conceituados como antecedentes criminais, por ausência de condenação criminal irrecurável, para o campo exploratório atinente à conduta social e à personalidade do agente. Essa concepção exegética não implica o reconhecimento de que “aquilo que uma mão dá é tirado pela outra”. Prova disso é que tanto o ônus probatório quanto o ônus argumentativo referentes à inviabilidade da transação penal sofrem *significativo incremento*; nesse viés, será inepto o automatismo que aceita a simples menção ao número das folhas, encartadas nos autos, nas quais existam os registros de inquéritos arquivados, procedimentos e processos criminais em curso e anotações infracionais: *per se*, essas anotações não são óbices bastantes à subtração do referido *favor libertatis*. Por outras palavras: o não-oferecimento da transação penal, *ex vi* daqueles citados registros, exige expressa fundamentação capaz de dotar a negativa com os atributos da racionalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade: competirá, portanto, ao órgão do Ministério Público a formalização dos argumentos inviabilizadores da transação penal, mediante articulação de razões lógicas, claras e objetivas que demonstrem, comprovadamente, a correção jurídica da sua não-propositura.

⁴⁹ Como, por hipótese, o genitor que, ao longo de pouco mais de uma década, teve contra si atribuída a prática de sucessivos crimes de maus tratos e, justamente porque contou com as benesses do período depurador, pôde desfrutar de duas transações penais anteriormente à atual audiência preliminar (muito embora tenha sofrido, nesse mesmo interregno, irrecurável perda do poder familiar em relação ao filho primogênito); agora, novamente, é trazido aos Juizados Especiais pela suposta prática do crime do artigo 136 do Código Penal, desta vez perpetrado, *in thesi*, em desfavor do filho caçula, havendo, no respectivo Termo Circunstanciado de Ocorrência, relatórios técnicos do Conselho Tutelar e testemunhos idôneos que evidenciam o fato hodierno de forma bastante verossímil.

9. Conclusão

Os parâmetros hermenêuticos alinhavados neste artigo têm um compromisso com a racionalidade informadora do regime jurídico-político que sustenta o exercício da jurisdição brasileira hodierna. Nessa esteira, calha invocar o magistério de MARTINS PINTO⁵⁰ que, de modo irrepreensível, assinala:

A natureza jurídica do Estado decorre dos princípios e regras fundamentais escolhidos como alicerce jurídico do próprio Estado, seus pilares de soerguimento, para, dessa maneira, identificar-se quais as decorrências advirão para os jurisdicionados como resultado da proteção à ordem jurídica.

Destarte, o exercício da jurisdição deve inarredavelmente observar o princípio da presunção de inocência, como premissa de reconhecimento material do próprio Estado Democrático de Direito. Os Juizados Especiais Criminais, sob critérios que lhe são específicos, processam e julgam os crimes de menor potencial ofensivo, mas devem fazê-lo com integral acatamento dos direitos humanos.

Uma vez que o instituto da transação penal possui matriz constitucional, a interpretação das condições referentes ao seu exercício reclama por máxima efetividade, sobretudo se considerado o princípio da unidade da *Lex Legum*. Desde essa mirada, o artigo 76, § 2.º, inciso III, da Lei n.º 9.099/1995, deve conferir eficácia aos direitos fundamentais e, justamente por isso, os antecedentes do agente não podem ser reputados maus se lastreados em culpa presumida; além disso, e sob o mesmo fundamento, a personalidade e conduta social do agente jamais inviabilizam a proposta de transação penal se não houver, por parte do titular da ação penal, a comprovação de que são incompatíveis com a prognose de suficiência pertinente à referida medida despenalizadora.

Essa concepção, no entanto, não deve ser percebida como uma mera proposta doutrinária, vazia de conteúdo pragmático; bem ao contrário, a sua justificativa, conquanto lastreada em cientificidade jurídica, vincula-se à dimensão da sua própria aplicabilidade e nisso encontra a sua autêntica significação. Nesse contexto, a temática que conjuga a presunção de inocência e a fase preliminar do processo penal típico dos Juizados Especiais Criminais deve, desde que verdadeiramente comprometida com o anseio de promover a realização axiológica da nossa Constituição, adotar a luminescência do citado princípio como um marco inafastável.

⁵⁰ MARTINS PINTO, 2016, p. 182.

Referências

- ATKINSON, Rita L. [et. al.]. *Introdução à psicologia de Hilgard*. Tradução de Daniel Bueno. 13. ed. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de processo penal anotado*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Comentários ao código penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GAZZANIGA, Michael S.; HEARTHERTON, Todd F. *Ciência psicológica: mente, cérebro e comportamento*. Tradução de Maria Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. “Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência”. In: _____. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 101-117.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Juízados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

JACOBSON, James L.; JACOBSON, Alan M. *Segredos em psiquiatria: respostas necessárias ao dia-a-dia: em rounds, na clínica, em exames orais e escritos*. Tradução de Sandra Costa. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

KAPLAN, Harold I., SADOCK, Benjamin J.; GREBB, Jack A. *Compêndio de psiquiatria: ciências do comportamento e psiquiatria clínica*. Tradução de Dayse Batista. 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MARTINS PINTO, Felipe. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MIRA Y LOPEZ, Emílio. *Manual de psicología jurídica*. 6. ed. Buenos Aires: Libreria “El Ateneo” Editorial, 1980.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juízados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal: parte geral*. Vol. I. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

ORTEGAY GASSET, José. *Meditaciones del Quijote*. Campinas: Livre, 2016.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamente com a colaboração de Bruno Stierget. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juízados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei n.º 9.099/1995*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VARGAS, Heber Soares. *Manual de psiquiatria forense*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura: revisão e notas de Alfredo de J. Flores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria do delito*. 4. ed. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL: O DEVER CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA E LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO

*INVESTMENT OF THE PROOF IN THE CRIMINAL PROCESS: THE
CONSTITUTIONAL DUTY AS GUARANTEE AND LIMITATION OF
THE PUNITIVE POWER*

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p325-340

Thiago Ferreira da Silva

*Pós-graduando nos cursos de Direito Público com ênfase em Gestão Pública e Direito
Processual Penal, pelas instituições Damásio Educacional e LFG/Anhanguera. Advogado.*

Recebido em: 19/03/2019

Aprovado em: 13/06/2019

Última versão do autor em: 17/06/2019

Área: Direito Processual Penal

Resumo:

Buscou-se abordar a possibilidade de inversão do ônus da prova em razão de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Com o enfoque na presunção da não culpabilidade e a limitação do Poder Punitivo, foi proposta uma análise ao texto do artigo 156 do Código de Processo Penal à luz da Constituição e Tratados Internacionais. Possibilitou concluir, portanto, com base na presunção de inocência como ponto de partida em um sistema acusatório, que a debilidade probatória seja interpretada a favor do réu, direcionando a gestão da prova a cargo do órgão acusador ou querelante, para que não se tenha em mente a existência de uma lide processual penal.

Palavras-chave:

Presunção de inocência. Gestão da prova. Inversão ônus probatório.

Abstract:

It was tried to approach the possibility of inversion of the burden of proof. With a focus on the presumption of non-culpability and the limitation of the Punitive

Power, he proposed an analysis of the text of article 156 of the Code of Criminal Procedure in the light of the Constitution and International Treaties. Thus, on the basis of non-culpability as a starting point in an accusatory system, it was possible to conclude that the evidentiary weakness is interpreted in favor of the defendant, directing the management of the evidence to the charge of the accuser or complainant, so as not to have in mind the existence of a criminal procedure.

Keywords: *Presumption of innocence. Evidence management. Inversion of burden of proof.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A presunção de não culpabilidade como dever de tratamento. 3. Gestão da prova: o processo como situação jurídica. 4. Inversão do ônus probatório: o dever constitucional como garantia ao limite punitivo e o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 5. Conclusão. Referências

1. Introdução

Um dos temas mais relevantes no direito processual penal diz respeito ao princípio da presunção de inocência e ao ônus da prova, isso porque o que se tem efetivado no judiciário é que aquele que responde a um processo criminal já o começa presumidamente culpado.

Nesse cenário o que diz a Constituição? A presunção de inocência está prevista no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, portanto, trata-se de uma garantia individual. Dessa forma, quando inicialmente se mitiga a não culpabilidade tem-se na verdade um retrocesso social, pois retira do cidadão um direito que já foi conquistado.

O respeito às normas pré-estabelecidas é a maior forma de garantir ao cidadão a maneira em que será conduzido o procedimento, sem que isso seja feito ao atropelo das garantias fundamentais.

Nesse sentido, o ônus probatório, num viés constitucional deve estar a carga de quem acusa ou deve haver uma distribuição da carga probatória de acordo com que as partes alegam?

Partindo da premissa de que as provas servem para reconstituir um fato passado, busca-se com o presente artigo desmistificar o instituto do ônus da prova no âmbito do processo penal.

Já dizia CARNELUTTI (p. 91-92, 2009),

As provas deveriam servir para iluminar o passado, onde antes havia obscuridade; e se não servem? Então diz a lei, o juiz absolve por insuficiência de provas; e o que quer dizer isso? Que o imputado não é culpado, mas tampouco é inocente;

quando inocente, o juiz declara que não cometeu o fato ou que o fato não constituiu delito. O juiz diz que não pode dizer nada, nestes casos. O processo se encerra com um nada de fato. E parece a solução mais lógica desse mundo.

No entanto, observa-se que em alguns Tribunais e instâncias inferiores tem-se admitido a inversão do ônus da prova, devendo a defesa demonstrar as razões de fato e direito sobre a desconstrução das alegações e provas feitas pelo acusador.

Pretende-se demonstrar, portanto, não de uma forma exauriente, até onde vai o estado de inocência do acusado, de forma a não considerar a presunção de inocência como figura decorativa processual e, a quem incube a tarefa de articular a transposição desse princípio.

2. A presunção de não culpabilidade como dever de tratamento

A presunção de inocência ou da não culpabilidade foi expressamente consagrada na Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, LVII, ao expor que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 2012).

Também há previsão do referido princípio no plano dos tratados internacionais, dentre eles vale citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela Res. ONU 217, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, (Decreto nº 592/1992) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27/1992 e promulgada pelo Decreto 678/1992, artigo 11.1, 8, parágrafo I: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade conforme a lei”, respectivamente “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove legalmente sua culpabilidade”. (NOVELINO, 2013).

É possível perceber, numa análise perfunctória, a ideia de que a presunção de inocência é uma garantia de todo acusado, na condição de inocente dentro do processo. No entanto, em que momento pode ser relativizada?

É importante, primeiramente, trabalhar as diferentes terminologias utilizadas, comparando as expressões presunção de inocência e presunção da não culpabilidade, a saber se há maior alcance ou efeito distintos dentro do processo.

Lima (p. 50, 2014) adverte para o momento e amplitude da utilização dos termos inocente e culpabilidade nas diferentes legislações, da seguinte forma:

[...] percebe-se que, naqueles, costuma-se referir à presunção de inocência, ao passo que a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado. [...] A par dessa distinção terminológica, percebe-se que o texto constitucional é mais amplo, na medida em que estende referida presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 6678/92, art. 8º, nº 2), o faz tão somente até a comprovação da culpa.

De outra forma, segundo Badaró (p. 283, 2003), “[...] não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas”.

Pois bem, a extrair a melhor interpretação do referido princípio, podemos mencionar sua finalidade na forma proposta por Novelino, quando intervém da seguinte forma:

A presunção de não culpabilidade (ou presunção de inocência), enquanto instrumento de proteção da liberdade, tem por finalidade evitar prejuízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas. (NOVELINO, p. 550, 2013).

Continua o autor a dizer especificamente em relação ao processo penal que: “No âmbito processual penal, a presunção de não culpabilidade impede que o Estado trate como culpado aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível”. (NOVELINO, p. 550, 2013).

Independentemente da nomenclatura utilizada, a forma de tratamento observada no âmbito processual é que estabelece a garantia na formação da culpa, uma vez que a pedra de toque é a inocência.

A inocência do acusado deve ser garantida dentro de um processo, sem qualquer tipo de estigmatização, nesse sentido, tem-se que: “[...] em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)”. (LOPES JR., p. 92, 2015).

Ainda em relação ao conceito e extensão da presunção de inocência, Nucci (p. 239, 2010) adverte para a relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:

No cenário penal, reputa-se inocente a pessoa não culpada, ou seja, não considerada autora de crime. Não se trata, por óbvio,

de um conceito singelo de candura ou ingenuidade. O Estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência. Inocente nasce, permanecendo nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal.

O direito de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória deve ser considerado como regra de tratamento, dentro e fora do processo, e conforme exposto, a inocência está relacionada intimamente com a dignidade da pessoa humana.

A propósito, Lopes Jr. (p.93, 2015) enfatiza que “[...] a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele”.

Sob o aspecto de regra de tratamento, é possível extrair o significado de que uma pessoa deve gozar do *status* de inocência, pois responder a um processo penal não significa antecipação de culpa, e por isso mesmo, não pode ser considerado ou equiparado a um condenado em definitivo.

Nessa linha de entendimento, cumpre destacar Távora e Alencar (p. 55-56, 2012):

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede de qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Na verdade, quanto maior amplitude se dá à garantia dos direitos do indivíduo, maior é a tendência de garantir a efetividade do processo. Conforme abordado, afere-se a qualidade deste justamente nos termos em que a observância às garantias fundamentais prevalece como proteção à atuação punitiva do Estado.

Todavia, a aplicação da presunção de inocência não esbarra, infelizmente, no sentido legal (processual) da coisa, é muito mais um modelo de pensar inquisitório. Segundo Rosa (p. 101, 2015): “Presumir a inocência, no registro do Código de Processo Penal em vigor,

é tarefa hercúlea, talvez impossível, justamente pela manutenção da mentalidade inquisitória”.

Independentemente da expressão utilizada, o objetivo é a proteção da pretensão de restrição (provisória ou definitiva) do *status libertatis* do acusado, seja em qualquer fase da persecução penal, de modo a conferir a devida amplitude da ordem constitucional, que abarca qualquer situação que visa a proteção daquele que sofre uma pretensão acusatória e punitiva, prevalecendo até a sentença penal transitada em julgado.

3. Gestão da prova: o processo como situação jurídica

O processo penal é o caminho necessário para que o Estado possa exercer sua pretensão acusatória e punitiva de forma legítima, vale dizer, é dentro do processo penal, respeitando todas as garantias legais individuais e fundamentais que se chega à possibilidade de aplicação da pena, numa concepção clara de Estado Democrático de Direito.

O processo como situação jurídica, teoria de James Goldschmidt, muito bem trabalhada por Aury Lopes Jr., conceitua que:

[...] o processo é dinâmico e pautado pelo risco e a incerteza. O processo é uma complexa situação jurídica, no qual a sucessão de atos vai gerando chances, que bem aproveitadas permitem que a parte se libere de cargas (por exemplo probatórias) e caminhe em direção a uma sentença favorável (expectativas). (LOPES JR., p. 37, 2015).

O autor afirma ainda que para GOLDSCHMIDT, “o processo é visto como um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável”. (Lopes Jr., p. 196, 2017).

Nesse sentido, a dinâmica processual que melhor encaixa nessa sistemática permite a seguinte análise:

O processo é uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as *chances*, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se libere de *cargas* (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável. (Lopes Jr., p. 197, 2017).

Não obstante, é possível analisar, de acordo com a oportunidade processual, que a gestão da prova incumbirá às partes, mas sem obrigação para

a defesa, sob pena de ser contrário ao texto constitucional. Na medida em que a gestão das provas deve estar nas mãos das partes, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador. Aqui chamo a atenção para os diferentes institutos, quais sejam, gestão e carga probatória.

Nesse ideal Lopes Jr., (p. 35, 2015) aponta que:

[...] o processo penal não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é o caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

A partir dessa construção, estrutura processual, devemos compreender qual o sistema adotado pelo processo penal brasileiro na atualidade para então entendermos a fenomenologia da gestão probatória.

Em que pese as críticas doutrinárias em torno de sua característica, de ser acusatório ou misto com resquícios de inquisitório, com inspiração no modelo fascista italiano inclusive, aqui pretende-se traçar uma linha de raciocínio objetiva, à luz da constituição de 1988, de forma a não extrapolar a proposta apresentada.

Como bem sublinha Lopes Jr., (p. 41, 2015), ao analisar a estrutura do processo penal, dentro da característica de um sistema misto, deixa claro quanto a sua atual essência, ao dizer que:

Ora, afirmar que o “sistema misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.

Para identificarmos o núcleo do sistema processual brasileiro, devemos olhar para a nossa Constituição, é no seu texto que encontramos a ideia do sistema adotado.

Nela se define um processo penal acusatório, isso porque é “[...] fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal”. (LOPES JR., p. 49, 2015).

É demais afirmar qual seria o modelo ideal, mas de fato devemos considerar àquele que menos interfere na liberdade humana e confere todas as condições, vale dizer, paridades de armas frente ao Estado.

Até por isso, o sistema acusatório tende a situar a função de cada parte no processo pena, Lima (p. 46, 2014) destaca da seguinte forma:

[...] A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeitos de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.

Dentro dessa concepção acusatória adotado pela Constituição, reforçada pela natureza jurídica do processo penal, existe a separação de funções nas regras processuais. Sendo assim, não existe distribuição de cargas probatórias, a atribuição de provar a existência de um fato típico, ilícito e culposo, com todas as suas circunstâncias está nas mãos daquele que tem a pretensão de acusar, pois ao acusado, a Constituição lhe assegura o *nemo tenetur se detegere* e a presunção da não culpabilidade, na medida em que ocorre a descaracterização da culpa quando as provas vão sendo produzidas no processo.

Mais uma vez, necessária a intervenção de Lopes Jr. (p. 38, 2015), para dizer que: “Às partes não incumbem obrigações, sendo que, no processo penal, não existe distribuição de cargas probatórias, na medida em que toda a carga de provar o alegado está nas mãos do acusador”.

Nesse aspecto, como podemos observar, já temos a ideia principal em que se funda a gestão das provas, o texto constitucional nos revela, mesmo que não de forma pura, mas central, um sistema processual penal acusatório e, uma vez que toda carga da pretensão acusatória deve ser suportada por aquele que acusa, à defesa incumbe não a obrigação, mas o direito e a oportunidade de produzir (gerir) a contraprova.

Conforme aponta Prado (p. 55, 2006), a função principal da estrutura do processo penal está enraizada na limitação do poder Estatal:

[...] é a de garantia contra o arbítrio estatal, conformando-se o processo penal à Constituição Federal, de sorte que o sistema

processual estaria contido dentro do sistema judiciário, que por sua vez é espécie do sistema constitucional, que deriva do sistema político.

Percebe-se, portanto, que o sistema acusatório tem íntima ligação com a gestão da prova e posição dos sujeitos processuais.

Távora e Alencar (p. 41, 2012) referindo-se ao modelo de sistema acusatório, sintetiza que: “Nota-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor”.

Muito menos cabe a defesa a obrigação da gestão da prova, além disso a participação probatória do juiz deve ser totalmente afastada.

Fato relevante, portanto, compreende a alegação por parte da defesa, quanto a possibilidade de enfrentamento de uma causa de excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Na medida em que vigora a presunção de inocência, se o réu alegar a existência de uma excludente de ilicitude, por exemplo, a quem incumbe provar? Caberia, portanto, a espécie de inversão do ônus da prova?

4. Inversão do ônus probatório: o dever constitucional como garantia ao limite punitivo e o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Como podemos perceber, a gestão da prova na vigência da Constituição Federal de 1988 não contempla o juiz como seu gestor, uma vez que fere de morte a imparcialidade, bem como a sua gestão está inteiramente nas mãos do acusador.

Assim, a ideia de buscar por meio das provas o direcionamento processual que realiza a vontade da parte, é por meio da chamada liberação da carga, que segundo Lopes Jr., (p. 39, 2015), consiste em buscar o objetivo que se pretende com a sentença, da seguinte forma: “A expectativa de uma sentença favorável ou a perspectiva de uma sentença desfavorável está sempre pendente do aproveitamento das chances e liberação da carga”.

Dessa busca por uma sentença favorável ou perspectiva de uma sentença desfavorável é onde se situa a necessidade ou oportunidade de produção das provas, que irá ocorrer, como carga, nas mãos do acusador ou como oportunidade para a defesa, sem, contudo, ter a obrigatoriedade de produzi-la.

É dessa compreensão que se extrai o conceito da carga da prova no processo penal, que para tanto, a análise mais abrangente, busca o seguinte direcionamento:

Carga é um conceito vinculado à noção de unilateralidade, logo, não passível de distribuição, mas sim de atribuição. A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável. Exemplo típico é o exercício do direito de silêncio, calcado no *nemo tenetur se detegere*. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável. (LOPES JR., p. 38, 2015).

Dessa forma, o que se percebe é que ao acusado não pode ser atribuída uma sentença penal condenatória em razão de ausência de provas incumbidas à defesa, pois a não culpabilidade já nasce com o indivíduo.

De todo pertinente, por isso mesmo, a lição de Alexandre Morais da Rosa (p. 103, 2015), “A derrubada da muralha da inocência é função do acusador. Aqui descabem presunções de culpabilidade).

Ao Estado, que deve intervir de forma mínima na conduta humana, deve, a cada fase processual, desconstituir a presunção constitucional de inocência, pois a dúvida gera a favor daquele que responde criminalmente o *indubio pro reu*.

Veja nesse sentido o que diz Nucci (p. 241, 2010):

No processo criminal, o autor deve demonstrar ao juiz a verdade do alegado na inicial, o que servirá de lastro para alterar o status constitucional da inocência do acusado. Este, por sua vez, detendo em seu favor a presunção de não culpabilidade, precisa apenas refutar o alegado e produzir contraprova para facilitar a improcedência da ação. Não lhe cabe inserir, nos autos, elementos impeditivos, de modo a vedar o pleito inicial. Afinal inexistente disputa de igual dimensão, com perfeito equilíbrio, no processo penal. A linha de tensão entre as partes é fundada, de um lado pela acusação, com maior encargo, visto lutar contra a presunção constitucional de inocência, enquanto, do outro, ocupado pela defesa, atua o réu, buscando manter seu status, em trabalho de convencimento ao Judiciário.

Conforme se percebe, incumbir a gestão da prova ao réu é um retrocesso social, pois, claramente, arranca de forma violenta um direito do cidadão que já foi conquistado. Por isso não há que se falar em inversão do ônus da prova, esse instituto não é contemplado na Constituição da República de 1988 no âmbito do direito processual penal.

A inversão do ônus da prova é vista com aplicabilidade em matéria de direito do consumidor, razão de que o consumidor, conforme pressupõe a Lei nº 8.078/90, é a parte hipossuficiente da relação, ou seja, a parte mais fraca, com menos técnica e capacidade para a produção probatória. A transposição desse instituto para o processo penal é um equívoco.

Inverter o ônus da carga probatória para determinar que o acusado prove que não foi ele o autor de uma infração penal é flagrante violação aos preceitos constitucionais.

Mesmo que a possibilidade da produção de provas possa favorecer ao réu, isso não configura a obrigação do ônus probatório, como vimos, trata-se de um direito e, conseqüentemente, de uma assunção de riscos.

Lenio Luiz Streck, em artigo publicado no Canal Ciências Criminais - Inverter o Ônus da Prova é Flagrante Inconstitucionalidade, faz importante intervenção para afirmar que:

Uma das conquistas do Estado Democrático de Direito é a obrigatoriedade de o órgão de acusação provar o alegado. Isto é, a contrário sensu, o acusado fica dispensado de provar o alegado. Para ser mais simples: não é o réu que tem de provar que não furtou; é a acusação que tem o dever de provar que houve o fato criminoso.

Para tanto, Gregorio Camargo D'Ivanenko em - Brevíssimo estudo sobre a inversão do ônus da prova e sua (in)compatibilidade com a Constituição Federal - ao indagar sobre se a inversão do ônus da prova ou a necessidade de comprovação do que for alegado pelo acusado encontra amparo na Constituição, trabalha o seguinte:

Não. Decisões que consagram a inversão do ônus probatório em um sistema que tem como direito fundamental positivado no texto constitucional a presunção de inocência, carecem de constitucionalidade. A inversão do ônus da prova, por diversas vezes, é a única coisa que sustenta o édito condenatório. Não é difícil encontrar nos julgados a tese de que, por exemplo, no caso de furto, se a coisa furtada for encontrada no poder dos acusados, cabe a eles a comprovação da origem lícita dos objetos, o que viola, frontalmente, a inocência inerente a todas as pessoas. A inversão do ônus da prova no processo penal é, na verdade, uma flexibilização da presunção de inocência, ou seja, flexibilização de preceito constitucional em face de política criminal.

Nesse aspecto, não podemos deixar de citar algumas decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, principalmente em relação aos crimes patrimoniais, que vem adotando a técnica (ou atecnia) da inversão do ônus da prova em matéria de direito processual penal, de forma a ignorar a regra da presunção de inocência e ônus probatório.

Segundo o entendimento do Egrégio Tribunal Mineiro, deve demonstrar, de forma inequívoca, a legitimidade da *res furtiva*, presumindo a culpabilidade do acusado. Isso mesmo.

Lenio Streck, exemplifica a situação mencionada ocorrida no processo de número 1.0525.12.008540-8/001:

Presume-se a responsabilidade do acusado encontrado na posse da coisa subtraída, invertendo-se o ônus da prova, transferindo-se ao agente o encargo de comprovar a legitimidade da detenção da “*res furtiva*”, mormente se não há prova da escusa apresentada.

Outro exemplo do Tribunal Mineiro, em recente julgado sobre roubo na forma majorada afirmou: “Apreendida a res na posse do acusado, inverte-se o ônus da prova, cabendo à Defesa, a prova da sua inocência”. (BRASIL, TJMG–Apelação Criminal 1.0701.14.029113-2/001, Relator (a): Des. (a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/11/2015, publicação da súmula em 13/11/2015).

O referido Tribunal espanca qualquer hipótese de observância ao texto constitucional ao expor, mais uma vez que “Não havendo satisfatória explicação para o fato, à presunção de autoria transmuda-se em certeza, autorizando o desate condenatório”. (BRASIL, TJMG– Apelação Criminal 1.0317.04.040463-2/001, Relator (a): Des. (a) Walter Luiz, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/09/2015, publicação da súmula em 09/10/2015).

No referido acórdão, pelo qual se julgou o delito de receptação, o Tribunal fundamenta a possibilidade de inversão da prova da seguinte forma: “A autoria do delito de receptação recai sobre o agente em cuja posse a ‘*res furtiva*’ é encontrada, quando não apresenta versão convincente e verossímil a respeito de sua alegada inocência”.

Primeiro, por óbvio que não se alega inocência dentro de um processo penal, isso porque, conforme já abordado, o indivíduo tem com ele, desde o seu nascimento, o status de inocente, que só perde depois de robustamente comprovado a autoria e materialidade de um

fato definido como crime, assegurado o devido processo legal de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Segundo, porque não cabe ao acusado provar a origem lícita da res furtiva, uma vez que pode ser encontrada na posse do acusado das mais variadas formas de transição da coisa, numa imputação penal sem fim.

Noutra análise, saindo da esfera de crimes patrimoniais, o Tribunal Mineiro também determina a inversão do ônus da prova na seguinte situação:

Não tendo a defesa comprovado a destinação exclusiva da droga para o consumo próprio, ônus que lhe incumbe (art. 156 do CPP), e demonstrada a contento pela acusação a finalidade mercantil da substância, incabível a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei nº 11.343/06. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.13.417494-5/001, Relator (a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/09/2015, publicação da súmula em 18/09/2015).

Percebe-se que a cultura da inversão do ônus da prova está enraizada no egrégio Tribunal de Minas Gerais e, ao que parece, o total desconhecimento dos mandamentos constitucionais, numa clara relativização em face de política criminal, de um encarceramento em massa.

Há outros exemplos no judiciário brasileiro, onde se destacam a mitigação da presunção de inocência e ônus da prova. Aqui, infelizmente, devemos abrir um parêntese sobre outra decisão teratológica, agora no plenário do Supremo Tribunal Federal, pois numa legítima mutação constitucional, em duas recentes oportunidades sustentou e reafirmou que se confirmada a sentença condenatória em segunda instância, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, autorizando, portanto, o início à execução provisória da pena. (BRASIL, STF - ARE 964246 RG, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016).

Convém anotar, no entanto, a incidência cada vez maior de um direito penal de emergência, a ponto de ter como resultado final uma resposta para a sociedade a qualquer custo, pouco importando se a forma dessa resposta viola ou não direitos individuais e garantias fundamentais.

Como consectário lógico, fica evidente o atropelo, de forma desenfreada, desses direitos e das garantias processuais penais, uma vez que o Estado se imiscui de forma máxima em estabelecer tais

direitos conquistados, presumindo desde o início a culpabilidade em detrimento da inocência.

Não parece mais adequado estabelecer ônus da prova com fundamento no artigo 156 do Código de Processo Penal sem que seja feita uma leitura paralela nos termos da Constituição.

Claramente, o disposto no processo penal vai de encontro ao previsto no texto constitucional, fere o sistema acusatório e o princípio da presunção de não culpabilidade, o que torna parte da redação do artigo inconstitucional.

Como bem explana nesse sentido Lopes Jr., (p. 366, 2015): “Devemos destacar que a primeira parte do art.156 do CPP deve ser lida à luz da garantia constitucional da inocência”.

A prova da alegação incumbirá a quem fizer, mas dentro da concepção constitucional, de um modelo acusatório ao qual destaca-se que o juiz não deve ir atrás da prova, a ele incumbe tão somente decidir aquilo o que foi produzido pelas partes e não por presunção de culpabilidade.

5. Conclusão

Na medida em que os direitos inerentes à dignidade humana são assegurados pela Constituição e Tratados Internacionais, no que tange ao princípio da presunção de inocência não se pode furtar em considerá-lo como ponto de partida na gestão da prova no processo penal.

Em princípio, nos parece claro que a carga probatória está inteiramente sob a responsabilidade de quem acusa. É a acusação quem deve apresentar o acervo probatório sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, capaz de desconstituir a presunção de não culpabilidade a fim de se obter uma sentença penal favorável.

O juiz, como mero expectador, deve exercer sua função de julgamento, com base no que foi ou não produzido nos autos. Não há que se inventar no processo penal, deve-se buscar a todo momento a aplicação da legislação processual numa perspectiva constitucional, democrática e também convencional.

Não cabe ao juiz o papel de protagonista no processo, e por essa razão, quando diante uma instrução probatória frágil, deve aplicar a presunção de não culpabilidade em detrimento da realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante do processo, conforme pressupõe o inciso II do art. 156 do Código de Processo Penal ou aplicar a inversão do ônus da prova ao fundamento de que a defesa tem a obrigação de provar o contrário. Isso porque, a dúvida também é favorável ao réu, se há dúvida, absolve.

A não observância do processo penal constitucionalizado, numa perspectiva acusatória, que afasta a participação do juiz, estaríamos, claramente, falando de um sistema inquisitorial, uma vez que, conforme exposto, o que diferencia o sistema inquisitório do acusatório é a posição das partes, a gestão da prova e, principalmente, a função do juiz, que não atua como o gestor da prova.

Essa concepção de interpretação constitucional e convencional é devinda, uma vez que o Código de Processo Penal é de 1941, portanto, anterior a Constituição vigente e bastante arcaico quanto a observância das garantias fundamentais, com resquícios de uma mentalidade inquisitória clara.

Deve-se desvincular do direito penal de emergência e dos clichês punitivista. É possível dar uma resposta para a sociedade de forma satisfatória sem atropelar de forma sistemática a legalidade e as garantias constitucionais.

Assim, ao compreender que a presunção de inocência é o ponto de partida no sistema acusatório e, que a gestão da prova está nas mãos do acusador, cumpre-se, na essência, o estabelecido na Constituição, que é o meio ideal para limitar e conter o abuso do poder estatal.

Referências

BRASIL. *Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal*/ organização Luiz Flávio Gomes; 14 ed.Ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL, TJMG- *Apelação Criminal 1.0701.14.029113-2/001*, Relator (a): Des. (a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/11/2015, publicação da súmula em 13/11/2015.

BRASIL, TJMG- *Apelação Criminal 1.0317.04.040463-2/001*, Relator (a): Des. (a) Walter Luiz, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/09/2015, publicação da súmula em 09/10/2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do processo penal*, São Paulo: Editora Pillares, 2009.

D'IVANENKO, Gregorio Camargo. *Brevíssimo estudo sobre a inversão do ônus da prova e sua (in) compatibilidade com a Constituição Federal*. <https://www.ibccrim.org.br/artigos/2010/09> – acesso em 21/05/2018.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*, 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8ª ed., ver. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

STRECK. Lênio Luiz. *Inverter o ônus da prova é flagrante inconstitucionalidade*. Canal Ciências Criminais. <https://canalcienciascriminais.com.br/inverter-o-onus-da-prova-e-flagrante-inconstitucionalidade> - acesso em 17/05/2018.

ROSA, Alexandre Moraes da. *A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal*. 2ª ed. emporiiododireito.com.br: Santa Catarina, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7ª ed., Salvador: JusPodivm, 2012.

PARTE 3

**CRIMINOLOGIA
E POLÍTICA
CRIMINAL**

CÁRCERE FEMININO: O DOMÍNIO EXERCIDO SOBRE A MULHER NO SISTEMA PENAL

FEMALE PRISON: THE DOMAIN EXERCISED OVER THE WOMAN IN THE CRIMINAL SYSTEM

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p343-367

Bárbara Vargas Zambrana

Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

Camila Sallum

Especialista em Ciências Penais. Advogada.

Recebido em: 01/04/2019

Aprovado em: 19/06/2019

Última versão do autor em: 08/07/2019

Área: Criminologia.

Resumo:

O presente artigo trabalha a temática do cárcere feminino sob os aspectos do direito penal, buscando as diretrizes de sua origem sob a ótica do direito, marcado pelo viés de uma sociedade machista e patriarcal. São trabalhadas também as funções da pena, e principalmente àquelas exercidas sobre a mulher encarcerada. Analisa-se o texto da Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal, através do qual é revelada a grande incongruência entre o texto legal e a realidade presente nos presídios femininos, do qual destacam-se questões como ausência de ambiente prisional próprio e estrutura adequada ao gênero feminino. Por fim, é abordado o “cárcere infantil”, expressão dada a situação das crianças que convivem com as mães presidiárias em meio ao caos do sistema carcerário. Buscou-se não somente apresentar as mazelas de um sistema punitivo penal machista, inadequado e insuficiente, mas também destacar

a importância da mulher e do seu lugar na sociedade, que deve ser tão somente determinado por ela.

Palavras-chave:

Cárcere feminino. Cárcere Infantil. Direito penal. Punição. Ressocialização.

Abstract:

This article deals with the subject of female prison under the criminal law aspects, seeking the guidelines of its origin from the point of view of the law, marked by the tendency of a macho and patriarchal society. The functions of the punishment are also worked, and especially those exercised over the incarcerated woman. The text of Act No. 7.210 / 84 - Law on Criminal Execution, which reveals the great incongruity between the legal text and the present reality in the female prisons, has been analyzed, highlighting issues such as absence of a prison environment and structure appropriate to the female gender. Finally, the "infant jail" is addressed, an expression given to the situation of children who live with prison mothers in the chaos of the prison system. It was sought not only to present the ills of an inadequate and male chauvinist criminal punishment system, but also to emphasize the importance of women and their place in society, which should only be determined by her.

Keywords:

Woman incarceration. Child incarceration. Penal law. Punishment. Resocialization.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da pena e suas funções: prevenção, retribuição e ressocialização. 3. A mulher no Direito Penal: do controle à punição. 4. Cárcere feminino: a realidade do sistema penal. 5. Cárcere infantil: a maternidade no interior dos presídios. 6. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O número de presos no Brasil tem aumentado consideravelmente nos últimos anos, sendo boa parte desse crescimento representado pelo cárcere feminino.

No entanto, além da ausência de estrutura necessária para atender a esse aumento da população carcerária, o que se observa é uma precariedade ainda maior no que se refere ao cárcere feminino. Presente não apenas no insuficiente número de presídios destinado a elas, mas na ausência de uma estrutura necessária e adequada às mulheres encarceradas.

Nesse contexto, o trabalho visa apresentar, de forma concisa, as irregularidades e desigualdades presentes no cárcere feminino, tecendo, de forma construtiva, críticas frente ao sistema penal vigente, que

moldado ante uma cultura de domínio e subordinação da mulher, foi criado para exercer a dupla punição delas: social e penal.

Além disso, será levantada também a questão do “cárcere infantil”, que representa a realidade das crianças que convivem com as mães presidiárias em meio ao caos do sistema e ambiente carcerário.

O cárcere feminino não representa tão somente uma forma de punição à mulher pelo ato ilícito cometido, mas configura também, e sobretudo, um instrumento de dominação e adestramento da figura feminina.

2. Da pena e suas funções: prevenção, retribuição e ressocialização

Em primeiro plano, para iniciação do presente estudo, indispensável se faz a definição dos conceitos de *direito penal* e *sistema penal*. Para os autores Nilo Batista e Zaffaroni (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 40), “(...) o direito penal interpreta as leis penais sempre no marco das outras leis que as condicionam e limitam (constitucionais, internacionais etc.)”. Ou seja, trata-se de um saber jurídico limitado e condicionado, que tem por objeto o estudo e interpretação das leis penais.

Para o conceito de *sistema penal*, Zaffaroni e Pierangeli lecionam,

Chamamos “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2013, p. 70)

No entanto, para os autores, esta trata-se de uma definição limitada do sistema penal, uma vez que nele também estão incluídas as ações controladoras e repressoras exercidas pelo sistema.

A legislação penal, objeto de estudo do direito penal e abarcada pela dinâmica do sistema penal, é definida com maestria pelos autores Nilo Batista e Zaffaroni,

Pode-se entender por legislação penal o conjunto de leis que programam a decisão de conflitos mediante uma espécie de coerção que priva de direitos e inflige uma dor (pena) sem buscar seja um fim reparador seja a neutralização de um dano em curso ou de um perigo iminente. (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p. 87)

No estudo da finalidade da pena, o direito penal se divide em três principais teorias: as teorias absolutas, as teorias relativas e as teorias mistas ou ecléticas. Para as teorias absolutas a pena deve ser aplicada com o intuito de retribuição, ou seja, retribuir o mal causado. O que configura nos dias atuais na vingança estatal. Enquanto para as teorias relativas, a pena deve funcionar para prevenção de novos delitos, subdividindo-se em duas formas: prevenção geral e prevenção especial.

Encontram fundamento da pena na necessidade de evitar a prática futura de delitos (*punitur ut ne peccetur*) – concepções utilitárias da pena. Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da Justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (*poena relata ad effectum*). (PRADO, 2017, p. 892)

A prevenção geral destina-se a toda a sociedade e almeja o controle da violência, podendo ser negativa ou positiva. A prevenção geral positiva busca demonstrar o poder e eficiência na aplicação da lei penal, ao passo que a prevenção geral negativa busca criar no indivíduo uma coação psicológica, impedindo assim a prática de delitos.

Já a prevenção especial preocupa-se com o próprio indivíduo criminoso, ocupando-se a prevenção especial positiva em evitar a reincidência, ou seja, que esse indivíduo volte a cometer novos crimes, e a prevenção especial negativa com a ressocialização, seu retorno ao convívio social após cumprimento de pena.

Com relação às teorias mistas ou ecléticas, segundo leciona o Ilustre Luiz Regis Prado (PRADO, 2017, p. 899), “predominantes, na atualidade, buscam conciliar a exigência da retribuição jurídica da pena – mais ou menos acentuada – com os fins de prevenção geral e de prevenção especial”.

Neste sentido, tem-se que o Código Penal Brasileiro adota esta última teoria, mista u eclética, conforme vislumbra-se através do *caput* do seu art. 59,

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

Nesta mesma linha, o art. 1º da Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal, dispõe,

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Sob essa ótica, a pena “(...) conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção” (GRECO, 2009, p. 491). E aduz Marcão (MARCÃO, 2012, p. 22), é “fazer executar a sanção penal judicialmente imposta, sem descuidar da imprescindível socialização ou ressocialização, com vistas à reinserção social, constitui, em síntese, os objetivos visados pela lei de execução penal”.

Sendo assim, a pena possui como função social a ressocialização do indivíduo criminoso, ou seja, preparar o indivíduo para o convívio em sociedade.

Entretanto, o que se constata diante da realidade nos presídios e no alto número de reincidentes é que o objetivo de ressocializar o indivíduo através do encarceramento não vem sendo alcançado. E talvez, não haja interesse público para tanto. Neste sentido, trago brilhante explanação de Renato Marcão sobre o tema:

O Estado-administração não disponibiliza Delegacias de Polícia e policiais treinados para as investigações; não investe adequada e inteligentemente na Justiça e seus órgãos auxiliares; não disponibiliza estabelecimentos em números suficientes para o cumprimento de pena nos regimes fechado, semiaberto e aberto; não separa presos provisórios de presos definitivos; permite que Centro de Observação seja letra morta (LEP, arts. 96 a 98), e que a ausência de Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico proporcione diuturna violação de direitos fundamentais. Quando analisamos a realidade prática dos estabelecimentos penais é que constatamos o tamanho do descaso de nossos governantes com o tema execucional. (MARCÃO, 2012, p. 67)

Isso porque, muito embora o objetivo de ressocializar, recuperar e tratar o indivíduo criminoso esteja inserido no discurso social da pena, a conclusão a que se chega através de um olhar crítico sobre o que de fato vem sendo cumprido, é diversa.

Ao que Renato Marcão assim conclui:

É impossível punir e humanizar (LEP, art. 1º) ou perseguir qualquer ideal ressocializador quando a realidade executacional permite que o executado aprenda todos os dias, por meio de reiterados exemplos do próprio Estado, que o descumprimento da lei é algo normal, que se pode fazer impunemente; que o descumprimento de garantias fundamentais é algo aceitável sob certas circunstâncias. (MARCÃO, 2012, p.68)

Assim, a ressocialização, reeducação e recuperação do indivíduo criminoso através do cárcere se torna algo impossível, um resultado inalcançável. É um processo fracassado, desmotivado, fruto de uma relação de controle e punição.

(...) esta relação é uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso). Toda técnica pedagógica de reinserção do detido choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão. Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir (BARATTA, 2002, p.186).

O que se verifica, portanto, é que a pena tem cumprido a sua função enquanto retribuição, quando, por trás do viés integrador da pena, pousa uma política de exclusão, seletividade e segregação social.

3. A mulher no direito penal: do controle à punição

A necessidade do controle punitivo exercido sobre a mulher adveio da modernidade, a partir de heranças socioculturais ocidentais. Ao longo da história, com o surgimento e formação das sociedades, a origem da propriedade privada, a dominação da natureza, a necessidade da prole, o poder biológico exercido pela mulher foi enfraquecendo, ao passo que o poder cultural do homem sobreveio.

Ao contrário da mulher, que possuía o “poder biológico”, o homem foi desenvolvendo o “poder cultural” à medida que a tecnologia foi avançando. Enquanto as sociedades eram de coleta, as mulheres mantinham uma espécie de poder, mas diferente das culturas patriarcais. (MURARO, 2004, p. 5)

A mitologia grega traz na história da origem do universo o mesmo parâmetro acerca do poder antes exercido pela figura feminina, principalmente quando considerado que a personagem criadora do universo intitulada Mãe-Terra, é feminina.

(...) na primeira etapa da mitologia grega, “a Grande Mãe cria o universo sozinha”, ou seja, é de Geia, a Mãe-Terra, que “nascem todos os protodeuses: Urano, os Titãs e as protodeusas, entre as quais Réia, que virá a ser a mãe do futuro dominador do Olimpo, Zeus”, sendo na dominação deste, e sob os seus caprichos, que veremos o surgimento de Pandora – ela (relação “mulher – punição) se torna essencial na tradição das culturas que dão suporte à modernidade. (CHIES, 2008, p.82)

A figura feminina passa então a representar também a figura materna, de mãe, protetora, detentora de sentimentos e emoções.

Para o resto da sua vida, conhecimento e prazer, emoção e inteligência são mais integrados na mulher do que no homem e, por isso, são perigosos e desestabilizadores de um sistema que repousa inteiramente no controle, no poder e, portanto, no conhecimento dissociado da emoção e, por isso mesmo, abstrato. (MURARO, 2004, p. 11-12)

Em contrapartida, a figura masculina, conforme demonstra o percurso da história, passou a representar o oposto desta subjetividade: a racionalidade, a força, o trabalho e o poder.

Na Modernidade, com o advento do direito como ciência jurídica, interpretou-se da mesma forma, “O jurídico da modernidade ainda – e, sobretudo – é um jurídico-macho-penal, produtor prioritário da criminalização, punição e dor; é um jurídico que necessita resgatar a dignidade de Pandora, mas resiste em fazê-lo (CHIES, 2008, p. 84).

O papel da mulher como dona do lar foi condicionado pelo desenvolvimento, principalmente econômico e político da sociedade. Em uma sociedade patriarcal, a constituição da família é diretamente associada a ideia de propriedade privada.

A valorização da maternidade como maior missão da mulher representava uma forma de resguardá-la no ambiente doméstico, contribuindo para o estabelecimento de rígidas fronteiras entre a casa e a rua, ou seja, entre o privado e o público. A mulher-mãe, santificada e pura, deveria doar-se ao lar e à prole com um amor incomensurável. (ANDRADE, 2018, p. 79)

Dessa forma então, a mulher passa a cumprir o papel de genitora da prole, e se limitar à educação e ao cuidado com o lar, ficando restrita ao espaço privado. Já o homem, como provedor do lar, assume o papel de

chefe de família, o detentor da palavra e das decisões, é ele quem possui o poder dentro e fora de casa, dominando também o espaço público.

Logo, a visão da mulher projetada na sociedade Moderna, e refletida no direito penal, é exercida pela figura doméstica: de filha, esposa e mãe. Sendo também à mulher, atribuídas as características de fragilidade, obediência e sobretudo, dependência.

Assim, o direito penal que surge nesse contexto, estabelecido sob o modelo patriarcal, é de controle e dominação sobre a mulher. Ainda que as mulheres representem a minoria na população carcerária em todos os seus períodos, a punição oferecida a elas sempre possuiu um viés extra, a punição social, travestida pela condenação ao desvio do “papel social” a ser exercido por elas.

A relação entre mulher e punição traz para o encarceramento feminino, sobretudo, a ideia de um instrumento adestrador. “A imagem da mulher foi construída como sujeito fraco em corpo e em inteligência, produto de falhas genéticas – postura na qual se baseia a criminologia positivista quando se ocupa da mulher criminoso” (ESPINOZA, 2004, p.55).

Em uma sociedade de ditames patriarcais, a repressão realizada sobre a mulher é exercida por todos os órgãos do sistema penal. “(...) O sistema penal, desde a Delegacia até a Prisão, passando pelos espaços tradicionais do Judiciário, não quer ser mediador, mas sim repressor!” (CHIES, 2008, p.102).

De tal modo, para um direito penal exercido por e para a figura masculina, a mulher criminoso é tratada pelo sistema como exceção, inexistindo, portanto, um sistema penal direcionado a elas. De modo com que a mulher criminoso, não apenas comete um ato ilícito, mas descumpre também, o seu papel social ante a sociedade.

A mulher é vista como transgressora da ordem em dois níveis: a) a ordem da sociedade; b) a ordem da família, abandonando seu papel de mãe e esposa – o papel que lhe foi destinado. E deve suportar uma dupla repressão: a) a privação de liberdade comum a todos os prisioneiros; b) uma vigilância rígida para “protegê-las contra elas mesmas”, o que explica porque a direção de uma prisão de mulheres se sente investida de uma missão moral. (LAMGRUBER, 1999, p. 100)

“O comportamento violento da mulher é interpretando como um comportamento masculino, o qual não se enquadra no padrão de

comportamento social definido esperado para a mulher” (ALMEIDA, 2006, apud, OLIVEIRA, SANTOS, RIBEIRO, p. 145, 2010). Sob essa ótica, o crime feminino é colocado como exceção, algo inesperado e sobretudo, socialmente inadequado.

Sendo assim, apesar de, com o passar do tempo, a partir de transformações sociais, desenvolvimentos tecnológicos e avanços nas redes de comunicação, além da necessidade de mão de obra entre outros, a mulher ter passado a ocupar diversos espaços no ambiente público e a exercer funções antes restritas à figura masculina, a mulher enquanto “criminosa” ainda é vista com anormalidade.

Destarte, tem-se que, o cárcere enquanto pena continua desempenhando a mesma finalidade proposta pela sociedade patriarcal no exercício da dupla penalidade sobre a mulher.

É a lei dos homens, o judiciário dos homens que encarcera as mulheres... “esposas e mães falhas”. Não há nada na lei, ou muito pouco nas políticas criminais e penitenciárias recentes, que enfrente e afrente significativamente às sobrecargas de punição já mencionadas; pelo contrário, na conjuntura atual o que existe é a ampliação das mesmas. (CHIES, 2008, p. 93)

Logo, pune-se pelo crime e pune-se por ser mulher.

4. Cárcere feminino: a realidade do sistema penal

A população carcerária no Brasil cresceu consideravelmente nos últimos anos, sendo boa parcela ocupada pelas mulheres. Segundo dados do INFOPEN Mulheres (INFOPEN, 2018, p. 14), “entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou em 525% no Brasil, passando de 6,5 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres em 2000 para 40,6 mulheres encarceradas em 100 mil”.

Entretanto, apesar de encontrar previsão legal na Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, o sistema carcerário brasileiro nunca esteve preparado para atender a esse crescimento de demanda.

Os artigos 37 e 82 §1º, ambos da Lei de Execução Penal, assim dispõem quanto ao ambiente carcerário feminino,

Art. 37 - As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo.

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

§ 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

Observa-se dessa forma, que o código se preocupou com a mulher aprisionada, cuidando de garantir a ela o direito de cumprir pena em estabelecimento prisional próprio, capaz de atender às suas necessidades próprias do gênero. Sem se olvidar, contudo, de fazer menção aos deveres da mulher criminosa inerentes à sua condição pessoal enquanto gênero feminino.

Não obstante, a LEP, no §2º do art. 77, dispõe também acerca dos profissionais necessários na manutenção dos presídios femininos,

Art. 77. A escolha do pessoal administrativo, especializado, de instrução técnica e de vigilância atenderá a vocação, preparação profissional e antecedentes pessoais do candidato.

§ 2º No estabelecimento para mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado.

Dessa forma, resta claro, não somente a importância de um ambiente prisional próprio ao gênero feminino, como também, que os profissionais que ali atuem sejam especificadamente do sexo feminino.

Todavia, na prática, as penitenciárias femininas seguem, da mesma forma, o perfil estrutural dos presídios masculinos, e na maioria das vezes, insuficientes para atender as peculiaridades do gênero. Somado a isso, tem o fato de que o número de presídios femininos não representa nem 10% do total de presídios existentes no país segundo dados do INFOPEN Mulheres (INFOPEN, 2018, p. 22): “74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outros 16% são caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres”.

(...) sistemas prisionais desestruturados em relação ao atendimento das peculiaridades femininas, os quais tendem a ampliar as cargas/dores de punição e perversidade que lhe são inerentes, já que têm recorrido a uma estratégia bastante questionável, ou seja: o encarceramento em estabelecimentos prisionais que,

construídos originalmente para homens, nesta conjuntura se tornam mistos. (CHIES, 2011, p. 3)

Sendo assim, quando ausente o presídio feminino, homens e mulheres são obrigados a dividirem o mesmo espaço penitenciário. Chies (CHIES, 2011, p. 8) observa que “os espaços prisionais dos estabelecimentos não foram projetados para o encarceramento misto; tornaram-se mistos por pressões conjunturais e por opções político-penitenciárias”.

Ou seja, os estabelecimentos “mistos” são nada mais do que consequência da ausência de estrutura adequada a atender a população prisional de cada gênero.

A separação por gênero dos estabelecimentos destinados ao cumprimento de penas privativas de liberdade está prevista na Lei de Execução Penal e foi incorporada à Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional como forma de visibilizar a situação de encarceramento de mulheres em estabelecimentos em que a arquitetura prisional e os serviços penais foram formulados para o público masculino e posteriormente adaptados para custódia de mulheres e são, assim, incapazes de observar as especificidades de espaços e serviços destinados às mulheres (que envolvem, mas não se limitam a, atividades que viabilizam o aleitamento no ambiente prisional, espaços para os filhos das mulheres privadas de liberdade, espaços para custódia de mulheres gestantes, equipes multidisciplinares de atenção à saúde da mulher, entre outras especificidades). (INFOPEN Mulheres, 2018, p.22-23)

Não obstante a mulher não ter o direito mínimo ao espaço próprio para cumprimento de pena, de acordo com pesquisas realizadas por CHIES na 5ª Região Penitenciária do RS, a perversidade sofrida por essas mulheres, obrigadas a conviverem em presídios mistos é ainda mais evidente. Além de estarem cumprindo pena em um ambiente estranho, que não fora projetado para elas, acabam por consequência, ficando ainda mais expostas, fragilizadas, ante um público predominante masculino.

Estão expostas, colocadas em evidência e se tornam visíveis, ainda que em minoria, por serem fêmeas e femininas, desejadas e desejanças, em ambientes nos quais as restrições dos desejos convivem com poderes e estratégias que só os fazem mais necessários à sobrevivência. (CHIES, 2011, p. 8)

O direito ao estudo é garantido pela Lei de Execução Penal, conforme se verifica

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Conquanto, referida Lei faz também um adendo a presa e sua condição enquanto mulher para fins de determinação do ensino a ser ofertado,

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Assim, como o direito ao estudo, o direito ao trabalho, seja homem ou mulher, é um direito garantido ao preso e implica na remição da pena. Sua previsão, no mesmo Diploma Legal, encontra-se nos artigos 28 e 126, respectivamente,

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

É imperioso destacar que, o direito ao trabalho e ao estudo implicam muito mais do que uma mera possibilidade de remição de pena, mas contribuem especialmente, para a ressocialização e reinserção futura do preso no mercado de trabalho.

Assim como a instrução e a formação profissional do preso e do internado, o exercício de determinado trabalho durante o cumprimento da pena criminal constitui dever social e homenagem ao princípio da dignidade humana, contribuindo para prevenir a prática de novos delitos e orientar o retorno do executado à convivência social ordeira. (MARCÃO, 2012, p. 37)

No entanto, o que se verifica é que, quando existente, o trabalho oferecido aos presos é de total irrelevância social, atendendo apenas as

matrizes de dominação, alienação e controle próprios do sistema carcerário. “O trabalho nos presídios femininos e masculinos desenvolve-se como atividade precária que dificulta a inserção do encarcerado no mercado trabalhista, por se tratar de ocupação que impossibilita “qualquer tipo de ascensão social”. (ESPINOZA, 2004, p.134)

Não obstante, soma-se o fato de que não é possível encontrar em todos os presídios a estrutura necessária, sendo muitos presos privados do seu direito ao estudo e ao trabalho, e conseqüentemente, à remição da pena. O que torna o trabalho e o estudo dentro dos presídios não um direito, mas uma espécie de “regalia”.

Desse modo, o que se nota é que, mais do que uma questão de insuficiência estrutural ou financeira, há um grande descaso e desinteresse político e do Estado para com a manutenção do sistema carcerário e, por conseguinte, a vida dos aprisionados. E assim, em nome da falta de estrutura e verba, os direitos previstos na LEP, vem sendo relativizados, segregados e abdicados.

O trabalho oferecido pelo sistema carcerário dentro dos presídios femininos reflete o sistema penal autoritário, masculino e patriarcal no qual estamos inseridos. Na maioria dos presídios femininos, o trabalho se limita às práticas domésticas e manuais como bordado, costura e culinária. “(...) Se encara esse tratamento reabilitador, sob o ângulo do trabalho prisional, reservam-se às presas as atividades consideradas femininas, o que lhes impossibilita, no futuro, qualquer possibilidade de inserção no mercado de trabalho” (ESPINOZA, 2004, p.19).

E a situação não muda muito quando Érica desce as escadas e passa pelas oficinas de trabalho onde algumas garotas têm ocupações não tão boas quanto a dela. Logo ao pé da escada, algumas detentas passam o dia contando talheres plásticos e embalando-os. Um. Dois. Três. Quatro. Cinco. Seis. Sete. Oito. Nove. Dez. Fecha a embalagem. E de novo. Sem luvas higiênicas ou encosto nas cadeiras. A luz, parca. Um pouco adiante, presas separam fios para uso mecânico. A iluminação é melhor e os encostos também, mas algumas têm que se sentar sobre cadeiras empilhadas para ajustá-las à altura certa. Para a maioria das detentas, trabalhar é um privilégio. Permite que ocupem a cabeça, mandem dinheiro para casa e, a cada três dias trabalhados, redimam um da pena. Elas não têm os mesmos direitos garantidos aos trabalhadores livres, como férias, licença-maternidade e décimo terceiro salário. Tudo a que está obrigado o empregador, pela Lei de Execução Penal, é

garantir a elas um ambiente seguro e limpo e um trabalho que sirva à sua ressocialização. Na verdade, seu salário só precisa ser superior ou igual a três quartos do salário mínimo — o que as torna mão de obra especialmente interessante para atividades repetitivas e manuais que quase ninguém quer. Mesmo assim, as companhias resistem em empregá-las. Só 3%, mais ou menos, têm a “regalia” — que é garantida por Lei. Às demais resta a esperança da lista de chamada. (QUEIROZ, 2015, p. 95)

Assim, a mulher aprisionada não recebe apenas a punição pelo crime cometido, mas toda a estrutura, assim como o próprio trabalho oferecido dentro dos presídios, objetivam também puni-la pela má conduta social enquanto mulher criminosa, visando também, o controle e o adestramento da figura feminina.

(...) A necessidade de controlar as mulheres não mudou: subsiste o intuito de transformá-las e encaixá-las em modelos tradicionais, entendidos de acordo com padrões sexistas. Essa situação acentua o caráter reabilitador do tratamento, que busca “restabelecer a mulher em seu papel sócia, de mãe, esposa e guarda do lar e de fazê-la aderir aos valores da classe média” naturalizando as atribuições de gênero e reproduzindo a desigualdade no tratamento das presas”. (ESPINOZA, p. 86-86, 2004)

Tamanha é a vulnerabilidade dessa mulher frente ao sistema prisional que até suas relações familiares são abaladas. Segundo Espinoza (ESPINOZA, 2004, p.135) “(...) sua exclusão precede o ingresso na prisão, permanece durante sua estada e se pereniza depois da obtenção da liberdade”.

Ao se comparar o número de visitas que ocorrem em presídios masculinos e em presídios femininos, é evidente a sua disparidade. O que também é justificado pela ausência da estrutura necessária nos presídios femininos ou mistos, a viabilizar a visita às presas. Segundo dados do INFOPEN Mulheres:

Ao analisarmos a distribuição destes ambientes entre as unidades prisionais que abrigam mulheres no Brasil (estabelecimentos femininos e mistos), verificamos que 1 em cada 2 unidades femininas não contam com espaços nestas condições e, no caso das unidades mistas, apenas 3 a cada 10 estabelecimentos contam com infraestrutura adequada ao exercício do direito à visita social da pessoa presa, conforme Figura 2. Em relação aos

estabelecimentos destinados a abrigar apenas homens (unidades masculinas), a média nacional é de que 34% dos estabelecimentos conte com este espaço. (INFOPEN, 2018, p. 24)

Ou seja, o próprio sistema prisional contribui para o isolamento da mulher presa.

Desta maneira, a justiça punitiva aplicada a mulher é, necessariamente, mais rigorosa em todos os aspectos, já que carrega em si também a sanção social. Não é só do Estado que a mulher recebe a punição, mas também da sociedade e da própria família. “Para a mulher, tal situação reveste-se de características ainda mais dolorosas já que o rompimento do contato contínuo com seus familiares e, sobretudo, seus filhos, é extremamente difícil de suportar” (LAMGRUBER, 1999, p. 96).

Assim, vislumbra-se que a relação entre a mulher presa e a punição ultrapassa os limites da pena e do cárcere, atingindo sobretudo, a mulher enquanto gênero, no seu íntimo feminino.

5. Cárcere infantil: a maternidade no interior dos presídios

A mulher é o ser biologicamente escolhido para gerar a vida. É no seu ventre que, durante nove meses, a vida se desenvolve. Os efeitos da maternidade são imensuráveis, particulares e únicos. Cada mulher sente de uma forma, é algo que ultrapassa a esfera biológica e supera as diretrizes físicas do corpo humano.

Como um aspecto biológico próprio do gênero feminino, a maternidade se revela como a principal diferença entre mulheres e homens. É um acontecimento através do qual a mulher se torna responsável não só por si, mas por gerar outra vida, dependente da dela.

A gravidez é um processo que afeta a identidade da mulher, altera seu senso físico e convida-a a reconsiderar vários aspectos dessa identidade: sua relação com seu corpo, com o pai da criança, com seus próprios familiares, com os outros planos e esperanças para sua vida e com a imagem social da mulher grávida (GALLBACH, 1995, apud, OLIVEIRA, SANTOS, RIBEIRO, p. 148-149, 2010).

O encarceramento feminino vem apresentando índices de crescimento em todas as regiões brasileiras, mas o que preocupa, é o número de gestantes ocupando boa parcela desses números. E, segundo dados do INFOPEN Mulheres (INFOPEN, 2018, p. 29), “apenas 55 unidades em todo o país declararam apresentar cela ou dormitório para gestantes”.

A Lei de Execução Penal cuidou de garantir o mínimo às presas-mães, conforme elucidam os artigos 14, § 3º e 89, respectivamente

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Conforme se verifica, no texto legal da lei, referidos artigos apontam a estrutura a ser adotada pelas penitenciárias para receber a presidiária gestante ou com filho maior de seis meses e menor de sete anos, prevendo dessa forma, não só a assistência a ser oferecida à mãe, mas também à criança, que deve receber todos os cuidados necessários.

Entretanto, na maioria dos presídios femininos, não há a estrutura adequada para suprir as necessidades de mãe e filho. Voltado para o público masculino, as prisões não possuem o devido planejamento, como creches, ambulatórios, sala para amamentação, local de parto, entre tantos outros, ainda que haja previsão legal para tanto. Assim, o que na realidade ocorre nos presídios femininos brasileiros é a falta de compromisso para com a presa, em especial com a presa mãe, que necessita de cuidados não apenas para si, mas para a vida dependente da dela. “A realidade mostra que os estabelecimentos penais não dispõem de equipamentos apropriados, tampouco de pessoal treinado para o atendimento médico, farmacêutico e odontológico” (MARCÃO, 2012, p.33).

Dessa forma, o ambiente prisional feminino reflete toda a violência e perversidade do sistema carcerário para a mulher presa que, sob a custódia do Estado, vê seu filho entregue a mesma realidade. E não é apenas a falta de preparo para receber presas gestantes, mas principalmente, a violência e a crueldade do sistema penal que atinge os seus filhos.

A gravidez no cárcere no Brasil representa dupla violência: para a presa, enquanto mulher, que não terá atendimento médico adequado, e para a criança que, na maioria dos casos, é impe-

dida de ser amamentada. Sendo que são direitos femininos: a amamentação, a saúde (exames ginecológicos) e a separação, quanto ao delito cometido. Ocorre, entretanto, demora nos benefícios, castigos corporais, confinamento em celas conjuntas ou no isolamento, acompanhamento inadequado da execução por parte de advogados do Estado, deficiência do atendimento médico e inexistência de cuidados odontológicos. (OLIVEIRA, SANTOS, RIBEIRO, 2010, p. 149)

Em 15/10/2015, foi noticiado na página online do Jornal *Estadão* que no dia 11/10/2015, uma presa que cumpria pena na Penitenciária Talavera Bruce, no estado do Rio de Janeiro, deu à luz na solitária. Segundo a reportagem, aos nove meses de gestação, a detenta foi colocada em isolamento disciplinar em “unidade individual” devido ao seu comportamento agressivo. Infere-se ainda que, após receber atendimento médico em hospital, a presa teve que retornar ao isolamento.

Não obstante, ainda segundo a notícia, a Seap – Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, exibiu nota acerca do caso afirmando que “A interna, que tem crises de abstinência de drogas e sem consciência de que estava em trabalho de parto, acabou dando à luz dentro da cela (...)”.

Notória se faz a perversidade que é exercida sobre essas mulheres, presas, subjugadas e inferiorizadas. No sistema penal brasileiro para a mulher criminosa não basta o cumprimento de pena previsto em lei, devendo a punição ir além, alcançando e açoitando todas as diretrizes ocupadas por ela.

Saiu à porta e se deparou com a agente carcerária, munida de uma algema de três pontas, aquelas que se fixam à barriga, aos pés e aos punhos, sendo as três extremidades ligadas por correntes. Nazaré achou aquilo desumano. Argumentou com a agente e garantiu que uma mulher em trabalho de parto não precisava de tantas medidas de segurança. Aquela mãe em formação foi ter seu quinto, mas primeiro filho, quase como se fosse livre. E aquela criança não nasceria presa. (QUEIROZ, 2015, p.47-48)

Cumprir destacar também, que a proibição do uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato, foi promulgada recentemente, em 12/04/2017, através da Lei 13.434, que acrescentou a matéria como parágrafo único ao artigo 292 do Código de Processo Penal.

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

Ou seja, até esta data era permitido o uso de algemas em mulheres nessas situações, sendo necessária a proibição legal para que tal prática, que nos remete à tortura, fosse proibida.

Além da ausência de estrutura necessária para assistir as gestantes, após o parto da criança, é restrito também o número de presídios que de fato fornecem às mães berçários e recurso para a amamentação. Embora a Lei de Execução Penal disponha no artigo 83, §2º,

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade

Dessa forma, a criança já nasce confinada a um sistema sádico e inoperante. A mãe, incapaz de reagir frente ao poder punitivo exercido pelo Estado, é obrigada a aceitar não somente a dupla punição, como a assistir, calada, a toda violência que é exercida sobre a vida que acabou de gerar.

Trata-se, portanto, de um exercício da maternidade tensionado ao extremo por uma dupla ordem disciplinar: por um lado, uma ordem penal que reduz a mulher à condição de infratora que deve ser controlada e docilizada em nome da segurança social; e por outro, normas de gênero que têm na maternidade um dispositivo de distribuição de poderes e de controle dos corpos, da sexualidade e da vida das mulheres. (DIUANA, CORREA, VENTURA, 2017, p. 743)

São, portanto, mãe e filho, condenados e aprisionados por um sistema carcerário cruel. “Os presídios femininos, assim como os masculinos, não foram desenvolvidos para propiciar o vínculo familiar, especialmente entre mães e filhos, muito menos promover um ambiente adequado para o desenvolvimento infantil” (STELLA, 2006, apud, OLIVEIRA, SANTOS, RIBEIRO, p. 150, 2010).

O artigo 89 da Lei de Execução Penal conforme já citado, estipula que a penitenciária feminina dotará de creche para abrigar a criança maior de seis meses e menor de sete anos. O objetivo do legislador foi garantir o mínimo de convivência materna dessas crianças com as mães presidiárias, que representam, muitas vezes, seu único vínculo familiar.

Nessa ótica nota-se que as crianças, lado mais frágil e vulnerável dessa relação delito-cárcere, ainda estão sob a responsabilidade materna. Quando o pai é preso, a criança continua com a mãe, quando a mãe é presa, percentual mínimo continuam sendo cuidadas pelo pai, ou como acontece na maioria dos casos, na ausência materna, a criança passa a ser cuidada pela avó materna, sendo essa última, a que assume a responsabilidade financeira e emocional do neto. (OLIVEIRA, SANTOS, RIBEIRO, 2010, p.150)

Porém, como já exposto, a maioria dos presídios femininos não apresentam a estrutura necessária para abrigar mãe e filho. O que resulta em crianças dividindo celas com presas, convivendo em meio ao caos e a violência do sistema prisional. Trata-se assim, de um verdadeiro cárcere infantil, em que crianças, vítimas de um sistema prisional falho, acabam sendo responsabilizadas e “cumprindo pena” em troca de um mínimo convívio familiar. Punidas por terem nascido, nascido para serem punidas.

Em relação à capacidade de oferecer espaço adequado para que a mulher privada de liberdade permaneça em contato com seus filhos e possa oferecer cuidados ao longo do período de amamentação, a Tabela 8 demonstra que apenas 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que compreendem os espaços destinados a bebês com até 2 anos de idade. As unidades que declararam ser capazes de oferecer este espaço somam uma capacidade total para receber até 467 bebês. (INFOPEN, 2018, p. 31-32)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, foi criado frente à necessidade do Poder Público de

garantir a proteção mínima para crianças e adolescentes. Dessa forma, discorre nos artigos 3º e 4º, respectivamente,

Art 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros, meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

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.

Frente ao exposto, fica claro a forma com que o Poder Público trapaceia de forma exorbitante o texto do ECA ao permitir o cárcere de crianças em presídios femininos. O próprio sistema carcerário, de forma geral, consiste em um ato violador dos direitos humanos, uma vez que o ambiente prisional impossibilita qualquer desenvolvimento físico e psíquico saudável do ser humano.

O impasse que existe entre o direito à convivência familiar e a proteção do direito da criança a uma vida digna é inevitável. Pois é nesse momento que a mulher presa se vê novamente punida, e quando recebe a pena mais perversa a que pode ser submetida: dividida entre a possibilidade de poder ter seus filhos consigo, acompanhá-los nos primeiros meses ou anos de vida, participando do seu desenvolvimento e, a opção de abrir mão desse convívio familiar mínimo e livrá-los da crueldade da realidade carcerária. É por este motivo, que muitas mães abdicam do seu direito a fim de assegurar a essas crianças a possibilidade de uma vida mais digna.

Seu Lenilton insistia em saber dos filhos. Um vive com parentes, uma o Conselho Tutelar levou, um terceiro vive com família desconhecida e três nasceram mortos. Conselho Tutelar é braço da polícia; se a mulher vai para a cadeia, os filhos vão para o abrigo. Ela conta ter esguechado o processo do filho roubado pelo Conselho Tutelar, lá tinha foto de quarto de rico, família feliz e pedido de guarda. Seu Lenilton se intrigou, “Adoção, lembra desse nome?”, “Acho que era adoção. O Conselho

Tutelar disse que eu abandonei ele. Eu não abandonei filho, seu Lenilton”, arreliou-se com olhos afundados nos ombros. Um silêncio seco tomou conta da sala, seu Lenilton esperou o texto, mas a crackeira falante emudeceu. Ela já sabia do filho com a nova família, mas lutava contra a ideia de ser mãe que abandona. Não tinha mais filho, restou foi muita vergonha. Repetiu sem audiência antes de sair: “Eu não abandonei ele, não, seu Lenilton. (DINIZ, 2015, p. 27)

A Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, que ficou conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, além de outras modificações, alterou o art. 318 do Código de Processo Penal ao acrescentar os incisos IV e V,

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

Ou seja, possibilitou expressamente a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar quando a pessoa presa for gestante ou mulher com filho de até 12 (doze) anos incompletos.

Em 20/02/2018, o STF concedeu, através de HC coletivo (HC 143641), a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, em todo território nacional, de mulheres gestantes, ou mãe de crianças até 12 (doze) anos incompletos, ou de pessoas com deficiência. Mas excluiu da substituição os casos de crimes praticados contra seus descendentes mediante violência ou grave ameaça, ou situações excepcionais quando devidamente fundamentadas em juízo.

Além disso, o ministro lembrou que os cuidados com a mulher presa se direcionam também a seus filhos. E a situação em análise no HC 143641 viola o artigo 227 da Constituição, que estabelece prioridade absoluta na proteção às crianças¹.

Sem dúvida alguma, tal inovação legal bem como referida decisão representam um avanço, ainda que pequeno, no que se refere às mães encarceradas.

Entretanto, não se pode olvidar, que tal disposição não abrange todas as situações, e não altera a situação daquelas que não terão a sua

¹ THOMÉ, Clarissa. Presa dá à luz dentro de solitária; diretora de penitenciária é afastada. *O Estado de São Paulo*, 25 de out. 2015. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presa-da-a-luz-dentro-de-solitaria-em-penitenciaria-do-rio,1786404>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

prisão domiciliar decretada. Principalmente quando, segundo dados do INFOPEN Mulheres (INFOPEN, 2018, p. 51), 74% das mulheres presas declaram ter filhos.

O Gráfico 18 mostra que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos. Ao analisarmos os dados referentes aos homens para o mesmo período, temos que 53% dos homens que se encontram no sistema prisional declararam não ter filhos. Em que pesem as desigualdades persistentes na sociedade quanto à distribuição da responsabilidade sobre a execução do trabalho de cuidados (domésticos e com os filhos, especialmente), entre homens e mulheres, que podem influenciar a declaração sobre filhos junto aos cadastros sociodemográficos, é preciso aprofundar a análise sugerida pelos dados do Infopen, que apontam para uma importante desigualdade na distribuição de filhos entre homens e mulheres no sistema prisional e demandam, assim, a formulação de serviços e estruturas penais capazes de responder, por um lado, à possibilidade de institucionalização da criança e, por outro, aos efeitos da separação da mãe na vida das crianças e comunidades

Por todo exposto, é inaceitável que mulheres, quando presas, sejam obrigadas a aceitar mazelas que ultrapassam a sua pena enquanto crime cometido, e que alcançam, de sobremaneira, a sua dignidade enquanto humana e mulher. No entanto, como se não fosse o bastante, aceitar a existência de um “cárcere infantil”, justificado pela ausência de estrutura pública e governamental, é acima de tudo, uma violência à mulher que é mãe.

É impor e dispor, é condená-la a sua posição enquanto mulher, genitora e mãe.

6. Considerações finais

Ante o que fora exposto, visou-se explicar de forma crítica, a forma com que o sistema penal, advindo de uma cultura patriarcal ainda tão presente na sociedade brasileira, exerce de forma abusiva o seu domínio e poder sobre a mulher criminosa.

A partir do estudo de doutrinas, casos práticos e pesquisas, almejou-se traçar uma visão concreta acerca da realidade do cárcere feminino e dessa forma, tecer uma análise construtiva a respeito do tema trabalhado. Outro fator indispensável para a construção do trabalho foi a análise de pesquisas sobre o tema, principalmente, sobre as injustiças do cárcere feminino. É essencial o apoio em dados reais, pois torna mais consistente o embasamento frente ao tema debatido.

Conforme o resultado do estudo efetuado, se mostrou de maneira patente o desvirtuamento do direito penal frente ao objetivo da ressocialização. Principalmente quando vislumbrado os efeitos da pena no cárcere feminino. As condições, físicas, psíquicas e estruturais aplicadas às mulheres nos presídios impossibilitam qualquer forma de recuperação do indivíduo ali inserido. A conclusão a que se chega é que, na verdade, a mulher quando submetida ao poder punitivo é duplamente punida.

Cabe ainda destacar o “cárcere infantil” presente nos presídios brasileiros. São mães e filhos, confinados em celas, e que convivem em meio a todo tipo de exposição e violência do ambiente carcerário.

Diante do que foi apresentado, deve ser ressaltado o objetivo almejado na produção deste trabalho. O cárcere feminino é hoje uma realidade latente, assim como o cárcere infantil, e devem ser tratados com cuidado e atenção. A falta de estrutura, de verba, de prioridade ou de qualquer outro fator não podem justificar a crueldade do cárcere feminino, de suas mulheres e de suas crianças.

Referências

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista. *Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus: surgimento dos presídios femininos no Brasil*. 2. ed. rev., San Miguel de Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán. Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

_____. Congresso Nacional. *Lei n. 7210*, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal.

_____. Congresso Nacional. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

_____. Presidente da República. *Decreto-Lei n. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

_____. Presidente da República. *Decreto Lei n. 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

_____. Presidente da República. *Lei n. 13.257*, de 8 de março de 2016.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. A prisão dentro da prisão: uma visão do encarceramento feminino na 5ª Região Penitenciária do RS. *Anais do XV*

Congresso Brasileiro de Sociologia. Curitiba: GT21 – Segregação social, políticas públicas e direitos humanos, 2011.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Gênero, criminalização, punição e “sistema de justiça criminal”**: Um olhar sobre as sobrecargas punitivas e as dominações do masculino. Texto produzido para o painel “Direitos humanos, gênero e criminalização” da jornada de Estudos Criminológicos do mestrado de Ciências Criminais da PUCRS, 2008.

Diniz, Debora. *Cadeia: Relatos sobre mulheres*. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

DIUANA, Vilma; CORREA, Marilena C.D.V.; VENTURA, Miriam. *Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade*. Physis, Rio de Janeiro, v. 27, n. 3, p. 727-747, jul. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312017000300727&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 04 jul. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-73312017000300018>.

ESPINOZA MAVILA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. 180 p. (Monografias; 31).

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 27ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 11ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

INFOPEN Mulheres. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018.

KRAMER, Heinrich, SPRENGER, James. Introdução histórica, Rose Marie Muraro. Prefácio, Carlos Byington. Tradução de Paulo Fróes. *O martelo das Feiticeiras*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 2004.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica*. 2ª. ed., São Paulo: EDITORA ATLAS S.A., 1991.

LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARCÃO, Renato. *Execução Penal*. Coleção Saberes do direito, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Ana Flávia Alves de, SANTOS, Daiane Soares da Mota, RIBEIRO, Edineuza da Silva Gomes. *A maternidade no presídio feminino de Aracaju (SE)*. Cadernos de Graduação: Ciências Humanas e Sociais, 2010. v. 11. n.11

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. 1. ed. – Rio de Janeiro : Record, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. 2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. Brasília: 21/02/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em 2 de jul. 2019.

THOMÉ, Clarissa. *Preso dá à luz dentro de solitária; diretora de penitenciária é afastada*. *O Estado de São Paulo*, 25 de out. 2015. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presa-da-a-luz-dentro-de-solitaria-em-penitenciaria-do-rio,1786404>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

A POLÍTICA PROIBICIONISTA APLICADA À GUERRA ÀS DROGAS COMO COMBUSTÍVEL PARA O CRESCIMENTO DO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

THE PROHIBITIONIST POLICY APPLIED TO WAR TO DRUGS AS A FUEL FOR THE GROWTH OF CRIME ORGANIZED IN BRAZIL

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p369-398

Marcus Vinícius Honório Correia

Especialista em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC – PUC/MG). Especialista em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio Educacional.

Felipe Amore Salles Santiago

Especialista em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC – PUC/MG).

Recebido em: 28/03/2019

Aprovado em: 17/05/2019

Última versão do autor em: 03/06/2019

Área: Criminologia

Resumo:

O artigo apresenta uma análise da política proibicionista embasadora da guerra às drogas atualmente praticada no Brasil que, como efeito reverso, financia e empodera o crime organizado responsável pela propagação do medo e pavor que assolam a sociedade. Muito embora seja, em determinados grupos jurídicos, vangloriada e disseminada como o meio mais eficaz para a erradicação do uso e do comércio de substâncias ilícitas, a política proibicionista de guerra às drogas, na prática, não alcança tal pretensão, acabando por ser utilizada de forma deturpada somente para determinada parcela da sociedade, que é a da população

mais pobre. Assim, o objetivo deste trabalho é demonstrar que a política proibicionista de drogas, ao invés de alcançar seus escopos, acaba por beneficiar o crime organizado no Brasil, eis que, cada vez mais, chega à obtenção de lucros descomunais com o mercado clandestino do tráfico de drogas, amplia seu poder de combate frente ao Estado, e se propaga rapidamente em todo o território nacional com suas ideologias excessivamente truculentas. É esta hipótese que se busca confirmar a partir de uma breve revisão de literatura aplicada ao tema.

Palavras-chave:

Proibicionismo. Guerra às Drogas. Crime Organizado. Tráfico de Drogas. Substâncias Ilícitas.

Abstract:

The article presents an analysis of the prohibitionist policy underlying the drug war currently practiced in Brazil, which, as a reverse effect, finances and empowers organized crime responsible for the spread of the fear and fear that afflicts society. Although it is, in certain legal groups, boastful and widespread as the most effective means of eradicating the use and trade of illicit substances, the prohibitionist policy of war on drugs does not, in practice, achieve this. only part of society, which is the poorest population. Thus, the objective of this work is to demonstrate that the prohibitionist drug policy, instead of reaching its scopes, ends up benefiting organized crime in Brazil, since, increasingly, it obtains huge profits with the clandestine trafficking market of drugs, expands its combat power against the State, and spreads rapidly throughout the national territory with its excessively gruesome ideologies. It is this hypothesis that seeks to confirm from a brief review of the literature applied to the topic.

Keywords:

Prohibitionism. War on Drugs. Organized Crime. Drug Trafficking. Illegal Substances.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos gerais do crime organizado. 2.1. Evolução histórica do crime organizado. 2.2. Crime organizado: conceituação geral. 3. O crime organizado no Brasil. 3.1. Notícia histórica. 3.2. Comando Vermelho (CV). 3.3. Primeiro Comando da Capital (PCC). 3.4. Família do Norte (FN) e o Sindicato do Crime RN (SDC). 4. O Tráfico de drogas como uma das principais atividades financiadoras do crime organizado no Brasil. 5. O modelo proibicionista de controle de drogas aplicado no Brasil. 5.1. Origem histórica brasileira. 5.2. A política proibicionista de guerra às drogas atualmente aplicada no Brasil. 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A política proibicionista vangloriada pela guerra às drogas e atualmente praticada no país, ainda que de modo não intencional, fortalece o crime organizado.

O Brasil sustenta na prática, de forma preponderante, uma política repressiva, conservadora e de tolerância zero quando o assunto norteia as drogas ilícitas, demonizando aquele que é considerado traficante – ainda que frágil sua definição e identificação –, bem como o usuário, revelando a todos quem é o *inimigo* da sociedade ordeira e do Estado.

É de se pontuar, ainda que perfunctoriamente, que essa atuação repressiva e truculenta acaba por possuir destinação certa, visto que, os mais atingidos são aqueles que integram a parcela mais pobre e desfavorecida do país.

Muito embora, teoricamente, a ideia central da chamada guerra às drogas seja a erradicação do uso e do comércio de substâncias ilícitas, é incontroversa que sua aplicação na realidade não se presta a tal objetivo. Essa tentativa de combate a esta criminalidade tem ocasionado resultados que, ao invés de dismantelar o comércio ilegal, o fortalece e o instiga, causando ainda danos inenarráveis àqueles que recebem o peso dessa guerra injusta e truculenta.

Além de fomentar o tráfico de drogas e robustecer as organizações criminosas responsáveis pela exploração do comércio ilegal, a política proibicionista promove o nascimento de outras substâncias ilícitas, como é o caso do crack, que nasceu ante a inexistência de políticas regulamentadoras de produção e consumo da cocaína, conforme será devidamente apontado em tópico específico deste trabalho, bem como garante o surgimento de novos grupos criminosos como as milícias formadas por agentes estatais, que veem na proibição uma oportunidade de negócio.

Destaque-se que, não se pretende com o trabalho em comento demonstrar todas as consequências problemáticas trazidas pela política proibicionista tida como sustentáculo da guerra às drogas, eis que tomaria todo o espaço destinado à discussão, mas tão somente, apontar que, o crime organizado e o comércio ilegal de drogas se fortalecem frente a essa guerra.

Em relação ao proibicionismo da guerra às drogas, pode-se dizer que *o feitiço virou contra o feiticeiro*, pois, se a pretensão inicial era obstar o uso e principalmente o comércio ilegal das drogas ilícitas, o que se tem hoje é o inverso, isto é, o crescimento da traficância, o estímulo ao consumo, o surgimento de novas drogas, o fortalecimento das organizações criminosas por meio deste comércio etc, como bem descreve Luis Carlos Valois na obra *O direito penal da guerra às drogas*, e que terá o crédito devido no tópico correspondente.

Por meio da exploração desse comércio clandestino, as organizações criminosas atuantes no país auferem valores incontáveis, expandindo seus negócios, ainda que ilegais, e alcançam com isso um poder de confronto superior àquele que a máquina estatal detém, vez que, por meio do lucro obtido com a traficância, conseguem adquirir armamento de guerra para lutar contra o Estado, recrutam jovens e adolescentes para formar seu exército em troca de dinheiro, carros, status, promessas etc.

Não obstante, tais organizações se espalham e crescem de forma acelerada por toda à extensão do país em busca do controle de presídios e da exploração do comércio de tráfico de entorpecentes, causando assim um grave problema ao que se denomina como segurança pública.

Motivados principalmente pelo mando absoluto da distribuição e venda de drogas ilícitas, essas grandes facções geram consequências irreparáveis para a sociedade, que vive acuada em razão da violência e do medo; convivendo em um verdadeiro estado de terror.

Frente à tamanha atuação das organizações criminosas, avalizada pelo resultado obtido com o tráfico de drogas ilícitas, bem como pela ineficiência da política repressiva antidrogas aplicada e venerada no país é que se levantam questionamentos como: A guerra às drogas tem sido eficiente no sucateio do tráfico ilícito de entorpecentes? O proibicionismo mantenedor do discurso de combate às drogas tem enfraquecido ou fortalecido o crime organizado? As organizações criminosas são contra a proibição imposta à comercialização das drogas? Quais são os resultados obtidos pelo crime organizado frente a essa guerra?

Nesta senda é que o trabalho apresentará o nexo entre a política proibicionista da guerra às drogas nacional e a atuação das principais organizações criminosas do Brasil.

Antes de trazer à baila a discussão sobre o problema, alguns conceitos serão pormenorizados, a fim de que – o que se espera – seja possível uma melhor reflexão acerca do possível caminho a seguir para superar as dificuldades atuais.

Desse modo, serão estudados os aspectos gerais das organizações criminosas, perpassando brevemente por sua história desde os primórdios, seus basilares conceitos e características, principais atividades financeiras, bem como conceitos atinentes a política proibicionista aplicada à guerra às drogas e a relação entre tal política e o crime organizado.

2. Aspectos gerais do crime organizado

Eugênio Raúl Zaffaroni, na obra *Discursos Sediosos: crime, direito e sociedade*, lançou dizeres brilhantes acerca do fenômeno Crime Organizado:

Aparte o sexo e as disputas domésticas, não há tema que promova maior entretenimento popular que o crime organizado, como o demonstram o êxito de *Os intocáveis* e de *O poderoso chefão* e o televisionamento das audiências das comissões de investigação do Congresso norte-americano.¹

Sendo um tema tão interessante, polêmico e desafiador, cogente apresentar, antes mesmo da conceituação do que vem ser o crime organizado, as possíveis origens e elementos característicos das organizações criminosas, pois só assim é que se atingirá um mínimo de elementos capazes de detalhar o que é de fato esse *movimento* tão forte e intenso atuante nos dias atuais.

O crime organizado sempre foi um problema dentro do Estado, como se fosse uma doença enraizada em suas entranhas que não se sabe qual o remédio para o efetivo combate. Isso porque, sua constante adaptação e transformação dificultam a atuação punitiva da poder público.

Na obra *Crime Organizado – aspectos dogmáticos e criminológicos*, Almeida delinea acerca do desafio que o Estado sempre enfrentou e enfrenta diante da atuação das organizações criminosas:

A pluralidade de agentes e sua associação para o cometimento de delitos foi e é um fenômeno presente em diversas partes do globo, em diferentes épocas, e sempre se mostrou como permanente desafio para o Estado e, conseqüentemente, para o seu sistema punitivo na medida em que se utiliza de meios racionais e técnicos que permite a sua adaptação e sobrevivência, seja pela própria simbiose com os entes estaduais, seja por simplesmente renegar os valores ditos como aceitáveis e normais, adotando códigos próprios de conduta e estilo de vida.²

O crime organizado é modalidade diversa do crime ocasional ante as suas inúmeras características, motivo pelo qual forçoso o estudo minucioso de sua história e seus predicados, o que será processado neste capítulo, de forma a delimitar a matéria e ter um ponto de largada para a análise que se pretende promover.

¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Crime Organizado: uma categoria frustrada*. In Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade. Relume – Dumará/ICC, Rio de Janeiro, p. 48, 1996.

² ALMEIDA, Lucas Laire Faria. *Crime Organizado: aspectos dogmáticos e criminológicos*. D'Plácido, Belo Horizonte, 1 ed. p. 19, 2017.

2.1. Evolução histórica do crime organizado

Inexiste um marco preciso para delimitar o nascimento do que hoje se conceitua como crime organizado, sendo que alguns doutrinadores, inclusive, chegam a afirmar que o crime organizado é um fenômeno atual, não sendo possível buscar definições remotas como muitos pretendem:

O organized crime como tentativa de categorização é um fenômeno de nosso século e de pouco vale que os autores se percam em descobrir seus pretensos precedentes históricos, mesmo remotos, porque entram em contradição com as próprias premissas classificatórias. É absolutamente inútil buscar o crime organizado na Antiguidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria etc., porque isso não faz mais que indicar que se há olvidado uma ou mais das características em que se pretende fundar a categoria, como são a estrutura empresarial e, particularmente, o mercado ilícito.³

Mesmo diante de tantas inconsistências e divergências, nos parece razoável delimitar, mesmo que de forma imprecisa, um marco inicial como sendo o nascimento das organizações criminosas.

Almeida apresenta a Pirataria como o primeiro movimento considerado como crime organizado:

Não é fácil determinar a origem determinada ou ao menos, o marco inicial da criminalidade organizada, mas adotados os principais critérios utilizados atualmente, tais como número de componentes, distribuição de funções, estrutura hierarquizada, estabilidade, habitualidade, reiterada prática de diversos delitos e infiltração em diversas esferas do poder, podemos sem receio listar a Pirataria como principal e mais antiga manifestação do referido fenômeno. Ora, a divisão de tarefas é própria e essencial à navegação e operação de um navio, assim como o comando hierarquizado verticalmente exercido pelo capitão da embarcação. A estabilidade e habilidade se faziam presentes tanto pelo tempo necessário para a preparação das viagens marítimas, como a duração das mesmas e o período necessário para a distribuição e destinação das mercadorias pilhadas. Alias, é na pirataria que se tem também a origem de um dos delitos mais usuais da criminalidade organizada até os dias de hoje,

³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Crime Organizado: uma categoria frustrada*. In *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*. Relume – Dumará/ICC, Rio de Janeiro, p. 48, 1996.

a lavagem ou branqueamento de capitais, que ainda contava com a conveniência e colaboração de agentes governamentais para pulverizar e distribuir o lucro da empreitada criminoso.⁴

Embora a pirataria nos pareça ser o marco inicial do surgimento do crime organizado, é inegável que esse fenômeno se afluou ganhando força e notoriedade com a Máfia.

A expressão *máfia* é tratada pela primeira no século XVI, na Sicília, tendo como significado *bravura, coragem*, e também *autoconfiança* e proteção contra *arrogância* do poder.⁵

O surgimento da Máfia – que era mais do que uma criminalidade organizada, vez que, além do vínculo associativo tinha o laço de sangue – enquanto associação de homens voltados para o mesmo objetivo deu-se em 1812, quando o Rei de Nápoles criou um decreto atingindo e ceifando forças populares que surgiam nas regiões do Sul da Itália.⁶

A Máfia nasceu como forma de resistência à exploração sofrida por parte do poderio de Nápoles e Roma, baseada em ideais como a honra, os laços de sangue, a lealdade e o respeito, angariando assim a simpatia da população, tornando-se força política e cultural expressiva, agregando outras diversas famílias e se autodenominado *Cosa Nostra*.⁷

Quanto ao surgimento da *Cosa Nostra*, Jean-François Signier:

A máfia surgiu no contexto da unidade italiana quando em 1860, a queda dos Bourbons, que reinavam na ilha havia séculos, permitiu aos sicilianos acreditar em dias melhores. Mas logo ficariam desencantados diante das medidas do novo governo italiano que envia funcionários do Norte da ilha e aumenta o peso dos impostos. Quando a lei sobre a conscrição obrigatória é votada, considerável número de homens se embrenha nos bosques. O descontentamento se generaliza, os atos de banditismo aumentam e o poder central se sente desamparado. O deputado italiano Crispi afirma então: “a população siciliana detesta o governo da Itália”. É nesse contexto, quase anárquico, que se organiza um contra poder oficioso. Baseadas em clãs

⁴ ALMEIDA, Lucas Laire Faria. *Crime Organizado: aspectos dogmáticos e criminológicos*. D'Plácido, Belo Horizonte, 1 ed. p. 20, 2017.

⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. Atlas, São Paulo, 6 ed. p. 510, jul. 2016.

⁶ ALMEIDA, Lucas Laire Faria. *Crime Organizado: aspectos dogmáticos e criminológicos*. D'Plácido, Belo Horizonte, 1 ed. p. 22, 2017.

⁷ *Ibid*, p. 23.

familiares, redes constituídas, principalmente de notáveis locais, forma aos poucos um “sistema paralelo de autoridade” que se torna a única garantia de ordem social.⁸

Ato contínuo à aparição da Máfia Italiana, outras diversas organizações criminosas foram surgindo – que serão abordadas detidamente em outra oportunidade – como a Yakuza, as Tríades Chinesas, os Cartéis Mexicanos e Colombianos.

2.2. Crime organizado: conceituação geral

Da mesma maneira que a doutrina não consegue delimitar o surgimento do crime organizado enquanto marco temporal, a conceituação do que é o crime organizado é matéria de tamanha discussão entre os estudiosos. A inconsistência conceitual muito se dá porque as organizações criminosas praticam atividades ilícitas e assumem características que se adaptam às mudanças do ambiente social onde se encontram inseridas e, por isso, apresentam conotações diversas no tempo e no espaço.

Mendroni, ainda que de forma lúdica, apresenta uma definição sobre o que vem a ser o crime organizado, que merece total destaque ante a sua eficiência em enxergar esse fenômeno que tanto assola o Estado:

(...) delinquência organizada, aquela que, por excelência, infiltra-se sorrateiramente no subterrâneo estatal ou, revestindo-se de sereia fora d’água, que esconde a cauda de escorpião e golpeia violentamente a inocência popular, ou, travestida de “colarinhos brancos”, apresenta-se como idônea, quando carrega no seu interior inigualável tumor maligno.⁹

Trazendo conceituação técnica sobre o crime organizado, Ada Becchi define:

Conjunto formalizado e hierarquizado de indivíduos integrados para garantir a cooperação e a coordenação dos membros para a perseguição de determinados escopos, ou seja, como uma entidade estruturada dotada de ideias explícitas, de uma estrutura formalizada e de um conjunto de regras concebidas

⁸ SIGNIER, Jean-François. *Sociedades Secretas*. Trad. Ciro Mioranza. Larousse, São Paulo, p. 150, 2011.

⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. Atlas, São Paulo, 6 ed. p. 07, jul. 2016.

para modelarem o comportamento em vista da realização daqueles objetivos.¹⁰

Sopesando a constante transformação das associações criminosas, a diversidade de atuação e características, diversos conceitos foram se formando pelo mundo ao longo das estações como forma de se definir, de maneira pormenorizada, o crime organizado, aceda se extrai da obra de Marcelo Mendroni:

Criminologistas: crime organizado é qualquer cometido por pessoas ocupadas em estabelecer em divisão de trabalho: uma posição designada por delegação para praticar crimes que como divisão de tarefa também inclui, em última análise, uma posição para corruptor, uma para corrompido e uma para um mandante.

FBI – Federal Bureau of Investigation: qualquer grupo tendo algum tipo de estrutura formalizada cujo objetivo primário é a obtenção de dinheiro através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm suas posições através do uso de violência, corrupção, fraude ou extorsões, e geralmente têm significativo impacto sobre os locais e regiões do País onde atuam.¹¹

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional¹², da qual o Brasil é subscritor¹³, conceituou a organização criminosa por meio da Lei nº 12.850/13, no seu artigo 1º, § 1º, da seguinte forma:

Art. 1º, § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.¹⁴

¹⁰ BECCHI apud MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. Atlas, São Paulo, 6 ed. p. 10, jul. 2016.

¹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. Atlas, São Paulo, 6 ed. p. 17, jul. 2016.

¹² Caráter Transnacional: são aqueles que se caracterizam pela sua natureza multifuncional de impacto além das fronteiras de um determinado País, atingindo ou gerando efeitos diretos ou indiretos em dois ou mais Países, como tráfico de drogas, lavagem de dinheiro etc.

¹³ Adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004.

¹⁴ BRASIL. Casa Civil. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso

Notória a dificuldade enfrentada pela doutrina em relação à conceituação do se intitula como Criminalidade Organizada diante da acelerada transformação da mesma no seio social, o que justifica as inúmeras definições encontradas pelo mundo.

Forçoso ressaltar que Organização Criminosa diferencia-se de Associação Criminosa, sendo que, enquanto na primeira verifica-se uma verdadeira estrutura organizada com articulações, relações, objetivos e ordem, com respeito à autoridade daquele que exerce a liderança, bem como às regras postas, no caso da segunda, se identifica apenas um desejo de associar-se, com solidariedade entre os seus integrantes sem, contudo, dispor de toda organização e estruturação que se constata no crime organizado.

3. O crime organizado no Brasil

3.1. Notícia histórica

A dificuldade em delimitar o marco inicial do crime organizado num contexto geral é a mesma que se encontra quando se busca o nascimento desse fenômeno no Brasil.

O Cangaço pode ser utilizado como o marco temporal do surgimento da primeira organização criminosa atuante no Brasil ao se considerar sua forma de atuação e sua estruturação hierárquica, vez que as práticas delitivas executadas contavam com a divisão de tarefas e o apoio de policiais e políticos corruptos.¹⁵

Rafael Pacheco¹⁶ leciona que, “apesar de não definida como crime, mas concentrar diversos tipos penais orbitando em sua existência, a contravenção do jogo do bicho talvez possa ser identificado como primeira atividade ilícita organizada no Brasil”.

Embora não seja possível dissolver a discrepância sobre o surgimento do crime organizado no Brasil, é incontroverso que a partir da década de 70 o país passa a presenciar um cenário completamente diferente de tudo que já tinha visto, eis que começam a surgir as maiores e mais temidas organizações criminosas já atuantes no território nacional.

Conforme será detalhado em capítulo a parte, nas décadas de 70 e 90 nascem as maiores organizações criminosas do Brasil, o Comando Verme-

em: 05 mar. 2019.

¹⁵ ALMEIDA, Lucas Laire Faria. *Crime Organizado: aspectos dogmáticos e criminológicos*. D'Plácido, Belo Horizonte, 1 ed. p. 71, 2017.

¹⁶ PACHECO, Rafael. *Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial*. Juruá, Curitiba, 1 ed., p. 64, 2011.

lho (CV) e o Primeiro Comando da Capital (PCC). O surgimento destes comandos criminosos mudou o conceito de criminalidade que o país estava acostumado, uma vez que suas atuações chegaram ao âmago do Estado, corroendo sua estrutura e colocando à prova o poder do mesmo frente à sociedade.

Elas foram responsáveis por inúmeras mudanças no país, chegando a ter o apreço de muitos cidadãos que, desacreditados no Poder Público, passaram a confiar suas expectativas no crime organizado.

Motivados pelo poder e a expressividade alcançados por essas organizações criminosas, outros grupos surgem desejando ter o mesmo espaço e representatividade, do qual destacamos a Família do Norte (FN), fundada em 2007, e o Sindicato do Crime RN (SDC), que também serão esboçadas em tópico específico.

3.2. Comando Vermelho (CV)

O surgimento do Comando Vermelho (CV)¹⁷ é datado na década de 70, quando, na Cidade do Rio de Janeiro, especificamente no presídio da Ilha Grande, presos comuns se uniram a presos políticos dando início à facção que, com o passar do tempo, veio a se tornar a maior organização criminosa atuante no país.

Segundo doutrina de Dino e Maierovitch:

Nos anos 1970, em plena ditadura militar, os assaltos às agências bancárias eram considerados crimes contra a segurança nacional. Assim, os presos políticos e assaltantes de bancos eram enviados ao presídio da Ilha Grande (um cárcere numa ilha, como as velhas prisões italianas de Asinara e Pianosa). Os assaltantes pouco instruídos começaram a entrar em contato com pessoas de preparo intelectual, que eram os presos políticos. Passaram a seguir suas orientações a aprender como resistir aos violentos agentes penitenciários e a respeitar todos os detentos.¹⁸

Carlos Amorim traceja de modo mais detalhado sobre essa junção dos presos comuns com os presos políticos que resultou na criação do CV:

Sessenta e seis homens condenados por atividades revolucionárias passaram pela Galeria B, entre 1969 e 1975, quando os presos políticos começaram a ser transferidos para uma

¹⁷ O vermelho é uma alusão às cores do movimento de esquerda, simbolizando a luta de classes.

¹⁸ DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. *Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa*. Unesp, São Paulo, 1 ed. p. 227, 2010.

unidades especial do Departamento do Sistema Penitenciário (Desipe), no Complexo Penitenciário da Frei Caneca, no Centro do Rio de Janeiro. Ali aguardaram a anistia, que devolveu todos eles à liberdade. Os presos políticos foram embora, mas deixaram muitas marcas na vida do presídio da Ilha Grande. Naquele mesmo setor do Instituto Penal Cândido Mendes – a Galeria B – estavam os presos comuns condenados por crimes previstos na LSN, como assaltos a bancos e instituições financeiras. O governo militar tentou despolitizar as ações armadas da esquerda, tratando-as como “simples banditismo comum”, o que permitia também uma boa argumentação para enfrentar as pressões internacionais em prol de anistia e contra as denúncias de tortura. Nivelando o militante e o bandido, o sistema cometeu um grave erro. O encontro dos integrantes das organizações revolucionárias com o criminoso comum rendeu um fruto perigoso: o Comando Vermelho.¹⁹

Desta forma, o Comando Vermelho se transforma numa organização criminosa elaborada, planejando e executando suas ações com cautela, ordem e foco, agindo em torno do lema que descrevia o grupo, *paz, justiça e liberdade*.

Após criação e propagação de suas ideias, que resultou na filiação de inúmeros presos do sistema carcerário e de outros criminosos ainda em liberdade, o CV instituiu normas e obrigações que se aplicariam a todos aqueles que se sujeitassem à organização, demonstrando ser um grupo visionário e organizado, ainda que para a prática de condutas delitivas.

Um dos modos pelo qual o CV foi ganhando a confiança dos encarcerados foi que, enquanto os demais grupos se organizavam em torno de seus próprios interesses, o CV se esforçava para melhorar as condições carcerárias e reprimir o crime entre os próprios criminosos.²⁰

Para se filiar ao Comando Vermelho, o pretendente passava pelo ritual de iniciação, que consistia em “ser jogado numa banheira cheia de água, num gesto simbólico que significava que seu corpo tinha sido “purificado” para poder entrar numa organização que não admitia, conforme o seu estatuto escrito, traidores ou pessoas indignas”.²¹

¹⁹ AMORIM, Carlos. CV-PCC. *A irmandade do crime*. Record, Rio de Janeiro, 12 ed. p. 58, 2013.

²⁰ Ibid. p. 110.

²¹ DINO, Alessandra; MAIEROVITICH, Wálter Fanganiello. *Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa*. Unesp, São Paulo, 1 ed., p. 228, 2010.

Com o seu crescimento, o Comando Vermelho cria uma espécie de *caixa comum*, que nada mais era que a arrecadação de dinheiro obtido por meio de crimes cometidos por membros da organização que estavam em liberdade. O montante angariado era utilizado para o financiamento de fugas, assistência aos familiares dos encarcerados, pagamento de advogados, compra de armamento e outros.

Ao longo das estações, a organização expandiu suas atuações para além do sistema carcerário, principalmente no que tange ao comércio de drogas ilícitas, alçando estrutura organizada e impondo força considerável frente ao Estado, chegando até mesmo a se confundir com o mesmo, como elucida Carlos Amorim:

Em 17 de abril de 1993, o jornal *O Globo* consegue jogar um pouco de luz sobre o envolvimento dos traficantes na política comunitária. (...) os traficantes são responsáveis por boa parte da indicação dos 2.812 agentes comunitários pagos pela Prefeitura do Rio para trabalhar em creches e na prevenção de acidentes nas favelas. (...) a Coordenadoria de Ação Comunitária negociou a execução de obras com bandidos e atuou como intermediária no sequestro de um engenheiro responsável pela construção de uma creche no conjunto da Cehab, no Engenho da Rainha. Tudo sem o conhecimento da polícia.²²

Seguindo a mesma sorte, Almeida afirma que a organização “se firmava ativamente no patrocínio das Agremiações de Escola de Samba, como financiamento de campanha políticas”.²³

Atualmente, o Comando Vermelho atua dentro e fora dos presídios, afrontando peremptoriamente o Estado, buscando sempre sua expansão e a disseminação do seu poder, mesmo que seja necessário causar o terror social.

3.3. Primeiro Comando da Capital (PCC)

Desde a sua criação, o Primeiro Comando da Capital (PCC) expandiu seus limites territoriais e diversificou em muito suas receitas, espalhando-se por praticamente todo o país e pelo exterior, rivalizando, senão superando, a repressão estatal quanto ao seu poder de fogo.

²² AMORIM, Carlos. CV-PCC. *A irmandade do crime*. Recordo, Rio de Janeiro, 12 ed., p. 286, 2013.

²³ ALMEIDA, Lucas Laire Faria. *Crime Organizado: aspectos dogmáticos e criminológicos*. D'Plácido, Belo Horizonte, 1 ed. p. 75, 2017.

O PCC nasce na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, mais conhecida como *Piranhão*, sendo que, em 31 de agosto de 1993, se expõe de fato como um movimento criminoso organizado, quando, na quadra de futebol do *Piranhão*, sete detentos – conhecidos como *Fundadores* – após matar dois homens que chefiavam uma das quadrilhas mais perigosas do sistema prisional, exibem a todos, em seus peitos, a sigla PCC:

Quando abriram o portão da quadra, entraram os agentes penitenciários à frente, e depois Pedrosa. Encontraram os sete detentos parados, de pé, no meio da quadra. Como um batalhão, usavam as mesmas camisas brancas, com as mangas retiradas no muque e que traziam no peito uma sigla escrita a caneta: PCC.²⁴

A facção já atuava antes de 31 de agosto de 1993, ainda que de forma menos organizada, mas, como dito, esse dia foi o escolhido para que começasse a tomar o controle dos presídios e para se mostrar ao Estado, fundando de vez a organização, como disse um dos criadores: “agora nós vamos fundar”.²⁵

Quando da criação, os *Fundadores* criaram um lema absoluto para o PCC, que até hoje estampa suas atuações, *a Liberdade, a Justiça e a Paz*, sendo esse o motivo da grande adesão dos presos à organização, prometendo, inclusive, colocar a vida em prol de defenderem seus direitos frente a um Estado omissivo. Juntamente desse lema, outras disposições foram criadas no que chamam de estatuto²⁶, que traz 16 artigos que devem ser seguidos por todos os seus integrantes.

²⁴ CHRISTINO, Márcio Sérgio; TOGNOLLI, Cláudio. *Laços de Sangue: a história secreta do PCC*. Matrix, São Paulo, 2 ed. p. 13, 2017.

²⁵ Ibid. p. 19.

²⁶ 1. Lealdade, respeito, e solidariedade acima de tudo ao Partido. 2. A Luta pela liberdade, justiça e paz. 3. A união da Luta contra as injustiças e a opressão dentro das prisões. 4. A contribuição daqueles que estão em Liberdade com os irmãos dentro da prisão através de advogados, dinheiro, ajuda aos familiares e ação de resgate. 5. O respeito e a solidariedade a todos os membros do Partido, para que não haja conflitos internos, porque aquele que causar conflito interno dentro do Partido, tentando dividir a irmandade será excluído e repudiado do Partido. 6. Jamais usar o Partido para resolver conflitos pessoais, contra pessoas de fora. Porque o ideal do Partido está acima de conflitos pessoais. Mas o Partido estará sempre Leal e solidário à todos os seus integrantes para que não venham a sofrerem nenhuma desigualdade ou injustiça em conflitos externos. 7. Aquele que estiver em Liberdade “bem estruturado”, mas esquecer de contribuir com os irmãos que estão na cadeia, serão condenados à morte sem perdão. 8. Os integrantes do Partido tem que dar bom exemplo a serem seguidos e por isso, o Partido não admite que haja assalto,

A ideia inicial do PCC quando criado era a de conseguir o domínio dos presídios, matando quem lhes atrevesse o caminho no que pretendiam. Essa atuação truculenta em busca do controle prisional acabou gerando efeitos positivos para a organização, vez que, em meados da década de 90, já se consolidava como a maior facção dentro do sistema prisional.

Em razão de sua tamanha relevância no sistema, os seus líderes passaram a ser ouvidos pelo Estado por serem passíveis de negociação, e começaram a influenciar o sistema nacional por inteiro.²⁷ A força que o

estupro e extorsão dentro do Sistema. 9. O partido não admite mentiras, traição, inveja, cobiça, calúnia, egoísmo, interesse pessoal, mas sim: a verdade, a fidelidade, a hombridade, solidariedade e o interesse como ao Bem de todos, porque somos um por todos e todos por um. 10. Todo integrante tem que respeitar a ordem e a disciplina do Partido. Cada um vai receber de acordo com aquilo que fez por merecer. A opinião de Todos será ouvida e respeitada, mas a decisão final será dos fundadores do Partido. 11. O Primeiro Comando da Capital PCC fundado no ano de 1993, numa luta descomunal e incansável contra a opressão e as injustiças do Campo de concentração “anexo” à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, tem como tema absoluto a “Liberdade, a Justiça e Paz”. 12. O partido não admite rivalidades internas, disputa do poder na Liderança do Comando, pois cada integrante do Comando sabe a função que lhe compete de acordo com sua capacidade para exercê-la. 13. Temos que permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 02 de outubro de 1992, onde 11 presos foram covardemente assassinados, massacre este que jamais será esquecido na consciência da sociedade brasileira. Porque nós do Comando vamos mudar a prática carcerária, desumana, cheia de injustiças, opressão, torturas, massacres nas prisões. 14. A prioridade do Comando no montante é pressionar o Governador do Estado à desativar aquele Campo de Concentração “anexo” à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, de onde surgiu a semente e as raízes do comando, no meio de tantas lutas inglórias e a tantos sofrimentos atrozes. 15. Partindo do Comando Central da Capital do KG do Estado, as diretrizes de ações organizadas simultâneas em todos os estabelecimentos penais do Estado, numa guerra sem tregua, sem fronteira, até a vitória final. 16. O importante de tudo é que ninguém nos deterá nesta luta porque a semente do Comando se espalhou por todos os Sistemas Penitenciários do estado e conseguimos nos estruturar também do lado de fora, com muitos sacrifícios e muitas perdas irreparáveis, mas nos consolidamos a nível estadual e à médio e longo prazo nos consolidaremos à nível nacional. Em coligação com o Comando Vermelho - CV e PCC iremos revolucionar o país dentro das prisões e nosso braço armado será o Terror “dos Poderosos” opressores e tiranos que usam o Anexo de Taubaté e o Bangu I do Rio de Janeiro como instrumento de vingança da sociedade na fabricação de monstros. Conhecemos nossa força e a força de nossos inimigos Poderosos, mas estamos preparados, unidos e um povo unido jamais será vencido. LIBERDADE! JUSTIÇA! E PAZ! O Quartel General do PCC, Primeiro Comando da Capital, em coligação com Comando Vermelho CV UNIDOS VENCEREMOS.

²⁷ CHRISTINO, Márcio Sérgio; TOGNOLLI, Cláudio. *Laços de Sangue: a história secreta do PCC*. Matrix, São Paulo, 2 ed. p. 30, 2017.

PCC foi adquirindo em razão da influência posta no sistema prisional e até mesmo no Estado fez com que duas ideologias fossem convenionadas, sendo a que segue a que mais nos interessa:

A segunda questão era: “Fazendo pressão, o Estado cede; o Estado como entidade política não aguenta, não suporta a pressão”. Então, uma vez que você lidere, faça pressão que você conseguirá seu objetivo.²⁸

Portanto, é crível a extração de que a vontade do PCC, bem como de todas as demais organizações criminas era e é a de enfraquecer o Estado, possibilitando a sua ascensão e sua permanência como um ente paralelo.

Para que um indivíduo fosse reconhecido como membro da organização era necessário que fosse *batizado*, ou seja, deveria ser apresentado por outro membro da organização, que iria se responsabilizar por suas ações junto ao grupo, como se tivesse, a partir daquele momento, uma relação similar a de padrinho e afilhado.²⁹

Com o passar do tempo, os objetivos do PCC – dominar os presídios e impor o terror social, enfraquecendo o Estado – mudam com a nova configuração dada por Marcos Willians Herbas Camacho, o Marcola, atual líder da organização, que implementou a ideia da necessidade de se criar uma *fação empresarial, visando unicamente o lucro*.

A nova forma de pensar trazida pela liderança do PCC fez com que fossem criadas, inclusive, empresas a fim de possibilitar ainda mais a expansão do grupo, bem como conceder uma aparência de legalidade e menos nocividade:

Ficou claro então que o PCC, pela primeira vez, tinha criado uma organização formal, uma pessoa jurídica e atuante, que não somente servia para dar uma aparência de legalidade às suas atividades. Além de dar vazão à lavagem de dinheiro, proporcionava vantagens à lideranças como objetivo principal, mas, sobretudo, permitia uma pressão política. Eles tinham como objetivo criar e transmitir uma nova imagem da organização, menos nociva. (...) Também se aproveitaram de discussões propostas por entidades de direitos humanos e até de pessoas de boa vontade que, supostamente, combatiam o arbítrio do sistema e se infiltravam, usando essas oportunidades para popularizar seu discurso, ganhar força e se apresentar como atores no jogo político.³⁰

²⁸ Ibid. p. 69.

²⁹ ALMEIDA, Lucas Laire Faria. *Crime Organizado: aspectos dogmáticos e criminológicos*. D'Plácido, Belo Horizonte, 1 ed. p. 77, 2017.

³⁰ CHRISTINO, Márcio Sérgio; TOGNOLLI, Cláudio. *Laços de Sangue: a história secreta do PCC*. Matrix, São Paulo, 2 ed. p. 175, 2017.

Assim, a facção entende que sua manutenção e expansão dependiam principalmente do lucro obtido com suas ações, sendo que, quanto maior a arrecadação monetária, maior a abrangência e a força do grupo.

3.4. Família do Norte (FN) e o Sindicato do Crime RN (SDC)

A Família do Norte (FN) e o Sindicato do Crime RN (SDC) são considerados como as mais novas facções que atuam de modo expressivo no Brasil.

A FN foi fundada nas periferias do Amazonas, entre os anos de 2007 e 2009, se espalhando pelos presídios do norte, como Acre, Pará, Rondônia e Ceará³¹. Já o Sindicato do Crime RN (SDC), que tem como lema *humildade, paz e liberdade*, foi fundado no Rio Grande do Norte em março de 2013, após dissidência do PCC.

Como as demais organizações já citadas, suas principais atividades são os assaltos, assassinatos, rebeliões, tráfico de drogas, extorsão e a busca pelo controle dos presídios.

Em razão de serem consideradas as mais novas organizações criminosas em destaque, os registros relacionados à criação e estrutura ainda são escassos, mas pelas atuações exercidas, constata-se que se propagam da mesma maneira que as demais organizações já tracejadas neste artigo.

4. O tráfico de drogas como uma das principais atividades financiadoras do crime organizado no Brasil

Inúmeras são as atividades desenvolvidas pelo crime organizado visando especificamente à obtenção de lucros rápidos e ilícitos.

Dentre a gama das diversas atividades – roubo de carga e de carro, desmanche, concussão, corrupção, receptação –, destaca-se o *tráfico de drogas*, eis que, por ser atividade extremamente rentável, concede às organizações criminosas cifras exorbitantes que impulsionam suas estruturas e seu poder.

Não é de hoje que o tráfico de drogas é tido como uma das principais atividades de mercado do crime organizado, isso porque, sempre garantiu uma ilimitada obtenção de lucros àqueles que se intentavam na traficância, como bem descreve Marcelo Mendroni:

As máfias italianas tiveram o seu grande *urpgrade* quando passaram a comercializar entorpecentes. Se o contrabando

³¹ ALMEIDA, Lucas Laire Faria. *Crime Organizado: aspectos dogmáticos e criminológicos*. D'Plácido, Belo Horizonte, 1 ed. p. 80, 2017.

de cigarros foi negócio consideravelmente lucrativo, o tráfico de entorpecentes gerou riquezas enormes a mafiosos, especialmente do início dos anos 1970 ao final dos anos 1980, importando e processando morfina e vendendo heroína, principalmente para os EUA, realizando parceria entre a Cosa Nostra siciliana e a 'Ndrangheta calabresa. Os próprios mafiosos admitem que “ficaram ricos”.³²

Sem adentrar a questão neste momento, mas de forma simplória, constata-se que o crime organizado sempre foi favorecido pela política de proibição de drogas implementada pelos Governos, eis que o comércio ilegal só existe em razão da política proibicionista e a inexistência de políticas de controle do comércio garantem às organizações criminosas o domínio total deste negócio com lucros exorbitantes.³³

Volvendo detidamente às principais organizações criminosas do Brasil, tem-se que as mesmas também entenderam que o foco principal de suas atuações deveria ser o tráfico ilícito de entorpecentes.

A CPI do Narcotráfico da Câmara dos Deputados, em novembro de 2000, concluiu no *Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar o Avanço e a Impunidade do Narcotráfico*³⁴ que o faturamento anual do crime organizado no Brasil somente com o tráfico de drogas é avaliado entre 300 e 500 bilhões de dólares.

Ressalte-se que esse número é uma estimativa, pois, se esse faturamento é proveniente do comércio ilegal, não é possível que o Poder Público identifique de forma precisa os reais números obtidos.

Segundo o IBGE³⁵, o Produto Interno Bruto (PIB)³⁶ do Brasil em 2018 fechou em R\$ 6,8 trilhões. Assim, estima-se que o faturamento do crime organizado com o tráfico de drogas representa 28,52% do PIB nacional.

³² MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. Atlas, São Paulo, 6 ed. p. 71, jul. 2016.

³³ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. D'Plácido, Belo Horizonte, p. 14, 2019.

³⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar o Avanço e a Impunidade do Narcotráfico*, Brasília, 2000, p. 15.

³⁵ IBGE. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23885-pib-cresce-1-1-pelo-segundo-ano-seguido-e-fecha-2018-em-r-6-8-trilhoes>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

³⁶ É um indicador para medir a atividade econômica do país.

Christino e Tognolli descrevem no livro *Laços de Sangue: a história secreta do PCC*, a apreensão de uma tonelada e 600 quilos de cocaína feita pelo Departamento Estadual de Combate ao Narcotráfico (Denarc) de São Paulo em julho de 2015, que merece o destaque:

Em 17 de julho de 2015, na zona rural, os policiais do Denarc foram verificar uma mansão cinematográfica em um sítio cuja área mais parecia uma fazenda. Helicópteros haviam fotografado o local e mostrado que havia apenas uma única via de acesso até a casa. Essa via era guardada por uma pequena casa, como uma guarita, onde um atirador permanecia com um fuzil para evitar a entrada de policiais e concorrentes. O entorno da casa e da guarita era completamente desabitado. Quando o vigilante atirador percebeu a força que foi deslocada pelo Denarc para invadir o local, ele largou o fuzil e saiu correndo pela mata, não teve coragem para enfrentar. Os policiais avançaram rapidamente e invadiram a mansão. Efetuaram a prisão de um dos maiores lotes de cocaína até hoje: uma tonelada e 600 quilos de cocaína, a maior parte em forma de pasta-base, ou seja, iria render muito mais. (...) Foi o final de uma bem-sucedida operação que levou cerca de quatro meses para ser realizada e teve início a partir do momento em que se soube que um traficante pagou um milhão e meio de reais pela casa que usaria como esconderijo. Foi pago em dinheiro vivo para que não houvesse rastreamento da conta.³⁷

Amorim narra sobre o faturamento de algumas organizações criminosas atuantes no Rio de Janeiro com a venda da maconha e cocaína:

O CV e o CVJ, juntos, vendem 860 quilos de cocaína por mês, nas bocas de fumo das favelas. Mais de 13,6 toneladas de maconha ao mês. O faturamento chega a 9,7 milhões de reais. Somando as facções rivais – Terceiro Comando e ADA – o resultado em dinheiro vai a 12,6 milhões de reais. Como a polícia diz que conhece apenas 40% do movimento do tráfico, é aconselhável refazer as contas: o total de cocaína vendida por mês passaria a 2,8 toneladas; a maconha chegaria a 38,5 toneladas; e o faturamento subiria para 31,7 milhões de reais por mês – ou 380 milhões de reais por ano. Em valores de hoje, com o real a 3,5 em relação ao dólar, o número final chegaria a 108 milhões de dólares. Aqui estamos vendo apenas

³⁷ CHRISTINO, Márcio Sérgio; TOGNOLLI, Cláudio. *Laços de Sangue: a história secreta do PCC*. Matrix, São Paulo, 2 ed. p. 228, 2017.

o movimento de drogas no Rio de Janeiro e arredores – e sem considerar a operação do traficante Fernandinho Beira-mar, que será examinada a seguir.³⁸

Em relação ao faturamento obtido exclusivamente por Fernandinho Beira-Mar, estima-se que o traficante movimentava 70 milhões de reais por mês com o tráfico internacional, lucrando 14 milhões de reais por mês após o custeio de todos os seus investimentos, e pagamento de funcionários e *soldados do crime*.³⁹

Mesmo obtendo cifras nessas proporções, o crime organizado continua buscando a obtenção de melhores números, inovando constantemente quando o assunto é o tráfico de drogas:

As grandes organizações criminosas inovam a todo o momento para ludibriar a ação da polícia. A cocaína que entra no Brasil, geralmente da Colômbia ou Bolívia, vem em seu estado líquido e depois é transformada em estado sólido, e vendida na sua forma conhecida, no caso, o pó. (...) No transporte, para esconder da fiscalização policial, o traficante acondiciona o produto em frascos de refrigerantes, espumantes, embalagens de cosméticos. Seu cheiro é forte, mas as grandes quadrilhas lacram as tampas das embalagens com uma cola super-resistente, evitando qualquer possibilidade de exalar o cheiro da droga. (...) Como consequência do sucesso do produto, não demorou para as falsificações aparecerem, Em resposta às ações “oportunistas” dos pirateadores, foi criado até um “selo de originalidade” para os pontos de venda.⁴⁰

Desta forma, tem-se que o tráfico ilícito de drogas é uma *jóia* nas mãos do crime organizado, pois os lucros exacerbados obtidos garantem a manutenção e a expansão de suas estruturas.

5. O modelo proibicionista de controle de drogas aplicado no Brasil

Se o crime organizado fatura bilhões com o tráfico de drogas é porque a política de controle aplicada pelo país não tem sido eficiente.

³⁸ AMORIM, Carlos. CV-PCC. *A irmandade do crime*. Recordo, Rio de Janeiro, 12 ed., p. 411, 2013.

³⁹ Ibid. p. 411.

⁴⁰ BOTELHO, Jeferson. *Tráfico e uso ilícitos de drogas: atividade sindical complexa e ameaça transnacional*. D'Plácido, Belo Horizonte, p. 53 e 68, 2017.

Atesta-se do tópico anterior, que a política proibicionista destinada à questão das drogas não é suficiente para combater o tráfico ilícito de drogas desenvolvido pelo crime organizado. Pelo contrário, avaliza o comércio clandestino, e confere o *combustível* necessário para a expansão das organizações criminosas.

Desta forma, fulcral delinear sobre o modelo proibicionista atualmente vangloriado no Brasil, mesmo que ineficaz.

5.1. Origem histórica brasileira

O conhecimento sobre a origem do proibicionismo relacionado às drogas permite uma melhor compreensão quanto à teoria hodiernamente aplicada.

É sabido que as drogas ilícitas ou proibidas sempre foram conhecidas e consumidas pelo homem, acompanhando, praticamente, a evolução da história humana. Segundo Jeferson Botelho⁴¹, “o ópio e a *cannabis*, por exemplo, já eram usadas no ano 3.000 a.C”.

No entanto, a criminalização do uso e do comércio de tais substâncias por parte do Estado, avalizada pela política proibicionista, é relativamente recente, partindo do início do século XX.⁴²

É de se pontuar não ser possível no presente trabalho, discorrer sobre todo o processo de proibição/controlado envolvendo as drogas, vez que, por se tratar de conteúdo amplo e rico em detalhes, tomaria muito espaço. Assim reserva-se o mesmo a articular somente em relação aos principais movimentos de controle exercidos pelo Brasil, sem adentrar detidamente a todas as suas contribuições e modificações trazidas.

Preliminarmente, destaque-se que a legislação brasileira sobre drogas foi intensamente influenciada pelo sistema internacional de controle de entorpecentes, principalmente em relação aos modelos idealizados e implementados pelos Estados Unidos, pautados sempre na rigidez, intolerância e amparados pelo uso do mais drástico dos controles, o direito penal.

Nilo Batista, em seu texto *Política criminal com derramamento de sangue*⁴³, destacou bem essa interferência internacional naquilo que

⁴¹ BOTELHO, Jeferson. *Tráfico e uso ilícitos de drogas: atividade sindical complexa e ameaça transnacional*. D'Plácido, Belo Horizonte, p. 37, 2017.

⁴² FIGUEIREDO RODRIGUES, Luciana Boiteux. *Controle sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. USP, São Paulo, p. 26, 2006.

⁴³ BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (20), RT, São Paulo, p. 129, 1997.

vem sendo implementado pelo país a título de legislação sobre drogas, reconhecendo certa *dependência* do Brasil em relação ao assunto.

O marco histórico inicial de combate às drogas no país remonta às Ordenações Filipinas que, em seu Livro V, dispõe que “nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, e usar do ofício”.⁴⁴

Posteriormente, a questão foi debatida pelo Código Penal de 1890 em seu artigo 159, pelo Decreto nº 11.481 de 1915, pelas Consolidações das Leis Penais de 1932, pelo Decreto-lei nº 891 de 25.11.1938, bem como pelo Código Penal de 1940.

Conforme muito bem discorre Maurides de Melo⁴⁵, outras alterações legislativas com nítida preocupação *higienista* surgiram nesse período, todas patrocinadas pelos compromissos firmados internacionalmente.

Em 1976, adveio a chamada Lei do Entorpecente (Lei nº 6.368) que, sob o aspecto penal, permaneceu em vigência até o ano de 2006.

Mais recentemente, a Lei nº 10.409/2002 sobreveio com a finalidade de substituir a legislação de 1976, mas recebeu tantos vetos que entrou em vigor rechaçada em sua eficácia, sendo posteriormente revogada pela atual Lei nº 11.343 de 23.08.2006, *que ainda mantém em sua essência o viés internacional proibicionista*.⁴⁶

A demanda *drogas* sempre foi tratada pelo Brasil como um tema de direito penal, mesmo sendo esse ramo a expressão mais violenta do Estado. Tal opção, que é fruto de uma submissão ao modelo americano, reforça a conclusão de existência de uma política exclusivamente *criminal e proibicionista*, sem outros desdobramentos capazes de condicionar avanços relacionados ao assunto.

Luís Carlos Valois descreve sobre o retrocesso que é tratar a questão da droga por meio das leis:

A principal lição que se pode tirar desse período de nascimento do paradigma punitivista instituído para tratar da questão das drogas é justamente a insegurança que propicia o trato da matéria tão complexa por intermédio do limitado poder de uma lei.⁴⁷

⁴⁴ MELO RIBEIRO, Maurides de. A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas. *Boletim IBCCrim*, n. 286, p. 5-8, set. 2016.

⁴⁵ *Ibid.* p. 05.

⁴⁶ VERNICE DOS ANJOS, Fernando. Drogas, redução de danos e imputação objetiva. *Boletim IBCCrim*, n. 268, mar. 2015.

⁴⁷ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. D'Plácido, Belo Horizonte, p. 99, 2019.

O resultado de tal segmento subverte o objetivo *real* da política idealizada, tendo em vista que não se alcança o esperado, permitindo, assim, que abusos sejam praticados em nome de um discurso maculado.

5.2. A política proibicionista de guerra às drogas atualmente aplicada no Brasil

Como já evidenciado, a ideia central da política criminal proibicionista de guerra às drogas amparada pela legislação pátria vigente é, ainda que demagogicamente, *erradicar o uso e o comércio de substâncias ilícitas, com consequente repressão ao tráfico de drogas, bem como estabelecer medidas para a prevenção do uso indevido de entorpecentes*⁴⁸.

No entanto, o proibicionismo que ampara a guerra às drogas já se mostrou ser um fracasso, não sendo um mecanismo eficiente para o combate ao tráfico de drogas praticado principalmente pelo crime organizado, servindo atualmente, tão somente, como *desculpa* para o tirocínio de abusos e violações de direitos de uma parte da população marginalizada.

Valois destaca muito bem sobre isso:

De uma metáfora utilizada para congregiar esforços contra as drogas, o termo guerra às drogas tem mostrado a sua incoerência e passa a poder ser ironicamente usado para desvendar uma guerra real contra pessoas. Guerra às drogas é sinônimo de criminalização arbitrária de certas relações que o ser humano trava com algumas substâncias, mas drogas não morrem, não levam tiros e não são encarceradas, enfim, aos poucos o termos guerra às drogas vem revelando a sua face exclusivamente desumana de uma guerra contra pessoas.⁴⁹

Restou demonstrado que o crime organizado movimenta bilhões de reais ao ano com o comércio ilegal de drogas, números esses que não param de subir, mesmo existindo uma atuação de combate ao tráfico de drogas, com grande investimento financeiro por parte do Estado.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

⁴⁹ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. D'Plácido, Belo Horizonte, p. 80, 2019.

Por mais que a política proibicionista consiga alcançar algum êxito frente ao comércio ilegal de drogas ilícitas com apreensão de quantidades teratológicas de entorpecentes, prisão de traficantes, desmantelamento de *bocas de fumo* etc., isso não é suficiente para frear o verdadeiro beneficiário do tráfico de drogas, o *crime organizado*.

Jeferson Botelho, ainda que defensor da política proibicionista, reconhece que as medidas punitivas e repressivas atualmente adotadas não se prestam a combater o tráfico de drogas em sua totalidade, sendo necessária a inclusão de políticas paralelas capazes de interferir na mudança do pensamento relacionado às drogas.⁵⁰

Na contramão dos seus *reais* objetivos, o proibicionismo ao invés de combater o tráfico de drogas, fomenta o mesmo, condicionando a criação de novos entorpecentes, como acertadamente destaca Thiago Fabres Carvalho:

Mesmo o crack, um problema social que afeta diretamente a realidade brasileira atual, é também um “filho legítimo do proibicionismo”, pois o seu surgimento está diretamente associado ao fato da ausência de regulação da produção e do consumo da cocaína. Foram justamente a produção e a comercialização clandestinas da cocaína, geradoras da expansão de um mercado anárquico e desregulado, que permitiram o surgimento do crack, a partir das sobras do processo de refino.⁵¹

Ao contrário do que dispõe sua pretensão primária, a política proibicionista ao invés de dificultar o acesso ao fruto proibido, o tornou mais disperso, desejável e acessível.⁵²

Este desvirtuamento de objetivos favorece o mercado ilegal do tráfico de drogas, gerando forças imensuráveis ao crime organizado, vez que se porta como o maior e único explorador de tal comércio, sendo apoiador da política proibicionista, pois, obviamente, não quer perder os lucros do mercado negro.⁵³

Sobre esse efeito reverso:

⁵⁰ BOTELHO, Jeferson. *Tráfico e uso ilícitos de drogas: atividade sindical complexa e ameaça transnacional*. D'Plácido, Belo Horizonte, p. 66, 2017.

⁵¹ CARVALHO, Thiago Fabres de. *Drogas e catástrofe: a política criminal da guerra permanente no Brasil*. Boletim IBCCrim, n. 270, mai. 2015.

⁵² VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. D'Plácido, Belo Horizonte, p. 113, 2019.

⁵³ *Ibid*, p. 14.

Salutar a constatação de que a guerra, além de ter imposto um comércio ilegal de droga, também estimulou o consumo dessa droga. A polícia de hoje também combate as drogas ao mesmo tempo em que é a própria propaganda do seu valor, valor de mercado que se transforma em valor de importância para as pessoas. (...) e o que mais veremos na história da proibição é o rigor da repressão servindo para aumentar a produção e diminuir o preço, porque a proibição torna o produto mais valioso, fazendo a produção aumentar e o aumento desta faz o preço diminuir, portanto não há regras rígidas no mercado das drogas, e a força da oferta e da procura ignora qualquer medida proibitiva.⁵⁴

A proibição torna o produto mais caro, porque o mercado clandestino tem seus riscos a suportar, mas, ao mesmo tempo, a mercadoria fica mais lucrativa, aliviando os possíveis danos do envolvimento com o tráfico ilícito. Dessa lei do comércio já sabemos, mas também a qualidade do produto sofre com a clandestinidade, e o consumidor acaba ficando à mercê do produto possível dentro de um ambiente de proibição.⁵⁵

Desta forma, é de se concluir que a política proibicionista de fato é favorável ao crime organizado, eis que não se destina ao combate efetivo do tráfico de drogas, principal atividade comercial desses grupos.

Atualmente, a política repressiva proibicionista de drogas atua com um viés completamente deturbado e genocida, buscando basicamente, idealizar um possível *inimigo*; apresentá-lo à sociedade, e dizer: *estamos combatendo o crime organizado e o tráfico ilícito de drogas*.

Consequentemente, gera o encarceramento em massa de determinados grupos, o extermínio da juventude negra da periferia, atinge desproporcionalmente as mulheres, lança condenações arbitrárias e outros.

É farta a doutrina que desenvolve com segurança e maestria a real intenção da atual política proibicionista relacionada à demanda *droga*.

Ao escrever para o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Carvalho foi cirúrgico ao delinear sobre os reais objetivos da guerra às drogas:

No âmbito da operacionalidade real do sistema penal, no entanto, os objetivos declarados da erradicação das drogas e seus usos cedem espaço ao genocídio continuado, ao encarceramento em massa, ao extermínio compulsivo da juventude

⁵⁴ Ibid. p. 45 e 47.

⁵⁵ Ibid. p. 101.

negra e pobre, enfim, ao ciclo louco do terrorismo de estado. E segue uma lógica implacável. (...) No Brasil, a guerra cotidiana, permanente, é declarada em nome de uma luta contra o tráfico de drogas, essa entidade mítica, a verdadeira encarnação do mal, que justifica absolutamente tudo. Trata-se, pois, do “triunfo do obstinado propósito de eliminar um suposto inimigo que, justamente por ser suposto, jamais se esgota”. Mas há algo mais profundo a justificar a guerra permanente. Há, sobretudo, além da guerra como o novo capital, fundamentalismos morais e religiosos a pregar e naturalizar incessantemente o extermínio. A droga é, efetivamente, o último resquício da heresia no âmbito dos estados democráticos da atualidade. Com efeito, “certo sistema penal internacionalizado já enfrentou um inimigo que ‘jamais se esgota’, e passou alguns séculos neste enfrentamento. O inimigo era o diabo, o sistema penal era a inquisição”.⁵⁶

Maronna dispõe:

Pensada a partir do ponto de vista das classes sociais dirigentes, essa política criminal paleorrepressiva – em que a *war on drugs* é a principal protagonista na atualidade – é a expressão visível de um método de gestão das classes subalternizadas em um contexto de quase nenhuma tolerância e ordem em excesso, típico de estados autoritários. A questão social continua sendo caso de polícia e diante da ausência de políticas públicas capazes de dar concretude aos direitos sociais opta-se pela repressão penal, que aprofunda a exclusão e a desigualdade. (...) Em tempos de jurisprudência defensiva, por meio da qual os tribunais criam pretextos para restringir o acesso à Justiça Penal (vitimizando os mais pobres e necessitados), merece reflexão o resultado prático dessa mecânica de aplicação do Direito Penal das drogas: corrupção em larga escala em todos os níveis do funcionalismo público (com destaque para a polícia), índices de violência alarmantes (incluindo as altas taxas de letalidade e óbito policiais) e o superencarceramento, que levou o Brasil a se tornar a quarta maior população prisional do planeta (mais de um quarto dos presos respondem por tráfico de drogas, quase 70% no caso das mulheres encarceradas).⁵⁷

⁵⁶ CARVALHO, Thiago Fabres de. *Drogas e catástrofe: a política criminal da guerra permanente no Brasil*. Boletim IBCCrim, n. 270, mai. 2015.

⁵⁷ MARONNA, Cristiano Avila. Os danos constitucionais causados pela práxis do Direito Penal das drogas. *Boletim IBCCrim*, n. 286, set. 2016.

Também discorrendo para o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Shimizu e Cacicedo enfatizam:

Por outro lado, a guerra às drogas tem se mostrado como um dos principais combustíveis para o processo de encarceramento em massa levado a efeito no Brasil nos últimos anos. De acordo com dados do Infopen, em 2014, 27% da população prisional total encontrava-se presa por crimes de drogas. Em relação às mulheres, o relatório demonstra que 63% das encarceradas no Brasil estavam presas como traficantes.⁵⁸

Portanto, tem-se que o proibicionismo bélico aplicado pelo Brasil no que tange à questão das drogas não apresenta nenhum resultado favorável no combate do tráfico de drogas e ao crime organizado, pois o único resultado que justificaria tal política seria o êxito. Contudo, não existe êxito.

Não bastasse, na oposição, a política proibicionista acaba por favorecer o crime organizado em razão de não se destinar ao seu efetivo combate, passando a atuar com uma ideologia que busca apenas identificar um responsável por toda a problemática existente, setORIZANDO assim o embate.

6. Conclusão

Chegado o momento de concluir, inevitável pontuar que a demanda *drogas* sempre se posicionou como um *câncer* para o meio social, ainda que tal repulsa fosse alimentada sem precedentes, fundamentação técnica e estudos aprofundados, ficando apenas a carga moral do proibicionismo.

Embora seja da ciência de todos que as drogas ilícitas ou proibidas sempre caminharam ao lado do homem, acompanhando a evolução da sociedade, entendeu o Poder Público que, *combater o uso e o comércio de drogas ilícitas seria sua meta*, ainda que os resultados dessa guerra fossem distorcidos.

No âmbito nacional, inúmeras foram as legislações idealizadas para rechaçar o uso e a traficância de entorpecentes, trazendo sempre em sua essência o discurso repressivo e intolerante da política proibicionista.

Por herdar uma cultura americanizada, nunca se permitiu discutir no Brasil o tema drogas sem o viés penal, ou seja, sem a interferência mais brutal daquilo que está à disposição do Estado.

⁵⁸ SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. *Boletim IBCCrim*, n. 286, set. 2016.

Por isso, o mecanismo proibicionista utilizado pelo Governo durante todos esses anos não foi eficaz para alcançar a ideia central da chamada guerra às drogas.

Como bem evidenciado, a política proibicionista visa, *ainda que distorcidamente*, erradicar o uso e o comércio de substâncias ilícitas, com a consequente repressão ao tráfico de drogas, bem como estabelecer medidas para a prevenção do uso indevido de entorpecente.

Ocorre que, na contramão desta pretensão, o que se tem é o crescimento do uso e do comércio ilegal do tráfico de drogas, principalmente aquele explorado e chefiado pelas grandes organizações criminosas.

O crime organizado se tornou um problema combatido incessantemente pelo Poder Público que busca de todas as maneiras obstar por completo a disseminação desse incômodo assolador que atua diretamente na sociedade contemporânea.

Pensar em crime organizado é pensar em medo, pavor e desrespeito, tendo em vista que seus atos são dotados de intensa crueldade, visando sempre o controle do poder e a expansão de seus *ideais*, agindo sem piedade contra aqueles que se colocam em seu caminho.

Principalmente em razão do lucro obtido com o comércio ilegal do tráfico de drogas, as principais organizações criminosas atuantes no país estão em constante ascensão no que tange às suas estruturas, seus mecanismos de atuação, poder etc.

Entendeu o crime organizado que suas forças cresceriam de maneira descomunal a partir do momento que suas prioridades fossem voltadas à obtenção do lucro. E isso veio por meio da traficância de drogas ilícitas, amparada pela política proibicionista.

O proibicionismo, ainda que de modo reverso, garantiu ao crime organizado a exploração do comércio de drogas, que, como consequência, favoreceu o surgimento, a estruturação e a expansão das organizações criminosas.

É incontroverso que a política proibicionista da guerra às drogas é um fracasso, não se portando como um mecanismo eficiente para o combate do uso e do tráfico de drogas, servindo, atualmente, para validar violações e abusos contra grupos específicos, aumentar o número de encarcerados e fomentar o pavor social.

Por este motivo, as organizações criminosas acabam por ser favoráveis à proibição imposta à comercialização das drogas, vez que se beneficiam de todo o lucro obtido com o comércio ilegal, e vê o Estado destinando suas forças a outros ideais.

É certo que medidas precisam ser adotadas, devendo, entretanto, serem iniciadas por meio de discussões e estudos aprofundados sobre o que realmente vem a ser a demanda *drogas*, trazendo para o debate ramificações diversas do direito penal, pois só assim o Poder Público poderá enxergar uma luz no fim do túnel.

Caso contrário, sua atual política proibicionista aplicada à guerra às drogas continuará servindo de combustível para o crescimento do crime organizado.

Referências

ALMEIDA, Lucas Laire Faria. *Crime Organizado: aspectos dogmáticos e criminológicos*. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

AMORIM, Carlos. CV-PCC. *A irmandade do crime*. 12 ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (20), RT, São Paulo, 1997.

BOTELHO, Jeferson. *Tráfico e uso ilícitos de drogas: atividade sindical complexa e ameaça transnacional*. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017.

BRASIL. Casa Civil. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. Casa Civil. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar o Avanço e a Impunidade do Narcotráfico, Brasília, 2000.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *Drogas e catástrofe: a política criminal da guerra permanente no Brasil*. Boletim IBCCrim, n. 270, mai. 2015.

CHRISTINO, Márcio Sérgio; TOGNOLLI, Cláudio. *Laços de Sangue: a história secreta do PCC*. 2 ed. São Paulo: Matrix, 2017.

DINO, Alessandra; MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. *Novas tendências da criminalidade transnacional mafiosa*. 1 ed. São Paulo: Unesp, 2010.

FIGUEIREDO RODRIGUES, Luciana Boiteux. *Controle sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. São Paulo: USP, 2006.

IBGE. PIB cresce 1,1% pelo segundo ano seguido e fecha 2018 em R\$ 6,8 trilhões. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23885-pib-cresce-1-1-pelo-segundo-ano-seguido-e-fecha-2018-em-r-6-8-trilhoes>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

MARONNA, Cristiano Avila. Os danos constitucionais causados pela práxis do Direito Penal das drogas. *Boletim IBCCrim*, n. 286, set. 2016.

MELO RIBEIRO, Maurides de. A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas. *Boletim IBCCrim*, n. 286, set. 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PACHECO, Rafael. *Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial*. Juruá, Curitiba, 1 ed., p. 64, 2011.

SIGNIER, Jean-François. *Sociedades Secretas*. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Larousse, 2011.

SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. *Boletim IBCCrim*, n. 286, set. 2016.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.

VERNICE DOS ANJOS, Fernando. Drogas, redução de danos e imputação objetiva. *Boletim IBCCrim*, n. 268, mar. 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Crime organizado: uma categoria frustrada*. In *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume - Dumará/ICC, ano I, nº 1, 1996, p. 45-68.

PAPÉIS SOCIAIS, PRECONCEITO, ESTEREÓTIPO E ESTIGMA. A APRESENTAÇÃO DA IMAGEM/VOZ DE PESSOAS PRESAS COMO INSTRUMENTO DO PROCESSO DE DEGRADAÇÃO DA PERSONALIDADE

SOCIAL PAPERS, PREJUDICE, STEREOTYPE, AND STIGMA. THE PRESENTATION OF THE IMAGE / VOICE OF PEOPLE AS AN INSTRUMENT OF THE PERSONALITY DEGRADATION PROCESS

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p399-428

Paulo Henrique Drummond Monteiro

Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Membro da Comissão de Execução Penal do Condege. Membro da Câmara de Estudos em Execução Penal da DPMG. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes.

Recebido em: 28/03/2019

Aprovado em: 19/06/2019

Última versão do autor em: 23/09/2019

Área: Criminologia

Resumo:

O presente artigo pretende avaliar, a partir de categorias da Psicologia Social, como a espetacularização midiática da prisão processual promovida pelas “apresentações formais” das pessoas sob custódia pela Polícia contribui para a formação de estereótipos sociais e para a consolidação do estigma criminoso no seio das interações psicossociais, com espeque no conceito cunhado por Erving Goffman. Procura-se, ainda, avaliar de que forma o sensacionalismo da mídia contribui para o fenômeno psicológico de auto-introjeção do papel desviante, promovendo a degradação da personalidade e a formação de carreiras criminosas. A análise se ampara em categorias da psicologia social, da criminologia da

Reação Social (Labeling Approach), passando também por categorias da criminologia crítica. Por fim, discute-se a constitucionalidade e a legalidade da *praxis* das “apresentações formais” sob a lente do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave:

Direito à imagem. Mídia. Sensacionalismo. Estigma. Etiquetamento.

Abstract:

The present article intends to evaluate, from the categories of Social Psychology, how the media spectacularization of the procedural arrest promoted by the Police “formal presentations” of the people in custody contributes to the formation of social stereotypes and to the consolidation of criminal stigma within the psycho-social interactions, with a special focus on the concept of stigma coined by Erving Goffman. Thus, the aim of this study is also to evaluate the extent to which media sensationalism contributes to the psychological phenomenon of self-introjection of the deviant role, promoting personality degradation and the formation of criminal careers. The analysis is based on categories of social psychology and criminology of Social Reaction (Labeling Approach), also by critical criminology categories. Finally, the article discuss the constitutionality and legality of the praxis of “formal presentations” under the lens of the Brazilian law.

Palavras-chave:

Right to image. Mass midia. Sensationalism. Stigma. Labeling approach.

Sumário: 1. Introdução. 2. Rótulos, preconceito, estereótipo e estigma. A importância dos conceitos da psicologia social para os debates criminológicos e para a análise da atuação da mídia. 3. O Conceito de Estigma de Erving Goffman – as cerimônias degradantes, Labeling Approach, a Criminologia Crítica e seu elo teórico com a psicologia Social. 3.1. A categoria psicológico-social do estigma do Labeling Approach. 4. A apresentação da imagem/voz de pessoas presas no Brasil. 5. A formação da identidade desviante pelo espetáculo midiático. 6. O processo de auto-sujeição ao estigma, as cerimônias degradantes. 7. As apresentações formais sob o enfoque da criminologia crítica. 8. Argumentos jurídicos para a coibir a prática das apresentações formais. 9. Conclusões. Referências.

1. Introdução

Relevantes estudos de psicologia social apontam a importância dos papéis sociais na formação do comportamento humano. Segundo

David G. Myers, as pessoas se esforçam para se comportar da maneira que a sociedade espera quando assumem determinados papéis.¹ Além de conformar nosso próprio comportamento, os papéis sociais são também importantes fontes na formação da percepção de umas pessoas sobre outras, podendo implicar em generalizações, formação de estereótipos, preconceito e discriminação².

A formação de estereótipos de “*sujeitos desviantes*”, violadores da lei penal, tem indelévels consequências tanto na auto-sujeição ao papel social atribuído quanto na promoção da seletividade do sistema de controle formal do desvio. A atuação sensacionalista da imprensa na esfera criminal, amparada pelas “apresentações formais” da pessoa presa pelo Estado às lentes e microfones da mídia, tem uma função que não se pode subestimar na formação preconceituosa dos estereótipos de pessoas criminosas e, conseqüentemente, na estigmatização social da pessoa privada de liberdade.

O presente trabalho avalia em que medida a cerimônia espetacular midiática – com a apresentação pela Polícia da imagem da pessoa presa, com o uniforme do sistema prisional, com a ostentação de armas e insígnias policiais, manchetes emotivas e hiperbólicas – influencia na formação preconceituosa de estereótipos de pessoas desviantes a partir de categorias da psicologia social. Tem-se como escopo, ainda, analisar qual o papel do sensacionalismo da imprensa e da polícia nos processos de criminalização secundária e na formação da carreira desviante do cliente do sistema penal, pela auto-introjeção do papel social marginalizado que lhe é atribuído.

Por fim, elencam-se alguns argumentos jurídico-positivos para a vedação da prática da apresentação da imagem e/ou voz das pessoas presas à imprensa como mecanismo jurídico necessário para limitar a formação de estereótipos do desvio. Para tanto, procuramos nos amparar em conceitos e categorias da psicologia social e da teoria criminológica do Labeling approach, tais como rotulação, estereótipo, preconceito e, sobretudo, estigma. Isso porque as investigações capitaneadas pelas correntes do *Labeling approach* (Howard Becker, Lemmert, entre outros), tem como precursores os estudos realizados no âmbito

¹ MYERS, David G. *Psicologia*. (Trad) ESTILL, Daniel Argolo. CÂMARA, Heitor M. 9ª Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 512.

² Nesse sentido: MYERS, David G. *Psicologia Social*. (Trad) Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa. 10 ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 246-278.

da psicologia, sobretudo nos trabalhos de Erving Goffman, sobre o conceito de estigma.³

Nos amparamos, ainda, mais brevemente, em conclusões da criminologia crítica de Alessandro Baratta sobre a relação disfuncional do desvio com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição a partir de sua análise econômico-política do desvio.

2. Rótulos, preconceito, estereótipo e estigma. A importância dos conceitos da psicologia social para os debates criminológicos e para a análise da atuação da mídia

Para avaliar a influência da apresentação das pessoas presas à mídia sensacionalista tanto no auto-mergulho (“role-engulfment”) em uma personalidade degradada, quanto na formação de estereótipos preconceituosos pela sociedade é necessário fixar inicialmente o que se entende por preconceito, estereótipo e rótulo e, sobretudo, estigma na ciência da psicologia. O conceito de estigma, na forma delineada por Erving Goffman, consiste em categoria que vincula a psicologia à crítica criminológica construída pelos teóricos do *Labeling approach*.

Segundo David Myers, o preconceito pode ser definido como uma atitude – isto é, um conjunto de sentimentos, inclinações, crenças – que envolve o julgamento negativo de um grupo e de seus membros individuais. Trata-se de uma avaliação interna, negativa de uma pessoa, pelo simples fato de ser identificada com um determinado grupo:

O preconceito é uma atitude. Como vimos no capítulo 4, uma atitude é uma combinação distinta de sentimentos, inclinações à ação e crenças, o que pode ser facilmente lembrado como o ABC das atitudes: afeto (sentimentos), intenção comportamental (behaviour) (predisposição para ação) e cognição (crenças).⁴

As crenças que sustentam as avaliações negativas do preconceito são chamadas de estereótipos. Os estereótipos são generalizações decorrentes de necessidade humana de simplificação do mundo. Consistem em crenças, extremamente generalizadas e imprecisas, sobre os atributos pessoais de um grupo.⁵

³ GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

⁴ MYERS, David G. *Psicologia Social*. Op. Cit., p. 247.

⁵ MYERS, David G. *Psicologia Social*. Op. Cit., p. 248.

Embora o estereótipo possa ser considerado como uma atitude funcional, muitas vezes é equivocado, sobretudo em razão da influência da mídia, que, não raro, reproduz visões superficiais sobre pessoas e grupos.⁶

Nesse ponto é que surgem os rótulos. O rótulo consiste na avaliação sobre a personalidade de alguém a partir da sua inclusão em um dado estereótipo.

Para Link e Phelan, rotulação é o processo social consistente em aplicar a uma pessoa uma determinada característica eleita como própria de um grupo (estereótipo).

A rotulação é o processo de emprego dos estereótipos às pessoas. Na esteira de Link e Phelan “o rótulo liga uma pessoa a um conjunto de características desagradáveis que formam o estereótipo”.⁷

A rotulação pode produzir efeitos deletérios sobre a personalidade, sobretudo quando se transformam em verdadeiros **estigmas**.

Nestes termos, alerta David G. Myers sobre o poder estigmatizante dos rótulos:

Pesquisas de levantamento na Europa e na América do Norte demonstraram o poder estigmatizante dos rótulos. Conquistar um emprego ou encontrar uma moradia para alugar pode ser um desafio para alguém que acabou de sair da prisão ou de um hospital mental. (...)⁸

Conforme destaca Carlos Roberto Bacila, “o estereótipo pode ser confirmado pelas instituições e transformar-se em desqualificação permanente da pessoa, criando um processo de estigmatização”.⁹

O estigma do desvio consiste, como veremos em tópico específico, no ponto de encontro entre a psicologia social e a criminologia, na esteira do trabalho de Erving Goffman.¹⁰

⁶ RODRIGUES, Aroldo. *Psicologia Social*. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 150.

⁷ LINK, B. G. & PHELAN, J. C. (2001). Conceptualizing stigma. *Annual Review of Sociology*, New York, (27), 363-385. Recuperado de <http://arjournals.annualreviews.org/> (apud) CARDOSO, Helio; SIQUEIRA, Ranyella de. O conceito de estigma como processo social: uma aproximação teórica a partir da literatura norte-americana. *Revista Imagonautas. Revista interdisciplinária sobre imaginários sociais*. 2 (1). Vigo: 2011, p.92-113.

⁸ MYERS, David G. *Psicologia*. Op. Cit, p. 455.

⁹ BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas*. Um estudo sobre os preconceitos. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37.

¹⁰ GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4ª Ed. Rio de Janeiro, LTC, 2015.

O estigma tem origem em metarregras, definindo a impressão ou as marcas institucionalizadas permanentemente e empregadas como indicativo de uma degenerescência: os estigmas da loucura, da doença, do mal, por exemplo.

O estigma, consiste, portanto, na “imagem social” institucionalizada e permanente de uma pessoa, construída a partir de estereótipos negativos, geradores de “*profundo descrédito e pode também ser entendido como defeito, fraqueza e desvantagem*”.¹¹

Para a hipótese que permeia este trabalho, a cerimônia espetacular da mídia – com a apresentação da imagem e da voz da pessoa presa às lentes da imprensa – é, por um lado, instrumento inicial catalisador desse processo psicológico de rotulação da pessoa apresentada ao estereótipo de criminoso.

De outro lado, o espetáculo midiático também reproduz as chamadas “Cerimônias Degradantes”, que consistem em “processos sociais ritualizados a partir dos quais o indivíduo é destituído de sua própria identidade, recebendo outra, criminoso, vil, degradado”, muitas vezes sem qualquer amparo na realidade, assumindo o próprio agente o papel social que lhe é apresentado.¹²

3. O conceito de estigma de Erving Goffman – as cerimônias degradantes, labeling approach, a criminologia crítica e seu elo teórico com a psicologia social

para a análise das hipóteses elencadas no ponto anterior quanto ao poder estigmatizante da atividade da mídia e os efeitos das apresentações formais pela polícia, parte-se da crítica iniciada pelos autores do *Labeling Approach*, cujos preceitos foram construídos a partir dos conceitos da psicologia social acima elencados, bem como da consolidação de uma teoria materialista do delito pela criminologia crítica.

As teorias da reação social e a criminologia crítica deixam de analisar os fatores etiológicos do crime e voltam seus olhos para as respostas formais do estado aos comportamentos.¹³ Trata-se do deslocamento do enfoque macrosociológico do comportamento desviante para os mecanismos de controle social, em especial, para os processos de criminalização.

¹¹ BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas*. Op. Cit., p. 30.

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: Homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2a Reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

¹³ VIANA, Eduardo. *Criminologia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 161.

No entanto, esse deslocamento de enfoque se dá de forma distinta no Labeling Approach e na Criminologia Crítica.

Como destacam Brown, Esbensen e Geis, para as teorias da reação social (Labeling Approach), a resposta oficial do Estado não é condicionada pelo comportamento humano, mas sim as características comportamentais e físicas do indivíduo:

Labeling theorists maintain that official reactions to law violations label people as criminals and ensnare them in this deviant identity. These theorists further contend that it is not the behavior alone that affects official response, but that the physical characteristics and demeanor of the individual also play major roles in fashioning the response.¹⁴

O enfoque do *Labeling Approach* se destaca por concentrar suas pesquisas nos chamados processos de etiquetamento ou processos de criminalização. Nesse ponto, o delito (desvio) não seria efetivamente uma qualidade da conduta, mas sim uma “*etiqueta atribuída a partir de complexos processos de interação social*”¹⁵.

Assim, para as teorias da Reação Social o que é determinante na classificação de uma conduta como criminosa não é a conduta em si, mas a reação social. Ou seja, o desvio (crime) não possui uma natureza ontológica, mas sim definitiva¹⁶: É desvio aquilo que os processos de criminalização dos sistemas de controle social definem como tal.

Tais processos, aponta Howard Becker, são extremamente seletivos e discriminatórios: algumas pessoas são rotuladas como criminosas outras não. O pressuposto da criminalização não é a conduta eventualmente praticada, mas sim a construção de rótulos sociais ou, nos termos de Goffman, de estigmas.¹⁷

Segundo Alessandro Baratta, o horizonte de pesquisa dentro do qual investigam os autores do *Labeling Approach* remonta à psicologia social do interacionismo simbólico, inspirada em George H. Mead.

Para o interacionismo simbólico, a realidade social “*é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de*

¹⁴ BROWN, Stephen E; ESBENSEN, Finn-Aage; GEIS, Gilbert. *Criminology: explaining crime and its context*. 7. Ed. Ohio: LexisNexis, 2010, p. 319.

¹⁵ VIANA, Eduardo. *Criminologia*. Op. Cit., p. 162.

¹⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

¹⁷ CASTRO, Lola Anyar de. *Criminologia da reação social*; trad. Ester Kosovski. Rio De Janeiro. Forense, 1983.

tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem."¹⁸

Assim, estudar a realidade social, inclusive o delito, significa estudar esses processos psicológicos de definição, tipificação e construção de significados, tendo em vista que a realidade social não é um dado objetivo.

De acordo com o interacionismo simbólico, a adequação dos comportamentos às normas não se efetua de maneira automática, dependendo de diversas condições. Trata-se de uma operação problemática. Nesse contexto, a atribuição de significado a um determinado comportamento é produzido a partir de normas gerais e de normas interpretativas que permeiam as relações sociais.¹⁹

Conforme destaca Baratta, essas normas interpretativas seriam uma espécie de *second code*, não escrito, ou metanormas (metarregras), que funcionam “no processo de imputação de responsabilidade e de atribuição de etiquetas de criminalidade ao lado do código oficial.”²⁰

De acordo com Bacila, as metarregras “são seguidas conscientemente ou não pelos órgãos oficiais, mas são ligadas às regras, aos mecanismos e às estruturas objetivas da sociedade que estão baseadas em relações de poder.”²¹

É sob o enfoque dessas metarregras sociais que o Labeling Approach questiona quem é definido como desviante, como se dá essa definição, e quais são os efeitos que dela decorrem.

Essa metodologia orientou as pesquisas do *labeling approach* em duas direções: o estudo da formação da ‘identidade’ desviante (trabalhado no tópico 5 a seguir); e o estudo do ‘desvio secundário’ isto é, do efeito da aplicação da etiqueta de criminoso sobre a pessoa etiquetada (trabalhado no tópico 6, a seguir).²²

A criminologia crítica, a seu turno – em que pese também se sustente no deslocamento do enfoque de pesquisa da conduta desviante para a reação do sistema – constrói suas bases a partir de uma abordagem materialista, segundo a qual, as superestruturas de reação institucional ao desvio são consequências da infraestrutura econômica e das lutas de classes.

Assim, para Baratta, por exemplo:

¹⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 87.

¹⁹ BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 88

²⁰ BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 88

²¹ BACILA, Carlos Roberto. Op. Cit., p. 37

²² BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 89

enquanto a classe dominante está interessada na contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses e, por consequência, na manutenção da própria hegemonia no processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade, as classes subalternas, ao contrário, estão interessadas em uma luta radical contra os comportamentos socialmente negativos, isto é, na superação das condições próprias do sistema socioeconômico capitalista, às quais a própria sociologia liberal não raramente tem reportado os fenômenos da criminalidade.²³

Nesse ponto, a Criminologia Crítica de Baratta entende que a mera introdução do Labeling Approach em uma teoria da criminalidade é insuficiente para qualifica-la como teoria crítica, na medida em que ela ocorre no interior de circunstâncias teóricas idealistas e subjetivistas (como o interacionismo simbólico e a etnometodologia).

Assim, a mera compreensão do fenômeno criminal a partir do enfoque definitório, mas dentro de um contexto idealista, pode ocultar situações socialmente negativas e reais de sofrimento “que em muitos casos pode-se considerar como o ponto de referência objetivo das definições”.²⁴

Ou seja, o labeling, por si só, não aponta a estrutura de dominação e as relações econômicas e de poder subjacentes aos processos de criminalização e seletividade.

Dessarte, a criminologia crítica, de caráter materialista, para além de mudar o paradigma epistemológico do estudo do desvio para o estudo dos processos de criminalização, desenvolve compreensão acerca das condições e dos fundamentos desses processos, baseados nas relações econômicas e de poder no seio social, e não em categorias ainda apegadas ao idealismo, como o interacionismo simbólico.

Como veremos no item 7, a apresentação de presos à imprensa se insere nesse contexto de construção desses processos ideológicos e psicológicos de dominação econômico-social, não sendo somente resultado de interações sociais permeados por metarregras, não escritas.

3.1. A categoria psicológico-social do estigma do Labeling Approach

A principal metarregra importante para o tema deste trabalho é o **estigma**, categoria cunhada por Erving Goffman a partir de análises

²³ BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 197-198.

²⁴ BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 211.

das interações psíquico-sociais entre os sujeitos no âmbito de instituições totais.

Os estigmas são espécies de metarregras que atuam como mecanismo decisivo no ato de interpretar e aplicar normas sociais.²⁵

Como visto no tópico 2, o estigma consiste em um sinal ou marca atribuído a alguém com caráter depreciativo.²⁶ Nos termos delineados por Goffman:

Enquanto o estranho está à nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável [...]. Assim deixamos de considerá-la criatura comum e total, reduzindo-a a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande.²⁷

Para Goffman “a sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias”.²⁸

Acredita o autor que a pessoa estigmatizada possui uma identidade real e uma virtual. A identidade real consiste no conjunto de categorias e atributos que uma pessoa prova ter.

Já a identidade virtual é o conjunto de categorias e atributos imputadas à pessoa supostamente diferente. Trata-se, portanto, de exigências e imputações de caráter, feitas pelos “normais”, quanto ao que o “estranho” deveria ser e como deveria se comportar. Assim, uma determinada característica pode ser um estigma, sobretudo quando há uma discrepância entre a identidade virtual e a identidade real.²⁹

É a partir dos processos sociais de interação que se estigmatiza alguém, forjando-se uma identidade social deteriorada:

Pautando-se na relação entre as identidades real e virtual, pode-se afirmar que, o processo de estigmatização não ocorre

²⁵ BACILA, Carlos Roberto. Op. Cit, p. 23.

²⁶ BACILA, Carlos Roberto. Op. Cit, p. 30.

²⁷ GOFFMAN, Erving. *Estigma*: Op. Cit., p. 12.

²⁸ GOFFMAN, Erving. *Estigma*: Op. Cit., p. 12.

²⁹ CARDOSO, Helio; SIQUEIRA, Ranyella de. O conceito de estigma como processo social: uma aproximação teórica a partir da literatura norte-americana. *Revista Imagonautas. Revista interdisciplinaria sobre imaginarios sociales. 2 (1)*. Vigo: 2011, p.92-113.

devido à existência do atributo em si, mas, pela relação incongruente entre os atributos e os estereótipos. Os normais criam estereótipos distintos dos atributos de um determinado indivíduo, caracterizando, portanto, o processo de estigmatização. “O termo estigma, portanto, será usado em referência a um atributo profundamente depreciativo” (Goffman, 1975:13) numa linguagem de relações e, não de atributos em si. De acordo com os estudos de Melo (2000), estigmas, para Goffman são identidades deterioradas, por uma ação social, que representam algo mau dentro da sociedade e, por isso, deve ser evitado.³⁰

O conceito de estigma, como vimos, nasce no seio da psicologia social do interacionismo simbólico, a partir das compreensões acerca do preconceito, da formação de estereótipos e da rotulação social.

A partir do conceito psicológico de estigma, desvendam-se as indelévels consequências. A primeira delas é a promoção da seletividade. Conforme aponta Bacila:

Muitos praticam crimes (a maioria da população), mas somente alguns são escolhidos pelo sistema para responder. Mas esta seleção de pessoas não é por acaso, pois obedece às metarregras (...). Infêrência natural é a de que a criminalidade não é tão só uma realidade social, preexistente, pré-constituída, mas também a atribuição que se faz de determinadas pessoas. Daí por que não importa se a pessoa praticou ou não uma conduta típica, antijurídica e culpável, o que importa é que as metarregras trataram de incriminá-la, isto é, a consequência jurídica é a responsabilidade penal.³¹

Segundo Becker, porém, a mais importante consequência da reação formal do estado às condutas consiste na decisiva mudança da identidade social do indivíduo. Uma mudança que ocorre logo no momento em que ele é introduzido no *status* de sujeito desviante.³²

Esse processo de estigmatização traduz-se na formulação de auto-conceitos decorrente da auto-introjeção do estigma, a partir do qual o próprio estigmatizado passa a se assumir como tal, numa “*profecia-que-a-si-mesma-cumpre*”³³.

³⁰ CARDOSO, Helio; SIQUEIRA, Ranyella de. Op. Cit., p.92-113.

³¹ BACILA, Carlos Roberto. Op. Cit., p. 20-21.

³² BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 89.

³³ BECKER, Howard. *Outsiders. Studies in the sociology of deviance*. New York: Free Press, 1963. p. 34 *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel.

Como veremos, a apresentação da imagem/voz de pessoas presas pela Polícia à imprensa se inclui nesses processos de interação psicológico-social simbólica, promotoras de estigmatização, contribuindo para as consequências acima descritas.

4. A apresentação da imagem/voz de pessoas presas no Brasil

Quase todos os dias os grandes veículos de comunicação, seja em programas específicos ou no noticiário geral, veiculam imagem e/ou a voz de pessoas presas pela Polícia Judiciária amparadas em manchetes apelativas ou em entrevistas constrangedoras.

Nessas reportagens o sensacionalismo é a tônica do trabalho e a utilização da imagem e voz das pessoas custodiadas é permitida e fomentada pelo Estado.

Para além de informar dados e a ocorrência de fatos, a imprensa sensacionalista forma a opinião de milhares de pessoas a partir de narrativas enviesadas, capazes de construir no imaginário social a figura de inimigos sociais, por meio de julgamentos morais sumários.

Em pesquisa sobre o discurso do jornalismo policial, Luana Cunha destaca a construção da imagem social de acusados pela imprensa como inimigos sociais:

O teor das matérias que noticiam homicídios reforça a concepção de que os acusados de terem cometido crimes não devem ser tratados como os demais cidadãos. Uma vez que estas pessoas desrespeitaram o direito, não poderia o direito vir a assisti-las no momento da persecução penal. Referido entendimento em muito se aproxima da concepção do criminoso como inimigo, já que 'Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve trata-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria a segurança o direito à segurança das demais pessoas'.³⁴

Esses julgamentos sumários são sustentados em uma suposta autoridade intelectual e social do grande veículo de comunicação e de seus âncoras, conforme ponderam Tulio Vianna e Jamilla Sarkis:

Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra editora, 1997, p. 352.

³⁴ CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. *O Direito Produto da Notícia: A morte estampada nos jornais.* Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG, 2014, p. 82 (Dissertação de Mestrado).

Amparados na credibilidade que um programa de TV traz consigo, representam não só a voz da verdade fática típica do jornalismo que pretende informar, mas também de uma verdade moral que julga de um lugar privilegiado acima do bem, do mal e até mesmo das leis e da Constituição da República.

O jornalismo que deveria ter por objeto a informação, narrando da forma mais objetiva possível fatos ocorridos, converte-se em sensacionalismo que tem por principal finalidade produzir sensações fortes nos telespectadores para garantir sua audiência. Programas que deveriam estimular uma análise racional dos fatos corrompem-se em sua própria caricatura ao estimular reações passionais aos fatos.³⁵

Assim, transformam-se os supostos fatos, bem como os procedimentos policiais e jurisdicionais em uma narrativa dramática, com vilões e heróis escolhidos discricionariamente pelo locutor da mensagem.

Dessa maneira, a empresa jornalística é capaz de atrair grande audiência. Nesse sentido, destaca Luana Magalhães de Araújo Cunha que:

Organizada como empresa, a atividade jornalística volta-se para o mercado, buscando, como qualquer outra atividade industrial ou comercial, o lucro. Interesses e expectativas dos leitores tornam-se o foco do novo negócio. Os editoriais perdem relevância, assim como os artigos de opinião são substituídos por um conteúdo atual cujo significado é de apreensão imediata pela massa de leitores: a notícia. (...) ³⁶

Sustentada no raso fundamento de um suposto combate ao crime, a imprensa reproduz discursos para além da informação acerca de situações de fato, utilizando-se diretamente da imagem ou voz do personagem-vilão como recurso indispensável “*para a sua condenação sumária pela opinião pública*”.³⁷

³⁵ VIANNA, Túlio; SARKIS, Jamilla. *Execrando suspeitos para atrair audiência: o uso de concessões públicas de TV para a prática de violações ao direito constitucional à imagem*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 4.

³⁶ CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. *O Direito Produto da Notícia: A morte estampada nos jornais*. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG, 2014, p. 20-22 (Dissertação de Mestrado).

³⁷ VIANNA, Túlio; SARKIS, Jamilla. *Execrando suspeitos para atrair audiência*. Op. Cit., p. 4.

Importante ferramenta da atuação sensacionalista é o vilipêndio ao direito à privacidade e à imagem das pessoas custodiadas. Isso porque a imagem tem o poder de causar o efeito de realidade:

Ela pode fazer ver e fazer crer no que faz ver. E é nisso que consiste o poder central do telejornalismo: o fato de serem capazes de associar imagens e discursos, de selecionar ações humanas, grupos sociais e instituições e conjugá-los a partir do uso de rotulações e categorias que, por definição, jamais serão neutras.³⁸

Assim, o sensacionalismo vai além da mera informação, promovendo “*espetacularização programada para a atrair audiência*”, mediante o vilipêndio da imagem, da honra e da intimidade de pessoas presumidamente inocentes.³⁹

Atrelada à exposição da imagem, não raramente sobrevêm a descrição de suposições e opiniões hiperbólicas e emotivas sobre os fatos, bem como juízos de valor sobre os personagens.

Constrói-se, assim, uma falsa percepção do público sobre a pessoa apresentada. Nesse sentido, concluem Mônica Sette Lopes e Luana Cunha em artigo sobre a cobertura criminal do programa mineiro de rádio “Itatiaia Patrulha”:

Uma vez transformado em personagem no espetáculo do crime o indivíduo passa a ser rotulado e reconhecido como delinquente. A pluralidade de facetas do sujeito é unificada em uma: a do bandido. Por isso afirmamos que a notícia estigmatiza, e esse pode ser o efeito mais perverso de sua atuação. O Itatiaia Patrulha divulga o nome do suspeito e lhe associa adjetivos pejorativos. A partir daí, sua vida familiar, social e no trabalho é prejudicada, sua honra, imagem e privacidade destruídas.⁴⁰

Nessas situações, além da violação da privacidade pela apropriação da imagem-retrato da pessoa presa, ocorre violação direta do próprio direito à imagem-atributo e da honra da pessoa presa.

³⁸ VIANNA, Túlio; SARKIS, Jamilla. *Execrando suspeitos para atrair audiência*: Op. Cit., p. 6.

³⁹ VIANNA, Túlio; SARKIS, Jamilla. *Execrando suspeitos para atrair audiência*. Op. Cit. 2014, p. 16.

⁴⁰ LOPES, Mônica Sette; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. *A sintonia do crime e do direito num programa de rádio*. In: LOPES, Mônica Sette; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTANA, Eder Fernandes. *Representações da Violência*. Direito, Literatura, Cinema e outras artes. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 236.

Com efeito, a captura da imagem da pessoa presa e a sua apresentação aos veículos de comunicação em massa a expõe, rotineiramente, a vexame e humilhação públicos, mediante a construção de contextos folclóricos que deturpam o conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo meio social.

A finalidade é criar uma falsa percepção da pessoa pelo público consumidor. Para tanto, criam-se conceitos imagéticos de supostas personalidades atavicamente desviadas, supostamente voltadas para a prática costumeira de infrações penais.

Assim, após a apropriação midiática, o suposto fato ainda em investigação se torna algo de menor importância, à vista da construção iconográfica no imaginário social do inimigo a ser combatido. Analisando uma notícia específica, veiculada pelo jornal “Super”, jornal impresso de grande circulação em Minas Gerais, Luana Cunha demonstra:

Encostado em uma parede, com nome e sobrenome divulgados, o sujeito tem sua imagem exposta para uma série incontável de sujeitos não presentes no momento da apresentação policial. A ele é atribuída a prática de “um crime bárbaro”. Os motivos que levaram o crime são banais, e o fato de o acusado ser ex-presidiário é reiterado como uma espécie de indício de culpa.

Todas essas afirmações foram feitas sem que a defesa do acusado se pronunciasse. Sem que se tenha sido recebida, pelo juiz criminal, a denúncia do Ministério Público, sem se quer ter sido oferecida denúncia. Não existe, ainda, processo penal. (...)

Apesar de tudo isso a imagem do sujeito está lá, desnudada. Sua identificação pela imagem é perfeita. O homem acusado e condenado pela imprensa agora precisa cumprir a sua pena que, talvez, seja a divulgação de seu rosto para um auditório virtual e irrestrito. O acusado torna-se o centro do espetáculo (...)

Ao estampar a fotografia do acusado em suas páginas, e associá-lo a características como “crueldade” e “frieza”, o Super Notícias está assumindo papel de julgador que já condenou aquele sujeito pelos crimes a ele imputados. Sua pena, imediatamente imposta, é a humilhação pública, exercício de violência psicológica muito eficaz.⁴¹

Pelo que se nota, os processos midiáticos de formação da opinião pública se sustentam em mecanismos preconceituosos de interpretação das relações jurídicas, formando generalizações e estereótipos.

⁴¹ CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. *O Direito Produto da Notícia*: Op. Cit. p. 56-59.

Tais estereótipos se institucionalizam pelo poder de convencimento da mídia de massa e pela relação íntima com o Estado-polícia, num amálgama entre controle formal e informal do desvio.

As consequências sociais e psicológicas do reforço do estigma, decorrente da exposição pública pela polícia são gravíssimas, conforme veremos a seguir.

5. A formação da identidade desviante pelo espetáculo midiático

Para se demonstrar como o espetáculo midiático reproduz e fortalece o estigma de criminoso, deve-se lembrar que estudos da psicologia social sobre conformidade e obediência apontam o nível de influência que a autoridade institucional tem sobre as pessoas.

Sobre a influência da autoridade institucional, leciona Myers com exemplo:

Na vida cotidiana, também autoridades apoiadas por instituições detêm o poder social, Robert Ornstein (1991) conta de um amigo psiquiatra que foi chamado para a beira de um precipício acima de San Mateo, Califórnia, onde um de seus pacientes, Alfred, estava ameaçando se jogar. Quando os esforços de tranquilização não conseguiram demover Alfred, o psiquiatra só podia esperar que um policial especialista em crise chegasse logo. Embora nenhum perito tenha vindo, outro oficial de polícia, sem saber do drama, casualmente entrou em cena, pegou seu poderoso megafone e gritou com o grupo reunido à beira do precipício: “quem é o burro que deixou um Pontiac estacionado lá fora, no meio da estrada? Eu quase bati nele. Seja quem for, retire-o agora”. Ouvindo a mensagem, Alfred desceu imediatamente, tirou o carro e, depois, sem dizer uma palavra, entrou no carro da polícia para ser levado ao hospital mais próximo.⁴²

A autoridade institucional dos meios de comunicação e também da Polícia tem ampla influência na formação da opinião pública.

A imprensa, como destacado no item anterior, goza de profundo prestígio, sustentada numa suposta autoridade intelectual sobre os temas que reproduz.

Além disso, a psicologia social também tem pesquisas que dão conta do chamado “fenômeno do mundo justo”, segundo o qual as pessoas

⁴² MYERS, David G. *Psicologia Social*. Op. Cit, p. 171.

têm a tendência de pensar que as instituições sociais são sempre justas e que as pessoas são merecedoras de tudo que com elas acontece:

Lerner (1980) observou que essa depreciação de vítimas infelizes resulta da necessidade humana de acreditar que “eu sou apenas uma pessoa vivendo em um mundo justo, um mundo onde as pessoas têm o que merecem”. Desde os primórdios da infância, ele argumenta, somos ensinados que o bem é recompensado, e o mal, punido.

Esforço e virtude rendem dividendos; preguiça e imoralidade não. A partir disso falta pouco para se pressupor que aqueles que prosperam devem ser bons e aqueles que sofrem devem merecer o destino que têm. Numerosos estudos confirmam esse fenômeno do mundo justo.⁴³

A programação sensacionalista da mídia de massa, sobretudo nos programas vespertinos, corrobora o fenômeno do mundo justo, fortalecendo o processo de estigmatização nas interações sociais de massa.

A tendência psicológica de se conceber como verdade o que a mídia de massa transmite é enorme, seja em virtude da autoridade social de que gozam, seja em virtude do fenômeno do mundo justo, por ela corroborado.

O que se nota, portanto, é que o trabalho da mídia sensacionalista, fomentada pelo Estado-Polícia reforça profundamente o processo de consolidação de estereótipos, contribuindo sobremaneira para a formação de estigmas criminais perpétuos e indelévelis no interior das interações sociais.

Conforme destaca Bacila, a discriminação é de tal monta que

Goffman chega a afirmar que com isto se reduz as chances de vida do estigmatizado. A ideia de inferioridade e de perigo que o estigmatizado representa é racionalizada e ele é tratado como um estranho ou um outsider, ainda que seja um antigo companheiro ou um cara legal. Não importa quem o estigmatizado é, o que vale para o grupo é que ele não seria bom o bastante para participar da turma, do trabalho ou conviver de perto.⁴⁴

6. O processo de auto-sujeição ao estigma, as cerimônias degradantes

Dos estudos das teorias da reação social, se pode extrair que o espetáculo midiático narrado no tópico 3 faz parte também das chamadas

⁴³ MYERS, David G. *Psicologia Social*. Op Cit, p. 270

⁴⁴ BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigma*. Op. Cit. p. 34.

“*Cerimônias Degradantes*”, que consistem em processos sociais ritualizados a partir dos quais o indivíduo é despojado de sua própria identidade⁴⁵, recebendo e internalizando outra degradada.

Nesses termos destaca Bacila que “*o estigmatizado conforma-se com o estigma, passando a assumir o papel que dele se espera. Talvez seja uma forma encontrada de servir ao grupo, de cumprir a ordem de ser mau e conseguir, finalmente, aprovação.*”⁴⁶

Howard Becker é claro sobre o risco de desviação secundária a partir da conformação psicológica do sujeito à etiqueta de desviante:

Tratar uma pessoa como se ela não fosse, afinal, mais do que um delinquente acaba por funcionar como um *profecia-que-a-si-mesma-se-cumpre*. Põe em movimento um conjunto de mecanismos que compelem a pessoa a conformar-se e a corresponder com a imagem que o público tem dela. Quando o desviante é apanhado, é tratado em harmonia com o diagnóstico vulgar. E é o tratamento que provavelmente provocará um aumento da delinquência⁴⁷

Lemert é o autor que estabelece a diferença entre desviação primária e desviação secundária. A desviação primária tem relação com fatores sociais, culturais e psicológicos que envolvem o sujeito desviante. Já a desviação secundária (comportamento desviante após a reação social ao primeiro desvio) deriva das consequências psicológicas de auto-introjeção do estigma⁴⁸.

Alessandro Baratta explica que esse processo de auto-introjeção do estigma, a que se submete a pessoa sujeita ao controle formal, possibilita a formação de uma população criminosa estigmatizada:

A constituição de uma população criminosa como minoria marginalizada pressupõe a real assunção, a nível de comportamento, de papéis criminosos por parte de um certo número de indivíduos, e a sua consolidação em verdadeiras e próprias

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: Homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2a Reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

⁴⁶ BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigma*. Op. Cit. p. 44.

⁴⁷ BECKER, Howard. *Outsiders. Studies in the sociology of deviance*. New York: Free Press, 1963. p. 34. *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia*. Op. Cit., p. 352.

⁴⁸ Para aprofundamento ver LEMERT, Edwin. *Social Pathology: A systematic approach to the theory of Sociopathic behavior*. 1ª Ed. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1951.

carreiras criminosas. E já vimos que isto se verifica, sobretudo, como tem sido colocado, em evidência por alguns teóricos americanos do Labeling Approach, mediante os efeitos da estigmatização penal sobre a identidade social do indivíduo, ou seja, sobre a definição que ele dá de si mesmo e que os outros dão dele. A drástica mudança de identidade social com efeito das sanções estigmatizantes tem sido posta em evidência – como se recordará – por Lemert e por Schur.⁴⁹

Podemos, dizer, no entanto, que não é apenas a condenação e o processo criminal, ou seja, todo o procedimento de controle formal do desvio que produz a desviação secundária. Esse processo tem início em sede policial. Com a apresentação da pessoa presa à mídia. Trata-se da interação entre o controle formal e o controle informal do desvio, ambos produzindo estigmatização e degradação da personalidade.

A pessoa investigada mesmo no início de uma investigação policial, sem denúncia realizada pelo Ministério Público a ser recebida pelo juiz, antes de qualquer possibilidade de exercício do direito de defesa, é moralmente condenada de forma sumária pela opinião pública conduzida pela mídia e pelo aparato policial.

Esse entendimento sobre o papel da mídia no processo de estigmatização é reforçado por Viana:

É possível pensar, assim, que há cerimônias degradantes formais e cerimônias degradantes informais. As primeiras ocorrem em razão das respostas formais do controle social, a exemplo do processo e julgamento penal; a segunda, decorre da intervenção das instâncias informais, a exemplo do papel da mídia no processo penal. Significativo, nesse ponto, o papel dos meios de comunicação de massa. Com efeito a mídia (marrom), apresenta-se como uma das principais responsáveis pela dispersão da cultura do medo, daí porque, acertadamente, fala-se em sociedade do medo.⁵⁰

A apresentação da pessoa presa pela Polícia à mídia consiste, portanto, no ponto de encontro entre as respostas formais (polícia) e informais (mídia) ao desvio.

Ambas atuam em conjunto, de forma orquestrada em prol da estigmatização social e em favor da construção da auto-imagem que

⁴⁹ BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 179.

⁵⁰ VIANA, Eduardo. *Criminologia*. Op. Cit., p. 166-167.

o sujeito passa a fazer de si mesmo, ao assumir papel de delinquente, formando uma carreira desviante.

Destaque-se, outrossim, que não só a análise sociológica da criminologia crítica explica esse fenômeno. A auto-introjeção de um papel criminoso também pode ser explicada pela psicologia social, que produz análise profunda sobre necessidade dos seres humanos de se adaptarem às prescrições sociais e aos papéis sociais atribuídos.

Com efeito, conforme destaca Myers:

Ao adotar um novo papel – quando você se torna um estudante universitário, uma pessoa casada ou começa em um novo emprego – você se esforça por seguir as prescrições sociais. A princípio, seus comportamentos podem lhe parecer estranhos, pois você está atuando num papel. (...) Mas não é preciso muito mais tempo para o que começou como uma atuação teatral da vida acabe se tornando você mesmo. (...)

Os pesquisadores confirmaram esse efeito avaliando a atitude das pessoas antes e depois de adotarem um novo papel, algumas vezes em situação de laboratório, outras em situações do dia a dia, como antes e depois de assumirem um emprego.⁵¹

O grande exemplo do poder da assunção dos papéis sociais foi aquele desenvolvido por Phillip Zimbardo na Universidade de Standford, ao criar um experimento atribuindo papéis fictícios de carcereiros e prisioneiros a determinados estudantes. Os alunos sucumbiram de tal forma ao papel que lhes foi atribuído que foi necessário abortar o experimento. Pela relevância do estudo, transcrevemos a descrição de David Myers:

Em um famoso estudo de laboratório [experimento da Prisão de Standford], rapazes universitários ofereceram-se como voluntários para passar algum tempo em uma prisão simulada criada pelo psicólogo Phillip Zimbardo (1972). Alguns deles foram aleatoriamente designados como guardas e receberam uniformes, cassetetes e apitos, além de instruções para que fizessem com que determinadas regras fossem cumpridas. Os demais tornaram-se prisioneiros; foram trancados em celas com grades e forçados a vestir trajes humilhantes. Após um dia ou dois em que os voluntários desempenharam seus papéis conscientemente, a simulação tornou-se real – muito real. A maioria dos guardas desenvolveu atitudes prepotentes, e alguns estabeleceram rotinas

⁵¹ MYERS, David G. *Psicologia*. Op. Cit., p. 512.

cruéis e degradantes. Um a um, os prisioneiros sucumbiram, se rebelaram ou adotaram atitudes passivas de resignação, levando Zimbardo a suspender o estudo após apenas seis dias.⁵²

O experimento de Zimbardo demonstra como os seres humanos somos psicologicamente sensíveis aos papéis sociais que nos são atribuídos. Demonstra, ainda, que a sujeição de alguém a determinado papel é capaz de promover alterações profundas de personalidade, à vista da necessidade de assunção do rótulo.

Assim, conclui Myers que ao assumir papéis, *“a situação vence e as pessoas perdem”*, sendo isso *“verdade para a maioria das pessoas em todas as pesquisas relevantes de psicologia social realizadas nos últimos 40 anos.”*⁵³

Por via de consequência não se pode afastar a validade da hipótese de que a atuação da mídia sensacionalista na formação dos estereótipos criminais pode ter como efeito a assunção pelas próprias vítimas da rotulação dessa nova personalidade degradada.

7. As apresentações formais sob o enfoque da criminologia crítica

Sob o enfoque da criminologia crítica, a formação da identidade desviante pelo espetáculo midiático e o processo de auto-sujeição ao estereótipo são resultados não de interações sociais simbólicas (como faz crer o Labeling Approach), mas de um mecanismo econômico-político de legitimação do sistema penal em favor das classes dominantes. Nesse sentido, segundo Baratta, a opinião pública é portadora da ideologia dominante, que legitima o sistema penal:

É a nível da opinião pública (entendida na sua acepção psicológico-social) que se desenvolvem aqueles processos de projeção da culpa e do mal e que se realizam as funções simbólicas da pena e que se realizam as funções simbólicas da sociedade punitiva. Como estas teorias mostraram, a pena atua como elemento de integração do corpo social, produzindo sentimentos de unidade em todos aqueles que são somente seus espectadores e, desse modo, realiza uma consolidação das relações de poder existentes⁵⁴

⁵² MYERS, David G. *Psicologia*. Op. Cit., p. 513.

⁵³ MYERS, David G. *Psicologia*. Op. Cit., p. 513.

⁵⁴ BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 204.

Sob essa perspectiva, as apresentações formais da pessoa presa pela polícia à imprensa, para além de consistir em instrumento de metarregras promotoras de interações simbólicas, constituem em instrumento de legitimação de uma dominação econômico-social.

As apresentações formais da pessoa à imprensa são, nesse sentido, o elo entre o controle formal do desvio e a ‘*mass-media*’, com vistas à conservação do sistema de poder, por meio da cultura do medo e da criação de inimigos sociais internos:

Na opinião pública, enfim, se realizam, mediante o efeito dos *mass-media* e a imagem da criminalidade que estes transmitem, processos de indução de alarme social que, em certos momentos de crise do sistema de poder, são diretamente manipulados pelas forças políticas interessadas, no curso das assim chamadas campanhas de “lei e ordem, mas que, mesmo independentemente destas campanhas, limitadas no tempo, desenvolvem uma ação permanente para a conservação do sistema de poder, obscurecendo a consciência de classe e produzindo a falsa representação de solidariedade que unifica todos os cidadãos na luta contra um “inimigo interno” comum”⁵⁵

8. Argumentos jurídicos para a coibir a prática das apresentações formais

À vista das consequências psicológicas drásticas dispostas nos tópicos anteriores, importante destacarmos os argumentos jurídicos para coibir a prática das apresentações de pessoas presas.

A exposição da imagem e voz da pessoa presa pelo órgão de Estado encontra óbice jurídico inicialmente na legalidade administrativa, que, por si só, veda qualquer casuísmo por parte do poder público.

A Lei de Execução penal é clara ao estabelecer que à pessoa presa são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º). Em situações de prisão de algum cidadão, o que se suspende é apenas a liberdade ambulatorial, mantendo-se intactos todos os demais direitos que lhe são constitucional e legalmente assegurados.

De outro lado, cuidou o legislador de vedar de forma expressa a prática do sensacionalismo no art. 41, VII da Lei de Execução Penal, concretizando a proteção ao direito fundamental à imagem da pessoa presa.

⁵⁵ BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 204–205.

Isso conduz, portanto, à impossibilidade legal de constranger os acusados, investigados, indiciados ou autuados em flagrante delito, ou mesmo os demais presos provisórios, a participar de exposição compulsória a fotografia, filmagem ou entrevista.

Assevere-se que os direitos previstos na Lei de Execução Penal se aplicam ao preso provisório, conforme se extrai do art. 42, não se restringindo a pessoas já condenadas.

Portanto, toda autoridade que custodia um cidadão, seja em razão de condenação, seja por força de prisão provisória, deve assegurar o gozo dos demais direitos fundamentais estatuídos na lei e na constituição.

De outro lado, na normativa internacional, as Regras de Mandela (Regras Mínimas da ONU para o tratamento de reclusos) impõem o tratamento respeitoso inerente a todo ser humano, sendo vedadas quaisquer tratamentos desumanos ou degradantes (regra 1).

Trata-se de determinação dirigida ao Estado, que por si só impõe a proteção à imagem e à honra, uma vez que consistem em direitos não atingidos pela privação da liberdade.

Há, ainda, no mesmo diploma, regra específica sobre a proteção à imagem da pessoa presa da curiosidade pública (Regra 73.1).

É oportuno destacar, ainda, que a Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que trata das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos no Brasil, dispõe expressamente que “*O preso não será constrangido a participar, ativa ou passivamente, de ato de divulgação de informações aos meios de comunicação social, especialmente no que tange à sua exposição compulsória à fotografia ou filmagem.*” (art. 47).

Pelo que se extrai das disposições transcritas neste item, verifica-se que é dever legal, constitucional e convencional da Polícia Judiciária proteger a pessoa custodiada de toda forma de sensacionalismo.

Há de se ressaltar, ainda, que a exposição da imagem da pessoa custodiada provisoriamente viola o estado de inocência, que se encontra positivado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República.

Praticamente inexistente na doutrina o questionamento acerca da natureza jurídica dupla do princípio do Estado de inocência. Além de consistir em uma regra processual probatória, a presunção de inocência consiste em verdadeira regra de tratamento. Isto é, até o advento de sentença penal condenatória, ninguém – seja o Poder Público, seja instituições da sociedade civil ou indivíduos – poderá tratar o ser humano como se criminoso fosse.

Não consiste a presunção de inocência, em mera regra processual. Trata-se também de regra de tratamento e, portanto, norma impositiva aos órgãos do Estado e a toda a sociedade. Ao examinar o estado de inocência como regra de tratamento, Simone Schreiber em sua obra que trata da publicidade opressiva nos processos penais destaca:

Mas o princípio da inocência não se aplica exclusivamente no campo probatório, o 'in dubio pro reo' é a penas uma de suas repercussões. A norma constitucional estudada impõe que seja dispensado tanto ao investigado quanto ao réu tratamento compatível com seu estado de inocente. A condição de investigado e de réu em processo criminal já traz, por si, indiscutível constrangimento.⁵⁶

Ainda sobre a natureza do princípio do Estado de Inocência, o texto da Regra 111.1 das Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos não deixa dúvidas de que não se trata de mera norma probatória, mas também de verdadeira determinação de tratamento pelos poderes públicos.

Assim, é dever da autoridade policial zelar pelo respeito ao estado de inocência à vista da existência de verdadeira regra de tratamento. Por consequência, há evidente dever da polícia de se evitar a exposição midiática sensacionalista, como forma de preservar o Estado de inocência. Nesse sentido, destaca Aury Lopes Jr:

A própria presunção de inocência – regra máxima no garantismo processual – é sepultada pelos julgamentos paralelos e isso inegavelmente também afeta a relação juiz/acusado no curso do processo e, principalmente, na decisão final.

(...) com a publicidade abusiva e os julgamentos prévios, eventual dúvida será resolvida – inconscientemente – pelo 'in dubio pro societate', com a conseqüente condenação em lugar da necessária absolvição.

(...)Instauram-se verdadeiras campanhas demonizadoras, como define Karam, que, 'fácil e prontamente, o elegem para bode expiatório, ao mesmo tempo que consagram como heróis os que aparecem como seus implacáveis perseguidores e condenadores'.⁵⁷

⁵⁶ SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 193.

⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 184.

Afinal, conforme análise de Mônica Sette Lopes e Luana Cunha, ao tomarem como exemplo o programa mineiro Itatiaia Patrulha,

O noticiário afronta, dentre outros, a presunção de inocência, condenando sumariamente todos os suspeitos apresentados como tal pela polícia. Isso porque não se distingue suspeito de condenado. Ainda que se tente fazê-lo, a maneira como os fatos são narrados e a exposição a que se sujeitam os seus possíveis autores, leva a uma condenação prévia e dilacera a presunção de inocência.⁵⁸

O princípio da presunção de Inocência, enquanto regra de tratamento, exige, portanto, que a autoridade policial resguarde a imagem e/ou voz da pessoa custodiada, diante da conhecida *práxis* sensacionalista dos meios de comunicação em massa, que produzem verdadeiros julgamentos morais sumários.

A permissividade da polícia na captura da imagem e/ou voz de pessoas presas viola também o princípio do devido processo legal e os seus corolários, ampla defesa e contraditório, insculpidos no art. 5º, LIV e LV da Constituição da República.

O devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, bem como a garantia da defesa técnica, encontram igual amparo na normativa internacional, seja em âmbito interamericano seja em âmbito global, conforme dispõem o art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica e o artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Há sério risco de prejuízo para a defesa técnica e para a autodefesa nas situações de exposição indevida da imagem/voz da pessoa custodiada.

A vinculação do preso à culpa sem o devido processo legal afeta, e de maneira significativa, a imparcialidade do julgador, tornando o cenário mais preocupante diante daquelas situações em que a decisão sobre a culpa se realiza de maneira imotivada:

Ocorre que, para além da lesão a direitos de personalidade, campanhas de mídia deflagradas contra o acusado violam seu direito de ser presumido inocente, com possível repercussão no tratamento dispensado ao mesmo pelos próprios agentes estatais incumbidos da persecução criminal e do julgamento da causa. O reconhecimento do ‘clamor público’ como justificativa para recrudescer o tratamento dispensado ao acusado no processo (claramente invocado nos precedentes ora

⁵⁸ LOPES, Mônica Sette; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Op. Cit. , p. 227.

examinados) significa reconhecer que a pressão repercutida pela mídia para punir determinada pessoa que figura como investigada ou ré é legítima e pode ser acolhida pela justiça.⁵⁹

Pelo que se nota, a exposição midiática da pessoa presa desconstrói toda a dinâmica processual de contraditório e ampla defesa. A formação da culpa exige a confrontação de teses entre acusação e defesa no bojo do processo penal para fins de formação do convencimento judicial.

No entanto, a exposição da pessoa acusada/investigada ao espetáculo midiático transmuda essa lógica, procedendo-se à condenação moral e social da pessoa apresentada, até mesmo antes de qualquer contato do juiz com o processo.

Tratando-se o processo penal de um mecanismo de formação do convencimento do juiz pela sua captura psíquica, não há como impedir que a suposta “verdade” da mídia – produzida sob valores outros distintos daqueles caros ao processo penal constitucional – influencie o entendimento jurisdicional.

Trata-se do *Trial by Media*, bem explicado por Simone Schreiber:

Há, ainda, o risco de que os juízes sejam permeáveis ao clamor público (provocado e ao mesmo tempo repercutido pela imprensa) no sentido de que crimes que tenham merecido maior atenção da mídia sejam punidos rápida e exemplarmente, ainda que a condenação esteja pautada nas versões dos fatos inicialmente divulgadas (aquelas apuradas pela polícia ou pelos próprios jornalistas), e que sejam desprezadas as garantias do devido processo legal. (...)

A doutrina utiliza, ainda, a figura da usurpação da função judicial pela imprensa e da mudança indevida do *locus* do julgamento para caracterizar o *trial by media*. Ocorre assim a instauração de um processo paralelo (na Espanha, denominado *juicio paralelo*) conduzido sem respeito às garantias, pressionando-se a seguir o judiciário para acatar o veredicto propugnado pela opinião pública, impossibilitando que o julgamento se dê em adequado ambiente de serenidade.⁶⁰

A apuração sumária dos supostos fatos e também da autoria, fundamentada somente em dados iniciais da investigação policial, é suficiente

⁵⁹ SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Op. Cit, p. 211.

⁶⁰ SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Op. Cit, p. 372 e 375.

para que a imprensa imponha a culpa ao apresentado, sem qualquer possibilidade de defesa.

A sentença jurisdicional, no entanto, deve ser resultado de um procedimento dialógico, com confrontação das teses e provas trazidas pelas partes com o fim de se convencer o juízo, terceiro e imparcial.

O seu distanciamento da verdade apreendida pela imprensa fora do processo é imprescindível para que a decisão condenatória seja fixada em procedimento cognitivo imparcial.

A captura não autorizada (de imagens, vozes, comunicações telefônicas) pode, porém, influenciar indevidamente o juiz, consciente ou inconscientemente, ou mesmo fomentar pressão da opinião pública por condenações não suportadas pelo devido processo legal.

Pelo que se nota, portanto, a ordem normativa brasileira impede a execução das apresentações formais pela Polícia, sendo papel das agências jurídicas coibir a prática com o fim de limitar a reprodução de preconceitos e estigmas, bem como proteger o devido processo legal de influências externas e da utilização de materiais processualmente ilícitos.

9. Conclusões

À vista da discussão trazida no presente trabalho que entrelaça a psicologia social e a criminologia para avaliar o fenômeno das apresentações da imagem e voz de pessoas presas à mídia, podemos destacar as seguintes conclusões:

- As investigações das teorias criminológicas da reação social encontram fundamento inicial em categorias da psicologia social, sobretudo no conceito de estigma, de Erving Goffman;
- O conceito de estigma tem direta relação com outras categorias da psicologia social como preconceito, estereótipos, rotulação, discriminação e erro fundamental de atribuição;
- A cerimônia espetacular midiática – com a apresentação pela Polícia da imagem da pessoa presa, com o uniforme do sistema prisional, com a ostentação de armas e insígnias policiais, e ainda manchetes emotivas e hiperbólicas – influencia na formação preconceituosa de estereótipos de pessoas desviantes no seio das interações sociais;
- Essa influência tem amparo na autoridade institucional da imprensa e da polícia, e encontra raízes também no fenôme-

no do mundo justo e no apelo emocional e imagético das reportagens policiais;

- O sensacionalismo da imprensa e da polícia colaboram para a auto-introjeção do papel social marginalizado e do estigma criminoso que é atribuído à pessoa presa;
- Aos olhos da criminologia da reação social, as chamadas “apresentações formais” de pessoas presas pela polícia às lentes e microfones da imprensa constituem em trabalho orquestrado entre o sistema de controle formal e o sistema de controle informal do desvio, em favor da construção do estigma;
- Para a Criminologia Crítica, por sua vez, se pode concluir que tais apresentações constituem, não um mecanismo de construção de uma metarregra não escrita (o estigma), mas sim um mecanismo de conservação do sistema econômico e de poder, controlado pelas forças dominantes;
- O ordenamento jurídico brasileiro impede a realização ampla e irrestrita de apresentações das pessoas presas pela polícia à imprensa. A proibição tem amparo não apenas na legislação nacional como também na Constituição e na normativa internacional;
- A apresentação da imagem/voz da pessoa presa pela polícia viola o direito de imagem, o direito à privacidade e a proibição do tratamento desumano ou degradante;
- A espetacularização midiática possui forte influência sobre as investigações policiais e sobre os processos criminais, podendo influenciar sobremaneira o deslinde da ação penal.
- Por essa razão, a apresentação da imagem/voz da pessoa presa encontra óbice, também, nos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, sendo vedado o julgamento paralelo pela imprensa (Trial By Media);

Referências

BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas*. Um estudo sobre os preconceitos. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BROWN, Stephen E; ESBENSEN, Finn-Aage; GEIS, Gilbert. *Criminology: explaining crime and its context*. 7. Ed. Ohio: LexisNexis, 2010

CARDOSO, Helio; SIQUEIRA, Ranyella de. O conceito de estigma como processo social: uma aproximação teórica a partir da literatura norte-americana. *Revista Imagonautas. Revista interdisciplinaria sobre imaginarios sociales*. 2 (1). Vigo: 2011, p.92-113.

CASTRO, Lola Anyar de. *Criminologia da reação social*; trad. Ester Kosovski. Rio De Janeiro. Forense, 1983.

CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. *O Direito Produto da Notícia: A morte estampada nos jornais*. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG, 2014. (Dissertação de Mestrado).

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: Homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

LEMERT, Edwin. *Social Pathology: A systematic approach to the theory of Sociopathic behavior*. 1ª Ed. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1951

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES, Mônica Sette; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. *A sintonia do crime e do direito num programa de rádio*. In: LOPES, Mônica Sette; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTANA, Eder Fernandes. *Representações da Violência*. Direito, Literatura, Cinema e outras artes. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MYERS, David G. *Psicologia Social*. (Trad) Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa. 10 ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

MYERS, David G. *Psicologia*. (Trad). Daniel Argolo Estil; Heitor M. Câmara. 9ª Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

RODRIGUES, Aroldo. *Psicologia Social*. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIANA, Eduardo. *Criminologia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

VIANNA, Túlio; SARKIS, Jamilla. *Execrando suspeitos para atrair audiência: o uso de concessões públicas de TV para a prática de violações ao direito constitucional à imagem*. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PARTE 4

RESENHA

RESENHA DE GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. CURSOS CAUSALES IRREGULARES E IMPUTACIÓN OBJETIVA. MONTEVIDEO/BUENOS AIRES: B DE F, 2011.^{1, 2}

DOI: 10.46274/1809-192XRICP2019v4p431-446

Gustavo de Oliveira Quandt
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Defensor Público Federal.

Recebido em: 12/06/2019

Aprovado em: 29/08/2019

Última versão do autor em: 30/08/2019

1. Introdução

A editora B de F publicou há alguns anos mais uma contribuição do espanhol Enrique Gimbernat Ordeig para a teoria da imputação objetiva. Apesar do tempo decorrido, vários fatores atraem interesse para a publicação. Em primeiro lugar, Gimbernat contribuiu decisivamente para o desenvolvimento da teoria ao trazer para o Direito Penal o critério do âmbito de proteção da norma, amplamente exposto em seu famoso

¹ Publicado originalmente no Anuario de Derecho penal y ciencias penales (ADPCP), t. 63, fasc. 1, 2010, p. 15-94. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3842863>. A versão do ADPCP contém uma nota explicativa da origem do trabalho (p. 15, nota 1). Já a edição da B de F contém um prólogo, correspondente ao pronunciamento do autor por ocasião da homenagem pelo seu aniversário de 70 anos. Outras pequenas diferenças são o fato de que, na edição da B de F, a numeração das notas se reinicia a cada capítulo, e na versão do ADPCP os capítulos são apresentados como simples tópicos. Notamos ainda pequenas revisões (como do final do primeiro parágrafo do item IV A 1 *b a c c c* (p. 64 na edição da B de F e p. 50 na versão do ADPCP).V., por fim, a nota 19 *infra*.

² Há resenha de Diego González Lillo, publicada na Revista de Derecho penal y Criminología, 3ª época, n. 11 (jan. 2014), p. 537-540. Disponível em <http://e-spacio.uned.es/fez/collection/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-11>.

trabalho de 1966.³ Nessa mesma obra, o problema dos desvios causais nos crimes culposos havia sido expressamente deixado de lado, com a afirmação de que, naquele momento, talvez fosse mesmo insolúvel;⁴ no texto ora resenhado, o autor não apenas enfrenta a questão, como afirma descrever que haja problemas insolúveis.⁵ Além disso – ou apesar disso – o autor defende uma versão mais restrita da teoria da imputação objetiva do que a doutrina dominante,⁶ exposta ao longo de numerosas contribuições.⁷ Por fim, o problema em si, como adverte o próprio autor, é enfrentado pela doutrina e jurisprudência “desde sempre”,⁸ e a tentativa de resolvê-lo por um mestre do quilate de Gimbernat não pode deixar de atrair a atenção.

O próprio texto não deixa esquecer que o leitor tem em mãos o trabalho de um dos mais prestigiosos penalistas espanhóis das últimas décadas: como teria dito Jean Bernoulli a respeito de Newton, *tanquam ex ungue leonem*.⁹ Se esta resenha se concentra na crítica, é justamente porque as qualidades do trabalho são aquelas que se esperam de um autor que há cinquenta anos ocupa o topo do panteão do Direito Penal.

2. Conteúdo da obra

O texto principia com a exposição do problema dos cursos causais irregulares e a indicação das diferentes abordagens doutrinárias com que se tentou resolvê-lo: teoria do erro sobre o curso causal, teorias da causalidade diversas da teoria da equivalência das condições (amplamente

³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid: Reus, 1966 (há reimpressão pela ECERA de Madrid, de 1990, e reedição inalterada pela B de F de Montevideo/Buenos Aires, de 2007).

⁴ Nota 3, p. 157: “es posible, incluso, que en el presente estadio de la ciencia del Derecho penal no sea siquiera factible llegar a una solución satisfactoria”.

⁵ P. 14 (sem correspondência na versão do ADPCP, cf. nota 1).

⁶ V. especialmente o capítulo V da obra resenhada.

⁷ Uma relação abrangente, embora incompleta, das obras de Gimbernat, está disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=97494>. Um rol presumivelmente completo até 2008 se encontra em GARCÍA VALDÉS, Carlos; RIEZU, Antonio Cuerda; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Rafael; VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer, 2008, t. I, p. XIX.

⁸ P. 19 (p. 17 no ADPCP).

⁹ V., entre vários outros, BECKMANN, Petr. *A history of pi*. New York: Barnes & Noble, 1993, p. 139.

discutidas no trabalho de 1966)¹⁰ e teoria da imputação objetiva, que é a adotada na obra.

No segundo capítulo, apresentam-se brevemente (2 p.) os grupos de casos em que o problema será subdividido: (1) lesões perigosas para a vida infligidas com dolo de matar, que produzem a morte com a interferência da conduta de terceiros ou da vítima; (2) o mesmo que no primeiro caso, mas com lesões não perigosas; (3) lesões dolosas não perigosas para a vida infligidas sem dolo de matar que produzem a morte com a interferência da conduta de terceiros ou da vítima, ou da predisposição física desfavorável desta; (4) lesões gravíssimas produzidas culposamente que produzem a morte com a interferência da conduta de terceiros ou da vítima, ou da predisposição física desfavorável desta; (5) o mesmo que no caso anterior, mas com lesões que não oferecem risco de morte.¹¹ A principal utilidade desse breve capítulo é precisar o título da obra e indicar de forma tácita quais são os cursos causais irregulares a que o texto se dedica: intervenção dolosa ou imprudente de um terceiro ou da própria vítima e predisposição física desfavorável desta. Há certa falta de uniformidade no desdobramento em grupos de casos: a predisposição física desfavorável da vítima não é mencionada quando a ação dolosa é de matar (subentendendo-se, talvez, que nesses casos ela é irrelevante, na visão de Gimbernat); a natureza das lesões inicialmente causadas ora é descrita em razão do perigo de vida que oferecem, ora por sua gravidade (grupo 4). Além disso, constata-se a ausência de um grupo de casos que complementa o de n.º. 3, consistente na produção de lesões dolosas *perigosas para a vida* infligidas sem dolo de matar. Supomos que Gimbernat imaginou que, sendo perigosas as lesões, elas importavam em dolo de matar, pois este tradicionalmente se deduz das circunstâncias.¹² Ocorre que as circunstâncias indicativas do dolo de matar ou de sua ausência no caso concreto não se identificam com a gravidade imediata das lesões efetivamente causadas: se, durante uma discussão, o agente arremessa uma pedra pesada na direção da ví-

¹⁰ Nota 3 supra.

¹¹ P. 23 (p. 19 no ADPCP).

¹² Cf. nosso art. 129, § 3º, ou o art. 81, 1º, b, do CP argentino. Ambos dispositivos tratam da morte da vítima resultante de lesão corporal infligida sem dolo de homicídio. O texto argentino dispõe: “Art. 81. - 1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: (...) b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, *cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte*”.

tima sem fazer muita pontaria, acertando-lhe justamente a cabeça e lhe causando um traumatismo cranioencefálico, que afinal leva a vítima à morte,¹³ tem-se que os meios não eram indicativos do dolo de matar, mas a lesão efetivamente causada era apta, desde o princípio, a provocar a morte que veio a ocorrer.

No terceiro capítulo, são expostos sucintamente os critérios defendidos em doutrina para resolver os problemas em discussão.¹⁴ Essa exposição não é muito fortemente conectada ao restante da obra, retomando-se apenas no final do capítulo IV.¹⁵ Além disso, algumas teorias são expostas com simples remissão a outras obras do próprio Gimbernat¹⁶; não há grande esforço para distinguir uma teoria da outra; e não se observa a divisão em grupos de casos do capítulo anterior, que fica um tanto deslocado. Na prática, esse capítulo antes ilustra a controvérsia doutrinária referida ao princípio¹⁷ do que efetivamente estabelece um debate direto com cada proposta sumariada.

É no capítulo IV que cada um dos grupos de casos é enfrentado.¹⁸ Trata-se do mais extenso capítulo do livro, e sua leitura, embora instigante, é algo perturbada pela excessiva ramificação da exposição: temos dúvida de que um texto de 100 páginas (80 no ADPCP) realmente exija uma estrutura de tópicos em seis níveis, especialmente se o próprio sumário do livro (p. 9) se limita aos 3 primeiros.¹⁹ A localização de cada tópico indicado nas numerosas referências cruzadas tampouco é favorecida pela formatação adotada pelo autor: na p. 47, por exemplo, tem-se o item *aaa* do item *bb* do item *a* do item 1 do item A do capítulo IV. Já a repetição dos casos enfrentados pela jurisprudência espanhola poderia

¹³ TJSC, apelação criminal 97.009883-9, 1ª câmara criminal, rel. Paulo Gallotti, j. 14/10/1997. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br>. O detalhe de não ter sido visada especificamente a cabeça é acréscimo nosso.

¹⁴ P. 25 (p. 20 no ADPCP).

¹⁵ P. 108 (p. 84 no ADPCP).

¹⁶ É o caso da teoria da continuidade de Ingeborg Puppe, exposta e criticada por Gimbernat no trabalho *Fin de la protección de la norma e imputación objetiva*. ADPCP 61, fasc. 1, 2008, p. 5-30. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3004297>.

¹⁷ Cf. nota 8 supra.

¹⁸ P. 37 (p. 29 no ADPCP).

¹⁹ O sumário do ADPCP os arrola todos, mas em contrapartida não indica os números de página. Até mesmo o autor acaba traído pela estrutura que adota: as pp. 100-101 contêm 4 erros nas referências cruzadas, e o item IV B 3 *c* deveria ser IV B 3 *c* (p. 103 – p. 80 no ADPCP).

ser evitada com o expediente adotado por Manuel Cancio Meliá, qual seja, de expor todos os casos e depois apenas aludir a eles; com isso, o singelo capítulo II ganharia alguma importância.²⁰ Além disso, não há consistência alguma desse capítulo com a apresentação dos grupos de casos no capítulo II, seja quanto à sequência (o grupo indicado como 3 acima é tratado antes do grupo 2, a mesma inversão ocorrendo com os grupos 4 e 5), seja quanto à exata delimitação: no capítulo IV, o grupo 2 inclui as hipóteses de predisposição física desfavorável da vítima,²¹ não mencionada no capítulo II;²² no capítulo IV, se menciona ocasionalmente, além do terceiro e da vítima, “uma pessoa do entorno desta”,²³ o que não se fez no capítulo II; nos itens IV A 3 e IV B 3 b, abordam-se as situações de lesão que, num curso causal irregular, sofre agravação sem óbito da vítima, ao passo que no capítulo II o desfecho desses grupos de casos (2, 4 e 5) era sempre a morte. Por fim, uma certa hipótese (resultado causado dolosamente por terceiros ou pela vítima) é destacada dos grupos 4 e 5 (relativos às condutas imprudentes do primeiro agressor) e resolvida conjuntamente para ambos.²⁴ A bem da verdade, o breve capítulo II, fora de lugar e inobservado pelo próprio autor nos capítulos III e IV, talvez pudesse suprimir-se, sem prejuízo da necessária padronização dos grupos de casos do capítulo IV.

O autor baseia o capítulo IV em cinco ideias gerais: a gravidade inicial das lesões (presente já na divisão dos grupos de casos), a dogmática da desistência voluntária,²⁵ a contraposição entre a incriminação do homicídio

²⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona-Bogotá: J. M. Bosch-Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 36.

²¹ P. 82 (p. 64 no ADPCP).

²² P. 23 (p. 19 no ADPCP).

²³ P. 37 e 58 – p. 29 e 45 no ADPCP. Não vimos motivo algum para distinguir essas pessoas do entorno da vítima dos terceiros *sic et simpliciter*. Parece-nos que a inspiração dessa referência expressa é o caso da p. 62 (p. 49 no ADPCP), em que a esposa do ofendido, que estava em coma, falhou ao não o levar imediatamente ao médico.

²⁴ P. 89 (p. 70 no ADPCP).

²⁵ Aí compreendida, como geralmente sucede entre os autores espanhóis, o arrependimento eficaz: v., no texto resenhado, a p. 47 (p. 37 no ADPCP), bem como MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *El desistimiento en Derecho penal: estudio de algunos de sus problemas fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1994, p. 116; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho penal español: Parte General*, v. II. Madrid: Dykinson, 2009, cap. XIII/2019, p. 119; BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho penal: Parte General*. Madrid: Civitas, 2010, p. 963.

e do auxílio ao suicídio, o âmbito de proteção da norma e a previsibilidade. O primeiro grupo de casos (lesões perigosas para a vida, infligidas com dolo de homicídio) é resolvido da seguinte forma: a intervenção ativa ou omissiva negligente de terceiros ou da própria vítima ou a predisposição física desfavorável desta não impede a punição do primeiro agente por homicídio doloso consumado. No texto, essa conclusão é deduzida da disciplina legal da desistência voluntária: segundo Gimbernat, a lei exonera o agente do resultado unicamente quando ele é bem sucedido no impedimento de sua superveniência; se sua ação salvadora fracassa, responde pelo resultado. Assim, se até mesmo o agente arrependido que se esforça seriamente para salvar a vítima é punido por crime consumado se não obtiver êxito, os desvios causais já referidos não poderão beneficiar um agente que sequer desistiu.²⁶ A solução é original e instigante, mas não convence, porque ela busca no instituto da desistência mais do que ele pode oferecer. Com efeito, a particularidade da desistência é seu poder de impedir a punição também pela *tentativa*; se o agente consegue impedir o resultado, é evidente que não responderá pela ocorrência deste, sem necessidade alguma de se examinarem quaisquer outros requisitos da desistência. E, mesmo no caso de desistência *ineficaz*, o agente só responderá pelo resultado se este for objetivamente imputável à conduta daquele, que é justamente o problema que Gimbernat se propôs a resolver. Assim, não é possível fazer um paralelo *a maiori, ad minus* com a desistência voluntária, pois os seus requisitos são exigidos para a não punição pela própria tentativa, e não apenas para a exoneração da responsabilidade pelo resultado. Nesse contexto, a afirmação de que o sujeito deve responder pelo resultado decorrente de um desvio causal porque o mesmo ocorreria na hipótese de desistência ineficaz, contém uma petição de princípio.²⁷

A independência do problema do desvio do curso causal em relação à desistência pode ser demonstrada naqueles casos em que Gimbernat reconhece a exclusão da imputação (cf. próximo parágrafo): se o agente se arrepende e leva a vítima, em quem desferira facada que criou sério risco de morte, ao hospital, e ali o médico a mata dolosamente – hipótese em que Gimbernat invoca o critério do âmbito de proteção da norma para negar a imputação da morte à conduta do primeiro agente – o problema da eficácia da desistência para impedir a punição do agente arrependido por tentativa de homicídio permanece intacto.

²⁶ P. 47 e 53 (p. 37 e 41 no ADPCP).

²⁷ O argumento da desistência tampouco convenceu a González (nota 2, p. 538).

Ainda nesse primeiro grupo de casos (lesões perigosas para a vida, infligidas com dolo de homicídio), o autor abre exceção para as atuações dolosas subsequentes de terceiro ou da própria vítima: se um terceiro aproveita a situação (p. ex., internação da vítima) para dolosamente matá-la, o resultado fatal não se compreende no âmbito de proteção da norma que proibia o primeiro agente de ferir a vítima, e não é imputável a este.²⁸ Da mesma forma, se a vítima aproveita as lesões para deixar-se sacrificar, ela comete um suicídio, e o agente que a ferira não responde pelo resultado, pois o fato deixa de ser regido pelas normas que incriminam o homicídio e passam a reger-se pelas regras que punem o auxílio ao suicídio, cujos pressupostos não estão preenchidos no caso.²⁹

Essa exceção também merece alguns comentários. Nota-se, antes de mais nada, sua escassa relevância prática: o texto alude apenas a um caso real em que a vítima de lesões potencialmente fatais era testemunha de Jeová e seu irmão, após tentar sem sucesso impedir que os médicos iniciassem a transfusão de sangue, arrancou o cateter do braço da vítima, levando-a à morte.³⁰ De fato, não é normal que um terceiro tente matar uma pessoa hospitalizada, nem que a vítima aproveite as lesões que sofreu e deliberadamente espere a morte.³¹ O segundo problema é que o argumento empregado pelo autor – de que essas mortes provocadas por terceiros ou pela vítima não constituem a razão pela qual o legislador proíbe a infligência de lesões e não se compreendem no âmbito de proteção da norma – certamente convence nos casos clássicos do acidente de trânsito a caminho do hospital, ou de incêndio no nosocômio,³² tratados no Brasil pela regra do art. 13, § 1º,³³ mas não está claro que os cursos causais irregulares abordados no texto realmente equivalham aos do exemplo dado. De fato, se o enfermeiro, reconhecendo no paciente um desafeto, ministra-lhe um veneno fatal, não há dúvida de que a

²⁸ P. 51 e 56 (p. 40 e 44 no ADPCP).

²⁹ P. 57 (p. 45 no ADPCP).

³⁰ P. 42 (p. 33 no ADPCP).

³¹ No exame do 3º grupo de casos, Gimbernat apresenta um exemplo real mais corriqueiro de agravação proposital por parte da vítima: o do ofendido que retarda a cura das feridas que sofreu com o fim de ampliar a responsabilidade do agressor (p. 79, nota 29 – p. 62, nota 88, no ADPCP).

³² P. 51 (p. 40 no ADPCP).

³³ Resolvendo o exemplo do incêndio no hospital segundo o art. 13, § 1º, NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, nota 14 ao art. 13.

morte por envenenamento não é creditável ao agressor original, pois a lesão inicial se limita a explicar o “quando” e o “onde” da segunda conduta, a qual “basta, sem recorrer à condição anterior posta pelo agente, para explicar o resultado”, segundo a lição clássica de Aníbal Bruno.³⁴ Já no caso analisado por Gimbernat, em que a ação do irmão da vítima consistiu em impedir a transfusão de sangue, propiciando que o curso causal inaugurado pelo primeiro agressor prosseguisse e a levasse à morte, o comportamento do primeiro agente não se limita a oferecer a ocasião ou o pretexto para a segunda conduta. Diante disso, surgem duas dúvidas: não fica claro que a eventual responsabilidade do irmão da vítima realmente exclua a do primeiro agressor, isto é, que a conduta dele de fato crie um novo risco não compreendido naquele risco proibido criado pela primeira agressão; além disso, a afirmação da responsabilidade do segundo interveniente nem sempre é simples, de modo que, ainda que se aceite o argumento de Gimbernat, pode ocorrer simples transferência do problema. Isso porque, como se verifica especialmente nos comentários relativos ao suicídio,³⁵ o autor parece ter em vista tanto as condutas ativas como as passivas,³⁶ e determinar se o médico que sonega um tratamento (porque a vítima não quer ou não pode assinar um cheque-caução, por exemplo) responde por homicídio doloso passa por uma série notável de dificuldades, que vão desde a apuração dos problemas da causalidade na omissão imprópria³⁷ até a distinção entre dolo e culpa. Quanto à exclusão da responsabilidade do primeiro agente pelo resultado (preservando-se apenas a punição por tentativa) no caso de “suicídio” da vítima, há o problema de definir se a não adesão ao tratamento, pela vítima, constitui conceitualmente um suicídio;³⁸ além disso, nos eventuais casos reais em que o problema ocorra

³⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, t. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 333.

³⁵ Cf. nota 29 supra.

³⁶ O que se ajusta ao conceito de comportamento proposto por ele em outro trabalho: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*. ADPCP 40, fasc. 3, 1987, p. 579-608. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46309>.

³⁷ V. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*. ADPCP 53, fasc. 1, 2000, p. 29-132. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=647708>.

³⁸ Destacando que nem toda provocação da própria morte é um suicídio no sentido jurídico-penal do termo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros*. ADPCP 40, fasc. 2, 1987, p. 451-477. Disponível em https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.

decerto a agressão inicial contribuirá para a opção da vítima pela morte (pense-se no sujeito amante de esportes, trilhas e acampamentos, que sofre agressões severamente incapacitantes que lhe impedirão de realizar as atividades que davam sentido à sua vida), apartando-se claramente daqueles exemplos como o do incêndio do hospital, em que a agressão inicial apenas explica o “onde” e o “quando” da concausa superveniente.

Em seguida, o autor aborda o terceiro grupo de casos identificado no capítulo II³⁹ (lesões dolosas não perigosas para a vida, infligidas sem dolo de matar, que produzem a morte com a interferência da conduta de terceiros ou da vítima, ou da predisposição física desfavorável desta), destacando que não é possível a punição por homicídio doloso, uma vez que não havia dolo. Essa ressalva parece um pouco ingênua, mas se justifica em razão do fato de que, até recentemente, a jurisprudência dominante na Espanha tratava nossa lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º) como homicídio doloso, reduzindo a pena pela “atenuante da preterintencionalidade”;⁴⁰ desde a reforma de 1983, esses fatos se desdobram em lesão corporal dolosa em concurso com homicídio culposo.⁴¹

php?id=P_1987_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES&fasc=2.V. tb. Cancio Meliá, Manuel. Obra citada na nota 20, p. 68.

³⁹ Como adiantado, no capítulo IV não se observa a ordenação proposta no capítulo II.

⁴⁰ Um bom resumo em AMBOS, Kai. *Preterintencionalidade e qualificação pelo resultado: reflexões jurídico-comparadas*. In: AMBOS, Kai. *Direito Penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p. 191-236. Há versão em castelhano: *Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: reflexiones desde el Derecho comparado*. Indret: Revista para el análisis del derecho, 2006, n. 3. Disponível em http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/. Esse texto foi publicado também em português: *Preterintencionalidade e qualificação pelo resultado: reflexões jurídico-comparadas*. In: AMBOS, Kai. *Direito Penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p. 191-236. Para uma exposição exaustiva da jurisprudência anterior à reforma de 1983, v. PERIS RIERA, Jaime Miguel. *La preterintencionalidad: planteamiento, desarrollo y estado actual (tendencias restrictivas en favor de la penetración en el elemento subjetivo)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, *passim*.

⁴¹ Convém aqui fazer ainda mais uma advertência ao leitor brasileiro, para que não estranhe algumas das soluções mencionadas no tópico IV A 2, especialmente a partir do item *a*, e no subsequente (IV A 3): no Direito espanhol vigente, praticamente não há crimes agravados pelo resultado, e as lesões corporais culposas se dividem conforme a gravidade, tal como as dolosas. Em razão disso, se um sujeito desferir um soco no olho da vítima sem dolo de lhe causar cegueira, mas esse resultado sobrevém e é reputado previsível, o agente é punido por lesão corporal dolosa leve em concurso com lesão corporal culposa grave (solução dada pelo tribunal recorrido na decisão mencionada na p. 79, nota 28 – p. 61, nota 87, no ADPCP).

Assim, o autor conclui que se aplica a dogmática do crime culposo, sem necessidade alguma de recurso à teoria da imputação objetiva, e que o decisivo é a previsibilidade. Aqui se percebe a fidelidade às ideias da obra de 1966,⁴² que já separava a dogmática do crime culposo da teoria da imputação objetiva, adotando-se uma concepção mais estrita dessa teoria do que outros autores – como Roxin, que propõe a completa absorção da teoria do crime culposo pela da imputação objetiva,⁴³ ou Frisch, que questiona a estranha duplicação de temas de manuais que, adotando a teoria da imputação objetiva, não reformulam inteiramente a exposição do crime culposo.⁴⁴ Supomos que o grupo de casos omitido no capítulo II (lesões dolosas perigosas para a vida infligidas sem dolo de matar) se inseriria neste mesmo tópico. De resto, descremos da capacidade de rendimento do critério da previsibilidade, pela falta de definição quanto ao grau de probabilidade exigido para que se afirme que algo é previsível, pela impossibilidade de mensuração da probabilidade de praticamente qualquer fato real,⁴⁵ e pela falta de critérios na delimitação dos aspectos cuja previsibilidade se exige.⁴⁶

Feitas essas considerações, o autor parte para o segundo grupo de casos identificado no capítulo II (lesões não perigosas para a vida, infli-

No Brasil, haveria o crime único de lesão corporal dolosa agravada pelo resultado culposo (art. 129, § 1º, III, c/c art. 19). Sobre o esforço de eliminação dos crimes agravados pelo resultado na Espanha, v. o trabalho de Ambos referido na nota anterior, p. 16 e ss. (214 e ss. da versão brasileira); v. tb. SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio. *Comentários ao art. 11*. In: Cobo del Rosal, Manuel (dir.). *Comentarios al Código penal*, t. I. Madrid: Edersa, 1999, p. 165-206.

⁴² Nota 3.

⁴³ ROXIN, Claus. *A teoria da imputação objetiva*. RBCC 38, abr.-jun. 2002, p. 11-31 (reunido nos Estudos de Direito penal, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006, p. 101-131). Esse trabalho é expressamente criticado por Gimbernat no capítulo V.

⁴⁴ FRISCH, Wolfgang. *Lo fascinante, lo acertado y lo problemático de la teoría de la imputación objetiva del resultado*. In: Sancinetti (org.). *Causalidad, riesgo e imputación*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 353. Há versão avulsa com o título *Desvalorar e imputar*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006, e a passagem em questão está na p. 14.

⁴⁵ em QUANDT, Gustavo de Oliveira. Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva: algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no REsp 1.094.758. RBCC 106, jan.-fev. 2014, p. 297-326

⁴⁶ Esses aspectos são reconhecidos em alguma medida pelo próprio Gimbernat em sua obra de 1966 (nota 3, p. 38). Veja-se nossa extensa crítica ao critério da previsibilidade em QUANDT, Gustavo de Oliveira. Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva: algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no REsp 1.094.758. RBCC 106, jan.-fev. 2014, p. 297-326.

gidas com dolo de homicídio, e que causam a morte com a interferência da ação de terceiros, da vítima ou da predisposição física desfavorável desta). Pondera que, como as lesões não eram potencialmente mortais, não havia possibilidade de desistência voluntária, de modo que o tratamento do primeiro grupo de casos não se aplica. Resolve esse grupo de casos da mesma maneira que o terceiro, recorrendo à previsibilidade e imputando a morte da vítima a título de homicídio culposo, em concurso com a anterior tentativa de homicídio, se tal morte era previsível.

Tal como no primeiro grupo de casos, a referência à desistência é pouco convincente. Preliminarmente, deve-se observar que, se o agente desferiu uma facada na vítima pretendendo matá-la, mas apenas a arranha, e se detém nesse único golpe, já existe aí a desistência voluntária. Assim, é preciso limitar-se aos casos em que o agente não pôde prosseguir no ataque por circunstâncias alheias à própria vontade (como um franco-atirador que acerta a vítima de raspão e em seguida perde-a do alcance, sendo-lhe impossível alvejá-la novamente). Feito esse reparo, constata-se que a solução de Gimbernat consistente na punição por homicídio tentado em concurso com homicídio culposo – ambos os homicídios consistentes exatamente na mesma conduta de ferir – é contraintuitiva, para dizer o mínimo, e se afasta claramente das noções correntes de criação e realização do risco não permitido: se a morte da vítima, ainda que favorecida por circunstâncias anormais, puder ser imputada objetivamente ao comportamento inicial do autor (no exemplo dado, à facada superficial desferida com dolo de homicídio), é necessária uma justificação adicional para afastar a punição por homicídio doloso consumado, pois o fato é que o agente quis matar e matou. Na solução de Gimbernat, a conduta de ferir levemente pode ser suficiente para reconhecer-se um homicídio culposo, se fatores anormais importarem no agravamento da lesão, mas não basta para a identificação do homicídio doloso consumado. No entanto, quando a doutrina propõe diferentes critérios para a imputação do resultado à conduta nos crimes dolosos e nos crimes culposos, essa cisão geralmente se volta a estabelecer regras mais favoráveis ao agente nos crimes culposos que nos crimes dolosos, e não o contrário.⁴⁷ Assim, parece-nos que a afirmação de que a morte da vítima é imputável a título de culpa, mas não a título de dolo, não se explica apenas pela gravidade

⁴⁷ V., p. ex., SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*. In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Technos, 2002, p. 86.

inicial das lesões infligidas e nem pelas regras da imputação objetiva, e sim por alguma consideração relativa à relevância dos desvios causais no âmbito do dolo. A obra resenhada não adentra esse tema,⁴⁸ e a solução desse segundo grupo de casos fica a depender de fundamentação adicional e, tal como proposta, não nos convenceu.

Em verdade, uma vez que o recurso à dogmática da desistência é inconclusivo, o próprio critério da gravidade das lesões desferidas carece de fundamentação. Gimbernat identifica a gravidade das lesões “em si” e por elas distingue se o agente responderá por praticamente tudo que acontecerá com a vítima – excetuada a intervenção dolosa dela mesma ou de terceiros – ou se a valoração do fato será interrompida na produção dessas lesões e reiniciada autonomamente em caso de agravação delas. Infelizmente, a determinação da gravidade das lesões “em si” não é algo simples, especialmente porque é sabido – e essa é justamente a temática do trabalho de Gimbernat – que lesões “em si” leves podem ser fatais.⁴⁹ Se esse critério se quisesse levar adiante, seria preciso detalhar melhor as formas de iteração das lesões com os fatores desviantes do curso causal, além de estabelecer com maior clareza o que são “lesões em si perigosas para a vida”. Nesse ponto, o livro resenhado ilustra perfeitamente um aspecto duvidoso que macula muitas das exposições disponíveis da teoria da imputação objetiva: usando expressões vagas relativas ao risco, reintroduzem exatamente aquilo que a vitória da teoria da equivalência das condições banuiu – a distinção entre causas diretas e remotas, entre causa e ocasião, entre causa e condição.

Além disso, o critério de âmbito de proteção da norma é extremamente propenso a fundamentar petições de princípio. Veja-se o seguinte trecho:⁵⁰

(...) cuando el legislador prohíbe que se dispare contra la cabeza de otra persona o que se la apuñale en el abdomen, lo hace con el fin de evitar la muerte de la víctima a consecuencia de las heridas sufridas o de los incidentes que puedan surgir en su proceso de curación, ya que el disparar contra otro o apuñalarle, no aumenta en nada el riesgo de perecer a conse-

⁴⁸ De fato, em um ponto no qual seria preciso detalhar o problema da previsibilidade, Gimbernat adverte que “se trata de un problema de dogmática de la imprudencia y no de imputación objetiva, que es la materia de que me estoy ocupando en este trabajo” (p. 88 – p. 69 no ADPCP).

⁴⁹ V. todavia os breves esforços na p. 47 (p. 37 no ADPCP).

⁵⁰ P. 56 e 116 (p. 44 e 89 no ADPCP).

cuencia de un asesinato cometido por una tercera persona o de ser embestido por la imprudencia de un ulterior conductor que le provoca directamente la muerte.

No excerto transcrito, Gimbernat efetua um recorte que conduz inexoravelmente à conclusão, mas que não está, ele mesmo, devidamente fundamentado.⁵¹

Por fim, o autor aborda a temática das lesões imprudentes. O último grupo de casos descrito no capítulo II⁵² (lesões culposas que não oferecem risco de vida e que produzem a morte com a interferência da conduta de terceiros ou da vítima, ou da predisposição física desfavorável desta) é identificado como das lesões não letais produzidas dolosamente, mas sem dolo de homicídio (ou seja, ao terceiro grupo de casos).⁵³ Nem poderia ser diferente, pois, conforme já indicado acima, no Direito espanhol a morte decorrente de lesão corporal infligida sem dolo de matar é tratada como homicídio culposo.

Para o quarto ou penúltimo grupo de casos (lesões culposas perigosas para a vida e que produzem a morte com a interferência da conduta de terceiros ou da vítima, ou da predisposição física desfavorável desta), o autor propõe que apenas um erro médico grosseiro, que poderia igualmente produzir a morte se as lesões iniciais fossem brandas, impede a imputação do resultado ao autor original.⁵⁴

No capítulo V, o autor polemiza com Roxin e com a pretensão desse autor de substituir o critério da previsibilidade pela sua teoria da imputação objetiva⁵⁵. Cremos que cada autor tem uma parcela de razão. Gimbernat está correto ao afirmar que a teoria da imputação objetiva não é “a purga de Benito”, e que o conceito de previsibilidade criticado por Roxin (previsível é tudo que for fisicamente possível) não é o conceito que a doutrina utiliza.⁵⁶ Contudo, como já adiantamos no

⁵¹ Essa, aliás, a nossa crítica veiculada no trabalho da nota 45 à decisão nele analisada.

⁵² V. a advertência da nota 39 supra.

⁵³ P. 89 (p. 70 no ADPCP).

⁵⁴ P. 96 (p. 75 no ADPCP).

⁵⁵ V. nota 43.

⁵⁶ Melhor dizendo, não é o conceito que a doutrina afirma utilizar. No entanto, sobretudo na exposição da teoria da causalidade adequada (que Gimbernat, em seu trabalho de 1966, havia identificado com a noção de previsibilidade: nota 3, p. 53), é palpável o esforço dos autores de expandir o conceito de adequação, de modo que praticamente nada é excluído por imprevisibilidade. Esse aspecto é

texto, existem vários aspectos da previsibilidade que a doutrina jamais resolveu a contento, e é difícil evitar a suspeita de que esse critério na verdade esconda as decisões valorativas verdadeiramente importantes. Quando Gimbernat, ao tratar do 4º grupo de casos, proclama a previsibilidade do erro médico leve e a imprevisibilidade do erro grosseiro, parece aproveitar-se da vagueza da noção de previsibilidade para justificar uma solução meramente intuitiva.⁵⁷

3. Conclusões

Essas as linhas gerais do trabalho. Cremos que ele possui vários méritos, mas o principal deles é expor involuntariamente alguns problemas encontrados em diversas formulações da teoria da imputação objetiva e do crime culposo, como o recurso fácil à previsibilidade e a reintrodução, sob o manto da ideia de risco, de distinções obscuras das velhas teorias rivais da equivalência das condições.

Referências

AMBOS, Kai. Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: reflexiones desde el Derecho comparado. *Indret: Revista para el análisis del derecho*, 2006, n. 3. Disponível em http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho penal: Parte General*. Madrid: Civitas, 2010.

BECKMANN, Petr. *A history of pi*. New York: Barnes & Noble, 1993.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, t. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona-Bogotá: J. M. Bosch-Universidad Externado de Colombia, 2001.

salientado por CASTALDO, Andrea. *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004, p. 47. Entre as obras mais recentes, Wessels/Beulke/Satzger qualificam de atípico um curso causal “completamente fora daquilo que ainda se pode considerar dentro do curso usual das coisas e da experiência geral da vida”, oferecendo exemplos bastante artificiais de cursos causais imprevisíveis (WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Derecho Penal, Parte General: el delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 124). Sobre a polêmica instaurada no capítulo V, v. nosso trabalho referido na nota 35, p. 311 e ss.

⁵⁷ P. 106 (p. 83 no ADPCP).

CASTALDO, Andrea. *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho penal español: Parte General*, v. II. Madrid: Dykinson, 2009.

FRISCH, Wolfgang. Lo fascinante, lo acertado y lo problemático de la teoría de la imputación objetiva del resultado. In: SANCINETTI, Marcelo A. (org.). *Causalidad, riesgo e imputación*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 345-381.

GARCÍAVALDÉS, Carlos; CUERDA RIEZU, Antonio Cuerta; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Rafael; VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I. Madrid: Edisofer, 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2011..

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid: Reus, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*. ADPCP 53, fasc. 1, 2000, p. 29-132. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=647708>.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*. ADPCP 40, fasc. 3, 1987, p. 579-608. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46309>.

GONZÁLEZ LILLO, Diego. Reseña de: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011. 125 páginas. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, n. 11 (jan. 2014), p. 537-540. Disponível em <http://e-spacio.uned.es/fez/collection/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-11>.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *El desistimiento en Derecho penal: estudio de algunos de sus problemas fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERIS RIERA, Jaime Miguel. *La preterintencionalidad: planteamiento, desarrollo y estado actual (tendencias restrictivas en favor de la penetración en el elemento subjetivo)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva: algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no REsp 1.094.758. *RBCC* 106, jan.-fev. 2014, p. 297-326.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *RBCC* 38, abr.-jun. 2002, p. 11-31.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Technos, 2002, p. 70-96.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros. *ADPCP* 40, fasc. 2, 1987, p. 451-477. Disponível em https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1987_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES&fasc=2.

SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio. Comentários ao art. 11. In: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Comentarios al Código penal*, t. I. Madrid: Edersa, 1999, p. 165-206.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Derecho Penal, Parte General: el delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.



| | |
|--|---|
| Belo Horizonte Av. Brasil, 1843, Savassi, Belo Horizonte, MG Tel.: 31 3261 2801 CEP 30140-007 | São Paulo Av. Paulista, 2444, 8º andar, cj 82 Bela Vista – São Paulo, SP CEP 01310-933 |
|--|---|

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2019, Vorto Editora.
Copyright © 2019, Os Autores.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Arraes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Letícia Robini

Diagramação Letícia Robini

Este livro foi impresso em papel Off-Set 75g,
com tipografia Bembo Std 12/14.

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



GRUPO
D'PLÁCIDO



ISSN: 2675-5874

DOI: 10.46274/1809-192XRICP