

El Sistema Integral del Derecho Penal: variaciones en torno a una idea¹

Variationen zu dem gesamten Strafrechtssystem

RAMON RAGUÉS I VALLÈS
Universitat Pompeu Fabra
Barcelona

Resumo: El presente trabajo esboza una serie de reflexiones personales a propósito de la idea de sistema integral del Derecho penal. Las primeras páginas se dedicarán a determinar cuál es en dicho sistema el papel específico que corresponde al proceso penal y cómo este se relaciona con la pena (I); seguidamente intentará extraerse de dicha función algunas ideas más concretas sobre algunos aspectos de la actividad procesal, como las exigencias para abrir o mantener abierto un procedimiento (II), la teoría de la prueba (III) o las medidas cautelares (IV); y, finalmente, se efectuarán algunas consideraciones acerca de la relación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal (V). A causa de las limitaciones de espacio no pretende ofrecerse una teoría acabada, sino sólo efectuar algunas consideraciones que muestren la destacable capacidad de rendimiento que tiene esta idea.

Palavras-chave: proceso penal, sistema integral del Derecho penal, prueba, punibilidad, perseguibilidad, medidas cautelares

Zusammenfassung: Die vorliegende Arbeit skizziert eine Reihe von Überlegungen zu der Idee des gesamten Strafrechtssystems. Auf den ersten Seiten wird festgelegt, welche spezifische Rolle dem Strafprozess in besagtem System zukommt und wie dieser mit der Strafe in Zusammenhang steht (I); danach sollen aus dieser Rolle einige konkretere Ideen zu bestimmten Aspekten der prozessualen Tätigkeit abgeleitet werden, wie die Anforderungen zur Eröffnung oder Aufrechterhaltung eines Verfahrens (II), die Beweistheorie (III) oder einige Zwangsmittel (IV); und schließlich werden einige Überlegungen zu der Beziehung zwischen dem materiellen Strafrecht und dem Strafprozessrecht angestellt (V). Wegen des mir zur Verfügung stehenden beschränkten Platzes versuche ich nicht, eine vollständige Theorie darzulegen, sondern nur einige Überlegungen anzustellen, die die bemerkenswerte Leistungsfähigkeit dieser Idee des gesamten Strafrechtssystems zeigen.

¹ Versión española de “Variationen zu dem gesamten Strafrechtssystem”, publicado en versión alemana en ZÖLLER / HILGER / KÜPER / ROXIN (eds.) *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlín, 2013, pp. 183-198.

1. Introducción

Una de las principales aportaciones de *Jürgen Wolter* a la discusión de su tiempo será, muy probablemente, su contribución al desarrollo de la idea del sistema penal integral, un sistema teórico común que abarca el Derecho penal sustantivo, la determinación de la pena y el Derecho procesal penal. En el año 2004 tuve la oportunidad, junto con otros colegas de la Universitat Pompeu Fabra, de participar en la traducción al español de la obra *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, que fue objeto de discusión en intensas sesiones de seminario². Hablar de un “Derecho penal integral” en un país como España, donde existe una rígida separación entre penalistas y procesalistas que reserva para estos últimos la docencia e investigación sobre el proceso penal resultaba entonces poco menos que revolucionario. Sin embargo, gracias a contribuciones como la del homenajeado la idea de que los penalistas pueden y deben interesarse por el proceso se ha ido extendiendo en la discusión académica española. El presente trabajo ofrece algunas propuestas a partir de la idea del sistema integral del Derecho penal, aunque debido a las limitaciones de espacio no pretende ofrecerse una teoría acabada, sino sólo algunas consideraciones que muestren la destacable capacidad de rendimiento que tiene esta idea.

2. La función del proceso en el sistema integral

Mucho se ha discutido sobre la función que corresponde desempeñar al Derecho penal y, dentro de éste, a las normas penales y a sus consecuencias jurídicas. Muchas menos páginas se han dedicado, en cambio, a analizar la función específica que corresponde al proceso³. Seguramente ello se explica porque muchos autores han visto en el proceso un simple instrumento al servicio de la aplicación del Derecho sustantivo y, en particular, de la pena⁴. Desde esta perspectiva, la contribución de la sanción a los objetivos del Derecho penal legitimaría la previa actividad procesal. Semejante planteamiento, no obstante, plantea algunas dudas y, en particular, la siguiente: si aquello que legitima el proceso es la pena posteriormente impuesta, todos aquellos procedimientos que finalizan sin sanción alguna deben considerarse disfuncionales y probablemente ilegítimos, pues comportan una serie de restricciones de derechos fundamentales y costes económicos sin contribuir a ningún fin que los pueda legitimar. Las evidentes dificultades para aceptar esta última conclusión invitan a buscar para el proceso una función propia que justifique su existencia incluso en aquellos casos que no acaban en sanción.

A menudo suele asociarse el delito con la idea de perturbación social. Sin embargo, desde una perspectiva cronológica lo que resulta perturbador no es el delito -que en términos jurídicos no existe como tal hasta que una sentencia lo declara- sino la *notitia criminis*, es

² WOLTER/FREUND (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg: C. F. Müller, 1996. Publicado en español con el título *El sistema integral del Derecho penal – Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, 2004.

³ Entre tales trabajos cabe citar STOCK, *Mezger-FS*, pp. 429-453; SCHMIDHÄUSER, *Schmidt-FS*, pp. 511-524; WEIGEND, *Deliktsoffer*, pp. 173-217; MURMANN, *GA*, 2004, pp. 65-86; RIEß, *JR*, 2006, pp. 269-277.

⁴ Cfr. las oportunas referencias en WEIGEND, *Deliktsoffer*, p. 191 (nota 62); MURMANN, *GA*, 2004, p. 65 (nota 4); y RIEß, *JR*, 2006, p. 270 (nota 6).

decir, la información acerca de la posible comisión de un delito⁵. A verificar dicha información es fundamentalmente a lo que se dedica el proceso, cuya actividad esclarecedora puede culminar de dos grandes maneras: por un lado, confirmando la realidad de la *notitia criminis* y la necesidad de responder al hecho con una pena; y, por otro, descartando la veracidad de dicha información y haciendo evidente que no es necesario castigo alguno. Este último caso pone claramente de manifiesto cómo con su actividad esclarecedora el proceso puede contribuir a que *el Derecho penal cumpla su función pacificadora sin necesidad de que se acabe imponiendo una pena*: si la policía descubre, por ejemplo, que lo que parecían asesinatos en serie son, en realidad, diversos suicidios sin conexión entre sí, claramente se generará un efecto de tranquilización social sin imponerse ningún castigo⁶.

Ciertamente, la actividad esclarecedora puede no siempre culminar de manera exitosa, en unos casos porque no logre descubrirse la realidad de lo sucedido (por ejemplo, se sabe que un individuo cayó de un décimo piso pero no logra aclararse si se lanzó o fue empujado) o en otros porque, constatándose la existencia efectiva de un hecho delictivo, no es posible determinar quién es el responsable (se sabe que la víctima fue empujada pero no quién lo hizo). En tales casos es menos evidente cómo la actividad efectivamente realizada –con sus costes y posibles restricciones de derechos– contribuye al fin pacificador del Derecho penal. Sin embargo, también en ellos existe una contribución: el mero hecho de que el Estado reaccione ante la noticia del posible delito tratando de esclarecer los hechos genera un efecto de tranquilización que no se daría si la respuesta a la *notitia criminis* fuera la absoluta pasividad.⁷

Por ello, la contribución del proceso al efecto pacificador del Derecho penal no debe medirse por un caso concreto, sino por la globalidad de todos aquellos casos en los que se tiene conocimiento de la posible comisión de una conducta delictiva. En un país donde por regla general las autoridades reaccionan adecuadamente ante la comisión de un delito y resuelven un porcentaje significativo de casos difícilmente algunos supuestos de error o ineficacia policial o judicial socavarán de manera irreversible la confianza de los ciudadanos en el Derecho abocándoles a adoptar medidas de autotutela. Para que la desconfianza sea grave deberá constatarse una incapacidad permanente del sistema penal para responder satisfactoriamente a las denuncias de los ciudadanos.

Gran parte de los elementos que integran el proceso contribuyen al cumplimiento de esta *función esclarecedora*, especialmente los relacionados con las diligencias de investigación y la práctica de la prueba en el juicio; o también otros como la prisión provisional, cuando ésta se adopta para eliminar el riesgo de destrucción de pruebas. Sin embargo, hay otros elementos del proceso que no parecen contribuir en absoluto a aclarar lo sucedido: tal es el caso, por ejemplo, de medidas como la prisión provisional para evitar el riesgo de fuga. Lo que se pretende con estas figuras es, más bien, garantizar que durante el tiempo necesario para que el proceso despliegue su actividad esclarecedora no se frustre la

⁵ En este sentido KRAUß, en *Strafrechtsdogmatik*, p. 167; WEIGEND, *Deliktsopfer*, p. 185; PASTOR, en *Nuevas formulaciones*, p. 793; VOLK, *Grundkurs*, p. 139; FREUND, en *El sistema integral*, p. 93: “en un principio no existe el hecho, sino sólo su (mera) sospecha”.

⁶ WEIGEND, *Deliktsopfer*, p. 213.

⁷ Cfr. al respecto LESCH, *Strafprozessrecht*, p. 2 o ID., *Volk-FS*, p. 314. Freund p. 93, 108.

posibilidad de imponer la pena -y ésta deje de producir sus efectos- para el caso en que, finalmente, se confirme la *notitia criminis*.

Esta distinta función obliga a matizar que, en realidad, el proceso contribuye de dos maneras distintas a los fines del Derecho penal: por un lado, como advierte una parte de la doctrina, existe una *contribución directa y propia* que deriva de la actividad esclarecedora⁸; pero, por otro lado, existe también una *contribución indirecta, subordinada a la pena y a sus fines*, que justifica ciertas medidas cuya existencia no logra explicarse desde una perspectiva centrada exclusivamente en la actividad esclarecedora. Ello permite afirmar que la misión del proceso penal es contribuir a la consecución del fin último del sistema penal en su conjunto – la preservación de la convivencia y de un determinado modelo de sociedad- por dos vías: *aclarando la notitia criminis y garantizando la imposición de la pena y sus efectos para el caso de que se confirme la existencia de delito y la consiguiente necesidad de sanción*.

3. La expectativa de condena

La afirmación de que un procedimiento penal puede contribuir legítimamente a la función del Derecho penal sin necesidad de que finalice con la efectiva imposición de una pena puede llevar a pensar que la actividad esclarecedora del proceso no guarda ninguna relación con la sanción penal y se desarrolla por completo al margen del Derecho sustantivo y de sus fines. Sin embargo, como se expondrá seguidamente, nada más lejos de la realidad: conviene no pasar por alto la necesidad de que la *notitia* que dé lugar a la apertura y mantenimiento del procedimiento en cuestión –en definitiva, el objeto de la actividad esclarecedora- merezca en todo momento la consideración de *criminis*. Ello es, precisamente, lo que permite atribuir a un concreto procedimiento la condición de *penal* y distinguirlo de otras actividades humanas que también tienen entre sus propósitos el de esclarecer determinados hechos.

De la anterior afirmación se extrae la exigencia de que sólo se inicien y se mantengan abiertas investigaciones penales en aquellos casos en los que se advierta la posibilidad de que finalmente pueda llegar a imponerse una pena, es decir, cuando exista una *expectativa de condena*. Así, en la medida en que tal expectativa es la razón de ser de toda actuación procesal, su decaimiento impone la finalización del proceso, una terminación que puede ser temporal o definitiva en función de si cabe o no esperar, mediante la posible aparición de nuevos indicios, que la expectativa decaída pueda recuperar vigencia en el futuro.

Esta afirmación no se opone a lo sostenido en el apartado anterior en el sentido de que incluso aquellos procedimientos que no finalizan con condena pueden ser considerados útiles y legítimos. En tal sentido, aunque *ex post* no siempre se acabe constatando una necesidad de sanción (por ejemplo, en aquellos casos en los que la actividad esclarecedora determina la irrelevancia penal del hecho) ello no excluye que *ex ante* fuera necesaria la reacción y es precisamente esta necesidad lo que, en principio, legitima las afectaciones que para el sujeto

⁸ La idea de que el fin del proceso es la restauración de la paz jurídica mediante el esclarecimiento del hecho es compartida, con matices, por diversos autores, tales como SCHMIDHÄUSER, *Schmidt-FS*, p. 522 o WEIGEND, *Deliktsoffer*, p. 215, quien argumenta que el fin específico del proceso es “la reinstauración de la paz jurídica a través del esclarecimiento de las sospechas que suscita un hecho”.

acarrea el proceso. En cambio, tal posibilidad de legitimación desaparece cuando ya *ex ante* puede darse por segura la imposibilidad de acabar imponiendo la pena.

Esta expectativa de condena debe sustentarse tanto en bases jurídicas como indiciarias o probatorias:

a) Desde el primer punto de vista, ello significa que el hecho que es objeto de esclarecimiento debe *tener en todo momento relevancia penal, entendida ésta como la posibilidad de incardinación en uno o varios tipos penales*. Durante la fase de investigación no suele trabajarse con una única hipótesis fáctica, sino con varias al mismo tiempo; para que se cumpla el requisito de la expectativa de condena, basta de momento con que alguna de ellas tenga relevancia penal. La posibilidad de sustentar la expectativa de condena en varias hipótesis se mantiene hasta el momento de acusar, siendo perfectamente posible que, dentro de las peticiones de la acusación, se incluyan simultáneamente varios cargos a modo de conclusiones alternativas. En tal sentido, conviene subrayar que el juicio de tipicidad que se sostiene durante la investigación difiere del que lleva a cabo el juez o tribunal en la sentencia: así, mientras en el primer caso basta con entender que los hechos posiblemente cometidos pueden incardinarse en *algún* tipo penal, al juez le es exigible que concrete los hechos y se pronuncie acerca de *qué concreto* tipo penal es el efectivamente realizado. De esta primera exigencia deriva la absoluta ilegitimidad de la llamada *inquisitio generalis*, es decir, la apertura de un procedimiento, no para investigar hechos concretos de los que se ha tenido conocimiento, sino para averiguar en general qué posibles delitos puede haber cometido un ciudadano.

b) La expectativa de condena debe asentarse también en una *base indiciaria o probatoria*: es necesario que, a la vista del resultado de las diligencias de investigación, pueda confiarse razonablemente en la capacidad de demostrar el hecho investigado cuando llegue el día del juicio. Esta exigencia debe ir modulándose a medida que avanza el procedimiento: así, para iniciar una investigación basta con que la *notitia criminis*, tal como se describe en la correspondiente denuncia, tenga una mínima verosimilitud; en cambio, para tomar la decisión de poner fin a la fase investigadora inicial dando paso al juicio es necesario que se haya conseguido un acervo probatorio que, por su calidad y cantidad, haga pensar que cuando llegue el juicio será posible desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

De esta doble vertiente – jurídica y probatoria - de la expectativa de condena cabe extraer importantes consecuencias prácticas para situaciones dudosas:

a) Precisamente porque no cabe abrir ni mantener abierto un procedimiento cuando los hechos investigados carecen de toda relevancia penal, el proceso *no puede contar entre sus funciones con la de investigar un hecho para demostrar la inocencia de una persona*⁹. En todo caso, el imputado cuenta ya con otros medios jurídicos – distintos del concreto procedimiento en el que haya sido erróneamente processado - para buscar la reparación de los daños que puedan haberse causado en su honor a resultas de un procesamiento injustificado.

b) Dicha afirmación vale también para aquellos procesos penales que se abren simplemente para el “descubrimiento de la verdad”, pero sin una expectativa seria de condena¹⁰. Sin negar que el reconocimiento por parte del Estado de la realidad de ciertos hechos puede facilitar el éxito de procesos de transición política, esta reconstrucción fáctica sin expectativa de condena debería llevarse a cabo recurriendo a vías distintas del proceso penal.

⁹ En tal sentido MURMANN, GA, 2004, pp. 77.

¹⁰ PASTOR, Volk-FS, pp. 556-558.

c) Tampoco tiene sentido la apertura o la pervivencia de un proceso cuando, debido al tiempo transcurrido desde la comisión del presunto delito, *el Derecho penal ya no está en condiciones de cumplir su función*. Para evitar que esto suceda los sistemas penales prevén la figura de la prescripción, que obliga a archivar el procedimiento cuando ha transcurrido un determinado período temporal desde la comisión de la infracción penal y el hecho ha perdido su carácter perturbador hasta el punto de convertir en improcedente cualquier reacción punitiva.¹¹

d) Finalmente, no cabe abrir, ni mantener abierto tampoco, un procedimiento penal cuando *el imputado pierde su idoneidad para ser sujeto de una futura pena*, por ejemplo, en aquellos casos en los que durante la tramitación de la causa se observa en su persona algún tipo de enajenación mental o el padecimiento de alguna enfermedad que, con toda seguridad, le impedirá acabar sufriendo el castigo¹². Con mayor motivo, lo anterior rige también cuando es notorio que el único posible responsable ha fallecido¹³.

El decaimiento de la expectativa jurídica de condena ha de tener como consecuencia *en todo caso* la finalización del proceso con independencia de las razones por las que se haya producido o del momento procesal en el que acontezca. En tal sentido, no cabe compartir la afirmación –a menudo sostenida por los tribunales españoles, aunque contradicha en incontables ocasiones por su propia praxis- de que la confirmación de la ausencia de determinados elementos de la teoría del delito (el tipo subjetivo, ciertos aspectos de la culpabilidad como el conocimiento de la antijuricidad etc.) requiere necesariamente de la celebración de un juicio y de una sentencia judicial. Si ya en una fase inicial del procedimiento no existe expectativa alguna de que tal elemento pueda llegar a concurrir en el futuro, el procedimiento deberá finalizar de manera inmediata¹⁴.

4. Función esclarecedora y valoración de la prueba

La necesidad de que el proceso realice adecuadamente su actividad esclarecedora para prestar su contribución a los fines del Derecho penal permite extraer ideas interesantes para algunos ámbitos del Derecho procesal, en especial los relacionados con la prueba. De entrada es evidente que para que se cumpla correctamente dicha función los hechos no pueden reconstruirse de cualquier manera, sino sólo recurriendo a medios probatorios cuya aplicación lleve a resultados que se perciban por los ciudadanos como una reconstrucción correcta de lo sucedido. Sin embargo, que los medios de prueba empleados por el juez se consideren fiables por la generalidad no necesariamente significa que aporten una fiabilidad absoluta en

¹¹ Al respecto RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción*, p. 41 ss, con referencias adicionales.

¹² Añade el propio MURMANN, GA, 2004, p. 77, para justificar su argumento que “aclarar la sospecha contribuye a la restauración del Derecho pero no constituye en sí misma un fin del proceso”. En el mismo sentido ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 21, n.º marg. 14. Otra opinión en HERZOG, PC, 5 (2008), p. 3 ss.

¹³ La cuestión ha sido especialmente discutida en España a propósito del procedimiento que el magistrado Baltasar Garzón inició para investigar ciertos crímenes del franquismo cuando era notorio que los responsables habían fallecido (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012 de 27 de febrero, que concluyó afirmando que “el derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal”).

¹⁴ O continuar, si ello es posible, a los meros efectos de imponer una medida de seguridad.

términos científicos o filosóficos¹⁵. Ello comporta que en el proceso penal no cabe garantizar de manera absoluta que la reconstrucción de los hechos se corresponda siempre con lo realmente acaecido, sino sólo que dicha reconstrucción sea la *única hipótesis razonable* acerca de lo sucedido.

La posibilidad de legitimar el margen de error que inevitablemente se asume en una determinación procesal de los hechos basada en la idea de razonabilidad ha propiciado en los últimos años un interesante debate en la ciencia penal. En todo caso, resulta difícilmente cuestionable que renunciar al Derecho penal para no asumir absolutamente ningún riesgo de condena errónea, siquiera el más insignificante, traería muchos más inconvenientes que ventajas en términos de convivencia pacífica¹⁶. Si ésta quiere de todos modos preservarse, deberá aceptarse la forzosa asunción de un inevitable margen de error que, aunque en un caso concreto no pueda determinarse, sí debe tratar de reducirse por todos los medios posibles. De ello cabe extraer las siguientes exigencias más concretas:

a) Cuando *disciplinas científicas que gocen de una gran confianza social en cuanto a la validez de sus resultados* se hayan pronunciado de manera unívoca sobre determinadas cuestiones con trascendencia probatoria el juez estará obligado a seguir los dictados de dichas ciencias¹⁷. Ello se explica porque la aceptación de la validez de tales criterios forma parte de la razonabilidad social en el momento presente. En caso de no existir pronunciamiento científico, el juez deberá recurrir a reglas de la experiencia cotidiana pero sólo cuando éstas cuenten con un inequívoco respaldo social.

En la medida en que la razonabilidad de una determinada valoración de la prueba, aun siendo en ocasiones difícil precisar, es un criterio intersubjetivo, susceptible de ser expuesto y revisado, no existe absolutamente ningún impedimento para que la ciencia penal –como de hecho ya sucede en ocasiones en la actividad de la jurisprudencia¹⁸– discuta y concrete *estándares de razonabilidad en la prueba* que valoren de manera general si el margen de duda asumido con un determinado medio de prueba puede considerarse aceptable o no.

b) Para que una condena resulte legítima es asimismo necesario que, como resultado de la aplicación de los medios fiables de reconstrucción de los hechos, sólo subsista una hipótesis razonable de lo sucedido y que ésta –debido a la necesaria expectativa de condena– tenga relevancia penal. En tal sentido, el método de eliminación de hipótesis alternativas –propuesto por autores como Freund– resulta muy adecuado: *la hipótesis fáctica que lleva a la condena sólo será determinante si previamente el juez ha descartado por irrazonables todas aquellas otras hipótesis fácticas que conducen a negar la relevancia penal el hecho*¹⁹. En este proceso de exclusión de hipótesis alternativas, resulta necesario *que se otorgue al acusado* –como de hecho ya se hace la gran mayoría de sistemas procesales– *la oportunidad de aportar las pruebas que considere pertinentes en su descargo* y de cuestionar en segunda instancia la

¹⁵ ERB, Riess-FS, p. 77; FREUND, *Normative Probleme*, p. 1; VOLK, *Grundkurs* p. 6 y 288; FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 43: “certeza en materia criminal no es más que la probabilidad, puesto que siempre queda un margen de error”.

¹⁶ En tal sentido cfr. los trabajos de HOYER, ZStW, 105 (1993), pp. 523-556 y STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 233-264.

¹⁷ Así ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 45, Rn 14 y VOLK, *Grundkurs*, p. 290, citando la BGHSt vol. 10, p. 209 (p. 211): “allá donde existe un hecho según conocimientos científicos no resta espacio alguno para la convicción judicial”. En sentido próximo MUÑOZ CONDE, *La búsqueda*, p. 112.

¹⁸ Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 253.

¹⁹ FREUND, *Normative Probleme*, pp. 22-23. Cfr. asimismo VOLK, *Salger-FS*, p. 415.

razonabilidad de los argumentos empleados para condenarle, lo que presupone la obligación del juez de primera instancia de motivar su valoración de los hechos.

c) Finalmente, el sistema procesal debe contar con mecanismos de revisión para aquellos casos en los que *a posteriori* se detecte la efectiva existencia de un error en la fijación de los hechos para evitar –o cuando menos reducir en la medida de lo posible- los efectos negativos que tales errores tienen tanto para los derechos del individuo afectado como para la percepción común acerca del correcto funcionamiento del proceso.

Trasladadas estas premisas al debate sobre qué clase de “verdad” puede reconstruirse con el procedimiento penal –si es que este debate tiene sentido, como se cuestionan autores como Taruffo²⁰- cabe señalar que la reconstrucción fáctica ha de poder ser percibida por la ciudadanía como “verdad material” en la medida en que se hayan descartado todas las explicaciones alternativas razonables, ello aun cuando desde el punto de vista de la especulación teórica, tal vez quepa hablar de que sólo se ha alcanzado una “verdad procesal”, al poder sostenerse que siempre se asume un (indeterminado) riesgo de error de condena desde un punto de vista científico o filosófico²¹.

En todo caso, las teorías que de ninguna manera parecen aceptables son los planteamientos meramente subjetivistas de la convicción, que ya en el plano teórico hacen depender la solución final de los casos de factores meramente emocionales: que tales factores concurran inevitablemente en la práctica –aunque no suela reconocerse en la motivación de las decisiones- no significa que la ciencia penal no deba tratar de reducirlos al máximo exigiendo al juez que motive su decisión con arreglo a argumentos asumibles intersubjetivamente²². El que a veces resulte complicado llegar a un cierto consenso sobre cuál es la respuesta más adecuada para una determinada cuestión jurídica no es algo exclusivo de la teoría de la prueba, sino un problema general de la ciencia del Derecho. Ante esta inevitable realidad en otros ámbitos del Derecho penal a nadie se le ocurre conformarse con meras impresiones subjetivas sobre cuál es la solución más adecuada para un caso.

5. La función cautelar

Como ya se ha expuesto, además de contribuir a la realización del fin del Derecho penal mediante el desempeño de su función esclarecedora, el proceso cumple una segunda función de importancia no menor: la llamada función cautelar. Respecto de ella sí que cabe hablar de una auténtica subordinación de la finalidad del proceso a la finalidad de la pena, en el sentido de que el principal objetivo de los elementos del proceso que la desempeñan es garantizar los

²⁰ TARUFFO, prólogo a FERRER BELTRÁN, *Prueba*, p. 11. Un resumen de los argumentos más frecuentes para rechazar la distinción entre diferentes clases de verdad en FERRER BELTRÁN, *ibidem*, p. 71.

²¹ Como afirma VOLK, *Wahrheit*, p. 11, para estabilizar la confianza de los ciudadanos no basta con afirmar que es probable que alguien haya realizado un determinado hecho sino que son necesarios “pronunciamientos autoritarios” que deben basarse en aquello que se declara como verdadero.

²² Como afirma atinadamente FERRER BELTRÁN, *Prueba*, p. 75, entender que la prueba de un hecho equivale a la convicción del juez sobre su acaecimiento lleva “a una concepción irracional de la prueba”. En términos similares MUÑOZ CONDE, *La búsqueda*, p. 116. Con todo, en los últimos años se han publicado trabajos que realzan la necesidad de la convicción judicial con argumentos como la imposibilidad de una valoración absolutamente objetiva o su dimensión garantista: cfr. respectivamente FRISTER, *Grünwald-FS*, pp. 169-196 o ERB, *Riess-FS*, pp. 77-92.

efectos de una posible sanción futura. El adecuado esclarecimiento de la *notitia criminis* requiere que transcurra un período de tiempo más o menos prolongado en función de la dificultad de la investigación y de los recursos de la Administración de Justicia. Durante este intervalo se corre el peligro de que se vean frustrados los efectos preventivos que debe cumplir la futura pena, de ahí que el proceso cuente con mecanismos para intentar evitar dicho efecto. En español se alude a estas figuras con la denominación de “medidas cautelares”, probablemente más expresiva que el término *Zwangmittel* alemán, que incluye también ciertas medidas con naturaleza esclarecedora²³.

Con respecto a estas medidas conviene señalar que su finalidad no puede ser, como en ocasiones se afirma, asegurar solamente el buen fin del proceso, sino garantizar dicho fin *como medio para facilitar que, en caso de condena, la pena despliegue sus efectos preventivos*²⁴. La pretensión de mantener las medidas cautelares “incontaminadas” de las impurezas que supuestamente proceden de la pena y la prevención es, posiblemente, un error de planteamiento. Sin embargo, conviene no confundir la utilización de las medidas para preservar los efectos de la futura pena con la ilegítima atribución a dichas medidas de fines propios de la sanción: la prisión provisional no se acuerda para intimidar o confirmar la confianza de los ciudadanos en el Derecho, sino para evitar que la futura pena pierda su capacidad de hacerlo. Precisamente por tales razones puede imperar en este ámbito la exigencia de que el juez siempre escoja la medida menos gravosa para los derechos del sujeto al que se impone.

Con todo, el que el legislador –y tampoco el juez– no pueda atribuir legítimamente al proceso una función preventiva –anticipando, por ejemplo, los efectos disuasorios de la pena– no obsta a reconocer el inevitable carácter materialmente aflictivo de estas medidas y la necesidad de que tal aflicción deba ser tenida en cuenta cuando vaya más allá de las restricciones inherentes a la actividad procesal. Ello debe llevarse a cabo, por ejemplo, descontando de la pena final el tiempo pasado en prisión provisional pero también considerando en la determinación de la pena otros aspectos aflictivos del proceso no necesariamente vinculados con medidas cautelares, como el tiempo injustificado de incertidumbre sufrido por el procesado en caso de dilaciones procesales indebidas o las afectaciones negativas a su reputación imputables a la Administración de Justicia en casos, por ejemplo, de filtraciones de información a medios de comunicación.

De todos los casos en los que existe riesgo de frustración del fin de la pena, aquel en el que de manera más evidente la función cautelar puede llevar legítimamente a una restricción de derechos fundamentales concurre en aquellos supuestos en los que *existe riesgo de fuga del imputado* y, por tanto, de que los efectos preventivos de la pena se vean frustrados por completo, al no ser posible su efectiva imposición una vez confirmada la *notitia criminis*. En este caso es evidente que lo que legitima las posibles restricciones de derechos sólo puede ser la necesidad de imponer la pena, pues resulta complicado defender, como en ocasiones se

²³ En España la distinción no es tampoco plenamente nítida, pues se suele considerar medida cautelar la prisión provisional para evitar la destrucción de pruebas que, sin embargo, se asocia claramente con el propósito esclarecedor.

²⁴ Ésta es, por ejemplo, la opinión del Tribunal Constitucional español, STC 29/2001, de 29 de enero (ponente García Manzano), en la que se afirma que “la prisión provisional es una medida cautelar justificada por la necesidad de asegurar la presencia del inculcado en el juicio oral, y ese fundamento justificativo que traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad condiciona, a su vez, su régimen jurídico”.

afirma, que para preservar el derecho de defensa del acusado éste debe ser privado nada menos que de su libertad²⁵.

Estos casos de riesgo de fuga –en los que existe riesgo de absoluta frustración del fin de la pena a imponer- deben distinguirse de aquellos otros en los que existen razones para pensar que entre el tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y la imposición de la pena ésta puede perder sólo una parte de su capacidad preventiva pese a poder ser efectivamente impuesta. Dado que en tales casos no existe riesgo de frustración absoluta, para considerar legítima la adopción de medidas es necesario que exista necesidad de preservar otros intereses personales o colectivos de gran importancia, no bastando con apelar de modo genérico a la necesidad de asegurar el efecto de prevención general –positiva o negativa- atribuido a la pena, pues dicho efecto no depende de un único caso.

Así sucede cuando existe un riesgo sensible de que, entre el momento de comisión del delito y de ejecución de la pena, el sujeto vuelva a cometer un delito grave contra los intereses personales más importantes (vida, integridad física, libertad sexual o libertad deambulatoria) de la misma u otra víctima. En contra de lo que a veces se dice, en este caso la medida cautelar no sólo cumple funciones (para algunos ilegítimas) de prevención de nuevos delitos²⁶, sino que lo que con ella también se pretende es evitar que la pena finalmente impuesta pierda parte de su capacidad de confirmar a los ciudadanos su confianza en la protección que les brinda el Derecho. En términos de prevención general es evidente que de poco sirve la pena finalmente impuesta cuando, por ejemplo, se llega a un juicio por violencia de género con la víctima muerta a manos del imputado mientras este permanecía en libertad durante la investigación pese a ser notoria su peligrosidad. Sin embargo, esta justificación sólo se cumple en aquellos casos en los que están en peligro los intereses más básicos de potenciales víctimas y no siempre que se aprecia riesgo de reincidencia respecto de cualquier delito.

Otro caso, ciertamente más dudoso que el anterior, puede darse cuando la ausencia de reacción ante un único delito genere un riesgo constatable de producir disturbios sociales graves que pongan en peligro la paz social o, incluso, la propia integridad del presunto responsable. Si se acepta que en tales supuestos es legítimo adoptar medidas cautelares para evitar que en el tiempo que transcurre entre el hecho y su sanción se frustren los efectos de esta última debería exigirse de manera especialmente estricta la constatación de un riesgo real y muy grave, no bastando una mera indignación social o alarma mediática ante determinados delitos o sujetos que cometen de manera habitual hechos que no ponen en riesgo los intereses más básicos de otras personas.²⁷

²⁵ En este sentido advierte PASTOR, *Tensiones*, p. 152, cómo “la prohibición actual que hace obligatorio el encarcelamiento preventivo para asegurar el derecho de defensa significa interpretar esa garantía en contra del imputado”.

²⁶ Es una opinión extendida en la doctrina que en estos casos la función de la prisión provisional tiene naturaleza preventivo-policia; cfr., por ejemplo, MEYER-GÖßNER, *StPO*, § 112a, n.º marg. 1 o, en Italia, FERRAJOLI, *Diritto*, p. 567.

²⁷ La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite que ciertos motivos de orden público pueden legitimar la prisión provisional, como sucede en el Derecho francés. Así, por ejemplo, en la sentencia del asunto *Letellier* (de 26 de junio de 1991) se afirma literalmente que “el Tribunal acepta que ciertos delitos, a causa de su especial gravedad y de la reacción pública que generan, pueden propiciar un desorden social capaz de justificar una privación de libertad previa al juicio, al menos durante un cierto tiempo” (§ 51). En esta misma resolución (§ 52) el Tribunal exige que para acordar la prisión por esta causa existan datos capaces de acreditar la existencia de tal riesgo. Esta jurisprudencia ha sido reiterada en la sentencia de los casos *Tomasi* (de 27 de agosto de 1992) y *Bouchet* (de 20 de marzo de 2001).

En resumen: la función de las medidas cautelares es tratar de evitar la frustración de los efectos preventivos de la futura pena, lo que no debe confundirse con una anticipación de la sanción. Es perfectamente posible, por tanto, vincular las medidas cautelares con los efectos de la pena sin vulnerar la presunción de inocencia del sujeto imputado.

6. Los límites entre la punibilidad y la perseguibilidad

En los apartados anteriores se ha analizado cómo el proceso se relaciona materialmente con otros elementos del sistema penal. Procede esbozar ahora algunas ideas sobre de qué manera las normas procesales se integran en el entramado normativo que configura dicho sistema. Tradicionalmente la cuestión se ha analizado a propósito de la distinción entre las categorías de la punibilidad (sustantiva) y la perseguibilidad (procesal), cuya delimitación ha resultado ser una de las cuestiones más intrincadas para la ciencia penal. Como han puesto de manifiesto algunos autores, en la llamada norma de sanción cristalizan valoraciones relacionadas fundamentalmente con la necesidad de castigar una determinada infracción de la norma de conducta. Sin embargo, estas valoraciones concurren de manera evidente no sólo en la categoría de la punibilidad, sino también en algunos elementos tradicionalmente ubicados en el ámbito de la perseguibilidad, como, por ejemplo, la necesaria interposición de denuncia para la persecución de algunos delitos o figuras de naturaleza dudosa como la prescripción²⁸. Ello explica, sin duda, las dificultades de una delimitación clara.

Para superar este dilema podría tal vez pensarse que, en realidad, la punibilidad y la perseguibilidad no son, por así decirlo, territorios limítrofes entre el Derecho sustantivo y el procesal, sino que la perseguibilidad –y las normas procesales en su conjunto, cuyo cumplimiento es necesario para el efectivo castigo de un delito- debe considerarse un presupuesto de la punibilidad²⁹. Así, en el momento de decidir si un comportamiento es punible el juez no sólo debe atender a las previsiones sustantivas, sino también, de acuerdo con la garantía jurisdiccional, a las procesales y sólo si puede concluir constatando positivamente que se han respetado ambos grupos de previsiones estará en condiciones de afirmar que el concreto hecho es efectivamente punible. Como afirma *Wolfgang Frisch*, “aquello que convierte algo en un delito no puede concretarse sin considerar las instituciones procesales”³⁰.

Esto no supone defender una absoluta subordinación del subsistema procesal al sustantivo, sino que se trataría de dos subsistemas normativos diferenciados que precisamente tendrían la punibilidad como punto de conexión³¹. En tal sentido, la punibilidad no sería

²⁸Cfr. al respecto ROXIN, AT, § 23, n.º marg. 1-5 y 53-59. FREUND, en *El sistema integral*, p. 105 califica la distinción entre punibilidad y perseguibilidad como “simple palabrería”. Más matizadamente FRISCH, en *El sistema integral*, p. 216, habla de límites difusos.

²⁹ En tal sentido, PASTOR, en *Nuevas formulaciones*, p. 807: “no sólo los llamados presupuestos procesales, sino que todas las reglas procesales son componentes de una condición objetiva de punibilidad: el debido proceso”.

³⁰ FRISCH, en *El sistema integral*, p. 215. Freund p. 93.

³¹ Afirma FREUND, *El sistema integral*, p. 107 que la idea de sistema integral no debe llevar a “igualar las diferencias materiales existentes entre los concretos subsistemas, sino que, por el contrario, consigue que a cada subsistema concreto se le atribuya la importancia –limitada- que le corresponde en el sistema integral”.

propriadamente ni sustantiva ni procesal, sino la categoría del sistema penal donde lo sustantivo y lo procesal confluyen y donde la teoría del delito –como construcción ideal- toma contacto con la realidad del hecho concretamente perseguido y con las circunstancias de su persecución. Una vez constatado que un determinado hecho es –sustantiva y procesalmente- punible, entrarán en escena otros dos importantes elementos del sistema jurídico-penal: las reglas de la determinación de la pena y las que regulan la ejecución.

Como consecuencia de lo anterior, la prohibición de retroactividad desfavorable debería regir para todas aquellas previsiones legales que configuran tanto la punibilidad como la llamada perseguibilidad y, en general, para todas aquellas disposiciones de las que cabe predicar un carácter *desfavorable* en la medida en que amplían las posibilidades de castigo de un determinado hecho o hacen más fácil al Estado su sanción³². La clave, por tanto, para discutir si procede aplicar o no tal prohibición no radica en si una figura es procesal o sustantiva, sino en si cabe predicar de su aplicación efectos desfavorables.

Como ya se ha anticipado, no resulta aquí posible desarrollar una teoría completa del sistema integral del Derecho penal. Sin embargo, las anteriores páginas deben haber mostrado la importante capacidad de rendimiento que puede tener esta idea para resolver dilemas clásicos de la ciencia penal. Aunque en su concreto desarrollo no siempre existirá coincidencia, el mero hecho de contar con ella permite disponer de una potente herramienta de análisis. Sólo por este motivo hay que expresar gratitud a quienes la han propuesto y, entre ellos, hoy singularmente al *Prof. Jürgen Wolter*.

Referências Bibliográficas

- CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre proceso el penal* (trad. española de S. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1950.
- ERB, Volker, “Zur ‘Legitimation’ von Fehlverurteilungsrisiken”, en HANACK, E.W. *et al.*, *Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002* [cit. *Riess-FS*], Berlín-Nueva York, 2002, pp. 77-92.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione*, 8.ª ed., Roma-Bari, 2004.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid-Barcelona, 2002.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, N., *Lógica de las pruebas en material criminal*, 3.ª ed. italiana (Turín, 1912), trad. española a cargo de S. Carrejo y J. Guerrero, 4.ª ed, Santa Fe de Bogotá, 1995.
- FREUND, Georg, *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”*, Heidelberg, 1987.
- FRISTER, Helmut, “Die persönliche Gewißheit als Verurteilungsvoraussetzung im Strafprozeß”, en SAMSON *et al.*, *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1999, pp. 169-196.
- HERZOG, Felix, “¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal?”, trad. española a cargo de C. Cárdenas, *PC 5* (2008), <http://www.politicacriminal.cl/n_05/d_1_5.pdf>.

³² JAKOBS, PG, p. 83: lo decisivo es si el Estado está ampliando o no su competencia para castigar. En su día la conclusión fue defendida también, entre otros, por CARNELUTTI, *Cuestiones*, p. 359.

- HOYER, Andreas, “Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip ‘in dubio pro reo’”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105 (1993), pp. 523-556.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín, Nueva York, 1993.
- KRAUß, Detlef, “Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren”, en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1971, pp. 153-177.
- LESCH, Heiko Hartmut, *Strafprozessrecht*, 2.ª ed, Neuwied, 2001.
- LESCH, Heiko, “Funktionale Rekonstruktion der Lehre von den Beweisverboten”, en HASSEMER *et al.* (eds.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag* [cit. Volk-FS], Múnich, 2009, pp. 311-321.
- MEYER-GOßNER, LUTZ, *Strafprozessordnung*, 48.ª ed., Múnich, 2005.
- MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3.ª ed., 2007.
- MURMANN, Uwe, “Über den Zweck des Strafprozesses”, *GA*, 2004, pp. 65-86.
- PASTOR, Daniel R., “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en AAVV, *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Córdoba (Argentina), 2001, pp. 793-822.
- PASTOR, Daniel R., *Tensiones. ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Buenos Aires, 2004.
- PASTOR, Daniel R., “‘Recht auf Wahrheit’ durch den Strafprozess?”, en HASSEMER *et al.* (eds.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag* [cit. Volk-FS], Múnich, 2009, pp. 541-558.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004.
- RIEß, Peter, “Über die Aufgaben des Straverfahrens”, *JR*, 7/2006, pp. 269-277.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Vol. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* [cit. AT I], 4.ª ed., Múnich, 2006.
- ROXIN, Claus / Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, 27.ª ed., Múnich, 2012.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, “Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses”, en BOCKELMANN *et al.*, *Festschrift für Eberhard Schmidt [E.-Schmidt-FS]*, Göttingen, 1961, pp. 511-524.
- STEIN, Ulrich, “‘Gewißheit’ und ‘Wahrscheinlichkeit’ im Strafverfahren”, en WOLTER (ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, Neuwied, Kriftel, Berlín, 1995, pp. 233-264.
- STOCK, Ulrich, “Das Ziel des Strafverfahrens”, en BOCKELMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag am 15.10.1953* [cit. Mezger-FS], Múnich, 1954, pp. 429-453.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* (trad. española a cargo de J. Ferrer Beltrán), Madrid, 2002.
- VOLK, Klaus, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, Constanza, 1980.
- VOLK, Klaus, “Diverse Wahrheiten”, en ESER *et al.*, *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes* [cit. Salger-FS], Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1995, pp. 411-419.
- VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, 4.ª ed., Múnich, 2005.
- WEIGEND, Thomas, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlín, 1986.

El Nuevo Acuerdo Final y los fines de la pena

FERNANDO VELÁSQUEZ*

Profesor Titular de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia; líder fundador del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, de esa casa de estudios.

Resumen: Con apoyo en una concepción minimalista que, al estilo de Ferrajoli, le atribuye a la pena una doble finalidad en el marco de la prevención general negativa (la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias) se afirma que, en el contexto de la suscripción del Nuevo Acuerdo Final con el grupo de las Farc en 2016, ello no se logra porque brillan por su ausencia la verdad, la justicia y la reparación. Es más, se muestra cómo en materia de justicia no se logran perfilar los fines de la pena y, por ende, del derecho penal, pues a los cometidos asignados al castigo se suman ideales reparadores y restauradores, todo lo cual genera una muy curiosa amalgama.

Palabras claves: Acuerdo final, derecho penal, garantismo, justicia transicional, justicia restaurativa, pena.

1. Introducción

Colombia ha dado un paso trascendental en su vida institucional: a finales de 2016, después de más de cuatro años de negociaciones declaradas, se firmó por parte de representantes gubernamentales y delegados del entonces grupo armado FARC-EP, un pacto mediante el cual se dijo poner fin a cincuenta y dos años de hostilidades con sus muertos, desaparecidos, desplazados, extorsionados, masacrados, etc., denominado como “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” suscrito, en su primera versión, el día 24 de agosto de 2016 (Acuerdo Final, 2016); y, luego, tras el triunfo del “no” en el plebiscito (en verdad un *referendum*) celebrado el día dos de octubre de ese mismo año, en su segunda versión del día 24 de noviembre de 2016 (Nuevo Acuerdo Final, 2016).

Este hecho está llamado a producir hondas repercusiones en los planos político, económico, social y jurídico y, en este último ámbito, en el marco propio del derecho penal. Esto porque –con base en un diseño jurídico amparado en una justicia transicional y también restaurativa que se ha impuesto al país con el rompimiento del orden constitucional–, miles de

* Este texto recoge las ideas expuestas en la ponencia presentada en la “Jornada Académica Internacional de Política Criminal y Acción Penal”, celebrada por la Fiscalía General de la Nación, el día cuatro de octubre de 2017 en la ciudad de Bogotá, para conmemorar los 25 años de dicho ente.

crímenes de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario empiezan a ser perdonados o, si acaso, sancionados con consecuencias jurídicas insignificantes o simbólicas. Así las cosas, si se tienen en cuenta los fines asignados a la pena y al derecho penal tanto en la doctrina como en el derecho positivo, ello amerita una reflexión de cara a verificar si en ese caso se cumplen o no esos cometidos; en especial, cuando se tiene como punto de partida la concepción minimalista defendida por Luigi Ferrajoli, asumida de *lege ferenda*.

La ponencia siguiente busca, pues, responder a dos preguntas: ¿El Nuevo Acuerdo Final con las Farc se compadece con los fines de la pena en el marco de un derecho penal mínimo? Y, en consecuencia, también se inquiere: ¿Tiene razón Ferrajoli (2016, p. 146-161), cuando –al ocuparse del caso colombiano– entiende que la paz debe primar sobre todo lo demás, por lo cual se puede renunciar casi en su totalidad a las sanciones a condición de que haya por lo menos un proceso, seguido de verdad, justicia y reparación?

A tratar de responder esas dos cuestiones van, pues, dirigidas las siguientes reflexiones para lo cual, en primer lugar, se aborda la problemática de los fines de la pena y del derecho penal; en segundo lugar, se examinan las directrices generales de lo que es hoy el derecho penal. De igual forma, en tercer lugar, se estudia el Nuevo Acuerdo Final desde la perspectiva de los fines de la pena; así mismo, en cuarto lugar, se mira la posibilidad de que en ese contexto se pueda hablar de un derecho penal mínimo. Al final, se concluye que no es posible la paz a cualquier precio porque, en el marco de una justicia de transición y restaurativa, tiene que haber algo de sanción y un proceso donde –por lo menos– brille la verdad y se posibiliten la justicia, la reparación y se garantice la no repetición.

2. Los fines de la pena y del derecho penal

Mucho se ha debatido sobre los fines del derecho penal y de la pena. En ello, van envueltos por lo menos tres distintos planos de análisis: uno, cuando se pregunta por la función que cumple el derecho penal, en cuyo caso se acude a las construcciones propias de la sociología; otro, si se quiere saber qué finalidad se le asigna al mismo, con independencia de si ella se cumple o no, para lo cual es parte del respectivo derecho positivo. Y, otro más, si se indaga por los fines que el mismo debe cumplir, para lo cual es necesario remontarse hasta los debates propios de la filosofía y de la política-criminal (Mir, 2011, p. 78).

Por supuesto, en el entendido de que el titular de la potestad punitiva en las sociedades contemporáneas es el Estado, de cara a la problemática planteada es necesario preguntarse en qué se basa ese poder gracias al cual él puede ejercer esa potestad, esto es, cuál es su principio o cimiento. Para una mejor comprensión, el asunto se puede reducir a dos clásicas preguntas: ¿por qué se puede castigar o imponer sanciones penales; y, ¿por qué puede el Estado hacerlo? Responder a la primera cuestión conduce al campo del fundamento material; y, a la segunda, al del fundamento político o formal (Mir, 2003, p. 97; Velásquez, 2009, p. 83 y ss.).

Desde luego, no existe una respuesta única con respecto al primero de los interrogantes planteados, en torno al que concurre un conjunto muy amplio de posiciones susceptibles de ser reducidas a tres enfoques: el primero, considera que se puede castigar por la necesidad de realizar la justicia por medio de la pena, son las llamadas *teorías absolutas*; el segundo, sostiene que se sanciona por la necesidad de proteger a la sociedad, como postulan las llamadas *teorías preventivas*; y, el tercero, afirma que se hace para realizar la justicia y proteger a la sociedad, son las *teorías mixtas*, con sus diversos matices y combinaciones (Ferrajoli, 1995, p. 247-320; Roxin,

1997, p. 78-103; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 56-75; Mir, 2003, p. 48-96; Mir, 2011, p. 77-99; García, 2014, I, p. 227-347; Velásquez, 2009, p. 309-321).

Como es obvio, cada una de estas concepciones tiene sus propias variantes. Cuando se habla de las teorías absolutas, son posibles diversas acuñaciones: se alude a las teorías retributivas, según las cuales la sanción se deriva de la sabiduría de Dios quien cuenta en la tierra con una “delegación divina” de seres que administran justicia a su nombre (retribución divina); otros creen que la sanción es un ejercicio de la venganza (retribución vindicativa) o estiman que el castigo debe producir sufrimiento en el infractor (retribución expiatoria). Y, en fin, hay quienes asumen posturas según las cuales se busca inflingirle dolor al penado (retribución moral) (Jiménez de Asúa, 1964, p. 39-46; García, 2014, I, p. 240 ss.).

Dentro de las primeras posturas sobresale, en épocas recientes, la concepción que parte de un sistema republicano para el cual el fin de la pena o la justificación del derecho penal se encamina en la protección del derecho de dominio, por lo cual la única manera de utilizar la violencia estatal para solucionar la interferencia en el dominio de una persona –llámese delito– es mediante el reconocimiento, la recompensa y el reaseguro (Braithwaite & Pettit, 2015, p. 73 y ss.). Como es natural, también son defendibles las posturas de la expiación para las cuales el delito se concibe como un pecado y la pena como la única manera de purgarlo; de allí que empleen conceptos provenientes de la moral y los apliquen al derecho basadas en ideas iusnaturalistas del mismo.

Por su parte, también las concepciones preventivas pueden ser de carácter general o especial, sea de índole negativa o positiva, con lo cual son posibles diversas elaboraciones. Incluso, se acuñan concepciones como las que –desde el ángulo de un derecho penal mínimo– plantean una idea preventivo general negativo de doble signo: como prevención general de los delitos y como prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas (Ferrajoli, 1995, p. 331 y ss.).

En cuanto a las teorías de la unión son también posibles plurales matices destacándose en la discusión de las últimas décadas planteos como los provenientes de la teoría unificadora dialéctica, que asignan a la pena diversos fines en atención al momento en el cual ellas aparecen (amenaza, imposición o ejecución) (Roxin, 1976, p. 20); o los propios de la teoría unificadora preventiva o teoría de la unión preventivo-dialéctica (Roxin, 1997, p. 95). Y, por supuesto, la novedosa concepción diferenciadora que asigna a la pena diversos cometidos dependiendo del papel que cumpla cada uno de los involucrados en el sistema penal (Schmidhäuser, 1963, p. 52 y ss.; 2004, p. 99 y ss.); adicional a ello, son defendibles otras posiciones como la teoría agnóstica o negativa de la pena (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, p. 28); o la de la autocomprobación o auto constatación (Bustos, 2005, p. 111).

Se trata, pues, de las concepciones de la pena que determinan el fundamento del derecho penal subjetivo a partir de la *función* atribuida a las sanciones penales, las cuales varían según la concepción adoptada; por ello, pues, se habla de un fundamento funcional o material.

Ahora bien, para responder a la segunda cuestión tampoco existe una explicación unívoca, pues el sostén que se le da al derecho de castigar evoluciona desde el punto de vista histórico, de la mano de la concepción política del ente estatal imperante en un momento preciso y según la estructura socioeconómica que lo sustente (Sabine, 1984, p. 113 y ss., 249 y ss.; Touchard, 1983, p. 124 y ss., 354 y ss., 509 y ss.). Es que las diversas construcciones teóricas ensayadas no aparecen aisladas de la realidad social, dado que ellas se expresan en cada momento y a la luz de un determinado modelo de estado (Mir, 1994, p. 29); por ello, no es lo mismo hablar del derecho penal en el Estado absolutista, en el clásico, en el liberal intervencionista, en los estados totalitarios, en el Estado social y democrático de derecho y, por

supuesto, en el seno del llamado Estado constitucional que hoy se abre paso a los inicios del siglo XXI (Velásquez, 2009, I, p. 83-87).

Este último se denomina así porque, en medio del pluralismo que lo caracteriza, el imperio de la ley cede su lugar a la primacía de la Carta Fundamental) en el seno de las modernas y complejas sociedades postindustriales o de riesgos, caracterizadas por *la globalización* – fenómeno que propende por la eliminación de las restricciones a las transacciones y el fomento a la ampliación de los mercados – y *la integración supranacional* – manifestación que busca conseguir un mercado común de los países, con el fomento del tráfico libre de las personas, los capitales, los servicios y las mercancías, con la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas, y otros obstáculos al libre cambio –. En estas organizaciones sociales el fundamento de la potestad punitiva tampoco aparece del todo claro, en la medida en que ese poder ya no es monopolio del Estado que ha enajenado su soberanía en organismos supranacionales, o en grupos de poder alternativos (campos económico, político, cultural, y religioso), entre otros. Todo ello posibilita que una corriente del pensamiento jurídico penal (Silva, 2001, pp. 21 y ss., 97 y ss., 115 y ss.) plantee la necesidad de introducir un derecho penal incondicionado e ilimitado (por ende, *máximo*) que permite velar por los intereses del conglomerado social para, con base en dicha herramienta, combatir la moderna criminalidad económica que supera las fronteras de los estados, el terrorismo y, en general, toda la delincuencia organizada; mientras que otra dirección, asentada en las ideas de racionalidad y certeza, afirma la necesidad de perseverar en un *derecho penal mínimo*, de garantías, para el logro de tales cometidos (Ferrajoli, 1997, p. 33 y ss., 91 y ss.). En ambos casos, de todas maneras, el paradigma no es ya la criminalidad de los desposeídos sino la de los poderosos y la de las empresas tanto nacionales como transnacionales.

3. El derecho penal de hoy

Ubicados en ese contexto general es evidente que el derecho punitivo soporta en la actualidad grandes trances (Del Rosal, 2009, p. 1 y ss.); por ello, se afirma (Ferrajoli, 2006, p. 301-316; Ferrajoli, 2011, vol. 2, p. 352 y ss.) que en las democracias avanzadas la crisis del derecho penal consiste en el quiebre de las dos funciones garantistas que le aportan su legitimación: la de la prevención de los delitos y la de la prevención de las penas arbitrarias (Ferrajoli, 1997, pp. 331 y ss.). Ello, se dice, es producto del doble cambio producido en la fenomenología de los delitos y de las penas favorecido por los procesos de globalización, que tiene que ver tanto con la *cuestión criminal* (valga decir, con las formas económicas, sociales y políticas de la criminalidad, en gran parte nuevas) como con la *cuestión penal* (esto es, las formas de intervención punitiva en gran parte viejas y degeneradas, las causas de la impunidad de la nueva criminalidad y las arbitrariedades y excesos punitivos).

Por eso, se cree, lo que más ha cambiado es *la cuestión criminal*, pues hoy la delincuencia que amenaza a los derechos y a las libertades no es la vieja *criminalidad de subsistencia* sino la *del poder*, un fenómeno inserto en el funcionamiento normal de la sociedad y que, por su carácter organizado, tiene dos formas: una, la de los *poderes abiertamente criminales*, sean de tipo político y terrorista (Zolo, 2011, p. 11 y ss.), o de carácter económico y mafioso; y, otra la de los *crímenes de los poderes*, sean económicos o públicos (Morrison; 2012, pp. 1 y ss.). En este momento, pues, los brotes criminosos que más daño causan son los de los poderes, los de las transnacionales, los de las potencias arrogantes y, por supuesto, los de las

personas jurídicas; en ellos, obvio es decirlo, tiene que poner sus miras el derecho procesal penal cuando de investigar las violaciones a la ley penal con las modernas herramientas se trata.

En cuanto a la cuestión penal, Ferrajoli muestra como los sistemas punitivos de las democracias avanzadas no han sabido responder a los grandes desafíos que plantea la cuestión criminal y, en su lugar, han implantado un derecho penal máximo que produce dos expansiones patológicas: la del *derecho de la penalización* (la inflación legislativa que lleva al colapso a los sistemas judiciales y del principio de legalidad, para crear un enorme derecho penal burocrático); y, la del aumento desmesurado de las aflicciones punitivas con el *incremento del encarcelamiento*, la criminalización de la pobreza y la impunidad de los crímenes de los poderosos, producto de una política indiferente a las causas estructurales de los fenómenos criminales y a las garantías, “sólo interesada en secundar o, lo que es peor, en alimentar los miedos y los humores represivos presentes en la sociedad”.

De allí que la “seguridad” sea el terreno privilegiado de esta política que, como dice el gran pensador italiano, transmite un doble mensaje: uno, según el cual la única criminalidad es la callejera no la de los poderosos; y, otro, el vocablo seguridad ya no quiere decir en el lenguaje propio de la política “seguridad social” sino, al pervertirlo, sólo “seguridad pública” por lo cual, al utilizar el antiguo mecanismo del “chivo expiatorio, al haber sido agredida la seguridad social por las políticas de reducción del estado social y de dismantelamiento del derecho del trabajo, las campañas de seguridad sirven para satisfacer el sentimiento difuso de inseguridad social con su movilización contra el desviado y el diferente, preferiblemente de color o extracomunitario” (Ferrajoli, 2011, 2, pp. 361-362; Wacquant, 2000, pp. 25, 71, 88).

Por supuesto, en el contexto de los países del mal llamado “tercer mundo” debe entenderse que se hace referencia a negros, indígenas, mendigos, homosexuales y desempleados. Recuérdese, solo para poner un par de ejemplos nacionales, el asesinato de este tipo de personas por parte de miembros de las Fuerzas Armadas durante los gobiernos del presidente Uribe a las cuales se vestía luego con prendas militares para hacerlas aparecer como “subversivos” o “terroristas” (los llamados “falsos positivos”); o el asesinato masivo y sistemático de los líderes e integrantes de la UP, en los años ochenta del pasado siglo.

Todo ello, advierte Ferrajoli, produce un doble efecto: la identificación ilusoria entre seguridad y derecho penal en el sentir común y la expulsión de las políticas sociales de inclusión. Por todo lo anterior, el lúcido filósofo plantea la necesidad de refundar el derecho punitivo en su conjunto para restituir su eficiencia y garantías según el modelo normativo que él ha llamado *derecho penal mínimo*, de tal manera que se oriente a restaurar el papel del derecho penal como instrumento costoso, sólo utilizable como *extrema ratio* y dirigido a la minimización de la violencia tanto de los delitos como de las penas y a la tutela de los bienes y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos” (Ferrajoli, 2011, 2, p. 366).

De esta manera, entonces, no sólo se propone una drástica *despenalización* para que sólo se persigan aquellas conductas punibles graves que tengan alto impacto social sino una radical *descarcelación* de tal manera que el instrumento de la cárcel también sea para los hechos más significativos.

4. El Nuevo Acuerdo y los fines de las sanciones

Pero ese tipo de planteos se enfrentan a situaciones más complejas cuando, como sucede en el caso colombiano, es necesario encontrar mecanismos sancionadores que

permitan la reincorporación de grupos armados al colectivo social y posibilitar así la construcción de la paz; por eso, es importante examinar si es viable predicar el modelo ferrajoliano cuando se tiene enfrente el llamado Nuevo Acuerdo Final suscrito con las Farc-EP.

En efecto, en plan de ganar legitimidad en el plano internacional sin importar si el diseño se lleva a cabo o no en la realidad, la declaración conjunta contenida en el citado documento suscrito entre los miembros de la agrupación criminal y el gobierno nacional empieza por afirmar que ella se pliega –en un todo– a los dictados de la Constitución Política, del derecho internacional y de los pactos internacionales sobre las materias concernidas:

(...) las partes, siempre y en cada momento, se han ceñido al espíritu y alcances de las normas de la Constitución Nacional, de los principios del Derecho Internacional, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario (Convenios y Protocolos), de lo mandado por el Estatuto de Roma (Derecho Internacional Penal), de los fallos proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a los conflictos y su terminación, y demás sentencias de competencias reconocidas universalmente y pronunciamientos de autoridad relativos a los temas suscritos (Nuevo Acuerdo Final, 2016, p. 2).

En este contexto, se consignan diversas previsiones en materia penal en especial en el punto 5 del Acuerdo, intitulado como “Acuerdo sobre las víctimas del conflicto”, destinado a crear un “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, con inclusión de la Jurisdicción Especial para la Paz; y el Compromiso sobre Derechos Humanos y, en particular, en su numeral 1. Allí, se afirma un principio que se intitula como “El reconocimiento de responsabilidad”, en cuya virtud “cualquier discusión de este punto debe partir del reconocimiento de responsabilidad frente a las víctimas del conflicto. *No vamos a intercambiar impunidades*” (Nuevo Acuerdo Final, 2016, p. 124) y, en plan de legitimar a las partes, se dicen sentar las bases de los pilares que aseguren los derechos de las víctimas: verdad, justicia, no repetición y reparación.

Desde luego, a los integrantes de la susodicha agrupación se les reconoció la calidad de delincuentes políticos, esto es, se les trata como combatientes o rebeldes que en medio de un conflicto armado interno buscan la transformación del Estado; ello, se extiende también a los hechos conexos con el delito político que se define a partir de criterios eminentemente subjetivos y caprichosos (Acuerdo Final, 2016, p. 151, num. 39), entre los cuales puede llegar a quedar comprendido hasta el tráfico ilegal de drogas, así lo prohíba la Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes de 1988, artículo 3, numeral 10.

A su turno, y esto es muy importante para el análisis, esa calidad no se les endilga a los opositores (y aquí pareciera que, como por arte de magia, desapareciese el pretextado “conflicto armado” que por todas partes se invoca como punto de partida) a los que se denomina como delincuentes de Estado (los servidores públicos) o particulares que hubiesen realizado actividades criminales en contra de los ahora “rebeldes” (por ejemplo, los financiadores: ganaderos, industriales, los criminales paramilitares, etc.), para quienes se acordó un modelo diferencial (Acuerdo Final, 2016, p. 147 y ss., título II, nums. 32 y 44) ya plasmado en algunas normativas que lo desarrollan, para el caso una ley de amnistía general (ley 1820, 2016, arts. 45 y ss.) y el Acto legislativo que da vida a la Jurisdicción Especial para la Paz (Acto legislativo 1 de 2017, arts. 4 ss., 13 ss., 21 ss.) o algunas normativas complementarias (Decretos 277 y 700 de 2017 y las expedidas a finales de mayo de 2017),

que no parecen respetar los límites provenientes del derecho internacional penal que han sido discutidos por la doctrina nacional (al respecto, Cortés, 2015, p. 215).

Para esos efectos se crea una justicia “especial” con una duración de hasta quince años que contiene dos tipos de procedimientos (Acuerdo Final, 2016, p. 143 y ss.): uno, para quienes reconozcan la verdad y admitan su responsabilidad; y, otro, para los que no la admitan y, por ende, no aceptan responsabilidad alguna (Acuerdo, 2016, punto 5, num. 45). En ambos casos, el juzgamiento se extiende a los “delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado” (num. 9 inc. 3º). Esa mal llamada jurisdicción (vocablo equívoco porque en un estado de derecho solo hay una jurisdicción), obsérvese, luego de invocar tanto los postulados básicos encaminados a lograr la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (SIVJNR) (Acuerdo, 2016, p. 143 y ss., punto 5, nums. 1-16), como los “Principios del Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional” (num. 4), dice respetar todos los axiomas orientadores de un derecho penal y procesal penal democrático (ver num. 14); incluso, como para que no quede ningún asomo de duda, el Acuerdo comienza por invocar un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Masacres El Mozote, 2012).

En ese marco general, se afirma que todas “las sanciones tendrán como *finalidad esencial* satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz” y que “deberán tener la mayor *función restaurativa y reparadora del daño causado*, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad” que se haga ante esa justicia, bien de manera individual o bien de forma colectiva (Acuerdo Final, 2016, p. 164, num. 60; Acto Legislativo 1, 2017, art. 13).

Lo que sí parece claro es que el monto de las mismas pende de tres criterios distintos: a) si se dice la verdad y se reconoce la responsabilidad ante la Sala respectiva; b) si se dice la verdad y se reconoce la responsabilidad ante el Tribunal respectivo; y, c) si no se dice la verdad y no hay reconocimiento de la responsabilidad. En atención a ello, se adviera, se graduarán esos montos.

Ahora bien, el listado de sanciones es muy vasto y depende de las tres pautas ya mencionadas (Acuerdo Final, 2016, p. 171); en efecto, en primer lugar, se habla de los castigos aplicables a quienes reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena en la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidades; esto es, las llamadas *sanciones propias*. Allí se alude a actividades restauradoras y reparadoras a llevar a cabo en zonas rurales, tales como la participación (o ejecución) en programas de reparación efectiva para los campesinos desplazados; protección medio ambiental de zonas de reserva; construcción y reparación de infraestructuras en zonas rurales (escuelas, carreteras, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.); desarrollo rural; eliminación de residuos en las zonas necesitadas de ello; mejora de la electrificación y conectividad en comunicaciones de las zonas agrícolas; sustitución de cultivos de uso ilícito; recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos de uso ilícito; y, construcción y mejora de las infraestructuras viales necesarias para la comercialización de productos agrícolas de zonas de sustitución de cultivos de uso ilícito.

En lo que respecta a las zonas urbanas, se prevén actividades que impliquen la participación (o ejecución) en programas de construcción y reparación de infraestructuras en zonas urbanas (escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.); desarrollo urbano; y, acceso al agua potable y construcción de redes y sistemas de saneamiento. A ello se suma la limpieza y erradicación de

restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersonales de las áreas del territorio nacional que hubiesen sido afectadas por estos artefactos.

Estas sanciones, se advierte en el mismo lugar –“que se impondrán a quienes acepten la verdad y la responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves”–, tendrán “un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años”, límite este último que también se observa en tratándose de eventos constitutivos de concurso de delitos.

Además, de cara a precisar los contenidos de esos castigos, se afirma que ellos “comprenderán *restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución*, y además deberán garantizar la no repetición”. No obstante, cuando se trata de precisar en qué consiste la “restricción efectiva” de la libertad, se advierte que ella equivale a la existencia de “mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal”, esto es, el contenido de esa restricción se confunde con los mecanismos de vigilancia, para luego advertir que es la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), la que debe determinar “las condiciones de restricción efectiva de libertad que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la sanción”.

Y, a renglón seguido, se advierte que ellas “en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes”; así las cosas, se cae en un juego de palabras, en un discurso vacío lleno de rodeos, que solo busca evitar concretar en qué consisten las famosas sanciones que nada tienen de penas y que, todo lo indica así, parecen tener la naturaleza jurídica de medidas administrativas. Es más, luego se fijan unos supuestos “criterios” que deben tener en cuenta los magistrados quienes deben, entre otras cosas, fijar de manera concreta los espacios territoriales donde serán ubicados los sancionados, los horarios, las autorizaciones para cumplir actuaciones diferentes al cumplimiento de la sanción, el lugar de residencia, el órgano encargado de verificar el cumplimiento de las sanciones, etc.

En segundo lugar, se mencionan sanciones aplicables a quienes digan la verdad y reconozcan su responsabilidad por primera vez en el proceso contradictorio que debe adelantar la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz, antes de dictarse sentencia. Aquí se habla de *sanciones alternativas* para conductas muy graves que consistirán en penas privativas de la libertad de cinco a ocho años de prisión, con una función esencialmente retributiva; el monto máximo también se extiende a los concursos. No obstante, se prevén castigos menores de cinco años para “quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas”, caso en el cual el mínimo será de dos años y el máximo de 5, incluidos los concursos de delitos.

Y, en tercer lugar, se prevén sanciones aplicables a quienes no digan la verdad y asuman su responsabilidad en el proceso contradictorio ante la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz y resulten declarados culpables por éste, llamadas como *ordinarias*. Esos castigos, que cumplirán las “funciones previstas en el Código Penal”, consisten en la privación de la libertad entre quince y veinte años, máximo este último imponible en eventos de concursos delictuales.

No obstante, queda claro que los fines asignados a la pena en cada caso (aunque siempre van adobados del componente restaurador y reparador) se quedan en el papel porque lo determinante es el comportamiento procesal del sometido a esa jurisdicción, con lo cual no solo las sanciones no cumplen ninguno de los fines asignados aunque se confunden con las

funciones como si fuese lo mismo lo que se sucede en el plano del deber ser como lo que acontece en el del ser (Abbagnano, 1996, pp. 556, 575; Ferrajoli, 1995, p. 322), sino que se imponen con base en consideraciones propias de un derecho penal de autor adobadas de ideales reparadores y restaurativos, no de uno de acto; en otras palabras, todo el debate sobre los fines de la pena –que se maneja de forma desordenada y anárquica– termina por ser un mero discurso sin ningún contenido porque el criterio decisivo a la hora de imponer el castigo es la calidad de “delincuente político” o de “Estado” y, en ese último caso, si se dice o no a verdad y si se reconocen o no responsabilidades. O sea, el nivel de represión –que, en cualquier caso, es notablemente inferior al que rige en el sistema ordinario cuyas penas son hasta de sesenta años y en algunos casos de más: por ejemplo, en algunas hipótesis de lavado de activos se pueden sobrepasar los 118 años– aumenta para quienes no confiesen sus posibles crímenes y disminuye para los que lo hacen; una verdadera extorsión punitiva.

5. ¿Un derecho penal mínimo?

Así las cosas, en atención a lo dispuesto en el llamado Nuevo Acuerdo Final, debe ahora preguntarse si lo allí plasmado se corresponde o no con la concepción de ese derecho penal minimalista para el cual el derecho penal, en el marco de una concepción liberal y garantista, supone un verdadero sistema de límites para el más fuerte; esto es, dice Ferrajoli, opera en dos direcciones:

como sistema de límites a la libertad salvaje de los asociados, mediante la prohibición, la investigación y el castigo como delitos de las ofensas a los derechos ajenos o a otros bienes o interés convenidos como fundamentales; y como sistema de límites a la potestad punitiva del Estado, mediante las garantías penales y procesales, que impiden la prohibición de las acciones ofensivas no culpables y el castigo de las ofensas y culpables sin una previa correcta averiguación (Ferrajoli, t. 2, 2011, p. 346 y 347).

Por supuesto, la respuesta a ese interrogante es del todo negativa. El muy confuso y mal redactado texto examinado es una muestra de que sus redactores no estaban al tanto, ni por asomo, del milenario debate sobre los fines de la pena y del derecho penal; o, tal vez, cabe pensar desde otra perspectiva, lo conocían muy bien y solo lo emplean como etiqueta para rotular el producto logrado. Por eso, sin ningún rumbo y de la forma más tosca posible, a las “sanciones” imponibles a los pocos miembros de las Farc-EP (recuérdese: la mayoría de los más de seis mil ochocientos “sometidos” van a quedar amnistiados en forma total y sin ninguna restricción, mientras los dirigentes –ya condenados por la justicia ordinaria– tienen garantizado su propio modelo (el propio de una justicia de vencedores, para recordar a Zolo, 2007), a la par que cuando se abordan los miles de crímenes de lesa humanidad y contra los dictados del derecho internacional humanitario) se les asignan “fines reparadores y restauradores”, algo propio de quienes dicen acogerse a la llamada justicia restaurativa con visos de transicional.

De igual forma, en relación con las sanciones privativas de la libertad de cinco a ocho años de prisión (estas sí llamadas “penas”) imponibles a quienes confiesen y se declaren responsables (esto es, se supone que están pensadas para los denominados delincuentes de Estado y terceros), como si de tratarse de los más burdos tiempos en los que campeaba la

inquisición, se habla de la “función” “esencialmente retributiva” aunque no se precisa a cuál de las versiones de la misma se refiere. Pero el mayor desconcierto se produce cuando se observan las funciones asignadas a las penas privativas de libertad de prisión, entre quince y veinte años, éstas sí severas –pero de forma muy relativa cuando se las compara con las propias del sistema penal ordinario– y aplicables a los que no confiesen y se declaren responsables (de nuevo los delincuentes de Estado y los financiadores), a las cuales se les asignan los fines previstos en el Código Penal, esto es, al tenor del artículo 4º: prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado que, al sumarse a las concepciones mixtas de la pena, hace una construcción en extremo compleja –además adornada con ideales reparadores y restauradores– que no se puede entender como una mera adición de fines porque ello la haría tambalear y fracasar al ser insostenible desde la perspectiva del Estado de derecho: “el intento de subsanar estos defectos yuxtaponiendo simplemente tres concepciones distintas tiene por fuerza que fracasa” (Roxin, 1966, p. 19). Por ello, la concepción asumida es mixta y hace un marcado hincapié en la prevención especial positiva, en medio de un diseño que obliga a distinguir entre una función teórica y una función práctica de la pena (Velásquez, 2017, p. 164).

Pero aquí se acudió a un evidente tratamiento diferencial: cuando se trata de los miembros de esa agrupación otrora terrorista quienes –so pretexto de que sus acciones son ahora las propias de las delincuencias políticas– claman por la ausencia de intervención punitiva alguna por parte del Estado; la pena, pues, no cumple ninguno de sus fines y tampoco el derecho penal. Por el contrario, para los criminales de Estado (por ejemplo, los miembros de la fuerza pública) y los particulares (léase, los empresarios financiadores), el diseño de justicia adoptado (o tal vez mejor decirlo: impuesto) sí impone sanciones criminales, aunque con ciertos condicionamientos y en atención a ciertas exigencias, que las tornan poco aflictivas máxime si se les acompaña de las miras restauradoras y reparadoras asumidas como cometido general. Aquí sí se habla de penas que, por ende, hacen que el derecho penal cumpla en apariencia algunos fines sin precisarlos: retribución, retribución justa (tal vez al estilo hegeliano), prevención general, prevención especial, etc., pero ello no sucede precisamente en el marco de un derecho penal liberal o de garantías.

De esta manera, si se mira el llamado Nuevo Acuerdo Final a la luz de la concepción minimalista de Ferrajoli, se puede concluir que el diseño impuesto por las FARC-EP no se acompasa con un derecho penal que tenga una doble finalidad preventiva, de índole negativa, en cuanto se busca la prevención de los delitos y la prevención de las penas arbitrarias. Y, cuando se piensa en las otras formas de criminalidad que van a pasar por el tamiz de la llamada Justicia Especial para la Paz, el diseño no es el propio de quien defiende las garantías sino el de quien cobra venganza. Al respecto, bien es sabido que:

El derecho penal no debe ni puede cumplir eventuales deseos de venganza. La determinación de los hechos cometidos contra las víctimas como actos criminales que violan las reglas fundamentales de convivencia de la sociedad, y que como tales son rechazados, comunican a las víctimas solidaridad y muestran que ellas no son sacrificables, sino, por el contrario, parte importante de esta sociedad, lo cual es de suma importancia para su reintegración y para la restauración de su autoestima (Halling & Zuluaga, 2015, p. 228).

Pero esa aspiración tiene que imperar para todos los comprometidos: el derecho penal no es una herramienta para que los delincuentes sometidos se vuelvan vengadores; de no ser así no podrá advenir la paz. Los acuerdos, pues, no posibilitan un arreglo equilibrado ente las partes

sino la genuflexión enfrente a las demandas de los actores armados que, para acabar de ajustar, no tienen un proyecto ético para exhibir ante el colectivo social (Velásquez, 2015, p. 31), aunque sí aspiran a llegar al poder como parte del llamado proyecto bolivariano que pretende conducir a varios países del cono sur del continente latinoamericano hacia el que denominan el socialismo del siglo XXI. Tal vez por ello, algún crítico ha dicho de forma un poco dura que esa organización se ha convertido en “un verdadero ‘paraestado’” que maneja a sus anchas, el ejercicio de la potestad punitiva (Gaitán, 2017, p. 124).

6. ¿La paz a cualquier precio?

Llegados a esta altura de la exposición y en plan de responder a la segunda pregunta planteada al comienzo, debe decirse lo siguiente. Sin duda, la búsqueda de la paz es un imperativo en el seno de organizaciones sociales como las actuales, sobre todo cuando se piensa en las del Cono Sur del continente latinoamericano y, para el caso de la colombiana, urgidas de encontrar mejores espacios para la convivencia en un mundo donde, incluso, la supervivencia del género humano sobre el planeta está ya en entredicho. Por eso las negociaciones y el sometimiento parcial (que más parece el del Estado) de bandas criminales como las FARC-EP, deben ser saludadas con beneplácito porque ellas abren nuevos caminos de cara a la búsqueda de una mejor convivencia.

Es más, no se puede negar —máxime si se trata de un derecho fundamental incorporado al artículo 22 de la Constitución Política de Colombia— que “la paz es el valor supremo, representando la premisa misma de la convivencia civil y por lo tanto de cualquier otro valor político” (Ferrajoli, 2016, p. 147); incluso, es correcto afirmar que “hay verdades tan evidentes por sí mismas que deben ser proclamadas una y otra vez para que no caigan en el olvido” y, se añade, “una de esas verdades es que la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura” (Kelsen, 1946, p. 22). No obstante, eso no significa que se deba permanecer impasibles ante las nuevas realidades y que ellas no deban mirarse con un lente crítico porque, si algo está claro, es que cuando son minorías criminales las que dicen reincorporarse, no son las mayorías quienes se deben ajustar a sus dictados; por supuesto, en materia de justicia penal tampoco se debe hacer un borrón total para iniciar una nueva cuenta, sobre todo sin que haya ninguna pena y proceso que conduzca al establecimiento de la verdad, la justicia y la reparación.

Desde luego, se puede admitir que el precio que se debe pagar para conquistar la paz puede consistir en “la renuncia a someter a los combatientes a la justicia penal ordinaria y por lo tanto la estipulación, para ellos, de un modelo diferente de justicia: el modelo, que en Colombia se ha llamado “justicia transicional” (Ferrajoli, 2016, p. 148). Es más, en aras de lograrlo, se puede aseverar que “una efectiva pacificación nacional no puede alcanzarse tratando a los combatientes como delincuentes solo porque son combatientes, y castigando a los vencidos como criminales” (Ferrajoli, 2016, p. 149-150). Sin embargo, antes de sacar conclusiones en el ámbito colombiano a partir de ese tipo de aseveraciones, es importante mirar las premisas de las cuales se parte para verificar que ellas no se ajustan a la realidad (sobre todo, la sucedida después de ese pronunciamiento académico) y que la conquista de la paz no se puede obtener a cualquier precio como afirma el admirado iusfilósofo —a quien siempre se deberá acompañar cuando defiende un modelo minimalista, propio de un derecho penal mínimo o de garantías—, porque los cerca de seis mil ochocientos hombres que dicen someterse no pueden pretender, a su vez, arrodillar a un Estado con una población de más de

cuarenta y ocho millones de habitantes, tal y como de verdad ha sucedido. Es más, cuando se citan las reflexiones ferrajolianas fuera de contexto, se olvida lo que ellas –de forma perentoria– señalan, al advertir que como se trata de crímenes de guerra o de crímenes contra la humanidad, no es posible patrocinar en estos casos la impunidad:

La pacificación requiere por tanto la reconciliación, a su vez solamente posible con fundamento en el resarcimiento moral de las víctimas constituido ante todo por el reconocimiento público de todos los crímenes de guerra padecidos por ellos durante el conflicto armado. Requiere, para que la guerra no vuelva a repetirse, la construcción de una memoria colectiva y compartida de los horrores del pasado. Es justamente para este objetivo que *se hacen necesarios los procesos contra quien se ha manchado de crímenes de guerra o contra la humanidad: los procesos, téngase en cuenta, antes que las penas*; la comprobación de la verdad promovida por las víctimas o por sus familiares y basado sobre todo en sus testimonios, antes que en la ejecución de la pena; la reconstrucción histórica de las ejecuciones más graves y el descubrimiento de los responsables, mucho más que las sanciones. Objetivo y efecto de los procesos, en efecto, es poner término a la espiral de otro modo incesante de la venganza (Ferrajoli, 2016, p. 151).

En fin, lo que se debió haber pactado era que hubiese penas –así fuesen leves o simbólicas– para todos los contendientes porque, como con toda razón vuelve a afirmar el pensador italiano, ellas “pueden ser muy leves, incluso simbólicas”, en atención a que en el contexto de esta justicia alternativa ellas tienen que consistir, en vez de un encierro, en penas alternativas a la prisión como las detenciones domiciliarias, la estadía obligatoria o la prohibición de estar en determinadas localidades, la destitución de los funcionarios públicos implicados en los crímenes comprobados y similares (Ferrajoli, 2016, p. 152).

Pero, no se olvide, el tratamiento tiene que ser similar para todos –así lo impone el principio constitucional de proporcionalidad, que no se puede arrinconar como si se tratase de una pieza de museo–, pues no es posible hablar de penas restaurativas y reparadoras para unos y, como si se hablara de conflictos y de delitos distintos, de penas retributivas y/o preventivas para otros, así algo se adoben de los cometidos reparadores y restauradores; es más, tampoco es factible, como ha sucedido tras la aprobación del acto legislativo que da vida jurídica la justicia especial para la paz (Acto Legislativo 1, 2017), que se introduzca la responsabilidad por cadena de mando –que además violenta todos los principios propios de un derecho penal mínimo y, por ende democrático– solo para los miembros de las fuerzas armadas regulares y no para los integrantes del grupo criminal en cuestión (Velásquez, 2017, p. 31). Se quiebra, entonces, la igualdad en el trato y subsisten no pocos vacíos sobre el asunto (Portilla, 2017, p. 113 y ss.).

De esta forma queda claro que la paz no se logra solo con la puesta en escena de una justicia transicional con visos restaurativos mal concebida que, ni siquiera, logra perfilar los fines de la pena y del derecho penal en ese preciso escenario, sino que el logro de la misma tiene otros componentes como bien ha dicho el maestro Ferrajoli: la salvaguardia, exhibición y desarrollo de las formas propias del Estado de derecho; el desarme de la sociedad civil y el monopolio policial de la fuerza. Y, sobre todo, la construcción de la democracia no solo en el plano formal sino sustancial, esto es, “la dimensión política y la dimensión constitucional: en la dimensión liberal y en la dimensión social” (Ferrajoli, 2016, p. 161).

Así las cosas, en gracia de discusión y para aclimatar la paz, se podría llegar a renunciar hasta a las penas privativas de libertad, pero tendría que haber algún tipo de pena; es

más, debería haber inhabilidades para que los partícipes del Acuerdo no pudieran intervenir en política y ejercer cargos públicos (cosa que tampoco no ha sucedido). Sin embargo, para recordar de nuevo al pensador italiano y sin citarlo fuera de contexto, tiene que haber un proceso para que la verdad aflore; y, como si fuera poco, es necesario que haya justicia, reparación y prohibición de no repetición, para que los derechos de las víctimas no se vean menoscabados y/o burlados.

Se debe aspirar, pues, al logro de una paz auténtica, real; esa que, en sentido positivo (Bobbio, 1997a, p. 1165), supone un estado en cuya virtud tanto en el ámbito social como personal se observen el equilibrio y la concordia; y, mirada en el plano negativo, como dice el léxico (Real Academia Española, 2014a, p. 1660), conlleve la ausencia de guerra, violencia o intranquilidad; esto es, debe abogarse por un diseño que posibilite afirmar: “la paz es el estado en el que no se hace uso de la violencia” (Kelsen, 1988, p. 25). Muy claro lo dijo también Cicerón: *pax est tranquilla libertas* (la paz es una libertad tranquila) (1994, p. 113).

Referências Bibliográficas

- ABBAGNANO, N. (1996). **Diccionario de Filosofía**, trad. A. Galletti. México: Fondo de Cultura Económica.
- ACUERDO FINAL (2016, agosto 24). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Recuperado de <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/acuerdo-final-1473286288.pdf>
- ACTO LEGISLATIVO 1 (2017, abril 4). Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. **Diario Oficial No. 50.196**. Congreso de la República de Colombia, abril.
- BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G., (1997a). **Diccionario de Política**, vol. 2. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.
- BRAITHWAITE, J. & PETTIT, Ph. (2015). **No solo su merecido**. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo, trad. de E. Odriozola. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- BUSTOS, J. (2005). **Introducción al Derecho penal**, 3 ed. Bogotá: Editorial Temis S. A.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (1988, julio 29). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf
- CENTRO INTERNACIONAL DE JUSTICIA TRANSICIONAL (ICTJ) (2009). **¿Qué es la justicia transicional?** Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>
- CICERÓN, M. T. (1994). **Las Filípicas**. Barcelona: Planeta.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2012, octubre 25). Caso Masacres de El Mozote y lugares Aledaños vs. El Salvador. Recuperado de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf
- CORTÉS, F. (2015). El derecho internacional penal y el asunto de la amnistía. El caso de las Farc. Araucaria. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, año 15, nº 29, 189–216.
- DEL ROSAL, B. (2009). ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?, **RECPC** 11-08 pp. 1 y ss. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc>.

- FERRAJOLI, L. (1986). **El derecho penal mínimo**, trad. de R. Bergalli, en Poder y Control, No. 0, p. 25-48.
- FERRAJOLI, L. (1995). **Derecho y razón**, trad. de P. Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2006). Criminalidad y globalización. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXIX, No. 115, 301-316.
- FERRAJOLI, L. (2011). **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. 1. Teoría del Derecho, trad. P. Andrés Ibáñez et al., Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2011). **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. 2. Teoría de la democracia, trad. P. Andrés Ibáñez et al., Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2016). La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna. **Revista Crítica Penal y Poder** 2016, N° 10 (pp.146-161). BARCELONA: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona.
- GAITÁN, K. (2017). Los límites a la aplicación del principio de oportunidad y los beneficios punitivos otorgados a las FARC-EP. **Cuadernos de Derecho Penal** No. 17, 101-130.
- GARCÍA, A. (2014). **Introducción al Derecho Penal**, vol. I, 5 ed., 3 reimp. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- HALLING, J. & ZULUAGA, J. (2015). **El fin del proceso penal en contextos de justicia transicional**. A. F. DUQUE (Comp.): **Perspectivas y retos del proceso penal (203-234)**. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- HASSEMER, W. (1988). La persecución penal: legalidad y oportunidad. **Jueces para la democracia**, No. 4, 8-11.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1964). **Tratado de Derecho Penal**, t. II, 4 ed. Buenos Aires: Editorial Losada S.A.
- KELSEN, H. et al. (1946). **La paz por medio del Derecho**: seguida de un apéndice sobre La jurisdicción internacional obligatoria y el mantenimiento de la paz. Buenos Aires: Losada.
- KELSEN, H. (1988). **Teoría general del Derecho y del Estado**. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- LEY 1820 DE 2016 (diciembre 30). Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. **Diario Oficial** No. 50.102. Congreso de la República de Colombia, diciembre de 2016.
- MIR, S. (1994). **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel.
- MIR, S. (2003). **Introducción a las bases del Derecho Penal**, 2 ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- MIR, S. (2011). **Derecho Penal, Parte General**, 9 ed. Barcelona: Editorial Reppertor.
- MORRISON, W. (2012) **Criminología, Civilización y nuevo orden mundial**, trad. A. Piombo. Barcelona: Anthropos.
- PORTILLA, G. (2017). Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia. **Revista Nuevo Foro Penal** No. 88, 113-149.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014a). **Diccionario de la lengua española**, tomo II. Bogotá: Espasa Libros, S. L. U. -Editorial Planeta Colombiana, S. A.
- ROXIN, C. (1966). **Sentido y límites de la pena estatal**. Problemas básicos del Derecho Penal (pp. 11-36), trad. D. M. Luzón-Peña. Madrid: Reus.

- ROXIN, C. (1997). **Derecho Penal, Parte General**, Tomo I, Fundamentos Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Ed. Civitas S. A.
- SABINE, G. H. (1984). **Historia de la Teoría Política**, trad. de V. Herrero, 2 ed., 9ª reimp. México: Fondo de Cultura Económica.
- SCHMIDHÄUSER, E. (1963). **Vom Sinn der Strafe**. Göttingen: Vandenhoeck-Ruprecht.
- SCHMIDHÄUSER, E. (2004). **Vom Sinn der Strafe**, introducción de E. HILGENDORF, 2 reimp. 2ª ed. Berlin: Logos Verlag, 2004.
- SILVA, J. M. (2001). **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales, 2 ed. Madrid: Civitas.
- TOUCHARD, J. (1983). **Historia de las ideas políticas**, trad. de J. Pradera. Madrid: Tecnos.
- UPRIMNY, R. (2006). **Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano**. R. UPRIMNY et al. ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia (p. 17-44). Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- VALENCIA, H. (2008). **Introducción a la justicia transicional**. Claves de razón práctica no 180, 76-82.
- Recuperado de <http://escolapau.uab.es/img/programas/derecho/justicia/seminariojt/tex03.pdf>
- VELÁSQUEZ, F. (2009). **Derecho Penal, Parte General**, t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- VELÁSQUEZ, F. (2010). **La justicia negociada: Un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema**. En F. VELÁSQUEZ, Sistema Penal Acusatorio y Nuevos Retos (pp. 13-42). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- VELÁSQUEZ, F. (2013). "Justicia" transicional y sustitución de la Constitución. **El Colombiano**, p. 37. Recuperado de [http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/J/justicia transicional y sustitucion de l a constitucion/justicia transicional y sustitucion de la constitucion.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/J/justicia%20transicional%20y%20sustitucion%20de%20la%20constitucion/justicia%20transicional%20y%20sustitucion%20de%20la%20constitucion.asp)
- VELÁSQUEZ, F. (2015, mayo 17). Posconflicto y justicia transicioonal. **El Colombiano**, p. 31. Recuperado de <http://www.elcolombiano.com/posconflicto-y-justicia-transicional-KN1935297>
- VELÁSQUEZ, F. (2016). La paz y la academia. En J. E. Londoño: **Justicia, Derecho y Postconflicto en Colombia** (pp. 217-233). Bogotá: Ibáñez-Universidad Santo Tomás-Ediciones Iusta.
- VELÁSQUEZ, F. (2017). **Fundamentos de Derecho Penal**. Parte General. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- VELÁSQUEZ, F. (2017, marzo cinco). La responsabilidad del mando. **El Colombiano**, p. 31. Recuperado de <http://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/la-responsabilidad-del-mando-AX6088323>
- NUEVO ACUERDO FINAL (2016, noviembre 24). **Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera**. Recuperado de <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/241480106030.111480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf>
- ROXIN, C. (1997). **Derecho penal, Parte general**, t. i, trad. D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal. Madrid: Civitas.
- WACQUANT, L. (2000). **Las cárceles de la miseria**, trad. de H. Pons, Buenos Aires: Manantial.
- ZAFFARONI, R. E., ALAGIA, A., SLOKAR, A. (2002). **Derecho penal**, Parte general, 2 ed. Buenos Aires: Ediar.

ZOLO, D. (2011). **Terrorismo humanitario**. De la guerra del Golfo a la carnicería de Gaza, trad. de J. Vivanco. Barcelona: Ediciones Bellaterra.

ZOLO, D. (2007). **La justicia de los vencedores**. De Nuremberg a Bagdad, trad. E. Bossi. Madrid: Trotta.

Compliance, empresa y sistema penal (comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo Español)¹

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO

Profesor-Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la Universidad
Autónoma de Chiapas. Socio Fundador de
www.criminalcompliancemexico.com

Resumo: O presente trabalho se propôs a comentar as sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal Espanhol, que cuidam dos temas *compliance*, tratamento penal de pessoas jurídicas dentro do Sistema Penal Espanhol. A averiguação da responsabilidade da pessoa jurídica neste sistema deve ficar também atrelada ao conjunto mínimo dos direitos e garantias conferidas às pessoas físicas.

Palavras-chave: *compliance*; sistema penal Espanhol; pessoa jurídica; direitos e garantias.

1. Introducción

En el verano de 2014, cuatro años después de la reforma española que introdujo la responsabilidad penal de los entes colectivos, el código nacional de procedimientos penales incorporó el —así denominado— «procedimiento para personas jurídicas». Es decir, al contrario de lo sucedido en España, México implementó primero la reforma procesal, mientras que años más tarde abordó la materia penal relativa a la responsabilidad penal de la empresa².

En el CNPP se sentaron las bases para investigar y ejercer acción penal en contra de entes colectivos. Sin embargo, se señalaba también que el ministerio público ejercería acción penal en contra de la persona jurídica, sólo después de ejercer acción penal en contra de la persona física que debiera responder por el delito. Más complicadas resultaban, aún, las reglas para la individualización judicial de la pena, pues expresamente se advertía que «las medidas no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta-típica y

¹ Abreviaturas utilizadas: CPCDMX (Ciudad de México), CPF (Código Penal Federal), CNPP (Código Nacional de Procedimientos Penales), FGE (Fiscalía General del Estado), § (Parágrafo del Código Penal Alemán), TSE (Tribunal Supremo Español).

² En torno a la evolución de esta temática en México; Ontiveros Alonso, Miguel; La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México (algunos desafíos de cara a su implementación); en, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. También; Coaña Be, Luis David; La Responsabilidad Penal de las Empresas; INACIPE/Centro Carbonell; México, 2017.

antijurídica», pues se consideraba —concepción que aún persiste—, que los entes colectivos carecían de capacidad de culpabilidad³.

Por otro lado, en diciembre de 2014, el CPCDMX replicó el modelo español de 2010, pero éste se modificó en 2015, por lo que es previsible que se verifiquen nuevas reformas a escala nacional, inspiradas en la legislación española, y comiencen a dictarse las primeras sentencias en la materia que nos ocupa⁴. Así, tarde o temprano el sistema de justicia procesará y sentenciará a personas jurídicas por la comisión de delitos, de ahí que la experiencia española resulte fundamental para nosotros. Ante este escenario surgen algunos interrogantes:

- a) ¿Qué tan grande es el vínculo —si es que éste existe—, entre la jurisprudencia y la doctrina que se ha elaborado en materia de responsabilidad penal de la empresa?
- b) ¿Cuál es la ubicación sistemática de los *compliance programs*? O, formulado este interrogante de otra manera ¿Qué excluye, si es que excluye algo, el *compliance* según las resoluciones judiciales españolas?⁵
- c) ¿Cómo interpreta la jurisprudencia española la disposición del artículo 31.2 del CPE, referente a que la persona jurídica quedará “exenta de responsabilidad”? ¿significa eso exclusión del injusto, exclusión de la culpabilidad, prescindir de la pena o algo diferente?
- d) ¿Por qué en España se protege de manera más amplia —frente a la pena estatal—, a la persona jurídica que a la persona humana y qué dice el TSE al respecto?

Las sentencias dictadas por el TSE debieran servir de orientación a los tribunales latinoamericanos, como también a los alemanes. Y esto es así pues, el —denominado por la doctrina alemana— «proyecto de código penal empresarial alemán»⁶, incorporaría la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania, de tal forma que el derecho comparado puede ser enriquecedor en la tarea que ahora se desarrolla en el congreso de ese país.

2. El modelo alemán de responsabilidad penal empresarial y su probable relación con la normativa iberoamericana

Es cierto, como sostiene Achenbach, «que el sistema alemán no contempla la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas, lo que no significa —según el mismo autor—, que el tratamiento jurídico de la empresa esté exento de la dimensión punitiva, pues el juez penal puede imponer determinadas consecuencias a los entes colectivos en sede penal, aunque dichas consecuencias sean, por ahora, de tipo administrativo»⁷.

³ El modelo vigente, derivado de la reforma de junio de 2016, no resuelve el asunto: por un lado, se sostiene un modelo de responsabilidad penal autónoma, mientras que nuestros códigos penales contemplan un modelo de transferencia.

⁴ En torno a las consecuencias que pueden imponerse a la empresa de conformidad con el ordenamiento jurídico mexicano; Pérez Flores, José Christian; Consecuencias jurídicas derivadas del delito para las personas jurídicas. Análisis desde el punto de vista procesal; en; Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico; Ontiveros Consulting / UBIJUS; México, 2015, pp. 303 y ss.

⁵ Ya he desarrollado este tema, más ampliamente, en otro lugar: Ontiveros Alonso, Miguel; ¿Para qué sirve el *compliance* en materia penal?; en; <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/14.pdf>

⁶ Disponible en: <http://www.strafrecht.de/media/files/docs/Gesetzentwurf.pdf>

⁷ Achenbach, Hans; Ransiek, Andreas y Rönnau, Thomas; Handbuch Wirtschaftsstrafrecht; 4ª edición, C.F. Müller; Múnich, 2015; p. 4.

Mi parecer es, sin embargo, que la tradición alemana en esta materia está por cambiar. El caso Siemens — que ya es antiguo —⁸ el de German-Wings, más reciente, o el fraude mundial de Volkswagen, evidencian no sólo daños a la economía, sino también al ambiente y a la vida de personas humanas. El común denominador de estos delitos — que casi siempre está presente en la criminalidad económica —, es la corrupción.

Aunado a lo anterior, parece claro que el derecho administrativo no rinde lo suficiente frente a estos fenómenos delictivos, tal y como se desprende de la exposición de motivos del proyecto alemán. Esto no significa que el derecho administrativo no funcione, sino que no está hecho para prevenir y sancionar fenómenos criminógenos de dimensiones mundiales, como aquellos a los que se ha hecho referencia más arriba.

El diseño y presentación del «proyecto de ley que incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Alemania» — es una muestra de ello. Esa iniciativa incorpora la responsabilidad penal de los entes colectivos, impone penas, establece medidas procesales, incluidas algunas interesantes relativas a la competencia jurisdiccional, que podrían orientar a operadores del sistema penal latinoamericano, mientras que también establece medidas preventivas frente a la posible comisión de delitos cometidos por entes colectivos.

El proyecto de referencia, que aún se encuentra en el debate legislativo, podría generar que el Estado de Nordrhein-Westfalen sirviera como ejemplo para una regulación «en cascada» del resto de ordenamientos jurídicos alemanes. Creo, por ello, que la incorporación de la responsabilidad penal empresarial en Alemania está en camino de ser realidad⁹. ¿Qué dimensiones del código penal empresarial alemán pueden ser utilidad de para Iberoamérica? Este es un interrogante que no se puede resolver aquí, pero sí se pueden señalar tres ejes estratégicos:

La facultad del Fiscal para que — en armonía con el principio de oportunidad — se abstenga de perseguir el delito.

a) La exclusión de la jurisdicción o competencia de determinados jueces (§ 16), cuando se ubiquen en algunos de los casos ahí señalados, por ejemplo: cuando el juzgador, o su pareja, tenga alguna relación con la persona jurídica. Lo mismo sucedería en caso de que algún familiar, en línea directa y hasta el tercer grado, tenga relación con la empresa o haya estado vinculado al ente colectivo.

b) La prohibición, para los defensores (§18) de intervenir simultáneamente como defensor de la persona jurídica y una física, y que dicha actuación genere un conflicto de intereses o afecte el derecho de defensa de alguna de aquellas dos.

⁸ Al respecto, el destacado texto de Carrión, Andy; Criminal Compliance. De la ley de EE.UU. de prácticas corruptas en el extranjero, el riesgo de empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento; Thompson Reuters; Lima; 2014; pp. 96-97; «La deficiente implementación de un programa de cumplimiento efectivo fue el punto medular más acético advertido en las conclusiones de las investigaciones estatales e internas. La aprobación de un código de conducta, por ejemplo, no vino complementada en la práctica con otras medidas específicas para garantizar el seguimiento de esas reglas y principios».

⁹ De una opinión diferente es Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, quien advierte: «no está claro que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ofrezca ventajas frente a las sanciones administrativas impuestas a las empresas»; en, Strafrechtliche Sanktionen gegen Unternehmen in Spanien; en; Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (coordinadores); Compliance und Strafrecht; pp. 227-228.

3. La sentencia del pleno de la sala segunda del tribunal supremo del 29 de febrero de 2016 (ponente: José Manuel Maza Martín)

Una observación preliminar: el TSE y sus barreras entre teoría y práctica. Al TSE le incomoda dar crédito a la doctrina. Esta es la primera impresión que un lector ajeno al debate español, y acostumbrado a la jurisprudencia mexicana, puede llevarse de la lectura completa de la sentencia. Cuando el TSE entra al análisis de los recursos procesales interpuestos por las personas jurídicas, hace referencia constante a «la doctrina», pero no dice algo más. Incluso afirma, textualmente, que «para cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal que esta Sala tiene encomendadas como Tribunal casacional, se considera de interés dejar aquí constancia de las siguientes precisiones...».

Con ese preámbulo, cualquier lector pensaría que lo siguiente es un análisis de las consideraciones doctrinales más sobresalientes, aunque no se tome postura a favor en contra. Sin embargo, lo que se afirma es lo siguiente: «es conveniente señalar, intentando *eludir* en lo posible categorías doctrinales, que sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar origen a eventuales *confusiones* interpretativas. Lo que no admite duda, visto el texto legal, es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la pretendida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización».

El TSE no hace una sola referencia a algún autor, ni a obra alguna, pero sí se inspira en la literatura penal de aquel país. Esto evidencia dos cosas: el recelo de los jueces a reconocer que sí se orientan por la doctrina y, segundo, un ánimo de protagonismo. No es raro —en España— escuchar a los magistrados ponentes impartiendo conferencias, talleres o entrevistas, en las que exponen los fundamentos de la resolución que dictaron (resolución que difícilmente hubieran podido dictar, sin la riqueza obtenida por la discusión de la dogmática española).

Algo similar ha sucedido en relación con la Sentencia número 221/2016 (ponente Magistrado Manuel Marchena Gómez), relativa a la Sociedad *Anjuma* y el delito de apropiación indebida, pues el TSE sostiene ahí—sin citar nombres—, que el debate parece inacabable y el hecho de que «algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones». También la FGE incurre en esta práctica pues, en la circular 1/2011, critica a la «doctrina científica» que busca mantener intactas las categorías dogmáticas, para más tarde referirse a «algún autor», señalando lo siguiente: «de modo que su aplicación no obliga a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, al día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos»¹⁰.

¹⁰ No obstante lo afirmado por el TSE, es en el seno de la doctrina española donde —con una fuerte influencia de la dogmática alemana—, se gesta una teoría sólida de la autorresponsabilidad empresarial. Véase, al respecto, Gómez-Jara Díez, Carlos; Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas; ARA, Perú, 2010.

4. ¿Cuál es la ubicación sistemática del compliance según el TSE? ¿se trata de una regla de imputación, de exclusión de la culpabilidad, de una excusa absolutoria o atenuante?

El rol que juegan los *compliance programs* es motivo de un amplio debate. Una postura, que parece mayoritaria, considera que éstos aplican para acreditar o excluir el delito empresarial en sede de culpabilidad. Sin embargo, esta postura, que ha encontrado aceptación en la doctrina española y que encabeza Gómez-Jara Díez, puede ser cuestionada. Efectivamente, si se considera que ya desde el tipo objetivo se aprecia que la persona jurídica ajusta plenamente su actividad empresarial a los contenidos del programa de cumplimiento, tal y como sucede con las personas humanas en relación a la *lex artis*, la persona jurídica estaría cubierta por un riesgo permitido, quedando excluida la imputación al tipo objetivo y por lo tanto el injusto.

Como sostiene la doctrina mayoritaria, una conducta amparada por riesgo permitido excluye la imputación al tipo objetivo. En torno al riesgo permitido directamente vinculado con la —así denominada por el autor—, teoría constructivista de la responsabilidad empresarial, el propio Gómez-Jara señala lo siguiente; «en cualquier caso, se trata de determinar si, en función del uso que la empresa ha efectuado de su capacidad autoorganizativa, ésta ha generado un determinado riesgo empresarial que se ha terminado realizando en el concreto resultado lesivo producido. Brevemente se puede indicar que un dato especialmente relevante es que, a la hora de determinar el riesgo permitido, las mayores capacidades empresariales para la gestión del riesgo permiten configurar un *ciudadano empresarial medio*.

Según sostiene Roxin, habrá que entender por riesgo permitido: «una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo»¹¹. Mi parecer es que los casos de resultados producidos por personas jurídicas pueden resolverse con el mismo instrumento.

El ordenamiento jurídico establece deberes de control de fuentes de peligro para las empresas —por ejemplo, las dedicadas a la industria de la construcción—, cuya infracción puede traducirse en la creación de un riesgo no permitido generado por el ente colectivo. Esto puede reflejarse, finalmente, en la imputación del resultado de lesiones o muerte de un empleado de la construcción a la propia empresa.

La postura expuesta tiene dos pilares, en mi parecer, sólidos: la resolución judicial aquí comentada y, por otro lado, la postura expuesta por Silva Sánchez¹². Si se observa con atención, el TSE afirma lo siguiente: «Y ello, más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en

¹¹ «Prototipo del riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario»; DPPG; p. 371. Para confirmar, con ejemplos, que esta teoría se aplica entre nosotros; Ontiveros Alonso, Miguel; Derecho Penal. Parte General; Instituto Nacional de Ciencias Penales/UBIJUS/Alexander von Humboldt-Stiftung, México, 2017; pp. 201-221.

¹² En su destacado artículo, «La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática», en, Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico, Ontiveros Consulting/UBIJUS, México, 2017 (en prensa).

ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizás lo más adecuado, puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física».

Así, por ejemplo, —retomando las palabras de Silva Sánchez—, «dado que, pese a todo, el riesgo empresa como tal no puede ser prohibido, dados los costes inasumibles de tal prohibición, cabría la posibilidad de establecer condiciones para su permisión, cuya concurrencia fuera controlada mediante actuaciones directas de una policía preventiva centralizada (organismos de autorización, supervisión y control)»¹³.

Lo anterior —en otras palabras— es *compliance* y su implementación efectiva. Ante una hipótesis como la expuesta, el ministerio público tendría que declarar la actualización de una causa excluyente de responsabilidad penal¹⁴, en el caso, de atipicidad por no poderse atribuir objetivamente el resultado a la persona jurídica. Con esto quiero decir que la disposición de nuestros códigos penales —por lo menos el español y el mexicano—, hacen referencia a una regla de imputación. En mi opinión, de imputación objetiva por superación del riesgo jurídicamente tolerado, que no tiene mucho que ver con la teoría de la culpabilidad empresarial. Con otras palabras:

«Dicho riesgo jurídicamente desaprobado o estado de cosas de favorecimiento o de incapacidad de evitación ex ante», sería constitutivo —prima facie— de un estado de cosas antijurídico con virtualidad de favorecimiento objetivo»¹⁵.

Por el contrario, la implementación de un programa preventivo, generaría las condiciones para que el ente colectivo mantenga el riesgo empresarial dentro de los ámbitos asumibles por el ordenamiento jurídico y librar —desde un principio y a escala del injusto, sin necesidad de llegar al análisis de la culpabilidad—, la responsabilidad. En suma: la acción o conducta empresarial no sufriría un juicio de desvalorización a escala penal. Esta es una interpretación que puede ser perfectamente cuestionada, como de ella se puede afirmar que tiene un sustento sólido. A su favor habla una parte —ciertamente minoritaria— de la doctrina, pero también el desarrollo empresarial globalizado: como sucede con la actividad médica, también las empresas van generando líneas directrices de actuación

¹³ Idem.

¹⁴ Como he apuntado en otro lugar, retomando lo sostenido por la doctrina dominante, una conducta amparada por riesgo permitido excluye la imputación al tipo objetivo. Acerca de esta determinación, así como del alcance y función del riesgo permitido en derecho penal; Ontiveros Alonso, Miguel; Legítima defensa e imputación objetiva (especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección; Inacipe, 2010, p. 157. En torno al riesgo permitido directamente vinculado con la —así denominada por el autor— teoría del delito empresarial; Gómez-Jara Diez, Carlos; “en cualquier caso, se trata de determinar si, en función del uso que la empresa ha efectuado de su capacidad autoorganizativa, ésta ha generado un determinado riesgo empresarial que se ha terminado realizando en el concreto resultado lesivo producido; ¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas?; en; Ontiveros Alonso, Miguel; La responsabilidad penal ...; p. 180.

¹⁵ Silva Sánchez, Jesús-María; La eximente...

cuidadosa según su ramo y sus riesgos: farmacéuticas, fabricantes de autos o la industria hotelera, por ejemplo.

Por eso creo que la afirmación del TSE es sólida, y que su crítica a la circular 1-2016-FGE, no sólo resulta plausible, sino que se puede trasladar —evidenciando así que las resoluciones judiciales españolas pueden orientar al legislador mexicano y alemán—, al proyecto de código penal empresarial que se debate en Alemania, que en su §5 contempla una función de «excusa absolutoria» a los programas de *compliance*.

Así, el TSE afirma: «según la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien, en las proximidades de una “excusa absolutoria”, vinculada a la punibilidad, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una excusa absolutoria ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio, la presencia de adecuados mecanismos de control, lo que supone es la inexistencia misma de la infracción».

A mayor abundamiento, la tesis que aquí se sostiene está en armonía con la resolución judicial relativa al caso *Osasuna*, pues ahí se afirma que «existe una indeterminación a priori, cuando menos respecto de uno de los elementos del tipo penal examinado (el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas), sobre qué colmaría las exigencias de unas adecuadas medidas de control.

Aunque no es muy clara, también la circular 1/2016 parece decantarse por una vía diferente a la sostenida por el voto particular, al señalar que: «como se ha dicho, estos deberes son exigibles a las personas a que se refiere la letra a) y no directamente a la persona jurídica. Se trata, por tanto, de un incumplimiento de las personas físicas, por dolo o imprudencia grave, y no de una culpabilidad por “defecto de organización” de la persona jurídica. Aunque también es cierto que más adelante señala: «estos programas ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación».

La postura de la FGE, y del proyecto alemán, parece limitada frente a las dimensiones y virtudes de la teoría del *compliance* en materia penal. La FGE, en su circular 1/2016, afirma, «en consecuencia, los señores Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación y deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no sólo la eficacia del modelo, sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo». Esto es lo mismo que hace el § 5 del proyecto alemán y, según me parece, es un alcance pobre.

Sin embargo, más adelante la Circular 1/2016, es clara al afirmar que «si se considera que el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en la defectuosa organización, la presencia de un plan de cumplimiento normativo diligentemente implementado acreditaría una correcta organización, con lo cual desaparecería un elemento del tipo, bien la parte subjetiva, bien la parte objetiva. No se trataría, en puridad, de una circunstancia eximente, que remitiría a una conducta antijurídica o que no le fuera personalmente imputable, sino de que, adoptadas con anterioridad a la comisión del delito las oportunas medidas de prevención, no concurriría un elemento básico del hecho típico (tipo objetivo) o en todo caso, faltaría un elemento del tipo subjetivo, el dolo o la culpa, es decir, la tipicidad subjetiva».

De esta forma, la FGE afirma lo que más tarde reconoce el TSE: que se trata de un elemento cuya sede es el injusto y no la culpabilidad. Habría, por lo menos —según la Fiscalía— una doble posición del *compliance*, es decir, que opera de dos formas: excluyendo

el injusto o a modo de excusa absolutoria: «como una causa de exclusión personal de la punibilidad».

5. Acerca del voto particular disidente

Los Magistrados que firman el Voto Particular se orientan por la —así denominada—, finalidad nomofiláctica y de unificación doctrinal. Ahí se afirma que en las circulares de la FGE se mantiene, entre otras materias, una posición diferente de la sostenida en la sentencia sobre la calificación de la ausencia de una cultura de control de la empresa, como elemento del tipo objetivo, que deba ser probado, necesariamente y caso a caso, por la acusación. No compartimos —dicen los Magistrados—, que esta ausencia se pueda calificar, en la específica regulación vigente, como «el núcleo de la tipicidad» o como un elemento autónomo del tipo objetivo.

Mi parecer es que los Magistrados llevan razón cuando afirman que «la ausencia de una cultura de respeto al derecho en el seno de la persona jurídica no constituye un elemento adicional del tipo objetivo». Ello es así pues, ciertamente, atentaría en contra del principio de legalidad. Creo, sin embargo, que se trata de un problema de interpretación de la redacción de la sentencia, pues en realidad el TSE habla de los programas de cumplimiento entendiéndolos —cuestión que comparto— como una figura atendible a escala de la tipicidad: «el tipo objetivo, lo que sería quizás lo más adecuado, puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física».

Creo también que será necesario, de cara a futuras resoluciones judiciales, abordar la distinción entre programas de cumplimiento efectivo y la fidelidad al derecho en el seno de la empresa: ni implican lo mismo, ni una figura excluya a la otra. Con palabras de los Magistrados disidentes: «Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico, en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir, como consecuencia, la exclusión de su responsabilidad penal».

No obstante, creo que los Magistrados que elaboraron el Voto Particular fallan cuando —ya casi al final de su argumentación—, advierten lo siguiente: «como hemos señalado, y sin desconocer la relevancia de los mecanismos de prevención que el legislador ha atribuido expresamente la función de exención o, en su caso, atenuación de la responsabilidad penal, estimamos que incorporar al núcleo del tipo un elemento tan evanescente como “la ausencia de una cultura de respeto al derecho” no cumple con el principio de certeza, ínsito en el de tipicidad, que exige que los supuestos a los que la ley atribuya una responsabilidad penal que aparezcan descritos en el texto legal con la mayor precisión posible, en todos los elementos que la definen».

En todo caso, la crítica formulada por los Magistrados disidentes aplicaría también a su postura, pues ese elemento tan evanescente como lo es la «ausencia de una cultura de respeto al derecho», tendría la misma calidad de débil o etéreo, independientemente de que se implementara a escala del injusto o la culpabilidad. Creo que si los magistrados hubiesen acudido a la doctrina para explicar un poco mejor sus posturas —tanto la sentencia como el

voto particular—, quizás subsistiría el debate acerca de la ubicación sistemática del *compliance*, es decir, la del injusto o la culpabilidad, pero ya no se afirmaría lo relativo a la calidad de evanescente de la cultura de respeto al derecho.

Ciertamente, la poca claridad que aún existe en esta materia, es reconocida expresamente por el TSE en la sentencia del caso *Ajuma* cuando se afirma —en torno a los efectos de los programas de cumplimiento—, lo siguiente: «en efecto, ya se califiquen esas causas excluyentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como «subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, de elementos negativos del tipo, la controversia sobre le etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas».

6. El TSE confirmó la violación al debido proceso de la persona jurídica imputada y no resolvió en consecuencia

Mi parecer es que el TSE no supo resolver el desafío planteado por el recurso interpuesto por *Transpinelo*, relativo a la vulneración del derecho de defensa contemplado en el artículo 24.2 de la CE y que con eso deja un mal precedente. Según se desprende de la resolución, «sólo se dio audiencia en el correspondiente momento procesal a la persona física representante legal de la recurrente, también acusada, que hizo uso de ese trámite en su exclusivo interés y no en el de su representada».

El TSE afirma, también, que «en efecto, se le habría privado del derecho a hacer uso, en su propia defensa, del referido trámite y, yendo aún más lejos, de poder ejercer plenamente ese derecho suyo a defender los intereses que le eran propios y exclusivos, distintos y hasta contradictorios, con los de la persona física que en su nombre intervino a lo largo de todo el procedimiento».

El problema se agrava cuando la persona a quien se encomiende la defensa sea, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada: la persona física optaría —dice el TSE—, por evadir su responsabilidad, llegando rápidamente a acuerdos reparatorios, perjudicando a la empresa para salvarse a sí misma.

Finalmente, el TSE «se inmuniza ante una probable crítica» sugiriendo a Fiscales y Jueces que «eviten este tipo de situaciones que pueden llegar a vulnerar el derecho de defensa» y concluye con un “llamado” al legislador para que evite este tipo «situaciones indeseables». Esta conclusión del TSE empaña el buen desempeño que había tenido a lo largo de la sentencia. En mi parecer, es claro que se vulneró el derecho de defensa de la empresa imputada, pues no fue oída en juicio. Algo similar sucede con la imputada que responde a la denominación de GEORMADRID, en torno a la cual el TSE afirma «a lo que se añadiría, igualmente, la irregularidad consistente en la simultánea asunción de la defensa de la persona física y jurídica por el mismo abogado».

Lo sostenido hasta ahora se confirma con la argumentación del TSE en el caso *Anjuma*, cuando afirma, en relación al principio de presunción de inocencia —lo que definitivamente, creo, hay que compartir— que «sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular

naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado».

Efectivamente, todo indica que para el TSE existen dos categorías de personas jurídicas: las que merecen ser tratadas bajo los principios del debido proceso, y otras a las que no aplica dicho principio. Por eso la sentencia del caso *Anjuma* me parece —de entre aquellas a las que he tenido acceso—, la más sólida en este aspecto. Ahí se afirma: «la responsabilidad de las personas jurídicas —ya se suscriba a un criterio vicarial, ya de autorresponsabilidad—, sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías»¹⁶.

¹⁶ En torno al catálogo de derechos que deben salvaguardar a la empresa frente al sistema penal; Sanguiné, Odone; Derechos fundamentales de las personas jurídicas en el proceso penal; en; La responsabilidad penal de las personas jurídicas; Ontiveros Alonso, Miguel (coordinador); Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014: «El hecho de que la persona jurídica sea un sujeto pasivo de un proceso penal exige reconocerle, justamente, una serie de derechos y garantías sin las cuales no estaría legitimada la persecución penal y el ulterior castigo, pues no podría ser puesta en peor condición o con menos derechos que la persona física».

A PONDERAÇÃO DA EXTENSÃO DO ESTATUTO DE VÍTIMA AOS FAMILIARES DA VÍTIMA DE CRIME, EM CASO DE SOBREVIVÊNCIA¹

The questioning of extending the status of victim to the relatives of the victim of crime, in case of not dying in consequence of a crime

MARIA JOÃO GUIA

Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra

Resumo: Nesta breve reflexão pretendo abordar a questão da transposição da Diretiva 2012/29/EU Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, através da publicação da Lei nº 130/2015, de 4 de Setembro, nomeadamente no que concerne a questão do não reconhecimento e consequente impossibilidade de concessão do estatuto de vítima de crime, tal como consagrada na subalínea ii) aos familiares da vítima, em consequência de ter sido vítima de crime, no caso de sobrevivência da mesma. Para tal, irei fazer uma brevíssima resenha histórica dos direitos das vítimas na Europa, na atenção mais acurada que tem vindo a ser dada à questão das vítimas de crime nos últimos 15 anos em Portugal e na recente publicação de vários diplomas que se centram nesta questão, analisando em pormenor como esta foi introduzida no ordenamento jurídico português e como tal não correspondeu, de sua génese, à extensão da proteção das vítimas, na pessoa dos familiares designados na alínea c) do nº 1 do artº 67º-A do Código do Processo Penal, quando a vítima de crime não morre, mas fica em estado vegetativo ou impossibilitada de comunicar, de refletir ou de decidir sobre as suas circunstâncias.

Palavras-chave: Direito das vítimas de crime; transposição de diretivas europeias; designação do conceito de vítima na pessoa do familiar; vítima de crime sobrevivente em estado vegetativo.

Abstract: In this brief reflection I intend to address the issue of the transposition of the Directive 2012/29 / EU of the European Parliament and of the Council of 25 October

¹ Este artigo foi inicialmente redigido e entregue na Unidade Curricular de “Direito Processual Penal”, do 2º ciclo na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, desejando o/a autor(a) agradecer à Doutora Cláudia Santos o estímulo para escrever o presente artigo. O/A autor(a) submete-o como trabalho integrado nas atividades do Grupo de Investigação 6 “Crise, Sustentabilidade e Cidadanias” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Projeto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013). Não teve qualquer financiamento para a sua produção e não tem conflito de interesses que comprometa a cientificidade do trabalho.

2012, after its publication in the Portuguese Law Nr 130/2015, of 4 September, in particular with regard to the question of the non-recognition and consequent impossibility of granting the status of victim of crime as enshrined in sub-paragraph (ii) to the victim's relatives in the event of the victim's survival after and in result of having been a victim of crime. To this end, I will make a very brief historical review of the rights of victims in Europe, the higher accurate attention given to the issue of crime victims in the last 15 years and the recent publication of several diplomas that focus on this issue, analyzing in detail as it was introduced in the Portuguese legal system and as such did not correspond, from its genesis, to the extent of protection of victims, in the person of the family members designated in paragraph c) of no. 1 of article 67-A of the Code of Criminal Procedure, when the victim of crime does not die, but remains in a vegetative state or unable to communicate, to reflect or to decide on their circumstances.

Keywords: The rights of victims of crime; transposition of European directives; designation of the concept of victim in the relative; surviving victim of crime.

1. Introdução

A vítima tem assumido um papel de relevo secundário, até há pouco tempo, no processo penal. Este, assente na estrutura acusatória, não obstante mitigada pelo princípio da investigação, tem direcionado a vítima para as instâncias de apoio psicológico/psiquiátrico e de apoio social, sem lhe conferir um papel de sujeito processual, ainda que o CPP preveja há vários anos alguns papéis dos quais a vítima se podia aproximar, como o de assistente, de lesado, de testemunha (Guia, 2016a e b). Mas sem poder reclamar os seus direitos de pleno direito. E tal terá sido intencional? Segundo Cláudia Santos (2013:46), “o esquecimento a que durante anos a vítima foi votada pode ser encarado como não inocente. Terá sido antes instrumento para afastar em definitivo a solução privada dos conflitos, fortalecendo o papel a desempenhar pelo Estado”. Não só as questões do direito processual penal que debati em 2016 sobre o potencial estatuto de sujeito processual penal assumido pela vítima a partir da transposição da Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012² pela Lei 130/2015 de 4 de Setembro (Guia, 2016a) e b), mas também o cuidado que tem sido concedido à vítima pelas correntes criminológicas tem sido, até agora, praticamente nulo.

A intersecção entre o processo penal e a criminologia na questão de quem é a vítima, de que papel lhe deverá ser concedido e de como deverá ser, a partir de agora, tratada, têm sido ultimamente alvo de reflexão³. A excecionalidade das reformas processadas na legislação portuguesa espelhou-se no papel pioneiro com que Portugal previu a figura da “vítima-

² Segundo o relatório EVVI, 2015: 7, “a diretiva vai mais além: no contexto mais amplo das medidas estabelecidas pelo Roteiro de Budapeste para as vítimas, pretende reforçar os direitos das vítimas da criminalidade, para que todas possam beneficiar do mesmo nível básico de direitos, independentemente da sua nacionalidade e do local da Europa onde o crime tenha ocorrido”.

³ Conforme Cláudia Santos (2013: 47) “Ora, do surgimento da vítima como objeto de atenção criminológica à ideia de que o Estado se apropriara de forma indevida do papel que àquela devia caber na solução de um conflito que era seu, foi um passo.”

assistente⁴”, esta sim verdadeiro sujeito processual penal⁵, descrita no preâmbulo do Código do Processo Penal (Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro), e destacou-o dos restantes Estados-membros, mediante as decisões de cada Estado. De qualquer maneira muito ainda ficou por esclarecer, nomeadamente estabelecer fronteiras e especificar os papéis de cada sujeito ou interveniente no processo penal, incluindo até a figura do assistente.

Cláudia Santos já se tinha pronunciado quanto à “(in)existência de uma mudança de paradigma com a reforma [do Código de Processo Penal] de 2007”, destacando a necessidade de se esclarecer o papel conferido ao assistente, o que permitiu concluir que se ficava ainda “aquém do que seria possível fazer” (2010: 1145-1146). Importa no presente trabalho questionar a forma como o conceito de vítima foi introduzido ou aperfeiçoado na sequência da transposição da Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012 para que se possa compreender e chegar ao ponto de questionar o motivo pelo qual se estendeu o conceito de vítima de crime aos familiares das mesmas que tenham morrido em consequência do cometimento de um crime e que não se tenha previsto a concessão do mesmo estatuto aos familiares daquelas que, em consequência de um crime e não tendo falecido, tenham ficado num estado permanentemente vegetativo, necessitadas de cuidados permanentes e contínuos. Nestes casos, nem a introdução do conceito de vítima no código processual penal português, nem a diretiva que recomendou tal introdução previram a concessão de tal estatuto neste caso extremo, o que constitui um possível facto potenciador de desigualdade face à uniformidade que se quis implementar.

Passarei, por isso, primeiramente a apresentar um resumo do que a diretiva e os diplomas legais referiram sobre o conceito de vítima estendido a familiares, verificando brevemente se existiam previsões nos vários países antes da transposição da diretiva. Analisarei depois o mesmo tópico na versão transposta na legislação portuguesa, passarei alguns apontamentos sobre os espaços da justiça e os direitos das vítimas, apresentando algumas considerações sobre a *law in books* e a *law in action* para concluir com a proposta de reflexão sobre a potencial alteração na subalínea ii) por forma a estender o conceito de vítima aos familiares daquelas que, não morrendo, permanecem em estado vegetativo e incapacitante, impossibilitando os familiares de beneficiarem dos mesmos direitos que teriam, caso tivesse morrido.

⁴ “Paradigmático a este respeito é o que se passa com o estatuto da vítima-assistente, que nos singulariza claramente no contexto do direito comparado e por cujo modelo começam agora a orientar-se os movimentos de reforma de muitos países, sob o impulso das mais recentes investigações criminológico-vitimológicas” (nº 4 do preâmbulo do Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro).

⁵ “Da mesma postura relevam, em geral, todas as disposições que, como implicações do sistema acusatório, visam realizar, na medida do possível, a reclamada ‘igualdade de armas’ entre a acusação e a defesa. O mesmo poderá ainda afirmar-se a propósito do reforço da consistência do estatuto do assistente, com a intenção manifesta de consolidar o papel de um dos protagonistas no campo da conflitualidade real”. (excerto do ponto 6.b) do preâmbulo do Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro).

2. Breve enquadramento histórico até à transposição da diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012

Durante muitos anos, os diversos Estados-membros da União Europeia, muito pouco ou nada tinham plasmado nas legislações nacionais sobre a existência de um estatuto da vítima de crimes⁶, sendo muito recente a atenção que tem sido dada à problemática da vítima. Na verdade, Manuel da Costa Andrade (*apud* Santos, 2013: 51) já havia mencionado há quase 40 anos que perpassava um esquecimento pela vítima “após uma ausência de séculos, assist[indo-se] ao regresso da vítima ao processo penal”.

Em 1985, foi publicada a Resolução nº 40/34, de 29 de Novembro de 1985 constituindo um documento inovador nesta área, intitulado “Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e Abuso de Poder”. Logo em 2001, a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de Março veio trazer mais visibilidade a este tema, ainda que muitos dos Estados-membros apenas depois desta tenham introduzido medidas e direitos há muito pensados como necessários.

Segundo o relatório da *Fundamental Rights Agency* de 2014, apenas onze países (atualmente integrantes da União Europeia) tinham nas suas legislações premissas que englobavam, ainda que de forma lacunar, nos anos 70 a 80, menções aos direitos e / ou suporte e proteção a vítimas de crimes⁷: Áustria, Bélgica, Finlândia, França, Alemanha,

⁶ Segundo o relatório intitulado Vítimas da criminalidade na União Europeia: o alcance e a natureza do apoio às vítimas (2014:4) “Interpretar o conceito de «vítima» de forma inclusiva - A conceptualização da vítima no quadro normativo (legal e cultural) e do papel que se considera que a vítima tem no processo penal depende fortemente do desenvolvimento histórico do quadro jurídico em cada Estado-Membro, o que por sua vez influi na concretização dos serviços de apoio às vítimas. As diversas abordagens relativamente aos direitos das vítimas refletem diferentes entendimentos do conceito de «vítima» em si. Esta diversidade mantém-se, apesar de a legislação da União Europeia relativa às vítimas da criminalidade se encontrar em vigor desde 2001. Dado que a diretiva veio estabelecer normas mais estritas do que a decisão-quadro do Conselho numa série de domínios, as definições dos conceitos relevantes na legislação nacional, ou a sua interpretação, devem refletir esta evolução de forma apropriada. As conclusões da FRA sugerem que as legislações de alguns Estados-Membros da União Europeia poderão carecer de alterações nesta matéria em consonância com a Diretiva «Vítimas». Vários Estados-Membros, por exemplo, definem o termo «vítima» de forma restritiva na sua legislação, excluindo vítimas «indiretas» como membros da família. Alguns Estados-Membros não definem sequer o termo”.

⁷ Ainda que o mesmo relatório apresente datas bastantes diferentes para a altura em que cada um destes Estados pôs em curso serviços genéricos de apoio às vítimas: nos anos 70 apenas o Reino Unido (1973), a Alemanha (1976) e a Áustria (1978). Nos anos 80 mais 6 instituíram estes serviços: Suécia (1980), Holanda (1984), Bélgica e Irlanda (1985), França (1986), Hungria (1989). Entre os anos 90 e já nos primeiros anos do séc. XXI, os restantes: Portugal (1990), República Checa (1991), Estónia, Finlândia e Malta (1994), Espanha (1995), Dinamarca (1998), Luxemburgo e Eslováquia (1999), Croácia (2008) e Polónia (2009). Este relatório menciona que ainda há países que não têm serviços genéricos disponíveis para apoio às vítimas. Estes são a Bulgária, Chipre, Grécia, Itália, Letónia, Lituânia, Roménia e Eslovénia.

⁷ Apesar de a Dinamarca não ter adotado a Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, mantendo apenas em vigor o que implementou / melhorou a partir da decisão Quadro do Conselho de 2001.

⁷ Vide ponto 17 da introdução (parte Geral II) da Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro da introdução do referido diploma: “17. Um outro ponto extremamente importante é o que se prende com a problemática da vítima. Esta, fundamentalmente depois da 2.ª Guerra Mundial, começou a ser objecto de estudos de raiz criminológica que chamaram a atenção para a maneira, às vezes pouco cuidada, como era encarada, não só pela opinião pública, mas também pela doutrina do direito penal. A vítima passa a ser um elemento, com igual dignidade, da tríade punitiva: Estado-delinquente-vítima. Correspondendo a este movimento doutrinal, o diploma admite - para lá, independentemente da responsabilidade civil emergente do crime (artigo 128.º) - a indemnização dos lesados

Grécia, Irlanda, Luxemburgo, Holanda, Portugal e Suécia. Nos anos 90, o mesmo estudo relatou a junção de mais 8 países, o Chipre, a República Checa, a Dinamarca⁸, a Estónia, a Itália, a Polónia e a Espanha, cuja legislação já contemplava a figura da vítima. Apenas uma década depois, já no início do século XXI, os restantes 9 (a maioria dos quais integrou a UE num momento posterior) se lhe juntaram com as previsões destes direitos a Bulgária, a Croácia, a Hungria, a Letónia, a Lituânia, Malta, a Roménia, a Eslováquia e o Reino Unido.

Em Portugal, com as alterações introduzidas no Código Penal em 2007 (pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro), uma nova forma de encarar e tratar a vítima passou a ser patente⁹ trazendo o tema para a ribalta.

(artigo 129.º). Por outro lado, sabe-se que mesmo em países de economias indiscutivelmente mais fortes do que a nossa ainda não se consagrou plenamente a criação de um seguro social que indemne o lesado, quando o delinquente o não possa fazer. Num enquadramento de austeridade financeira remete-se para a legislação especial a criação daquele seguro. No entanto, para que a real indemnização da vítima possa ter algum cunho de praticabilidade, concede-se a faculdade de o tribunal atribuir ao lesado, a seu requerimento, os objectos apreendidos ou o produto da sua venda, o preço ou o valor correspondente a vantagens provenientes do crime pagos ao Estado ou transferidos a seu favor por força dos artigos 107.º a 110.º, e as importâncias das multas que o agente haja pago (artigo 129.º, n.º 3). Vai-se, por consequência, ao ponto de afectar as próprias multas à satisfação do direito do lesado de ver cumprido o pagamento da indemnização. Julgamos que ficam, deste jeito, acautelados os reais interesses dos lesados, mormente daqueles que foram vítimas da chamada criminalidade violenta. De resto, não é só na 'Parte geral' que o Código se revela particularmente atento aos valores e interesses que relevam na posição da vítima. Há toda a necessidade de evitar que o sistema penal, por exclusivamente orientado para as exigências da luta contra o crime, acabe por se converter, para certas vítimas, numa repetição e potenciação das agressões e traumas resultantes do próprio crime. Tal perigo assume, como é sabido, particular acuidade no domínio dos crimes sexuais, em que o processo penal pode, afinal, funcionar mais contra a vítima do que contra o próprio delinquente. Daí que, embora aderindo decididamente ao movimento de descriminalização, o Código não tenha descurado a ponderada consideração dos interesses da vítima. Como é ainda em nome dos mesmos interesses que o Código multiplica o número de crimes cujo procedimento depende de queixa do ofendido e que oportunamente serão referidos.”

⁷ Vide http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/docs/annual_report_33/com_2016_463_pt.pdf acedido aos 29/01/2017.ia (1978). Nos anos 80 mais 6 instituíram estes serviços: Suécia (1980), Holanda (1984), Bélgica e Irlanda (1985), França (1986), Hungria (1989). Entre os anos 90 e já nos primeiros anos do séc. XXI, os restantes: Portugal (1990), República Checa (1991), Estónia, Finlândia e Malta (1994), Espanha (1995), Dinamarca (1998), Luxemburgo e Eslováquia (1999), Croácia (2008) e Polónia (2009). Este relatório menciona que ainda há países que não têm serviços genéricos disponíveis para apoio às vítimas. Estes são a Bulgária, Chipre, Grécia, Itália, Letónia, Lituânia, Roménia e Eslovénia.

⁸ Apesar de a Dinamarca não ter adotado a Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, mantendo apenas em vigor o que implementou / melhorou a partir da decisão Quadro do Conselho de 2001.

⁹ Vide ponto 17 da introdução (parte Geral II) da Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro da introdução do referido diploma: “17. Um outro ponto extremamente importante é o que se prende com a problemática da vítima. Esta, fundamentalmente depois da 2.ª Guerra Mundial, começou a ser objecto de estudos de raiz criminológica que chamaram a atenção para a maneira, às vezes pouco cuidada, como era encarada, não só pela opinião pública, mas também pela doutrina do direito penal. A vítima passa a ser um elemento, com igual dignidade, da tríade punitiva: Estado-delinquente-vítima. Correspondendo a este movimento doutrinário, o diploma admite - para lá, independentemente da responsabilidade civil emergente do crime (artigo 128.º) - a indemnização dos lesados (artigo 129.º). Por outro lado, sabe-se que mesmo em países de economias indiscutivelmente mais fortes do que a nossa ainda não se consagrou plenamente a criação de um seguro social que indemne o lesado, quando o delinquente o não possa fazer. Num enquadramento de austeridade financeira remete-se para a legislação especial a criação daquele seguro. No entanto, para que a real indemnização da vítima possa ter algum cunho de praticabilidade, concede-se a faculdade de o tribunal atribuir ao lesado, a seu requerimento, os objectos apreendidos ou o produto da sua venda, o preço ou o valor correspondente a vantagens provenientes do crime pagos ao Estado ou transferidos a seu favor por força dos artigos 107.º a 110.º, e as importâncias das multas que

O relatório da Comissão intitulado “Controlo da Aplicação do Direito da União Europeia Relatório Anual de 2015”, (Bruxelas, 15.7.2016 COM(2016) 463 final), a este propósito, refere na página 11¹⁰ as medidas implementadas por forma a verificar a transposição das medidas legislativas obrigatórias, entre as quais a da Diretiva 2012/29/EU:

No domínio do direito penal, em 2015, os Estados-Membros tiveram de transpor para a legislação nacional duas diretivas fundamentais em matéria de justiça e direitos fundamentais. Uma destina-se a assegurar medidas adequadas de proteção das vítimas da criminalidade (decisão europeia de proteção). A outra estabelece normas mínimas sobre os direitos, o apoio e a proteção dessas vítimas. A Comissão instaurou processos por incumprimento contra os Estados-Membros que não cumpriram as suas obrigações. Além disso, iniciou ou concluiu a verificação da conformidade da legislação nacional com as Diretivas «Direitos Processuais», e encetou diálogos EU Pilot sempre que detetou lacunas.

O prazo para a transposição da Diretiva 2012/29/UE terminava a 15 de Novembro de 2015, sendo referido em *Victim Support Europe*¹¹ que 16 dos Estados-membros não cumpriram ainda com este compromisso, sendo estes a Áustria, a Bélgica, a Bulgária, a Croácia, o Chipre, a Finlândia, a França, a Grécia, a Irlanda, a Letónia, a Lituânia, o Luxemburgo, a Holanda, a Roménia, a Eslováquia e a Eslovénia. O relatório completo relativo à transposição desta Diretiva, segundo informações colhidas no respetivo sítio, apenas estará disponível em Novembro de 2017.

3. A transposição da diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012 e a não previsão da extensão do estatuto de vítima aos familiares da vítima, em caso de sobrevivência da mesma

Tomarei agora a reflexão sobre a designação de quem pode integrar o conceito de vítima, começando por verificar que

o agente haja pago (artigo 129.º, n.º 3). Vai-se, por consequência, ao ponto de afectar as próprias multas à satisfação do direito do lesado de ver cumprido o pagamento da indemnização. Julgamos que ficam, deste jeito, acautelados os reais interesses dos lesados, mormente daqueles que foram vítimas da chamada criminalidade violenta. De resto, não é só na 'Parte geral' que o Código se revela particularmente atento aos valores e interesses que relevam na posição da vítima. Há toda a necessidade de evitar que o sistema penal, por exclusivamente orientado para as exigências da luta contra o crime, acabe por se converter, para certas vítimas, numa repetição e potenciação das agressões e traumas resultantes do próprio crime. Tal perigo assume, como é sabido, particular acuidade no domínio dos crimes sexuais, em que o processo penal pode, afinal, funcionar mais contra a vítima do que contra o próprio delinquente. Daí que, embora aderindo decididamente ao movimento de descriminalização, o Código não tenha descurado a ponderada consideração dos interesses da vítima. Como é ainda em nome dos mesmos interesses que o Código multiplica o número de crimes cujo procedimento depende de queixa do ofendido e que oportunamente serão referidos.”

¹⁰ Vide http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/docs/annual_report_33/com_2016_463_pt.pdf acedido aos 29/01/2017.

¹¹ Vide em <http://victimsupport.eu/news/the-eu-victims-directive-on-eu-day-for-victims-of-crime-2016-infringement-cases-opened-against-16-member-states/> acedido aos 29/01/2017

A Decisão Quadro 2001/220/JAI define a «vítima» como «a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um dano moral, ou uma perda material, directamente causadas por acções ou omissões que infrinjam a legislação penal de um Estado Membro » (cfr. artigo 1.º, al. a).

Antes de avançar na minha reflexão, quero salientar alguns dos pontos elencados no preâmbulo da Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012 que fazem alusão aos familiares das vítimas, não sem antes reiterar a perplexidade de encontrar omissa a extensão do conceito de vítima¹² ao familiar da vítima que não morre em consequência de um crime, apesar das várias alusões que são feitas num sentido que nos levaria a crer estarem enquadrados os motivos para que tal fosse recomendado.

Assim, é possível ler num excerto do ponto nº 19 do preâmbulo uma primeira recomendação com abertura para a extensão do direito de atribuição de designação “vítima” aos familiares da mesma (sem que, para tal, a mesma tivesse que falecer em consequência de um crime), havendo unicamente a preocupação de restringir o acesso a um número limitado de familiares potencialmente elegíveis para aceder a tais direitos:

Por conseguinte, esses familiares, que são vítimas indiretas do crime, devem poder beneficiar igualmente da proteção prevista na presente diretiva. No entanto, os Estados-Membros devem poder estabelecer procedimentos para limitar o número de familiares que podem beneficiar dos direitos previstos na presente diretiva.

Uns pontos mais à frente, menciona-se (no ponto 52º) a necessidade de se assegurar proteção à vítima e aos seus familiares, nomeadamente em circunstâncias em que possa haver intimidação ou retaliações, o que é perfeitamente enquadrável num caso em que a vítima de um crime ficou gravemente ferida e incapacitada (ou até em coma). Ainda que não tendo falecido, um dos seus familiar pode querer avançar com os trâmites na justiça, e para tal tem que gerir a responsabilidade de assegurar com um mínimo de dignidade a vida humana da vítima de crime, e ao mesmo tempo ter pleno direito perante o estatuto que potencialmente lhe deveria ter sido atribuído para agir com toda a legitimidade e não apenas num papel substitutivo que a lei lhe possa permitir revestir (em vez de assumir de pleno direito).

¹² Artigo 2. Definições 1. Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

a) «Vítima»:

i) uma pessoa singular que tenha sofrido um dano, nomeadamente um dano físico, moral ou emocional, ou um prejuízo material directamente causados por um crime,

ii) os familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido directamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência da morte dessa pessoa;

2. Os Estados-Membros podem estabelecer procedimentos:

a) Para limitar o número de familiares que podem beneficiar do disposto na presente diretiva, tendo em conta as circunstâncias concretas de cada caso; e

b) No que respeita ao n.º 1, alínea a), subalínea ii), para determinar que familiares têm prioridade no que se refere ao exercício dos direitos previstos na presente diretiva.

Devem ser previstas medidas para proteger a segurança e a dignidade das vítimas e dos seus familiares contra a vitimização secundária e repetida, a intimidação e a retaliação¹³, tais como medidas cautelares, decisões de proteção ou ordens de afastamento.

No ponto n.º 54º, ainda no preâmbulo, é reforçada a ideia contida no ponto n.º 52º, desta feita contemplando-se a possibilidade de um julgamento equitativo e com a liberdade de expressão. Como poderia esse julgamento ser feito, abstratamente, se a vítima direta do crime tiver ficado em coma, em consequência do crime, e um seu familiar não poder assumir as vestes de vítima, substituindo-se a ela (no caso de ter conhecimento ou participação na cena do crime) ou aceder a todas as premissas que lhe seriam concedidas caso a vítima tivesse morrido? Por que motivo não deveria ter sido contemplado, nestes casos, que o familiar da vítima de crime, séria e irreversivelmente lesada, não possa assumir de pleno direito as vestes de “vítima” e assim exercer e aceder a todos os direitos enquanto a vítima não falece?

As medidas de proteção da vida privada e das imagens da vítima e dos seus familiares devem ser compatíveis com o direito a um julgamento equitativo e com a liberdade de expressão, consagrados, respetivamente, nos artigos 6.º e 10.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

O artº 8º (Direito de acesso aos serviços de apoio às vítimas) da referida Diretiva quase entra em contradição com aquilo que pretende preconizar, nestes casos, quando no nº 1º se pronuncia quanto à possibilidade de os familiares da vítima poderem ter acesso aos serviços de apoio às vítimas (ficando aqui por compreender se estes “familiares” já são aqueles a quem, fechadamente, se restringiu o acesso, consoante o que está designado no artº 2º, alínea a), subalínea ii) ou se serão os outros que podem incluir casos como os que aqui exponho de familiares que ficaram com a vítima de crime sobrevivente em estado vegetativo, mas sem ter falecido:

Excerto do nº 1, artº 8º: Os familiares devem ter acesso aos serviços de apoio às vítimas em função das suas necessidades e da gravidade dos danos sofridos em consequência do crime cometido contra a vítima.

No nº 3º do artº 8º a alusão à gravidade dos danos é ainda mais concreta, mas nada se especifica quanto à necessidade de abrangência aos familiares no caso de sobrevivência da vítima:

¹³ Já a Decisão-Quadro 2001/220/JAI de 15 de Março de 2001 relativa ao estatuto da vítima em processo penal previa no *Artigo 8.º* “Direito à protecção - 1. Cada Estado-Membro assegura um nível adequado de protecção às vítimas de crime e, se for caso disso, às suas famílias ou a pessoas em situação equiparada, nomeadamente no que respeita à segurança e protecção da vida privada, sempre que as autoridades competentes considerem que existe uma ameaça séria de actos de vingança ou fortes indícios de que essa privacidade poderá ser grave e intencionalmente perturbada”. No entanto, a designação de vítima constante na alínea a) do nº 1 restringia-se à própria vítima de crime, não havendo menção aos seus familiares, nem que apenas em caso de morte da vítima: “*Artigo 1.º* Definições - Para efeitos da presente decisão-quadro, entende-se por: a) «Vítima»: a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um dano moral, ou uma perda material, directamente causadas por acções ou omissões que infrinjam a legislação penal de um Estado-Membro”.

Excerto do nº 3º do artº 8º: “As vítimas, em função das suas necessidades específicas, e os seus familiares, de acordo com as suas necessidades específicas e com a gravidade dos danos sofridos em consequência de um crime cometido contra a vítima, devem ter acesso a esses serviços.”

É interessante, contudo, verificar que na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder – 1985 adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/34, de 29 de Novembro de 1985, previa já nessa altura que a indemnização a conceder a vítimas de crimes e seus familiares pudesse ser extensível à família cuja vítima tivesse falecido ou, tendo sobrevivido, se mantivesse em incapacidade em consequência do ato criminoso:

De referir ainda que no ponto 2 do mesmo diploma, os familiares (e até outras pessoas próximas da vítima) já se encontravam referidos como potenciais integradores deste conceito de vítima de crime: “O termo “vítima” inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização”.

Encontra-se, pois, esta designação de familiares (eleitos com possibilidade de lhe serem atribuídas as vestes de vítima) confinada à situação de morte da vítima, conforme menciona o relatório EVVI (2015: 12):

Quem constitui uma vítima? O artigo 22.º define “vítima” como:

- Uma pessoa singular que tenha sofrido um dano, nomeadamente um dano físico, moral ou emocional, ou um prejuízo material diretamente causados por um crime;
- Os familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência da morte dessa pessoa; “Familiares” são o cônjuge, a pessoa que vive com a vítima numa relação íntima de compromisso, num agregado familiar comum e numa base estável e permanente, os familiares em linha direta, os irmãos e as pessoas a cargo da vítima.
- “Criança” é uma pessoa singular com idade inferior a 18 anos.

4. A Lei nº 130/2015, e a de 4 de Setembro transposição da ausência de extensão do estatuto de vítima aos seus familiar, em caso de sobrevivência da mesma

A Lei nº 130/2015, de 4 de Setembro foi o veículo da transposição da Diretiva 2012/29/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012 através da introdução do artº 67º-A no Código de Processo Penal que prevê a designação de vítima como a pessoa singular que sofreu o crime, e os seus familiares, em caso de morte da mesma:

1 - Considera-se:

a) 'Vítima':

- i) A pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou um dano patrimonial, diretamente causado por ação ou omissão, no âmbito da prática de um crime;

ii) Os familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência dessa morte;

Em termos do que é referido quanto aos familiares, a alínea c) especifica-os, havendo uma restrição quanto ao número de familiares que podem aceder a estas vestes, mas sempre em caso de morte da vítima:

c) 'Familiares', o cônjuge da vítima ou a pessoa que convivesse com a vítima em condições análogas às dos cônjuges, os seus parentes em linha reta, os irmãos e as pessoas economicamente dependentes da vítima;...

2 - Para os efeitos previstos na subalínea ii) da alínea a) do n.º 1 integram o conceito de vítima, pela ordem e prevalência seguinte, o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens, ou a pessoa que convivesse com a vítima em condições análogas às dos cônjuges, os descendentes e os ascendentes, na medida estrita em que tenham sofrido um dano com a morte, com exceção do autor dos factos que provocaram a morte.

Ainda neste artigo, nos n.ºs 4º e 5º, se alude brevemente aos direitos a que esta vítima poderia aceder de pleno direito, integrando os preceitos descritos para tal. O que na verdade não acontece para com os familiares das vítimas de crime que não faleceram, ficando assim, os mesmos impedidos de aceder, por direito, a todos os direitos aqui descritos.

4 - Assistem à vítima os direitos de informação, de assistência, de proteção e de participação ativa no processo penal, previstos neste Código e no Estatuto da Vítima.

5 - A vítima tem direito a colaborar com as autoridades policiais ou judiciárias competentes, prestando informações e facultando provas que se revelem necessárias à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

O artigo n.º 15º da Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro vem levantar uma questão já referida anteriormente e que se prende com o facto de não ser completamente explícita a menção a estes familiares no que tange a quem é possibilitado este acesso ao direito de proteção, quando o mesmo remete, em jeito de especificação, para a alínea c) do n.º 1º do artº 67ºA, que nada menciona quanto ao facto de este familiar ter que ter sofrido a morte da vítima de crime para poder aceder a este direito. Este facto introduz alguma confusão na interpretação quanto à possível inclusão deste direito unicamente para os familiares das vítimas de crimes, (independentemente de estas faleceram ou não), ou se, pelo contrário, pelo facto de o n.º 1º restringir o conceito de familiar aos elementos referidos (mas que implicitamente se reporta ao caso em que vítima do crime faleceu), nem este direito poder ser atribuído (com a mesma possibilidade) caso a vítima não tivesse falecido. É que devemos estar atentos ao tempo verbal introduzido na alínea c) do n.º 1º do artº 67ºA para o qual remete este artº 15º: os familiares que “convivesse[m]”, o que pressupõe que já não convivem o que, face ao exposto anteriormente, me leva a crer que estejamos novamente face a uma inacessibilidade do familiar descrito a este direito.

Artigo 15º - Direito à Proteção

1 - É assegurado um nível adequado de proteção à vítima e, sendo caso disso, aos seus familiares elencados na alínea c) do n.º 1 do artigo 67.º-A do Código de Processo Penal, nomeadamente no que respeita à segurança e salvaguarda da vida privada, sempre que as autoridades competentes considerem que

existe uma ameaça séria de represálias e de situações de revitimização ou fortes indícios de que essa privacidade possa ser perturbada.

4 - O disposto nos números anteriores não prejudica a aplicação do regime especial de proteção de testemunhas, nomeadamente no que se refere à proteção dos familiares da vítima.

5. Apreciação crítica

Todos os diplomas, relatórios, diretivas, leis consultadas e lidas até ao presente momento indicam uma designação do que deve ser o conceito de vítima, quer enquanto ser individual que foi vítima de um crime, quer sendo familiar, no caso de a vítima do crime falecer. Não houve qualquer documento que questionasse a possibilidade de um familiar poder ser considerado vítima de crime (sendo familiar) caso a vítima de crime não morresse mas ficasse em estado vegetativo, permanente e totalmente incapacitada. Ou seja, não se reconhece ou não foi concebido que o familiar possa ter necessidade e vontade de aceder a todas as disposições, de pleno direito, enquanto sujeito do processo penal, se tal tivesse sido transposto, o que julgo não ter acontecido (vide Guia, 2016a e 2016b).

Sendo a questão colocada no que concerne à possibilidade de acesso a indemnização a vítima de crime, novamente se verificaria que esta possibilidade se encontra ausente. Veja-se, por exemplo, o artº 2º da Lei nº 104/2009, de 14 de setembro¹⁴ (com as alterações introduzidas pela Lei nº 121/2015, de 1 de Setembro):

Artº 2º - Indemnização às vítimas de crimes¹⁵

1 - As vítimas que tenham sofrido danos graves para a respectiva saúde física ou mental directamente resultantes de actos de violência, praticados em território português ou a bordo de navios ou aeronaves portuguesas, têm direito à concessão de um adiantamento da indemnização pelo Estado, ainda que não se tenham constituído ou não possam constituir -se assistentes no processo penal, quando se encontrem preenchidos os seguintes requisitos cumulativos:

- a) A lesão tenha provocado uma incapacidade permanente, uma incapacidade temporária e absoluta para o trabalho de pelo menos 30 dias ou a morte;
- b) O facto tenha provocado uma perturbação considerável no nível e qualidade de vida da vítima ou, no caso de morte, do requerente;

¹⁴ Regime de Concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica cujos modelos de requerimentos foram aprovados pela Portaria nº 403/2012 de 7 de Dezembro. Os pedidos são dirigidos e apreciados pela Comissão de Protecção às Vítimas de Crimes, tendo sido aprovado o Decreto-Lei nº 120/2010, de 27 de Outubro que regula a constituição e funcionamento da mencionada Comissão.

¹⁵ O restante excerto do artº 2º: “3 — O direito ao adiantamento da indemnização mantém-se mesmo que não seja conhecida a identidade do autor dos actos de violência ou, por outra razão, ele não possa ser acusado ou condenado. 4 — Têm direito ao adiantamento da indemnização as pessoas que auxiliem voluntariamente a vítima ou colaborem com as autoridades na prevenção da infracção, perseguição ou detenção do delinquente, verificados os requisitos constantes das alíneas a) a c) do n.º 1. 5 — A concessão do adiantamento da indemnização às pessoas referidas no número anterior não depende da concessão de indemnização às vítimas de lesão. 6 — Quando o acto de violência configure um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual ou contra menor, pode ser dispensada a verificação do requisito previsto na alínea a) do n.º 1 se circunstâncias excepcionais e devidamente fundamentadas o aconselharem”.

c) Não tenha sido obtida efectiva reparação do dano em execução de sentença condenatória relativa a pedido deduzido nos termos dos artigos 71.º a 84.º do Código de Processo Penal ou, se for razoavelmente de prever que o delinquente e responsáveis civis não venham a reparar o dano, sem que seja possível obter de outra fonte uma reparação efectiva e suficiente.

2 — O direito a obter o adiantamento previsto no número anterior abrange, no caso de morte, as pessoas a quem, nos termos do n.º 1 do artigo 2009.º do Código Civil, é concedido um direito a alimentos e as que, nos termos da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, vivam em união de facto com a vítima.

Da análise da alínea b) do n.º 1º do artº 2º, verificamos que, o requerente (que poderá ser o familiar da vítima) apenas pode beneficiar da indemnização “no caso de morte”, visto que se o “facto” tiver “provocado uma perturbação considerável no nível e qualidade de vida da vítima” apenas a mesma será considerada como tal. O seu familiar, também afetado indiretamente, mas de forma permanente e irreversível (à semelhança da própria vítima que não morreu), só extensivamente beneficia de tal reconhecimento e direito.

Não questiono, aqui, segundo o n.º 2 do artº 2º (da Lei nº 104/2009, de 14 de setembro, com as alterações introduzidas pela Lei nº 121/2015, de 1 de Setembro) as “pessoas a quem, nos termos do n.º 1 do artigo 2009º do Código Civil” são incluídas nesta categoria, até porque este número também se encontra fechado a “caso[s] de morte”. O que aqui se questiona é a possibilidade de este familiar ser identificado em termos paritários face às restantes personagens que foram consideradas vítimas de crimes e, como tal, com pleno direito de acesso ao previsto no artº 67º A do CPP. Parece que o legislador Europeu, e à sua semelhança, o legislador português, esqueceu estes casos, apenas possíveis de solucionar, até ao momento, através da interpretação extensiva do que se encontra estatuído. Temos assim, neste caso, um exemplo paradigmático de como a “*law in action*” ultrapassa a “*law in books*” como solução para esta lacuna, quando facilmente com a introdução de uma alteração na lei tal solução seria possível e efetiva.

Contraditoriamente, no sítio da Comissão Europeia atualizado aos 24/11/2016 consta no ponto intitulado “Novos direitos e obrigações¹⁶” e que reflete sobre as alterações introduzidas pela diretiva 2012/29/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012 face à Decisão-Quadro de 2001 (Decisão-Quadro 2001/220/JAI de 15 de Março de 2001), uma breve descrição de quem são os membros da família, constando como assunção que os membros da família das vítimas sobreviventes têm direito a apoio e proteção, o que depois não se repercute na forma como foi apresentada a proposta de designação de vítima, conforme n.º 2º da referida diretiva.

Apesar de tal referência, na prática, após análise e reflexão feitas sobre estes aspetos da Diretiva, sobretudo o dos familiares, a verdade é que todas as menções se reportam a um conceito restritivo dos familiares. Apesar de a interpretação recomendar uma abertura ao que se encontra vigente – não só para fins de indemnização, mas por uma questão de justiça e de igualdade de direitos de este familiar poder aceder aos direitos elencados, nada ainda se encontra descrito como tal. Mesmo neste caso, a reflexão encontra-se restringida a casos de “morte”.

¹⁶ “New rights and obligations: Family members of deceased victims are defined as victims and benefit from all rights in the Directive; family members of surviving victims have the right to support and protection. Family members are widely defined and include also non-married intimate partners”. (Rights of Victims) in http://ec.europa.eu/justice/criminal/victims/rights/index_en.htm acedido a 29/01/2017

Em conformidade com a Diretiva «Vítimas», os familiares da vítima devem ser incluídos na definição de vítima (em relação a uma pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime), de modo a que também eles tenham acesso aos serviços de apoio às vítimas em função das suas necessidades e da gravidade dos danos sofridos em consequência do crime cometido contra a vítima. Portanto, o termo «familiares» e outros conceitos-chave como «particularmente vulneráveis» deverão ser interpretados num sentido lato, de modo a não restringir desnecessariamente a lista de potenciais titulares de direitos¹⁷.

A recomendação deste relatório aponta no sentido de incluir a vítima no sistema penal para que a mesma possa, ativamente, participar no mesmo. Esquecendo, por ora, o facto de não julgar que a vítima assumiu as vestes de sujeito processual penal, como poderia ter feito, a partir da publicação da Lei nº 130/2015, de 4 de Setembro (Guia, 2016 a) e b) é curioso verificar todas estas reflexões e nenhuma menção explícita que contemple o caso que já apresentei.

As reformas legislativas deverão propor-se melhorar a inclusão da vítima no sistema de justiça penal. É conveniente que as vítimas tenham a possibilidade de desempenhar um papel mais importante nos processos penais, tal como estabelecido no capítulo 3 da Diretiva «Vítimas». Os profissionais da justiça penal podem apoiar este processo, guiando as vítimas através dos procedimentos, ajudando-as a compreender a legislação e a reconhecer plenamente as suas implicações práticas. A formação de profissionais da justiça penal contribui grandemente para este processo¹⁸.

6. Conclusões e recomendações

De tudo quanto expus e do que me foi possibilitado refletir sobre a questão em apreço, não me restam dúvidas relativamente à urgência em debater este tema e de apresentar uma proposta de alteração da subalínea ii) da alínea a) do nº 1º do artº 67º-A do CPP, porquanto:

1. Os familiares das vítimas de crimes (vítimas que sobrevivem à violência do ataque que lhes foi feito, mas que ficam grave e permanentemente lesadas para o resto das suas vidas) são duplamente penalizados pelo facto de verem o seu ente querido privado de uma vida condigna, sem que para tal tenham tido qualquer intervenção, e ficando com a mesma, sobrevivente, mas em estado vegetativo a seu cargo, muitas vezes desprovidas de meios económicos para o fazer;
2. Estes familiares não veem a Justiça criminal reconhecer-lhes o papel de vítima, conforme o mesmo se encontra plasmado atualmente na subalínea ii), da alínea a) do nº 1º do artº 67º-A do CPP, sendo obrigados a passar pelo processo judicial e burocrático de se verem nomeados curadores (ou tutores) do seu ente, vítima de crime, em circunstância grave, incapacitada e permanente, não lhes sendo reconhecidos, a eles próprios quaisquer direitos processuais, conforme foram transpostos da Diretiva

¹⁷ Vítimas da criminalidade na União Europeia: o alcance e a natureza do apoio às vítimas (2015: 3).

¹⁸ Vítimas da criminalidade na União Europeia: o alcance e a natureza do apoio às vítimas (2015: 6).

- 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, a não ser que a vítima de crime entretanto morra;
3. Estes familiares, para além do sofrimento e da dor que tal circunstância causou nas suas vidas, veem-se desprovidos da participação e sustento económicos do seu familiar, vítima de crime, agora grave e permanentemente incapacitado, sem que este tenha tido qualquer contributo para a circunstância que o assolou;
 4. Estes entes sentem-se votados ao abandono por parte do Estado, completamente desprovidos de qualquer direito, em desigualdade para com os outros, cujo familiar morre em consequência do crime, sendo muitas vezes a diferença para a morte unicamente a presença da vida que se mantém irreversivelmente por suporte artificial, sendo os mesmos obrigados a fazer agora uma vida só, difícil e sem solução aparentemente conhecida;
 5. Estes familiares ficam sujeitos à boa vontade, apreciação e discernimento de quem aprecia os pedidos de indemnização que, extensivamente, interpretam a lei mas sem que esta, por direito, lhes reconheça o estatuto de vítimas, a não ser que o seu familiar entretanto morra;
 6. Ainda decorrentes da situação que despoletou o crime, estes familiares estão sujeitos, além de tudo o que já se enumerou, a retaliações, perseguições e outros receios fundados sem que, usando de plenos direitos que o estatuto da vítima introduziu na legislação portuguesa, possam exigir as possibilidades que a lei confere nestes casos;

Proponho, assim, como possível solução para o caso em apreço que a subalínea ii) da alínea a) do artº 1º passe a ter a seguinte redação:

1 – Considera-se:

a) ‘Vítima’

ii) Os familiares de uma pessoa cuja morte *ou incapacidade física ou mental, grave e permanente*¹⁹, tenha sido diretamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência dessa morte;

Nas palavras de Cláudia Santos (2013:59) “Não se desconhece (...) que a “questão da vítima” se estendeu a outros domínios das ciências criminais, em sentido amplo, nomeadamente (...) à teoria do próprio processo penal (cada vez mais orientada para a reflexão em torno das formas de participação da vítima no processo ou para a criação de mecanismos de proteção dos seus direitos...)”. Penso que esta seria uma participação do processo penal na aplicação de uma justiça mais efetiva e global.

Referências Bibliográficas

COSTA ANDRADE, Manuel (1980). “A vítima e o problema criminal”. Coimbra. Separata do Volume XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pp. 11.

GUIA, Maria João (2016a), A proteção de estrangeiros vítimas de crimes, numa perspetiva de género. Coleção Migrações Séc XXI. SEF.

¹⁹ O itálico foi introduzido por mim e visa assinalar a alteração proposta.

GUIA, Maria João (2016b), O Novo Estatuto da Vítima em Portugal: Sujeito ou Enfeite do Processo Penal Português? In Costa, Renata e Achutti, Daniel (2016), Crime, Sociedade e Direitos Humanos. E56 Encontro Internacional do CONPEDI (4.: 2016 : Oñati, ES) III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Unilasalle / Universidad Complutense de Madrid. Acedido online aos (05/10/2016) em

<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c50o2gn1/bgaa0e47/kmN5i86u5n9g1jdB.pdf>

SANTOS, Cláudia (2013). A Justiça Restaurativa. Um Modelo de Reacção ao Crime Diferente da Justiça Penal. Porquê, Para Quê e Como? Tese de doutoramento em Direito, na especialidade em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Santos, Cláudia. (2010). «A “redescoberta” da vítima e o direito processual penal português». In ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Maria Aires de, org. – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias : Volume 3**. Coimbra: Coimbra Editora. (Studia Iuridica; 100. Ad Honorem; 5). ISBN 978-972-32-1793-3. p. 1133- 1153.

Relatórios e legislação

DIRECTIVE 2012/29/EU of the European parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime.

FRA (2014a), *Violence against Women: an EU-wide survey; Main results*, Luxembourg, Publications Office, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-main-results_en.pdf, acedido aos 29/01/2017

FRA (2014b) **Victims of crime in the EU: the extent and nature of support for victims**, Luxembourg, Publications Office, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-victims-crime-eu-support_en_0.pdf, acedido aos 29/01/2017

O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico-Penal: A Ofensividade como Pressuposto Constitucional do Jus Puniendi

The Model of Crime as an Offense to The Legal-Criminal Law: The Offensivity as a Constitutional Assumption of Jus Puniendi

VICTOR MATHEUS BEVILAQUA

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/Brasil.
Pós-graduando em Ciências Penais pela PUC/RS
(Especialização em Ciências Penais). Assessor de Juiz Direito -
TJ/RS.

Resumo: Em tempos de crise da contemporaneidade, de surgimento de uma sociedade de risco e de globalização, inevitável o surgimento de novas demandas penais, de recrudescimento penal, cujos efeitos, muitas vezes, ilegítimos, a dogmática penal não está suficientemente construída para o seu adequado acolhimento científico. Nesse contexto, surge o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, de base constitucional, comprometido com um Estado que se quer liberal, laico e garantista, e verdadeiro freio à expansão punitiva. Por ser uma norma de caráter duplo, a sua observância tanto pelo legislador quanto pelo hermenêuta, nomeadamente o magistrado, é obrigatória e a sua derogabilidade impossível. Por este motivo, o presente estudo aborda a ofensividade, suas premissas e seus fundamentos, bem como as suas características, e o seu relacionamento com a política criminal.

Palavras-chave: Ofensividade – Bem jurídico-penal – Direito Penal – Constituição – Política Criminal.

Abstract: In times of contemporary crisis, emergence of a rich' society and globalization, inevitable emergence of new criminal demands, recrudescence criminal, whose effects, oftentimes, illegitimate, criminal dogmatism is not sufficiently built up for its adequate scientific reception. In this context, the crime model appears as an offense to legal interests of the constitutional basis, committed to a state that wants to be liberal, secular and guarantor, and a real brake on punitive expansion. As a double standard of character, its observance by both the legislature and the hermeneut, namely the magistrate, is mandatory and its enforceability is impossible. For this reason, the study addresses the offensiveness, its premises and foundations, as well as its characteristics, and its relationship with criminal policy.

Keywords: Offensiveness – legal-criminal law – criminal law – constitution – criminal

1. Breves considerações sobre o nosso tempo.

Todos estamos sujeitos à mudança, as pessoas, individual e coletivamente, e, por consequência, a ciência, cuja construção e evolução coincide com a própria história. O mundo é feito de mudanças e o passar do tempo deixa o legado e as marcas desta mudança. Nas palavras de Camões, “mudam-se os tempos, mudam-se as vontades / muda-se o ser, muda-se a confiança / todo o mundo é composto de mudança / tomando sempre novas qualidades”¹. E deste turbilhão de mudanças não se escapa o direito penal.

Mas também é certo que vivemos um tempo com transformações sociais, culturais e tecnológicas incomuns, inseridas no presente contexto de crise da modernidade, de incapacidade em responder os novos desafios científicos e de atender o projeto moderno. Vivemos um período de liminaridade² (ou, sob outras rubricas, pós-modernidade, sociedades pós-industriais, modernidade tardia, etc.), isto é, vivemos um período passageiro, o término do tempo velho (modernidade) e o início de um tempo breve, cujo horizonte pouco pode se dizer, mas apenas afirmar ser um tempo com inúmeras incertezas.

A modernidade surge com a desvinculação do pensamento medieval, estabelecendo-se nos ideais de ordem e progresso (produtivo e tecnológico), e nela tudo pode ser compreendido racionalmente pelas leis da física e da matemática. A natureza passa a ser a matéria-prima para a obra do homem moderno, servindo como combustível para a técnica e indústria. Contudo, é no próprio desenvolvimento e progresso da técnica, na lógica de tudo dominar, que o homem moderno encontra os seus limites, ponto no qual acaba por aparecer os primeiros sinais de esgotamento do paradigma moderno.

E é nesta crise da modernidade, aliado ao poder proporcionado pela técnica, que, paradoxalmente, desenvolve-se para superar os seus próprios limites e, por isso, acaba por encontrar novos limites, que surge um novo modelo de sociedade que possui como principal marca o *risco*. Riscos, muitas vezes, irreversíveis, não delimitáveis temporal e/ou espacialmente – e, também, não delimitáveis no âmbito dos afetados –, de natureza política, ambiental, econômica, etc. Segundo Beck, uma *sociedade do risco* (*Risikogesellschaft*)³, fruto do desenvolvimento técnico-científico promovido pela modernidade, que escapa de toda e qualquer possibilidade de previsão, controle e proteção. O homem, portanto, “vive a glória e o

¹ CAMÕES, Luís de. *Sonetos*. São Paulo: Klick Editora, 1998. p. 61.

² Segundo Turner, as entidades limiares não se situam aqui nem lá, mas estão no meio e entre as posições atribuídas e ordenadas pela lei, pelos costumes, convenções e cerimoniais (TURNER, Victor. *O Processo: Ritual Estrutura e Anti Estrutura*. São Paulo: Vozes, 1974. p. 117).

³ Para Beck, a *Risikogesellschaft* designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos (sociais, políticos, econômicos e individuais) cada vez mais tendem a escapar do controle e das instituições protetoras da sociedade industrial (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002. p. 113). De outro lado, Bauman propõe a substituição da expressão *sociedade de risco* pela expressão *sociedade da incerteza*. Isto porque, segundo o autor, em um mundo como o nosso, “os efeitos das ações se propagam muito além do alcance do impacto rotinizante do controle, assim como do escopo do conhecimento necessário para planejá-lo. O que torna nosso mundo vulnerável são principalmente os perigos da probabilidade *não calculável*, um fenômeno profundamente diferente daqueles aos quais o conceito de *risco* comumente se refere. *Perigos não calculáveis aparecem, em princípio, em um ambiente que é, em princípio, irregular*, onde as sequências interrompidas e a não repetição de sequências se tornam a regra, e a anormalidade, a norma. *A incerteza sob um nome diferente*” (“destaque do original”) (BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 129-130).

terror do ápice de sua técnica: pode destruir o mundo se assim o desejar, mas pode igualmente fazê-lo, sem sequer perceber”⁴.

A ideia da *Risikogesellschaft* anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a sua existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (dos quais a tutela do direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de ações humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos (individuais), tais como, a vida, a integridade física e a propriedade, tratando-se, assim, do paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. De outro lado, a sociedade do risco anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, por vezes, anônima, revela-se suscetível de produzir riscos globais – que podem ter como consequência a extinção da vida –, a serem produzidos em tempo e lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu⁵.

Diante de tal realidade, ou, melhor, realidades, que podem traduzir uma realidade pluriforme, caleidoscópica, mormente por força das complexas transformações e relações sociais experimentadas, surgem novos problemas – tal como o surgimento de novos (e, por vezes, falsos) bens jurídico-penais⁶ – que, não raramente, não está o direito penal que

⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 29.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O Direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 33/2001. jan-mar. p. 39-65.

⁶ Há o empreendimento da doutrina no sentido de desconstrução de bens jurídicos aparentemente coletivos, argumentando-se no sentido de que tais bens são aparentes, porquanto não passam da soma de vários bens jurídicos individuais. Nesse contexto, segundo Greco, a soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente para constituir um bem jurídico coletivo, porque este é caracterizado pela elementar *não distributividade*, ou seja, ele é indivisível entre diversas pessoas. Assim, cada qual tem a sua vida, a sua propriedade, independente dos demais, mas o meio ambiente ou a probidade da Administração Pública são gozados por todos em sua totalidade, não havendo uma parte do meio ambiente ou da probidade da Administração Pública que assista exclusivamente a A ou B (GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 49/2004. jul-ago. p. 89-147). Já Hefendehl, ao trabalhar a sua teoria social do bem jurídico (de cunho esquerdista, o que é admitido pelo próprio autor), em contraposição à teoria pessoal do bem jurídico defendida por Hassemer – que, segundo o autor, é uma teoria protetora dos interesses das pessoas abastadas –, assevera que o núcleo conceitual de um bem jurídico coletivo é definido com base nos critérios de *não exclusividade do gozo e não rivalidade do consumo*, sendo que o primeiro está ligado a um terceiro critério, o da *não distributividade*. Assim, um bem é coletivo, quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las aos indivíduos sob a forma de cotas. (HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 87/2010. nov-dez. p. 103-120). No mesmo sentido, Schünemann dá o exemplo de que um tal bem jurídico aparente é a saúde pública, a qual, na verdade, é composta pela soma das saúdes de cada cidadão individual, não passando, portanto, de um bem jurídico individual segundo uma perspectiva da lógica de classes. Segundo o autor, a errônea aglomeração de bens jurídicos individuais num coletivo serve à jurisprudência de argumento para que se ignorem por completo os princípios da exclusão da proteção penal em face do consentimento do titular do bem jurídico, o que torna possível que se apene severamente, pela lesão de um bem jurídico real, uma conduta que poderia no máximo ser merecedora de pena em razão de perigos indiretos para outros bens jurídicos. Assim, refere o autor que o *Bundesgerichtshof* (tribunal federal equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça) agravou, por violação da segurança do trânsito, a pena do motorista que, num acidente provocado em razão da bebida alcoólica, lesionou passageiros de seu carro, apesar de estes terem entrado no automóvel com o conhecimento de estar o motorista alcoolizado e incapacitado para dirigir, sendo, por isso, responsáveis pela própria lesão. E que o Tribunal Constitucional Federal alemão fundamentou a punibilidade da posse de tóxicos na proteção à saúde pública, apesar de o consumidor individual se autocolocar em perigo de modo livre e responsável, não criando um perigo

cultivamos, de vertente liberal iluminista e construído a partir da sociedade industrial, suficientemente preparado. Segundo Figueiredo Dias, se quiser se manter um direito penal de vertente liberal haverá uma confissão de que o direito penal não possui nenhum papel na proteção das gerações futuras, de modo que se faz necessária uma nova política criminal que abandone a função minimalista de tutela de bens jurídicos e aceite uma função promocional e propulsora de valores orientados na ação humana e na vida comunitária⁷.

Até aqui, nada de novo, ainda mais quando se trata da realidade europeia, continente desenvolvido e lugar-comum para todos os que se debruçam acerca dos problemas da ciência jurídico-penal contemporânea. Tal constatação, contudo, mostra-se problemática a partir da realidade dos países em desenvolvimento, onde há uma ausência considerável de medidas responsáveis por parte do Estado e onde o combate à criminalidade é regido pelo populismo punitivo através de políticas de *tolerância zero* e *lei e ordem*, nas quais há “uma notável negligência quantos às liberdades civis de suspeitos e aos direitos dos presos, na direta proporção da ênfase sobre repressão efetiva e controle”⁸. Isso sem levar a questão sob a perspectiva da Criminologia Crítica⁹.

Em períodos como o nosso, de crise, em razão da ausência de referenciais claros, recomenda-se fortemente a adoção de especial cautela e prudência não só na apreensão e compreensão de seus reais problemas, como, e principalmente, na proposição de soluções¹⁰. E qualquer valoração ou análise por mais distanciadas que se mostrem as suas matizes em caso algum podem fugir à própria situação de crise¹¹.

De tudo, porém, é incontestável que negar espaço ao direito penal para a contenção dos novos riscos significa tomar parte em uma ciência que absolutamente nada tem a dizer na

de maior relevância para o direito penal (*BverfGE* 90, 145) (SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 81).

⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 128.

⁸ GARLAND, David. *A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 57.

⁹ Sob esta ótica, não apenas as normas penais se criam e se aplicam de forma seletiva e a distribuição desigual de criminalidade, isto é, imunidade e criminalização, obedece geralmente à desigual distribuição de poder e da propriedade e, assim, à consequente hierarquia dos interesses em jogo; o Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa dessa estrutura vertical da sociedade, conservando e reproduzindo as suas relações desiguais. Em outras palavras, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica do sistema social global, caracterizado pelo capitalismo patriarcal, isto é, reproduz as relações de poder, de gênero e de propriedade existentes, em vez de servir como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos. Não se olvida que o sistema penal se relaciona com a sua programação normativa, isto é, o seu *dever-ser* – segundo os princípios norteadores, como igualdade, humanidade, legalidade, etc. –, na grande parte dos casos, é um sistema de violação deles, em vez de proteção. Assim, a realização dos seus postulados é, em definitivo, uma ilusão, além de constituir uma contradição estrutural entre a sua lógica seletiva e os direitos humanos, nos quais se autolegitima. Por derradeiro, o direito penal, representado pelo sistema penal, não serve como um modelo de resolução de conflitos, diferentemente de outras áreas do direito, mas sim, ao revés, como gerador de problemas e conflitos. Sobre o tema ver, por todos: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

¹⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. *Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. v. 11. n. 71. Porto Alegre: IOB. dez-jan/2012. p. 49-52.

¹¹ FARIA COSTA, José Francisco de. *Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 81/2009. nov-dez. p. 36-47.

proteção das gerações futuras, o que, entretanto, não significa recepcionar um novo direito penal, um direito penal do risco¹², um direito penal de duas velocidades¹³ ou, até mesmo, um direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*)¹⁴(denominado, por alguns, como terceira

¹² Tal modelo, ainda não bem delimitado cientificamente, possui como aspectos principais a acolhida de novos bens jurídicos, tais como o meio ambiente, a saúde pública, o mercado de capitais, etc., o adiantamento das barreiras entre o comportamento punível e o não-punível, e, por fim, a redução das exigências para a reprovabilidade. Tudo isso para atender as demandas jurídico-penais decorrentes da sociedade do risco. Contudo, ocorre que o direito penal não constitui o meio mais adequado para reagir aos riscos, senão ele mesmo é um risco, porquanto se converte em um direito penal do risco, pois, ao adaptar-se à ótica da sociedade do risco, adota a função de um eminente instrumento de prevenção e, ainda, simbólica, o que, historicamente, não lhe cabe. Em outras palavras, “se se analisar os fins aos quais o direito penal do risco pretende servir sociologicamente segundo a ideia de risco, a saber, de um lado, a minimização do risco e, por outro, a produção de segurança, transpondo-os à linguagem jurídico-penal, trata-se da ideia de prevenção, de proteção dos bens jurídicos através de uma orientação pelo risco e de estabilização da norma. E paralelamente à racionalidade do risco – como criadora e ao mesmo tempo eliminadora dos riscos – a sociedade do risco tem elaborado um direito penal do risco racional e funcional, uma *Risikodogmatik* (dogmática do risco)” (SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol. 46/2004. jan-fev. p.73-93; e PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol. 47/2004. mar-abr. p. 31-45).

¹³ Tal como, resignadamente – diante da inevitável expansão do direito penal, o que é louvável –, propõe Silva Sánchez. Segundo o autor, a primeira velocidade do direito penal, representada pelo direito penal da prisão – e, em regra, referente a condutas lesivas ou que ponham em perigo real/concreto o bem jurídico-penal (em regra, individual, tal como a integridade física) –, corresponderia à manutenção rígida dos princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. Já a segunda velocidade do direito penal – referente a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais e, inclusive, supraindividuais, desde que concebidos com mínimo rigor – seria guardada para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da prisão (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 192-193). Também não parece ser esse modelo dualista o mais adequado. Isto porque, dentre outros motivos, tal modelo acabaria por trazer para o direito penal dois paradigmas diferentes e incompatíveis, que em breve haveriam de conduzir ao domínio de um sobre o outro, quando não o esmagamento de um pelo outro – sob a forma, muito provavelmente, de uma invasão incontrollável do cerne pela periferia (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 134).

¹⁴ Esta concepção de direito penal, formulada e defendida por Jakobs, se contrapõe ao chamado direito penal dos cidadãos (*Bürgerstrafrecht*). Segundo o autor, o inimigo é um indivíduo que abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. É alguém que não garante a mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse deficit por meio da sua conduta. De acordo com Jakobs, as características do *Feindstrafrecht* seria a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança da perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução da pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 194; JAKOBS, Günther. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo*. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito penal do inimigo: noções críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005). Tal modelo exerce profunda influência sobre alguns sistemas penais, sobretudo o europeu e o norte-americano, que tem testado as suas propostas em três setores políticos e legislativos: o (anti)terrorismo, a criminalidade organizada (global e econômica) e a delinquência sexual. Também não concordamos com tal modelo, porquanto nega os postulados da dignidade da pessoa humana, além de se tratar, fundamentalmente, de um direito penal do autor, manifestamente inconstitucional.

velocidade do direito penal). Não se trata, enfim, de uma substituição de paradigmas, mas sim uma tutela necessária e possível a um direito penal fiel aos seus princípios fundamentais¹⁵

E o contexto de uma tal proposta implica necessariamente o aprofundamento de determinadas categorias jurídico-penais, fazendo certamente a ofensividade, categoria-chave para o preciso delineamento dos limites materiais de um direito penal, parte deste universo, assim como o reposicionamento da normatividade penal a um *status* de prevalência na ciência conjunta do direito penal (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*)¹⁶.

Destarte, o presente trabalho procede uma análise do modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais, a partir de uma perspectiva onto-antropológica do direito penal, os seus pressupostos, o seu fundamento constitucional, a sua relação com o Estado Democrático de Direito (liberal e garantista). Também será abordada a ofensividade como verdadeira exigência constitucional e como critério de legitimidade do ilícito-típico, bem como a sua relação com a política criminal, mormente no ponto sobre a possibilidade (ou não) da sua desconsideração para atender a pontual intenção político-criminal.

2. Ofensividade em direito penal.

Da análise histórica do direito penal, verifica-se a existência de uma estreita relação entre modelos de crime e modelos de Estado, que revela elementos significativos sobre uma maior ou menor dificuldade de assimilação de certas formas de estruturação do ilícito-típico, servindo como verdadeiro parâmetro de verificação do grau de autoritarismo penal. Excessivas formas de crimes omissivos, crimes que protegem meros interesses morais e éticos, a criminalização de violação de deveres (*Pflichtverletzung*), constituem em um modelo de crime fortemente marcado por Estados autoritários, como a Alemanha nazista¹⁷. Do modelo clássico de direito penal liberal, de vertente iluminista, ao direito penal contemporâneo, o tempo tem sido o responsável pela afirmação de um direito penal de efetiva tutela (subsidiária) de bens jurídicos (dotados de dignidade penal) como paradigma de um ordenamento jurídico democrático, laico e pluralista, comprometido com o atendimento e reconhecimento dos direitos e das liberdades individuais. Tal horizonte exprime e afirma um dos mais preciosos legados do pensamento penal liberal, o modelo de crime como ofensa a

¹⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 34-35.

¹⁶ Foi mérito de Franz von Liszt ter concebido a ideia da *die gesamte Strafrechtswissenschaft*, a qual compreenderia como ciências autônomas: a ciência estrita do direito penal (dogmática penal), concebida como o conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico-penal e devem ser explicitados dogmática e sistematicamente; a criminologia, como ciências das causas do crime e da criminalidade; e a política criminal, como o conjunto dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, de acordo com os quais o Estado deve levar a efeito a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 24).

¹⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. *Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67-68.

bens jurídicos (*principio di offensività*, na Itália¹⁸, *harm principle*, na *Common Law*¹⁹), de base constitucional, e verdadeiro limite à atuação da política criminal, consistente em uma perspectiva de ilícito estabelecida “na ofensa a interesse objetivos, no desvalor que expressa a lesão ou pôr-em-perigo bens juridicamente protegidos”²⁰, opondo-se, assim, à concepção de ilícito centrada na mera violação subjetiva do dever, típica de Estados autoritários.

Com efeito, a estrita observância ao modelo crime como ofensa a bens jurídicos limita de forma significativa o âmbito das condutas sancionáveis penalmente pelo Estado, através da imposição não só de limites ao objeto de tutela da norma, como também à técnica de tutela, mediante a proposição de dois momentos distintos, embora intimamente ligados, de análise da legitimidade (ou não) do ilícito-típico. Primeiro, se há um bem jurídico dotado de dignidade penal como objeto de proteção da norma. Análise que, por certo, deve partir de uma noção de bem jurídico cujo conteúdo, além de estar em harmonia com a ordem axiológica-constitucional, seja transsistemático em relação à ordem jurídica e concretizável em realidades suscetíveis de viabilizar uma posterior análise de ofensividade²¹. Segundo, se há, no caso concreto, uma efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado, o que se percebe através da verificação de um dano ou perigo ao objeto de proteção da norma. Em outras palavras, para a legitimidade do ilícito-típico, além da existência de um bem jurídico de dignidade penal, é necessário, também, a ocorrência da ofensividade, através da consideração dos efeitos da conduta sobre o bem jurídico²². Ora, acaso desconsiderado o segundo momento (de constatação da existência de ofensa ao bem jurídico), estaria autorizada a criminalização de condutas não ofensivas a bens jurídicos, o que constitui uma verdadeira subversão da lógica crítico-garantista que deve perpassar a noção jurídico-penal de tutela de bens jurídicos²³.

¹⁸ Sobre o tema, ver: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

¹⁹ Especialmente no âmbito jurídico norte-americano, ver: MILL, John Stuart. *A liberdade e utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000; MARTINELLI, João Paulo Orsini et al. *Harm Principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 115/2015. jul-ago. p. 255-289.

²⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 40.

²¹ De acordo com Feldens, podemos sustentar que a Constituição figura como um quadro referencial obrigatório da atividade punitiva, contendo as decisões valorativas fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico prévio e obrigatório à legislação penal. Nesse contexto, a atividade do legislador penal encontra seu objeto premeditado por uma ordem de valores ditada pela Constituição, que se faz, por esta razão, pré-constituída ao legislador. É bem ter-se presente que a relação entre bens jurídicos constitucionais e penais não haverá de ser necessariamente de coincidência, ou de recíproca cobertura, mas de coerência, interação ou efeito recíproco, conduzindo, desta forma, a uma necessária interpretação do Direito Penal conforme a Constituição (FELDENS, Luciano. *Direito Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 61-62).

²² D'AVILA, Fabio Roberto. *Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76-77.

²³ Segundo Faria Costa, ao considerar-se como fim último o de que o direito penal deve proteger bens jurídicos e, para além disso, ao ponderar-se que não há inconveniente na adoção de meios (técnicas legislativas) que subvertam o fim que se quer alcançar, acaba-se por definir os meios pelos fins. Nesta lógica, afirma-se que é bom que o direito penal seja um direito penal de proteção de bens jurídicos, mas pouco importa se, para atingir esse fim, tivermos de construir tipos legais de crime onde o bem jurídico (concreto) está ausente, isto é, onde a razão de ser do próprio ordenamento não está presente. A estratégia dos fins sobrepõe-se à tática e aos meios que aquela mesma estratégia quer legitimar. Tudo se converte em confusão entre meios e fins, perdendo-se, desta

E a ofensividade, seja no âmbito de legitimidade na criação de tipos penais, orientando e limitando o trabalho do legislador (*jure condendo*), seja no âmbito de aplicação e interpretação concreta da norma penal (*jure condito*), nomeadamente pelo magistrado, deve ser compreendida através da fundamentação do direito penal a partir da relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo.

Esta relação ontológica de cuidado-de-perigo retira o *eu* para fora de *si mesmo*, jogando-o ao encontro com *outro*, no qual e pelo qual o *ser-no-mundo* se desvela e, ao mesmo tempo, se conhece, constituindo uma teia de cuidados recíprocos que estrutura o *ser comunitário*. E é justamente na oscilação prejudicial dessa teia de cuidados e, portanto, na prejudicial oscilação da relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo que o direito penal buscará os elementos informadores de seu núcleo fundamental, o ilícito. O ilícito, sob essa perspectiva, é a expressão jurídico-penal da desvaliosa oscilação da tensão originária da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. Mas não qualquer oscilação, mas apenas aquela que, aos olhos da comunidade historicamente situada, é tida por insuportável²⁴. Nesse contexto, segundo Faria Costa, a primitiva relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo é o suporte *mais-que-perfeito* para legitimar, em termos ético-sociais, a aplicação de uma pena a todo aquele que, desvirtuando a relação de cuidado, põe em perigo um bem jurídico que a comunidade considera relevante para a proteção penal, sendo que a diminuição da tensão primitiva que projete o perigo ao bem jurídico-penal é determinante para a justificação penal do comportamento que a desencadeia²⁵.

A ofensividade, isto é, a ofensa a bens jurídico-penais, surge a partir do contexto do atingimento intolerável da relação matricial de cuidado-de-perigo, estruturando-se o desvalor do resultado (a ofensa) no dano/violação, no qual a realização do tipo incriminador tem como consequência uma lesão efetiva ao bem jurídico-penal, e no *perigo/violação* do bem jurídico-penal, representado pela previsão de possibilidade de ocorrência de um dano/violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal. E este perigo é constituído por dois elementos: a probabilidade um acontecer e o caráter danoso do mesmo, sendo o perigo desprovido de materialidade. Segundo Faria Costa, o perigo não tem consistência material, processando-se no tempo, mas não se solidificando no espaço. O que se solidifica no tempo e no espaço é a ação concretamente desvaliosa²⁶.

O perigo, tradicionalmente, subdivide-se em perigo concreto, no qual o perigo faz parte do tipo, ou seja, o tipo é preenchido quando o bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo, e em perigo abstrato, no qual o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente motivo da proibição, caracterizado pela não exigência de um bem jurídico no

forma, os limites e critérios da validade para a construção de todos os concretos e específicos tipos legais de crime (FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 621).

²⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. *Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49-50. Uma abordagem mais profunda do tema, ver: FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000; D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005; e MACHADO, Tomás Grings. *Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limites à criminalização de condutas*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

²⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 623.

²⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 584-585.

raio de ação da conduta perigosa. Neste tipo de crime, são tipificadas certas condutas em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico-penal, sem, contudo, que ela necessite ser comprovada no caso concreto, de modo que uma há *presunção inelidível* de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efetivo para o bem jurídico-penal²⁷. Em outras palavras, o perigo concreto constitui uma *crise existencial* do bem jurídico, causando-lhe uma *comoção de certeza do ser* (*Erschütterung der Daseinsgewissheit*), ao passo que o perigo abstrato sequer exige que o bem jurídico esteja no raio de ação do perigo, bastando a ele uma *mera possibilidade não-insignificante de dano*, de modo que não haveria uma aguda crise do bem jurídico (*Krise des Rechtsgutes*), mas tão somente uma interferência na sua esfera de manifestação²⁸.

Assim, pode-se dizer, resumidamente, que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos corresponde a uma compreensão material do ilícito penal centrada na ofensa a bens juridicamente tutelados, elevando o desvalor do resultado como motor central do ilícito, não havendo, portanto, crime (legítimo) sem ofensa ao bem jurídico-penal²⁹.

3. A base constitucional e principiológica da ofensividade

A ofensividade constitui uma exigência constitucional. Isto porque, e pelo exposto já se pode concluir, que as suas proposições estão de acordo com um Estado Social e Democrático de Direito, conforme propõe a Constituição Federal, comprometido para com os direitos e garantias fundamentais, com um Estado que se quer laico, plural e multicultural, em que se punem os fatos, e não pessoas ou grupos, como o fazem os Estados autoritários. Elementos tais, inclusive recepcionados pelo próprio preâmbulo da Constituição Federal³⁰ – com os quais a ofensividade está em consonância –, cuja afirmação deveriam, quando muito, encontrar irrisória resistência, mormente no espaço político-criminal. Ocorre que, não raras vezes, a política criminal adotada pelo Estado vai de encontro aos compromissos assumidos pela Constituição Federal, sobretudo aqueles referentes aos direitos fundamentais. Política criminal que, seguidamente, está dissonante, inclusive, das recomendações, fundamentadas e publicizadas, realizadas pela academia especializada, sobretudo os estudos realizados no âmbito da Criminologia (Crítica) e da própria dogmática penal (direito e processo penal). Os motivos disso não cabe no espaço dado discutir, podendo apenas se referir ao fenômeno da

²⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 292.

²⁸ SCALCON, Raquel Lima. *Ofensividade em direito penal: regra constitutiva, sobre produção jurídica, com assento implícito na Constituição (ou repensando o “princípio” da ofensividade)*. In: Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais, PUCRS, 2012. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/24.pdf>. Acesso em 10/01/2017.

²⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 46.

³⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...).” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10/01/2017.

*politização penal*³¹. Por tais motivos, entre outros, é necessário trabalharmos com critérios positivos, capazes de conferir limites razoavelmente seguros para os processos de criminalização e descriminalização, incluindo, no ponto, critérios constitucionais – tal como a ofensividade e a proporcionalidade – suficientemente aptos a delimitar adequadamente os processos legislativo e hermenêutico-aplicativo, este último a cargo, principalmente, pelo magistrado. Desta forma, a discussão desloca-se para o plano constitucional, para o questionamento acerca da existência de uma exigência constitucional da ofensividade, tornando a ofensa a bens jurídico-penais, para além de elemento de orientação, um dos principais limites de contenção da política criminal³².

A fundamentação da ofensividade é possível tanto em âmbito principiológico quanto à luz das regras constitucionais, nomeadamente da dignidade da pessoa humana, sob o seu viés de proibição da instrumentalização do homem, e da liberdade. Também cabível a sua sustentação a partir do princípio da proporcionalidade³³, enquanto dever de proibição de ingerências inadequadas, desnecessárias e/ou concretamente excessivas no âmbito das liberdades individuais, restrições indevidas estas que ocorrem, por vezes, pela desconsideração da ofensividade.

Com o reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, III, da CF/88), há, por conseguinte, o reconhecimento que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal, de modo que é o Estado que passa a servir com instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas. Nesse contexto, inclusive de reconhecimento histórico e global do referido princípio, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais (muitos deles decorrentes, direta ou indiretamente, da própria dignidade da pessoa humana), mas de toda a ordem constitucional, motivo pelo qual se justifica a sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*)³⁴. Assim, a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade³⁵. E, assim, para assegurar que cabe ao

³¹ Segundo esta *politização*, o direito penal constitui uma arma política, isto é, serve como *instrumento de comunicação* por meio do qual os poderes públicos deixam de se preocupar com o que pode ser feito de melhor para se preocupar com o que pode ser *transmitido* de melhor. Isso decorre da circunstância de que, acaso os poderes públicos não admitam as demandas populares em prol do recrudescimento punitivo, correm o risco de perderem sua clientela eleitoral e/ou serem vistos como antiquados ou, até mesmo, serem rotulados como *defensores dos criminosos*. De outro lado, agindo de acordo com a demanda punitiva, eles conseguem obter capital político por meio da demonstração exemplar da atividade da prática legislativa e da justiça penal (CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 31-32).

³² D'AVILA, Fabio Roberto. *Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69.

³³ O que será abordado no próximo tópico para melhor sistematização e entendimento do tema.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 99-107.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e constitucionalização do sistema penal*. In: NETO, Jayme Weingartner; SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e direito penal: temas atuais e polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 24.

Estado, detentor do monopólio da força, uma dupla missão: deve não apenas respeitar os direitos fundamentais (direitos de defesa), mas também protegê-los (imperativos de tutela) (em perspectiva, respectivamente, negativa e positiva) contra ataques e ameaças de terceiros³⁶, mesmo que isso importe na criminalização de certas condutas, observados, dentre outros parâmetros, a própria ofensividade.

A partir de tal constatação, emerge o direito penal contemporâneo como instrumento legitimado historicamente de persecução do fim de tutela de bens materialmente resguardados pelo Estado, o que impele reconhecer um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, do qual são oriundos dois princípios de direito penal, a serem considerados na questão. O primeiro consiste no princípio constitucional de garantia, que prima pela necessária ofensa e fundada na necessidade de tutela, sobretudo, do bem jurídico-constitucional da liberdade, sobre o qual incide a norma penal incriminadora. Já o segundo se trata do princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária e fundada na necessidade da proteção de bens jurídico-penais³⁷.

Sob esta ótica principiológica, os princípios constitucionais de garantia e da intervenção penal necessária estão submetidos ao campo normativo do princípio originário (princípio fundamental de tutela de bens jurídicos), não sendo admissível uma conflitualidade que extrapole os limites da tutela de bens jurídicos, de modo que toda incriminação que ultrapasse os limites da ofensividade não corresponde um interesse político-criminal legítimo, porquanto estaria fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador³⁸.

No entanto, em se tratando de princípios, possível o surgimento de conflito entre ambos, inserindo-se o problema da ofensividade como princípio relativo em face de necessidade de prevenção geral positiva. Será admissível, então, em *balancing* entre os princípios da ofensividade e o da intervenção penal que este extrapole o limite imposto pela ofensividade?

A partir de uma perspectiva constitucional, a resposta é negativa. Isto porque a zona de tensão causada pelo conflito dos referidos princípios é responsável unicamente pela construção dos limites da própria ofensividade. Isto é, ponderando-se os interesses políticos-criminais intervencionistas de prevenção geral positiva com a garantia da necessária ofensa, obtém-se o desenvolvimento das hipóteses de ofensividade admissíveis em um conceito *lato* de ofensividade, e, assim, o âmbito possível de tutela jurídico-penal. Contudo, esta zona de tensão não é capaz de ultrapassar os limites da própria ofensividade, pois, por derivarem do mesmo princípio, são princípios conformados ao princípio originário de tutela de bens jurídicos, estando, assim, restritos ao seu âmbito de proteção/domínio normativo. Até porque, conforme será exposto, a ofensividade está adstrita ao direito fundamental à liberdade e, assim, somente pode ser ponderada mediante idêntico interesse constitucional de proteção de outros bens jurídicos (vida, integridade física, etc.), e não posta em xeque no mero intuito, por exemplo, de otimizar ou facilitar funções administrativas que, por vezes, nem sequer constituem em verdadeiro bem jurídico e, por isso, já estão afastadas do âmbito de tutela do

³⁶ FELDENS, Luciano. *Direito Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 44.

³⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 65-66.

³⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. *Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 70.

princípio originário. No mesmo sentido, a dignidade da pessoa humana – aliado ao direito subjetivo a uma responsabilidade penal pessoal – veta a possibilidade de instrumentalização do homem, por intermédio da criminalização, por exemplo, da mera desobediência aos interesses do Estado voltada a atender diretrizes políticas de prevenção geral positiva³⁹.

De outra banda, a ofensividade pode ser fundamentada a partir de regras constitucionais, e aqui reside o seu maior alcance de concreção legislativo-constitucional, nomeadamente, como acima delineado, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Antes desta abordagem e para sua melhor compreensão, faz-se necessária a distinção e conceituação de princípio e regras, até porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana possuem a peculiaridade de serem normas constitucionais de caráter duplo (*Doppelcharakter*), possuindo a natureza simultânea de regra e princípio.

Como padrão geral, as regras possuem uma estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo de tudo ou nada. Ou seja, dado o seu substrato fático típico, e sem qualquer exceção, as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas (*all-or-nothing*). Não há um meio termo. Diferentemente, os princípios, inspirados na ideia de justiça – ao contrário das regras, baseados na segurança jurídica –, adaptam-se às circunstâncias do caso concreto e, por isso, são flexíveis, operando-se em uma dimensão de peso⁴⁰. Os princípios, nesse contexto, são *mandados de otimização*, isto é, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. De outro lado, as regras são normas que exigem plena satisfação, não admitindo a ponderação nem a sua parcial utilização⁴¹.

Nesse âmbito, teremos tanto os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana quanto as regras da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Isto implica dizer que tais direitos, principalmente o da liberdade, não admitem uma ponderação irrestrita, impondo certas exigências peculiares para que o seu conteúdo de regra (constitucional) não seja violado.

Com efeito, todo tipo penal incriminador é o resultado da ponderação de valores na qual o direito à liberdade é restringido a fim de conservar outros valores de fundamental relevo para a sociedade (liberdade *versus* patrimônio, liberdade *versus* integridade física, por exemplo). E, assim sendo, mostra-se inaceitável cogitar a restrição do direito à liberdade em prol da obtenção de meros interesses político-criminais de organização e regulamentação social. Para a sua restrição, é preciso atender não apenas uma exigência formal de hierarquia normativa que limita o *balancing* a bens com dignidade constitucional – ainda que com referência indireta à CF/88 –, mas também uma necessária compatibilidade axiológica-constitucional que justifique a restrição, além do necessário juízo de necessidade de tutela. Portanto, a proteção jurídico-constitucional do direito à liberdade – como também a dignidade da pessoa humana, que veda a instrumentalização do homem em benefício de meros interesse administrativos, muitas vezes, conduzidos por diretrizes políticos-criminais descompromissadas para com os direitos fundamentais – impede o alargamento da tutela

³⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 68-75.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula. *Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 100.

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90-91.

penal para além dos casos em que o seu exercício implique a ofensa a outros bens jurídicos em harmonia com a ordem constitucional⁴².

Nessa esteira, a ofensividade representa um imperativo constitucional para aferição da legitimidade do ilícito-típico, sendo ela, no mesmo sentido por Alexy com relação aos direitos fundamentais, uma norma de caráter duplo, devendo ser entendida como norma de princípio e norma de regra simultaneamente. Deste modo, por possuir um caráter princípio, os preceitos da ofensividade devem orientar todo o sistema jurídico-penal infraconstitucional, impondo, para que o crime seja legítimo, lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico axiológico-constitucionalmente orientado. Por ser uma norma de *doppelcharakter*, impossível o afastamento da ofensividade em sede de sopesamento, de modo que não é possível a sua derrogação ou a previsão da sua exceção em prol de intenções político-criminais referentes à criminalização de condutas que não representam qualquer perigo de lesão ao bem jurídico⁴³.

4. A função crítico-garantista da ofensividade nos âmbitos *jure condendo* e *jure condito*.

Com base na absoluta impossibilidade de derroga, a ofensividade, como componente essencial da tipicidade, constitui verdadeira expressão de que não há crime sem a efetiva ofensa a um bem jurídico-penal. Por sua recepção constitucional, e também por resultar do processo interpretativo que circunscreve a teoria do bem jurídico, a ofensividade representa um conjunto de preceitos vinculantes tanto ao legislador, limitando-o a tipificação de condutas que consistam em uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico-penal, quanto o magistrado, que deve, ainda que a conduta formalmente se subsuma com o tipo penal, considerá-la atípica quando ela concretamente não representar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico-penal. Assim, a ofensividade se projeta em dois níveis distintos: um nitidamente voltado à atividade do legislador (*jure condendo*) e outro voltado ao juiz (*jure condito*), ao concreto aplicar da lei.

A ofensividade, por decorrer dos princípios da garantia (da liberdade) e impositivo (intervenção penal necessária), os quais, por sua vez, decorrem do princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, oriundo da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa, está submetido ao mesmo regime dos direitos fundamentais quanto à sua necessária observância pelo juiz e pelo legislador. Não porque a ofensividade se trate de um direito fundamental – o que até poderia ser sustentado, sob o viés de um direito de defesa contra eventual intervenção penal ilegítima –, mas sim porque o âmbito de proteção de um direito fundamental corresponde ao bem jurídico protegido, ao objeto tutelado. E, assim sendo, insere-se a ofensividade como instrumento capaz filtrar eventuais ingerências estatais indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental, nomeadamente o da liberdade, preservando o seu núcleo essencial.

⁴² D'AVILA, Fabio Roberto. *Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 71.

⁴³ SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Crimes de informática e bem jurídico-penal: contributo à compreensão da ofensividade em direito penal*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 102.

Veja-se, quanto ao tema dos direitos fundamentais, que há uma dupla dimensão da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Num sentido negativo, a proibição do legislador de editar atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais. Sob uma acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais. De igual modo, cabe ao juiz, de um lado, dar o conteúdo e sentido correto dos direitos fundamentais (dimensão negativa) e, de outro, por meio da aplicação, interpretação e integração, outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível⁴⁴.

Nessa esteira, cabe à ofensividade, no plano legislativo, a tarefa de orientação legislativa, e, no âmbito aplicativo, a tarefa de concreção da norma – já elaborada, em tese, em termos de ofensividade – ao caso real. Contudo, uma relação desarmonica entre os dois planos pode ser motivo de perplexidades, tal como a supervalorização do plano hermenêutico-aplicativo em detrimento do legislativo. Nesse caso, tal desarmonia não apenas poderá dar margem à legitimação indireta – em face de uma continuada negligências do aplicador – de uma política criminal sintomática, meramente preventiva, como, até mesmo, acarretar um absolutismo judiciário, encontrando idoneidade em tipo legais absolutamente desprovidos de ofensividade, em face de mera conveniência política⁴⁵. Isso de um lado. De outro, sendo o produto legislativo carente de traço de ofensa ao bem jurídico ou, ainda, sequer possuir um bem jurídico protegido, impõe-se, pelo aplicador, a declaração de inconstitucionalidade da norma incriminadora, ou, mesmo, a não aplicação da norma pelo magistrado pela absoluta atipicidade da conduta por ausência de ofensividade (lesão ou perigo de lesão) ao bem jurídico⁴⁶.

Sob outro viés, especificamente quanto ao plano legislativo, impede destacar que a ofensividade guarda íntima relação com a proporcionalidade, senão, até mesmo, segundo Feldens, a ofensividade é a transposição, para a linguagem dogmático-penal, do princípio da proporcionalidade, enquanto dever de proscrição de ingerências inadequadas, desnecessárias ou concretamente excessivas no âmbito das liberdade individuais⁴⁷. De todo modo, resguardadas outros parâmetros para a criminalização de condutas – os quais não excluem a apreciação da ofensividade como critério a ser observado pelo legislador –, como o faz a teoria do bem jurídico (*Lehre von Rechtsgüterschutz*)⁴⁸, que, aliás, guarda íntima relação com as categorias em exame, a proporcionalidade, sob o seu viés de proibição de excesso estatal, funciona como critério de legitimação negativa da intervenção punitiva, excluindo, por injustificada, a incidência da lei penal quando esta se revelar inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 384-390.

⁴⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 56.

⁴⁶ MACHADO, Tomás Grings. *Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limites à criminalização de condutas*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 86.

⁴⁷ FELDENS, Luciano. *Direito Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 67.

⁴⁸ Sobre a concepção do bem jurídico (penal) como limitador do poder punitivo, ver: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

De um modo geral, na sua função como critério de controle de legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a proporcionalidade costuma ser desdobrada em três elementos, cuja explicação oportuna citar nos termos expostos por Sarlet:

- a) a adequação ou conformidade, no sentido de um controle de viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s), muito embora, para alguns, para que seja atendido o critério, bastaria que o poder público (mediante a ação restritiva) cumpra com o dever de fomentar o fim almejado;
- b) da necessidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados);
- c) da proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade ou justa medida, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional.⁴⁹

Neste tópico, cumpre anotar que a aferição da proporcionalidade de uma medida restritiva há de partir do pressuposto de que a compreensão de um direito encontra sua razão de ser na tutela de outro bem jurídico constitucionalmente relevante, isto é, a restrição deve ter uma finalidade constitucionalmente legítima. Levando essa afirmação à seara penal, trata-se, como já exposto, de a lei penal buscar tutelar um bem jurídico dotado de dignidade penal, cuja relevância seja tanta a ensejar a restrição do direito à liberdade.

Trazendo esta afirmação para o plano do controle de normas, a identificação do bem jurídico-penal constitui a primeira análise do subcritério *adequação*. E é justamente nesse critério que a proporcionalidade e a ofensividade estão interligados. Isto porque a responsabilidade penal – precisamente por indicar o sacrifício de alguma cota de liberdade individual – está a limitar a prática de um fato que deve se revelar ofensivo a um interesse alheio (individual ou coletivo). Portanto, se a conduta questionada não retrata algo mais que a uma ação eminentemente interna (comportamental) e, como tal, socialmente irrelevante (por não revelar ameaça a um bem jurídico de terceiro), o direito penal não será, desde já, um meio adequado (idôneo) a coibi-la⁵⁰.

Quanto ao critério da *necessidade* este preconiza que a medida a ser eleita deve ser o meio menos gravoso, dentre os disponíveis e eficazes, à obtenção da tutela do bem jurídico-penal. Tal análise se realiza em dois tempos, iniciando-se pela prévia consideração sobre as medidas *a priori* sujeitas à implementação, e completando-se a partir de uma constatação empírica – de difícil constatação, diga-se – acerca da ineficácia de uma ou mais medidas que, embora em primeiro plano adequadas à realização da tutela do bem jurídico-penal, não o realizam satisfatoriamente, motivo pelo qual cederiam espaço àquela que, em que pese mais

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 415-416.

⁵⁰ FELDENS, Luciano. *Direito Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 152.

lesiva, atingiria a tutela satisfatória do bem jurídico⁵¹. No tocante à *proporcionalidade em sentido estrito*, esta exige um juízo concreto de ponderação, mormente pelo juiz, havendo de verificar-se se a relevância do fim perseguido (tutela do bem jurídico-penal) justifica a intensidade da restrição causada à liberdade. Assim, por exemplo, pode ocorrer de o tipo e a sanção penal não se revelarem em si inconstitucionais, contudo a redação conferida ao tipo, por sua amplitude semântica, absorve várias situações de fato, muitas das quais completamente distantes, em termos de gravidade, daquela que efetivamente fundamentou a criação do tipo ou determinou a imposição da respectiva sanção⁵², situação que se evidencia no artigo 273 do Código Penal⁵³.

Destarte, podemos identificar o espaço de legítima atuação da ofensividade como cânone hermenêutico-aplicativo – com os quais o legislador e o magistrado estão estritamente vinculados – a partir do qual será possível promover uma verdadeira determinação, concreção, interpretação e delimitação do ilícito-típico.

5. A impossibilidade de derroga da ofensividade.

O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos possui fundamental importância não somente pelo seu conteúdo orientado constitucionalmente, mas também como freio ao recrudescimento penal e aos novos espaços de intervenção penal, cujos efeitos, tais como, a criação de novos tipos penais e a exasperação de sanções penais, mostram-se mais evidentes em países em desenvolvimento, onde há uma forte ausência estatal na garantia mínima dos direitos sociais, que convive concomitantemente com uma política criminal repressiva e descompromissada com as garantias penais e processuais penais. Não é novidade a orientação

⁵¹ Quanto a este critério, Figueiredo Dias o vincula ao princípio da subsidiariedade do direito penal. Segundo o autor, a violação de um bem jurídico-penal não basta, por si só, para desencadear a intervenção, antes de requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade (*ultima ratio*). Uma vez que o direito penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas, ele só poder intervir nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica não-penal, se revelem insuficiente ou inadequadas. Quando assim não aconteça, de acordo com o autor, “aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação do princípio da proibição de excesso” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 121).

⁵² FELDENS, Luciano. *Direito Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 153-159.

⁵³ Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V - de procedência ignorada; VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

da política criminal se dar em observância à forte pressão popular – reforçada pelo *mass media* - pelo aumento das respostas punitivas. E isto enseja, fundamentalmente, além de medidas políticas ineficazes, muitas vezes, inclusive, contraproducentes (tal como a política de guerra às drogas), decisões políticas amparadas no arbítrio da atecnicidade, relegando, desta forma, à normatividade penal o papel de coadjuvante na construção das propostas jurídico-penais dos conflitos contemporâneos.

Diante de tal contexto, para a solução dos novos problemas jurídico-penais que se apresentam e, também, para frear a atual expansão punitiva, as respostas devem partir da normatividade penal crítica, isto é, do direito penal constitucionalmente orientado que compete estabelecer o quadro de legitimidade no qual se movimentará uma posterior crítica de cunho político-criminal. Trata-se, assim, de uma revalorização da normatividade penal, relegando-a a uma ideia de preferência ou de prevalência do direito penal quando confrontado com interesses de política criminal no âmbito da ciência conjunto do direito penal (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*)⁵⁴.

Não obstante, há quem sustente a possibilidade excepcional e extrema de derroga da ofensividade em prol de crimes cuja conduta não ofenda um bem jurídico-penal a fim de atender específico interesse político-criminal. Ou seja, a prevalência, em certos casos, da política criminal sobre a normatividade penal crítica.

Certamente não concordamos com essa tese, sobretudo por ser a ofensividade, como dito, uma norma de caráter duplo, exercendo tanto uma barreira com um critério intransponível de orientação legislativa. Além disso, o motivo que leva a justificar o afastamento da ofensividade deveria reforçar a sua aplicação, uma vez que ela constitui propriamente um limite a ser respeitado pelo legislador. Ademais, não é possível afastar uma premissa constitucional como o é a ofensividade para atender a mero interesse político-criminal de manutenção de tipos penais que não causam ofensa a bem jurídico-penal. Se este interesse político-criminal é bom ou ruim cabe perguntar após se indagar sobre a sua possibilidade jurídico-penal e jurídico-constitucional. Todo e qualquer interesse estatal – seja ele a simples otimização econômico-administrativa, seja o combate ao terrorismo – só poderá ser perseguido se estiver de acordo e nos limites da legitimidade da normatividade penal e constitucional⁵⁵.

6. Conclusão.

Do exposto, conclui-se que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos surge no âmbito jurídico como um delimitador do exercício do poder legiferante penal. Em tempos em

⁵⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. *Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38. Em sentido contrário, sobre a preponderância da política criminal sobre a normatividade penal, ver: ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 40-44.

⁵⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. *Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 33.

que ora se vivencia, de liminaridade, de recrudescimento penal, reforçado pelos efeitos decorrentes da globalização e da sociedade de risco, a ofensividade reveste-se de especial relevância jurídica, servindo como verdadeiro freio à expansão penal, fundamentalmente como filtro constitucional de tipos penais que não causam ofensa a bem jurídico-penal. Além disso, tal modelo de crime reflete um modelo de Estado que quer ser laico, tolerante e plural, no qual não há espaço para a criminalização de condutas que constituam meros preceitos éticos e/ou morais, violações de mero dever, e que buscam atender a mero interesse político-criminal que objetiva a criminalização de conduta inofensiva a bem jurídico dotado de dignidade penal.

De base constitucional, a ofensividade é norma de caráter duplo, servindo tanto princípio quanto como regra, sendo a sua observação imprescindível ao legislador, que deverá atender o requisito da necessária ofensa ao bem jurídico quando da criminalização de condutas, e ao aplicador, sobretudo o magistrado, quando da análise, no caso concreto, da verificação da sua efetiva ocorrência. Justamente por ser uma norma de caráter duplo, a ofensividade é inderrogável e imponderável, preceituando que somente é constitucional o crime que lesione ou ponha em perigo um bem jurídico-penal. Dessa forma, a normatividade penal é elevada ao patamar de preponderância no seio da *ciência conjunta do direito penal*, na qual, antes de se indagar acerca da legitimidade político-criminal de determinada questão, deve-se, antes de tudo, questionar-se a viabilidade e legitimidade de tal questão no âmbito da normatividade.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- CAMÕES, Luís de. *Sonetos*. São Paulo: Klick Editora, 1998.
- CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- _____. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. *Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. v. 11. n. 71. Porto Alegre: IOB. dez-jan/2012. p. 49-52.
- FARIA COSTA, José Francisco de. *Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 81/2009. nov-dez. p. 36-47.
- _____. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

- FELDENS, Luciano. *Direito Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____. *O Direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 33/2001. jan-mar. p. 39-65.
- _____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- GARLAND, David. *A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 49/2004. jul-ago. p. 89-147.
- _____; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 87/2010. nov-dez. p. 103-120.
- MACHADO, Tomás Grings. *Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limites à criminalização de condutas*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini et al. *Harm Principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 115/2015. jul-ago. p. 255-289.
- MILL, John Stuart. *A liberdade e utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NETO, Jayme Weingartner; SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e direito penal: temas atuais e polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 47/2004. mar-abr. p. 31-45.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Crimes de informática e bem jurídico-penal: contributo à compreensão da ofensividade em direito penal*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SCALCON, Raquel Lima. *Ofensividade em direito penal: regra constitutiva, sobre produção jurídica, com assento implícito na Constituição (ou repensando o “princípio” da ofensividade)*. In: Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais, PUCRS, 2012. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/24.pdf>.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 46/2004. jan-fev. p.73-93.

TURNER, Victor. *O Processo: Ritual Estrutura e Anti Estrutura*. São Paulo: Vozes, 1974.

ABOLICIONISMO PENAL DESDE A MARGEM: PENSANDO ALÉM DO CENTRO

PENAL ABOLITIONISM FROM THE MARGIN: THINKING BEYOND THE CENTER

OSMAR BELUSSO

Assessor Jurídico do Projeto Cada Jovem Conta!
Centro de Prevenção às Violências Advogado do
Grupo de Estudos e Intervenção em Matéria Penal
| GEIP - SAJU/UFRGS Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais pela PUCRS Integrante do Grupo
de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e
Administração da Justiça Penal | GPESC/PUCRS

LUIZA CORREA DE MAGALHÃES DUTRA

Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de
Pós Graduação em Ciências Criminais -
PPCCRIM/PUCRS Integrante do Grupo de Pesquisa
Violência e Cidadania - GPVC/UFRGS Integrante do
Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de
Segurança e Administração da Justiça Penal -
GPESC/PUCRS

Resumo: O presente trabalho pretende analisar como o movimento abolicionista é pensado e praticado nos países de capitalismo periférico da América Latina, uma vez que os sistemas penais desta região se revelam de forma mais violenta e ligados a um paradigma de dominação e dependência com os países de poder hegemônico central. Realizaremos um levantamento bibliográfico dos autores europeus clássicos e da literatura latino-americana, compreendendo os principais desafios e apostas próprias da região. Assim, buscaremos traçar a importância tanto da promoção de reflexões sobre o movimento abolicionista, ainda com escassa produção científica na América Latina, quanto da necessidade de situá-lo diante da realidade de cada país, afastando a mera importação e reprodução teórica acrítica.

Palavras-chave: Sistema Penal. Abolicionismo Penal. América Latina.

Abstract: This paper main objective is to study how the abolitionist movement is thought and practiced in the countries of peripheral capitalism of Latin America, since the criminal systems of the region reveal themselves in a more violent way and associated to a paradigm of domination and dependence with the countries of central

hegemonic power. We will conducted a bibliographical review of the classic european authors and the Latin American literature, understanding the main challenges and aspirations of the region. Therefore, we will present the relevance of both promoting the reflection about the abolitionist movement, still with scarce scientific production in Latin America and the need to situate it in the reality of each country, moving away from the mere importation and uncritical reproduction.

Key-Words: Criminal System. Penal Abolitionism. Latin America.

1. Introdução

Atualmente, os impactos da justiça criminal tradicional na segurança pública é uma das principais questões em pauta no cenário acadêmico e, sem dúvida, nos movimentos sociais organizados. É possível dizer que a estrutura do sistema penal vem sendo gradativamente deslegitimada, inicialmente pela teoria do etiquetamento (*labeling approach*), na década de 60, que proporcionou uma virada criminológica, transferindo do centro do estudo a figura do crime e do criminoso para o próprio sistema penal, responsável pela sua definição e reação (BARATTA, 1999, p. 86).

A partir de então, colocar o sistema de justiça criminal como foco de análise possibilitou o desenvolvimento de outras correntes que deslegitimam o poder punitivo, notadamente a paradigmática criminologia crítica, que viabilizou as condições necessárias para que, posteriormente, surgisse o abolicionismo penal. Deste modo, o abolicionismo se apropria dos argumentos deslegitimadores da criminologia crítica, mas sem se confundir com a mesma. Nesta, podemos observar a presença do marxismo não-ortodoxo, ao passo em que no movimento abolicionista é possível notar uma certa preferência por matrizes anarquistas e foucaultianas, que, como será abordado em momento posterior, dificilmente dialogam com as teorias marxianas.

Cezar Roberto Bitencourt compreende que atualmente o pensamento otimista quanto à pena privativa de liberdade ser um meio idôneo para a ressocialização da pessoa encarcerada (discurso de prevenção especial positiva) foi superado em detrimento de uma postura pessimista, descrente que a prisão trará resultados positivos (BITENCOURT, 1993, p. 143). O discurso e prática abolicionista se fortalecem ao apontar que o sistema de justiça criminal tradicional não é uma forma efetiva e legítima de reduzir a criminalidade. Todo o contrário, é justamente esse sistema penal que se revela como o agente da criminalização por excelência (teoria do etiquetamento).¹

Assim, é neste contexto que o presente estudo se baseia, na importância de se buscar rotas alternativas ao sistema de justiça criminal tradicional para a resolução de conflitos. Para isso, realizaremos uma breve análise acerca dos autores abolicionistas clássicos e suas propostas, com o fim de reunirmos uma base segura sobre o que constitui esse movimento

¹ Cf. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 85 *et seq.*; BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 73. *et seq.*; ANITUA, Gabriel Ignacio. Historias de Los Pensamientos Criminológicos. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 363 *et seq.*

para, em seguida, expormos como ele é pensado e praticado na realidade marginal da América Latina, objeto central deste trabalho.

2. O Pensar Abolicionista

Falar em abolição é falar em rompimento, em extinção de uma determinada prática, instituição, modo de pensar ou viver. Tentar demarcar, desde o princípio, um conceito relativamente aberto para se referir ao abolicionismo é tarefa fundamental para que se consiga efetivamente compreender a complexidade deste movimento. Isto porque o abolicionismo parece ser um movimento tão estranho a delineamentos conceituais artificiais que em muitos aspectos exclui qualquer tentativa de fixação de limites ao seu conteúdo.

Neste trabalho, na verdade, nos ateremos ao abolicionismo que diz respeito à deslegitimação da justiça criminal tradicional. Trataremos do movimento social e teórico que juntou forças a partir da década de 1980, com preponderância dos países escandinavos e na Holanda - mas sem se deixar restringir - que busca a “más radical deslegitimación del sistema carcelario y la propia lógica punitiva” (ANITUA, 2005, p. 431). Ou seja, ao abolicionismo em sentido mais amplo, que almeja a superação de todo o paradigma punitivo e não somente de algumas categorias, uma vez que o objeto de sua crítica é sistema penal em seu conjunto (DE FOLTER *apud* ANDRADE, 2012, p. 255).

Igualmente, não se tratará de “outros abolicionismos em sentido estrito, historicamente existentes, como a abolição da pena de morte e da escravidão” (DE FOLTER *apud* ANDRADE, 2012, p. 255), tão somente o abolicionismo que tem como escopo o sistema penal, mas sem descuidar da multiplicidade de lutas e discursos que compõem o *abolicionismo penal*.

Assim, autores contemporâneos têm preferido adotar o termo “abolicionismos penais”, no plural, justamente para ressaltar a sua composição heterogênea. Existem, de fato, diversos abolicionismos, que variam conforme seus métodos, seus discursos de deslegitimação, suas táticas de rompimento e, inclusive, seus fins. Como se analisará adiante, tais leituras do movimento incluem aproximações com o minimalismo penal, aceitações de determinadas condutas decorrentes de reivindicações de movimentos sociais organizados, abolição do próprio Estado, responsabilização de violações a direitos humanos, entre outras (ÁVILA; GUILHERME, 2015, p. 71).

É neste sentido que adverte Sebastian Scheerer, ao afirmar que “hay poco consenso entre los autores que pueden ser considerados 'abolicionistas’” (SCHEERER *apud* CARVALHO, 2013, p. 244). Este pouco consenso a que se refere o autor, no entanto, não se traduz em total ausência de pressupostos mínimos para se caracterizar um movimento. É possível observar que a corrente abolicionista, apesar de suas variações, questiona a própria necessidade da intervenção estatal através do Direito Penal.

Segundo Salo de Carvalho, tradicionalmente o estudo das vertentes teóricas da pena se resume em uma dicotomia entre as teorias retributivas e preventivas, ou seja, concentrando-se na indagação “por que punir?”. Assim, a doutrina penalista clássica parte sempre de uma resposta positiva à pergunta antecedente, que muitas vezes nem é considerada, “punir ou não punir?”, limitando-se apenas a discutir o “como”, a melhor forma de punir, enfim, o melhor discurso de sustentação do sistema penal (CARVALHO, 2013, p. 243-244).

Diante disso, as correntes abolicionistas se apresentam como tendências atuais dentro dos movimentos de política criminal alternativa e buscam tensionar essa indagação anterior (punir ou não punir?), mostrando que a resposta pode (deve?) ser negativa. O abolicionismo penal é uma comunhão de críticas (sociológicas, antropológicas, filosóficas, políticas, etc.) que refutam a legitimidade da justiça criminal tradicional e oferecem diversas propostas para a construção de práticas não punitivas para a resolução de conflitos (CARVALHO, 2013, p. 244-245).

Para além da mera discussão teórica, via de regra situada dentro dos muros acadêmicos, os abolicionistas, como aponta Vera Regina Pereira de Andrade, nunca se afastaram da militância social, isto é, desde as suas primeiras manifestações, o abolicionismo penal não se restringiu a uma perspectiva teórica. Todo o contrário, os integrantes deste movimento essencialmente heterogêneo sempre estiveram ligados à criação de grupos de embate contra o sistema penal, inclusive dando voz para pessoas diretamente afetadas pelos processos de criminalização, como presos, liberados e seus familiares (ANDRADE, 2012, p. 255).

Sobre isso, Andrade apresenta organizações importantíssimas para se verificar a concretude do movimento abolicionista, originárias majoritariamente do norte da Europa:

Foucault fundou o “Grupo de informação sobre os cárceres” (Groupe d'Informacion sur les Prisons); Hulsman iniciou a “Liga Coorhhert”; a qual, entre outras ações, apresentava todos os anos um orçamento alternativo para o Ministério da Justiça; Mathiesen fundou o KROM (1969) norueguês, abreviatura de Norsk Forening for Kriminal Reform (Associação Norueguesa para a Reforma Penal) e seus contrapontos escandinavos são o KRUM (Suécia, 1966) e o KRIM (Dinamarca e Finlândia, 1967), organizações que, sob o amparo dos projetos abolicionistas, declaram como objetivo estratégico a abolição do sistema carcerário. Na Inglaterra existem as “Radicais Alternativas à Prisão” (RAPs), com defensores inclusive nos Estados Unidos da América.” (ANDRADE, 2012, p. 256)

Como se vê, os argumentos de que as vertentes abolicionistas não passam de utopias ou discursos retóricos não resiste ao levantamento histórico de suas conquistas. É o que observa Sebastian Scheerer ao atribuir ao KROM, que nitidamente tinha como meta a abolição do sistema penal, o êxito de acabar com o trabalho forçado como sanção penal e impedir a instalação de casas de arresto para jovens (SCHEERER; In: HULSMAN, 1989, p. 20).

Dentre as críticas ao abolicionismo penal, uma leitura simplista de tudo o que o movimento tem apresentado desde a sua origem pode resultar na perspectiva de que o abolicionista é um indivíduo idealista, mas sem qualquer compromisso com a realidade da sociedade em que vive, um crítico do sistema penal como um todo, mas que nada tem a oferecer como proposta concreta para intervir nesta realidade. É um ser sonhador e, muitas vezes, irresponsável (ÁVILA; GUILHERME, 2015, p. 92).

Abolicionista seria, segundo este ponto de vista, aquele que busca a utopia. Entretanto, ao recordar de todo o esforço dispensado pelos atores do movimento abolicionista no passar das últimas décadas, enquanto plataforma teórica e prática, tais alegações não parecem ser verdadeiras. Se por um lado o abolicionismo penal tem a preocupação de apresentar críticas contundentes para deslegitimar por completo o modelo de justiça criminal tradicional, em sua maioria oriundas da criminologia crítica, não se olvida de desenvolver e aperfeiçoar projetos

(sempre no plural) para a sua execução. O pensar de maneira abolicionista põe em cheque a própria ideia de utopia:

La abolición del sistema penal no puede en nuestros días entenderse más que como una utopía. Lo utópico, sin embargo, no es sinónimo de imposible. Las utopías no son falacias. Es más, muchas utopías han generado las ideas fundadoras de grandes proyectos sociales que tuvieron finalmente su concreción (CIAFARDINI; ALAGIA; In: HULSMAN, 1989, p. 7).

Em consonância com este raciocínio, o abolicionista norueguês Thomas Mathiesen questiona se a abolição do sistema penal é, de fato, “um sonho impossível”. Em que pese o cenário atual ser marcado por discursos dominantes que buscam através do endurecimento de penas, da criminalização de condutas e da redução de garantias processuais, utilizar o sistema penal como solução para o problema da criminalidade e da violência, agravando imensamente o problema do superencarceramento, o autor crê que concluir a abolição do sistema penal como impossível é uma análise muito apressada (MATHIESEN, 2003, p. 81-82).

Citando Sebastian Scheerer, o autor expõe como exemplos a queda do império romano e a abolição da escravatura moderna, duas rupturas sociais extremamente significantes na História, mas que em sua época eram impensáveis de se tornar realidade (SCHEERER *apud* MATHIESEN, 2003, p. 82). Respeitadas as condições próprias que permearam cada situação, sem dúvida, tais ideias eram tidas como utópicas, irresponsáveis e sonhadoras, no entanto, ainda assim, ocorreram. Como observa Mathiesen, tais desfechos são mais fáceis de se concluir quando se analisa a conjuntura social olhando para o passado, em retrospecto, mas questiona se, em 1987, era possível “prever a total dissolução da União Soviética e o completo desmantelamento da cortina de ferro em três anos?” (MATHIESEN, 2003, p. 82-83).

Ao mesmo passo em que firmamos a convicção de que o abolicionismo não constitui mero discurso utópico, não descuidamos da questão da violência na sociedade. Na verdade, as vertentes abolicionistas reconhecem a ideia de violência como um fato complexo, inerente ao convívio social, que possui inúmeras causas dentro de uma sociedade desigual, o que permite um tratamento mais adequado do problema. A doutrina abolicionista sempre se apresenta acompanhada de algum tipo de projeto, como lembra Gabriel Ignacio Anitua:

Su propuesta de “deconstruir la definición de delito” iba naturalmente unida a un deseo de resolución de “problemas sociales”. En este sentido es posible deslegitimar por falsa aquella imputación hecha a los abolicionistas en general, y a Hulsman en particular, por plantear “utopías” y olvidar a los que realmente sufren u olvidar la realidad de los “delitos” (ANITUA, 2005, p. 433).

Na realidade, o autor holandês Louk Hulsman, um dos escritores mais lidos sobre o tema abolicionista, demonstra, em todas as suas obras, uma preocupação com o que chama de *situações problemáticas* (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 96), que exigem, no cotidiano de todos, quatro espécies de solidariedade, sendo tais:

(...) a solidariedade com os condenados, a solidariedade com as pessoas vitimizadas; a solidariedade com o conjunto de pessoas que vivem numa sociedade e que precisam se libertar de suas falsas crenças e dos erros que cometem ao relacionar levemente seus problemas na sociedade com a existência do sistema penal; e, finalmente, a solidariedade com as pessoas

que asseguram o funcionamento do sistema penal e que, se pudessem deixar de trabalhar pela sobrevivência de tal máquina, sentiriam o prazer de se libertar (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 93-94).

Nítido é que o autor não se limita a simplesmente argumentar pelo fim do direito penal, senão por uma ruptura muito mais profunda e ampla. Em suas preocupações, reiteradamente leva em consideração as pessoas que se sentem vitimizadas por alguma situação problemática. É deste modo que acredita que todos estarão aptos a abolir a justiça criminal dentro de si perante as situações do próprio dia a dia (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 179). Seguindo esta linha de pensamento, provoca a reflexão sobre a real proteção que lhes fornece o sistema penal:

Se se mostrasse às vítimas e às pessoas que temem a vitimização que vias diferentes da penal lhes seriam muito mais convenientes; se elas percebessem que, longe de se desinteressar de sua sorte, os que desejam ver desaparecer o sistema penal, na verdade, se interessam mais e melhor, propondo uma forma mais eficaz de tratar seu problema, muitas não renunciariam àquela reação tão nociva quanto estéril? (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 116)

Frente a esta análise pensamos que estamos aptos a afastar as alegações de ser o abolicionismo uma mera utopia ou que não esteja interessada na resolução do problema da violência da sociedade. Em seguida, nos ocuparemos com um breve exame das principais variantes do abolicionismo penal, partindo de visões como a estruturalista de Michel Foucault, da fenomenológica de Louk Hulsman, da fenomenológica-historicista de Nils Christie e da preferência marxista de Thomas Mathiesen (ZAFFARONI, 2001, 98), conforme obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, *“Em busca das penas perdidas”*, mas sem descuidar de como o abolicionismo é pensado diante de um capitalismo periférico próprio da América Latina.

3. Os Abolicionismos Penais Clássicos

Como já exaustivamente explorado anteriormente, não existe o abolicionismo, no singular, enquanto uma corrente teórica una e sólida. O que existe é um movimento social e acadêmico, extremamente heterogêneo, a ponto de não ser possível classificá-lo ou atribuí-lo a uma pessoa fundadora, posto que os abolicionismos e os abolicionistas são diversos (PASSETI In: BATISTA; KOSOVSKI, 2012, p. 67). Por isso, não há nenhuma pretensão aqui de classificá-los exaustiva e matematicamente, como se constituíssem objeto certo e acabado.

Todavia, não podemos nos furtar de explorar as ideias de alguns pensadores que inegavelmente constituíram marcos importantes da história do movimento abolicionista sob pena de incorrer, no mínimo, em irresponsabilidade acadêmica.

3.1 A visão estruturalista de Michel Foucault

Foucault nunca se posicionou expressamente como um integrante do movimento abolicionista (DE FOLTER; In: HULSMAN, 1989, p. 75). Contudo, cada vez mais cresce o número de autores que consideram suas contribuições extremamente importantes para o tema,

inclusive como “primeira referência teórica contemporânea deste saber contracultural” (CARVALHO, 2013, p. 245). Na verdade, Rolf S. de Folter entende que sem embargo a ausência de uma manifestação clara de Foucault, os seus trabalhos práticos e teóricos contêm inúmeros pontos de convergência com o abolicionismo penal, sendo sua análise do poder um marco fundamental para esta vertente (DE FOLTER; In: HULSMAN, 1989, p. 75).

Na prática, reuniu esforços com Jean-Marie Domenach e Pierre Vidal-Naquet, na França de 1971, e fundou o Grupo de Informações sobre as Prisões (GIP), que visava criar condições de possibilidade para que as pessoas selecionadas pelo poder punitivo pudessem ter voz dentro do cárcere (DE FOLTER; In: HULSMAN, 1989, p. 76). Por outro lado, o trabalho teórico de Foucault centrava-se em questionar todas as formas de manifestação do poder, que segundo o autor constitui uma complexa rede de relações de força (DE FOLTER; In: HULSMAN, 1989, p. 76-78). O poder não é um objeto, nem algo encontrado em uma instituição, em um cargo ou em uma pessoa, segundo Foucault:

Por todas partes en donde existe poder, el poder se ejerce. Nadie, hablando con propiedad, es el titular de él; y, sin embargo, se ejerce siempre en una determinada dirección, con los unos de una parte y los otros de otra; no se sabe quién lo tiene exactamente; pero se sabe quién no lo tiene (FOUCAULT, 1979, p. 84-85).

Transcendendo a visão clássica do poder, o autor francês desenvolve a concepção de um poder disciplinar, que tem seu funcionamento assegurado por intermédio de técnicas de disciplina, normalização e controle (DE FOLTER; In: HULSMAN, 1989, p. 82). Nas palavras de Foucault:

Lo que hace que el poder sea bueno, lo que hace que sea aceptable, es simplemente el hecho de que no sólo pesa en nosotros como una fuerza que dice no, sino que atraviesa y produce cosas, induce placer, forma conocimiento, produce discurso. Es necesario considerarlo como una red productiva que corre através de todo el cuerpo social y no como una instancia negativa cuya función es la represión (FOUCAULT *apud* DE FOLTER; In: HULSMAN, 1989, p. 82).

Diante disto, conclui que o poder disciplinar não é uma peculiaridade restrita ao sistema penal, senão uma manifestação geral do poder, isto é, é como o poder funciona. Para Foucault, o poder disciplinar está presente em todos os momentos da vida: na casa, na escola, no hospital, na fábrica e, enfim, na prisão. O poder é uma vasta rede que permeia toda a sociedade, em seu nível capilar, construindo um funcionamento de baixo para cima (DE FOLTER; In: HULSMAN, 1989, p. 82-83).

Por isso, o poder só existe enquanto relações de poder, expressos em uma complexa malha que vai além de uma reprodução binária entre dominador e dominado. Para De Folter, este é um ponto de extrema importância, pois afasta o autor da análise marxista do poder, em razão de sua teoria da luta de classes e das estruturas materiais e econômicas como determinantes em última instância. “La política abolicionista, por lo tanto, sólo puede llevarse a cabo dentro del campo estratégico de las relaciones de poder” (DE FOLTER; In: HULSMAN, 1989, p. 83).

Apesar de Foucault falar em rede de relações de poder, o autor procura afastar a ideia de *sistema* de poder, especialmente de sistema punitivo. Como já referimos, tais relações ocorrem em níveis capilares, quase imperceptíveis, e de forma assistemática, não sendo

possível falar em uma estrutura macroscópica, como um sistema. O que existe é uma infinidade de manobras, táticas, técnicas e funcionamentos invisíveis a olho nu, que ocorrem a todo momento e em todas as direções (CARVALHO, 2013, p. 246). O que se enxerga como sistema, na verdade, é uma percepção errônea da convergência desses micropoderes (ZAFFARONI, 2001, p. 102).

Como referimos, Foucault jamais se posicionou como um abolicionista. Acontece que dentro de suas ideias, a prisão desempenha uma função muito importante que a impede de ser abolida:

A prisão, na verdade, não fracassa. Ela cumpre outra tarefa na sociedade e é por isso que ela não é desarmada ou abolida. Ela produz os delinquentes. Para ele, é a prisão que cria para a sociedade a figura do delinquente, que o identifica, lhe atribui um jeito próprio de ser, uma linguagem especial, um comportamento diferente. A prisão, com isso, serviria a uma estratégia de poder dentro da sociedade que ao identificar determinado tipo de delinquência reprimiria e condenaria também certos tipos de ilegalidade, permitindo que outras ilegalidades, especialmente as ilegalidades das elites e outros grupos privilegiados, não fossem reprimidas (FOUCAULT *apud* SALLA; LOURENÇO; In: LIMA; RATTON; AZEVEDO, 2014, p. 378).

É em razão destas percepções que a análise de Foucault é imprescindível para o avanço da luta abolicionista, uma vez que ela “gera radical mudança no discurso da criminologia crítica, legando fundamentos importantes ao desenvolvimento das demais políticas abolicionistas” (CARVALHO, 2013, p. 246).

3.2 A variante fenomenológica de Louk Hulsman

Louk Hulsman é o autor mais trabalhado quando se fala em abolicionismo penal – e, por vezes, o único. Isto se deve ao fato de ser dele a primeira tentativa de sistematizar um modelo abolicionista (CASTRO, 2005, p. 140). De início, julgamos necessário expor o local de fala do autor através da abordagem de Gabriel Ignacio Anitua:

También Louk Hulsman había sufrido en carne propia los efectos de la mayor expansión del sistema punitivo, la llevada a cabo por el régimen nazi. En 1944 fue arrestado con su familia por la policía colaboracionista y enviado a Alemania en tren, del que pudo escapar para participar luego de la resistencia (ANITUA, 2005, p. 432).

Por isso, Hulsman é expreso em seu objetivo: o que almeja é a abolição total do sistema penal (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 91). Zaffaroni sinteticamente reúne três motivos essenciais que levam o autor a militar pela superação do sistema repressivo: (i) é um sistema que distribui, de maneira intrinsecamente desigual, sofrimentos estéreis; (ii) não obtém nenhum resultado positivo na sociedade, especialmente, sobre as pessoas envolvidas diretamente no conflito e; (iii) é um mecanismo poderoso e incontrollável (ZAFFARONI, 2001, p. 98).

Ao longo de suas obras, Hulsman tece considerações que se conjugam facilmente com as proposições da criminologia crítica (ANITUA, 2005, p. 434). Para ele, o crime é uma ideia puramente artificial, criada pela lei, isto é, pelo homem. Segundo o autor:

O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência, a fabricação de moeda falsa, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado, etc.? Você não descobrirá qualquer denominador comum na definição de tais situações, nas motivações dos que nelas estão envolvidos, nas possibilidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou à tentativa de acabar com elas (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 64).

Em suma, o que se afirma é que o crime não é um fenômeno ontológico. Não é um dado que se extrai da natureza, algo que sempre existiu e que sempre existirá. É um revestimento conferido para determinadas condutas que são selecionadas por deliberações humanas, modificando-se conforme tempo e local em que se encontram. Não é sinônimo de mau ou de errado. Na verdade, não passa de uma valoração conferida a certos fatos, mas que possui imensas consequências.

Aliado a isto, é importante ressaltar que tal valoração não é atribuída de forma racional ou uniforme. Existem comportamentos destrutivos e que causam danos há inúmeras pessoas que não são vistos como movimentos violentos, como é o caso das demissões em massa, do uso de métodos explorativos no mercado de trabalho, etc., em detrimento de condutas menos danosas, mas que são criminalizadas, como o vandalismo ou o furto.

A própria operacionalidade da justiça criminal se dá de maneira estruturalmente desigual. Hulsman analisa o fenômeno denominado como cifra negra do sistema penal e relata como a maioria esmagadora dos acontecimentos que são considerados crimes não chegam até o sistema repressivo, ou quando chegam, são ignorados. É uma parcela ínfima que é tratada pelo sistema penal (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 65-66). Daí decorre a afirmação de que este sistema só opera através da seletividade. O que ocorre é que a grande maioria dos conflitos é resolvida por uma via alternativa à justiça criminal, como expõe no seguinte trecho:

A grande maioria de eventos criminalizáveis (“sérios” e “menores”) pertence, assim, a cifra negra. Todos esses eventos são, portanto, lidados fora da justiça criminal. Digo “lidados” de propósito, porque não devemos cometer o erro de pensar que o que não é *in acto* não está *in mundo*. O fato de não sabermos que se “lidou” com alguma coisa, não significa que não se “lidou” com ela. No mundo tudo é lidado de alguma maneira por aqueles diretamente envolvidos (HULSMAN, In: PASSETI; SILVA, 1997, p. 203-204).

Assim, Hulsman compreende que “na verdade, a maioria dos conflitos interpessoais se resolve fora do sistema penal, graças a acordos, mediações, decisões privadas dos interessados” (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 74). Isto quer dizer que “uma sociedade sem sistema penal já existe, aqui e agora” (HULSMAN; CELIS, 2005, p. 247).

Para o autor, quando a reação punitiva é acionada, exclui-se de antemão uma série de outros possíveis mecanismos, como medidas educativas, de assistência material ou psicológica, reparatórias, conciliadoras, compensatórias, terapêuticas, etc. (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 100). Em que pese os defeitos que tais métodos possam apresentar quando em ação, seus resultados seriam, sem dúvida, mais satisfatórios e jamais superariam as deformidades do sistema de justiça criminal, uma vez que é “especificamente concebido para fazer mal” (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 88).

O que ocorre, no entanto, é justamente o contrário do que é enunciado pelo princípio orientador da intervenção mínima do direito penal (*ultima ratio*). Segundo a dogmática penal atual, tal princípio afirma que o sistema penal somente deve criminalizar e reagir a

determinada conduta quando as demais formas de se resolvê-la forem ineficazes, incluindo alternativas não jurídicas. O que a realidade aponta é que este princípio, geralmente elencado como “limitador do poder punitivo”, não passa de uma ilusão, um princípio fictício, um mero discurso legitimador.

Quando se está diante de algum problema, a expectativa punitiva entra em cena e a primeira atitude é recorrer ao conceito de crime e à aplicação de uma sanção penal, até mesmo por parte de movimentos considerados como críticos e de esquerda.²

Por isso, para Hulsman, é fundamental compreender a ideia de empoderamento das partes, isto é, a retomada do conflito pelas pessoas envolvidas (atualmente também chamada de movimento pela privatização da justiça criminal). Aqueles que se encontram em conflito precisam recuperar o domínio do conflito e se encontrarem cara a cara (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 102). Ainda que se insista na judicialização do conflito, o autor reconhece na justiça cível a capacidade para solucionar grande parte dos conflitos – até mesmo todos, com algumas modificações necessárias (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 131).

A aposta de Hulsman, entretanto, se dá através de instâncias mais próximas dos envolvidos e que esteja atenta às suas necessidades reais, para além da dualidade autor-vítima da macroestrutura estatal (ZAFFARONI, 2001, p. 99). Neste sentido, aponta três experiências que estudou: o confronto, a arbitragem e os *community boards*. O primeiro diz respeito ao confronto direto entre os envolvidos, em um momento que antecede a justiça criminal tradicional, possibilitando que se resolva o conflito sem o processo penal (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 133).

Na segunda fórmula, o conflito é encaminhado para um terceiro, o conciliador. O conciliador é preparado para ouvir as partes, identificar suas queixas e ânsias e intervir no problema oferecendo algum tipo de acordo que satisfaça ambas as partes (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 134).

Hulsman demonstra sua preferência pelo terceiro método, o *community board*. Trata-se de comissões conciliatórias, mas com um método muito diferente do anterior. As comissões são *ad hoc* e compostas por indivíduos que estejam ligados, de alguma maneira, às pessoas que necessitam de sua intervenção. São pessoas próximas, que se identificam com os envolvidos, seja por identidade de profissão, de naturalidade, de vizinhança, etc. Estes conciliadores não recebem treinamento para propor soluções, senão para conseguirem enxergar a natureza do conflito e auxiliarem as partes a, por si mesmas, alcançarem uma solução (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 134).

Porém, conforme o autor, esse esforço por si só não é suficiente para transcendermos a estrutura de pensamento punitiva, é necessário também buscar uma ressignificação do que enxergamos como crime e criminoso:

Ora, a prática demonstra que não basta procurar uma solução mais social do que jurídica para o conflito, o que é preciso sim é questionar a noção mesma de crime, e com ela, a noção de autor. Se não deslocarmos esta pedra angular do sistema penal atual, se não ousarmos quebrar este tabu, estaremos condenados, quaisquer que sejam nossas boas intenções, a não sair do lugar (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 95).

² Cf. KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia. v. I, n. 1, 1996.

Para isso, entende que é necessário o abandono das categorias próprias do sistema penal. É indispensável se preocupar em pensar novos termos, que comportem as novas definições. A mudança na linguagem é fundamental, pois ela carrega consigo uma carga social muito forte. Quando se fala em “crime” e “criminoso” uma série de gatilhos são ativados, trazendo à tona uma reação social negativa, instalada em cada pessoa através do preconceito (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 95-96).

Apesar de não se bastar em si, a escolha de outras palavras é especialmente importante para o autor na medida em que representa uma rejeição ao seu sustentáculo mais básico, bem como uma maneira de se evitar a estigmatização naturalizada daqueles que são vistos como “delinquentes”. Desta maneira, surge pela primeira vez o termo “situação problemática”³ em detrimento de “crime” ou “delito” (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 96). Para Hulsman, essa, sem dúvida, é uma maneira de se abolir o sistema penal dentro de cada pessoa, em todo lugar e em todo momento (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 180).

3.3 A variante fenomenológica-historicista de Nils Christie

As ideias do abolicionista norueguês Nils Christie convergem em muitos aspectos com o pensamento de Hulsman, em que pese sua análise esteja mais inclinada a se fundamentar sob a perspectiva histórica – trabalhando com as poucas experiências existentes, como os modelos comunitários nórdicos (ZAFFARONI, 2001, p. 100).

A vida comunitária ocupa um papel central na sua obra. O autor argumenta como um sistema vertical como a justiça criminal representa um mecanismo de destruição das relações horizontais que se estabelecem no seio da comunidade (ZAFFARONI, 2001, p. 101). Por isso, a supressão viável do sistema repressivo se daria através da instalação de formas de justiça participativa e comunitária, com o claro intuito de reatar os laços rompidos pelo modelo atual (CARVALHO, 2013, p. 251).

De acordo com Anitua, o sociólogo e criminalista norueguês foi o teórico que mais trabalhou os modelos de justiça participativa – ou, pelo menos, a falta de participação na justiça criminal tradicional (ANITUA, 2005, p. 438). Conforme Anitua:

Además de insoportable antropológicamente, tampoco imponer dolor es lo mejor que puede hacerse en materia de control social. De hecho, el recurso a la inexistente categoría “natural” de “delito” se hace sólo cuando los individuos no se conocen. Entre conocidos siempre se busca otra manera de evitar violencias o de solucionar los problemas que pueden producirse. De esta manera, proponía buscar, con imaginación, alternativas al castigo, más que castigos alternativos o justificaciones alternativas al castigo (ANITUA, 2005, p. 439).

Para Christie, é fundamental compreender que o sistema penal se constrói em volta da ideia da produção de sofrimento e imposição intencional de dor (CHRISTIE, 1984, p. 7 *et. seq.*). Assim sendo, argumenta que “los sistemas sociales deberían construirse de manera que redujeran al mínimo la necesidad percibida de imponer dolor para lograr el control social”

³ Por outro lado, ressaltamos apenas a inquietação do autor Howard Zehr, que apontou que em determinadas ocasiões, especialmente as violações mais graves e danosas, o termo pode denotar algum grau de minimização do dano sofrido pela vítima. ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 173.

(CHRISTIE, 1984, p. 15). O uso da expressão “reduzir ao mínimo” ao se referir à imposição de dor é uma demonstração de que o autor não milita pela abolição total do sistema penal, tendo em vista que em certos casos, extremamente excepcionais, a única medida cabível seria afastar o indivíduo do convívio social (ACHUTTI, 2014, p. 104).

De qualquer maneira, esse instrumento vertical de imposição de dor deveria ceder lugar à construção de espaços informais de participação no conflito⁴. Para o autor, esforços neste sentido são imprescindíveis, uma vez que, em suas palavras, o conflito foi *roubado* pelo Estado (CHRISTIE, 1984, p. 126-127).

Para um novo modelo seria preciso abdicar da ideia de restrição de liberdade para que assuma o centro do conflito, como forma de resposta, a reparação ou indenização do dano causado (CARVALHO, 2013, p. 251). Este câmbio é necessário para que se possa verdadeiramente pensar nas necessidades da pessoa vitimizada. É com este foco que o autor expõe os *neighbourhood courts*: pequenos tribunais comunitários, composto por pessoas leigas, não profissionais e que sejam ligadas à comunidade (ACHUTTI, 2014, p. 106-107).

É importante ressaltar a posição do autor em obra mais recente, onde expressamente afirma não se encaixar na corrente abolicionista. Segundo Christie, existem problemas decorrentes da abolição total do sistema penal que entrariam em confronto com os processos de mediação e reconciliação. Em suma, existiriam pessoas, ofensores e vítimas, que não participariam espontaneamente destas vias alternativas ou, se participassem, o fariam sob algum grau de influência – como, por exemplo, comunidades estruturalmente patriarcais, nas quais muitas mulheres sofrem com um processo naturalizado de sujeição (CHRISTIE, 2011, p. 124-125).

Além disso, o autor chega a afirmar que “o entusiasmo pela mediação não pode perder de mira que os rituais e institutos penais cumprem importantes funções de proteção” (CHRISTIE, 2011, p. 125). Para ele, o abolicionismo é um alvo inalcançável, mas a caminhada em sua direção pode representar muitos avanços (CHRISTIE, 2011, p. 130). É por essa razão que Christie se declara, na verdade, partidário do movimento minimalista (CHRISTIE, 2011, p. 131).

3.4 A variante marxista de Thomas Mathiesen

Desde a década de 1960, o sociólogo e filósofo norueguês Thomas Mathiesen vem reunindo esforços no sentido de organizar o movimento de pessoas presas em seu país, sendo o fundador do KROM (Organização Norueguesa Anti-Carcerária) (ANITUA, 2005, p. 436). Partindo de uma matriz nitidamente marxista, Mathiesen compreende o sistema penal como estritamente vinculado à estrutura de produção capitalista e, em razão disto, a abolição do sistema penal está intimamente ligada à superação de todas as estruturas repressivas da sociedade (ZAFFARONI, 2001, p. 99).

Para Zaffaroni, o abolicionista aposta em uma tática de retrocesso do poder gradual até a sua total supressão. Isto significa que o movimento abolicionista deve ser inquieto, insatisfeito com as eventuais contensões do poder punitivo. Para o autor, o abolicionismo

⁴ Em sua obra, Christie refere que durante boa parte de sua vida buscou métodos para se solucionar conflitos. No entanto, admite que nem todo conflito pode (ou deve) ser solucionado. Deste modo, afirma que uma perspectiva mais ampla pressupõe uma atenção ao ato em si e não em seu resultado. Preferiria, assim, os termos “lidar com o conflito” ou “participar do conflito”. CHRISTIE, Nils. Los límites del dolor. Traducción de Mariluz Caso. Ciudad de lo México: Fondo de Cultura Económica, 1984. p. 125-126.

deve se guiar ou aceitar ações imediatas parciais, mas tendo sempre em vista um viés político superador de limites, na forma de algo permanentemente *inacabado* (ZAFFARONI, 2001, p. 100). Segundo o autor:

Seus esforços para conceituar o “inacabado” e sua permanente insistência neste tema permitem-lhe traçar uma tática que não permanece neutralizada ou imobilizada por uma contra-estratégia de retrocessos parciais do poder, tais como as descriminalizações, as penas alternativas da prisão, etc. Para Mathiesen, o poder sempre procura estabelecer o que está “dentro” e o que está “fora”, de forma a envolver e bloquear o que está “fora” para colocá-lo “dentro”, através do uso de táticas de “retrocessos parciais” (ZAFFARONI, 2001, p. 100).

Isto assume um papel muito importante no movimento abolicionista, pois representa não só um plano de estratégia, como também possibilita uma aproximação com outras correntes que, apesar de não se identificar com o abolicionismo penal, compartilham diversos aspectos (notavelmente a corrente do minimalismo penal). Sobre este avanço, explica Anitua:

A partir de ese momento Mathiesen lograría resolver la difícil situación en la que se encontraban los críticos al sistema penal, que peligrosamente podían caer o en el inmovilismo temeroso de que cualquier reforma fuera cooptada por la legitimación del sistema que en definitiva se pretende abolir, o en el apoyo a “alternativas” que no hiciesen sino ampliar y relegitimar lo punitivo (ANITUA, 2005, p. 436).

Assim, a crítica do autor se refere ao contentamento e estagnação do movimento abolicionista frente às conquistas parciais, perdendo de vista o objetivo final (abolição total do sistema penal). Por este motivo, enxerga o abolicionismo penal como uma *revolução permanente e sem limite* (CARVALHO, 2013, p. 247). É uma luta inacabada. Para isto, pressupõe uma relação de *oposição* e de *competição* com o sistema penal, onde “a oposição requer uma considerável diferença de pontos de vista sobre as bases teóricas do sistema, e a competição requer uma ação política prática fora do próprio sistema” (ZAFFARONI, 2001, p. 100).

Em seus trabalhos, Mathiesen avalia os “escudos protetores da prisão”, os discursos de legitimação que escondem a irracionalidade e sustentam a instituição. Para o autor, os defensores do cárcere são os agentes da administração carcerária (diretamente envolvidos na tutela da instituição), os intelectuais e pesquisadores da criminologia oficial (que, na melhor das hipóteses, esboçam alguns protestos) e, principalmente, os veículos de comunicação (CARVALHO, 2013, p. 248). A comunhão destes atores resulta na inviabilidade de se revelar a crueldade do sistema penal, conforme expõe o autor:

As pessoas não sabem quão irracionais são nossas prisões. As pessoas são levadas a acreditar que as prisões funcionam. A irracionalidade verdadeira da prisão é um dos segredos melhor guardados em nossa sociedade. Se o segredo fosse revelado, destruiria as raízes do sistema atual e implicaria o começo de sua ruína (MATHIESEN, 2003, p. 98).

Visando a redução gradual do sistema penal, Mathiesen sustenta duas etapas importantes: descriminalização dos crimes contra o patrimônio e referente a drogas, que constituem os dois maiores propulsores do superencarceramento, e o direcionamento de

políticas sociais destinados às necessidades das pessoas que sofreram alguma violência. Esta última proposta gira em torno da superação da lógica atual que, conforme a gravidade da agressão, maior será pena. Em sua proposta, quanto maior a violência percebida pelos sujeitos, maior será o amparo estatal, ou seja, é preciso abrir mão de uma escala punitiva e considerar seriamente uma escala de apoios, munida de diversos mecanismos, como proteção econômica, abrigos protetivos, etc. (CARVALHO, 2013, p. 249).

Por fim, é importante salientar que em razão das suas críticas às estruturas repressivas da sociedade capitalista, oriundas da perspectiva marxista, Mathiesen se distancia da análise da invisibilidade do poder de Foucault.⁵

4. O ABOLICIONISMO PENAL NA AMÉRICA LATINA

Como mencionamos reiteradamente, no presente trabalho não pretendemos realizar tão somente um levantamento bibliográfico da literatura padrão, oriunda particularmente do norte da Europa, o que, por si só, como apresenta Carlos Alberto Elbert, o torna alvo de uma série de críticas relacionadas ao seu surgimento em sociedades consideradas idílicas, com poucos habitantes e muito bem-estar e cultura (ELBERT, 2009, p. 136).

Nosso intuito é localizar o estudo nesta região marginal. Em razão de sua posição periférica, a América Latina enfrenta a experiência penal de forma diversa dos países do capitalismo central. Diferentemente dos países centrais, que em decorrência da passagem do Estado de Bem-Estar Social para um Estado Penal, em que os serviços sociais tornam-se instrumentos de vigilância, controle e estocagem das pessoas excedentes no mercado de trabalho⁶, na região periférica o que se sucede é “um genocídio em marcha” (ZAFFARONI, 2001, p. 65).

Segundo Zaffaroni, nas décadas passadas houve o predomínio de teorias que afirmavam que o “desenvolvimento” dos países de capitalismo central seria “centrífugo”, isto é, se estenderia para as demais regiões subdesenvolvidas, auxiliando-as a alcançar o “progresso”. Este entendimento foi fortemente desacreditado durante os últimos anos de estagnação econômica e, inclusive, declínio de produto bruto. Ao contrário do sustentado, o capitalismo teria o caráter “centrípeto”, ou seja, de centralizador e acumulador de capital, acarretando tão somente no aumento da distância entre centro e periferia, metrópole e colônia (ZAFFARONI, 2001, p. 64).

Assim, rompendo com o que poderia se chamar de “paradigma do desenvolvimento”, cresce uma corrente teórica que aponta um “paradigma da dependência”. Tal corrente considera que os fenômenos vivenciados na região marginal não são semelhantes aos existentes na região central, mas, sem dúvida, deles derivam. É por esta razão que não é possível compreender e oferecer propostas a partir das categorias dos países centrais (ZAFFARONI, 2001, p. 64-65).

Sobre isso, importante a exposição do autor brasileiro Darcy Ribeiro sobre os conceitos de *aceleração evolutiva e incorporação histórica*:

⁵ Como já referimos ao abordar Michel Foucault no item 2.1.

⁶ Sobre o tema Cf. WACQUANT, Loic. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Por aceleração evolutiva entendemos os processos de desenvolvimento de sociedades que renovam autonomamente seu sistema produtivo e reformam suas instituições sociais no sentido de transição para um outro modelo de formação sociocultural, como povos que existem por si mesmos. Por atualização ou incorporação histórica designamos os procedimentos pelos quais esses povos atrasados na história são enxertados compulsivamente em sistemas tecnologicamente mais evoluídos, com perda de sua autonomia ou, inclusive, com sua destruição como entidade étnica (RIBEIRO *apud* ZAFFARONI, 2001, p. 65).

É em virtude desta ideia de incorporação histórica que não podemos falar em determinados momentos históricos tão naturais ao ideário do senso comum, como feudalismo, pré-capitalismo ou até mesmo capitalismo latino-americano em sentido estrito. Estes e outros períodos foram etapas próprias dos países centrais, respondendo as suas necessidades específicas, restando para os países periféricos a sua imposição, longe de se constituírem dinâmicas independentes (ZAFFARONI, 2001, p. 66).

Em contrapartida, é preciso pontuar que os Estados latino-americanos também possuíam interesse em resolver seus problemas regionais de resistência à moral da disciplina e em se incorporar no cenário político-científico internacional, aceitando as ideias que os países hegemônicos difundiam, de acordo com o grau de inserção de cada sociedade latino-americana na divisão internacional do trabalho (DEL OLMO, 2004, p. 293).

A partir disso é que podemos compreender a gênese e o desenvolvimento da criminologia latino-americana que, não por acaso, foi até anos muito recentes estritamente ligado ao positivismo criminológico europeu, em específico o italiano. Zaffaroni, apenas a título exemplificativo, cita os precursores da criminologia na Argentina e no Brasil: José Ingenieros e Raimundo Nina Rodrigues, respectivamente, autores que possuem obras extremamente vinculados à ideologia etiológica (ZAFFARONI, 2001, p. 42-43). Essa estrutura de pensamento, segundo o autor, perdurou por anos até ser mitigada em maior ou menor grau, sem, contudo ser eliminada:

Desde o final da última guerra mundial – e apesar dos tardios surtos racistas, como o boliviano e alguns outros –, o discurso criminológico moderou suas expressões abertamente racistas, mantendo-se numa linha “etiológica” que, apesar de pretensamente mais “científica”, não oculta, de forma alguma, sua raiz positivista e periculosista (ZAFFARONI, 2001, p. 43).

O cenário parece mudar somente com o fortalecimento de uma nova corrente: a criminologia da reação social. Novamente, conforme o autor argentino:

Com o aparecimento da criminologia da reação social na América Latina, manifestou-se – com maior evidência do que nos países centrais, em razão da violência operativa mais forte ou menos sutil de nossos sistemas penais marginais – a falsidade do discurso jurídico-penal. Por outro lado – e, talvez esta tenha sido sua contribuição mais importante – esta criminologia neutralizou por completo a ilusão do suposto defeito conjuntural, superável num nebuloso futuro (ZAFFARONI, 2001, p. 35).

Deste modo, a criminologia da reação social prepara o terreno para outros movimentos deslegitimantes se desenvolverem ao evidenciar que os problemas do sistema penal – como a seletividade, estigmatização, reprodução da violência, alto índice de reincidência,

verticalização social e destruição de relações horizontais, etc. – são, na verdade, estruturais do seu exercício de poder, intrínsecos ao seu funcionamento (ZAFFARONI, 2001, p. 15).

Assim, é importante compreender que as violações de direitos humanos perpetradas pelos sistemas penais latino-americanos não decorrem puramente da nossa posição de periferia do capitalismo central, mas da própria estrutura deste sistema. Nas palavras de Zaffaroni: “o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos” (ZAFFARONI, 2001, p. 147). A insurgência necessária para este genocídio em andamento, por outro lado, é que deve ser própria da região.

Enquanto o Estado de Bem-Estar Social nunca foi uma realidade na América Latina – embora a região, por fazer parte da periferia capitalista, tenha financiado o bem-estar dos países do centro de poder hegemônico –, as consequências do controle social sempre se revelaram especialmente brutais, tendo em vista que estes países não possuíam a disposição uma série de recursos e benefícios sociais e materiais consolidados em suas sociedades. Nesse sentido, a conjuntura econômica e social encontrada em nossa região marginal, aliada aos efeitos cruéis deste controle, possibilitou um aumento expressivo no público-alvo do sistema penal: os pobres (ÁVILA; POSTAY In: POSTAY, 2012, p. 52).

Frente a esta realidade marginal, Lola Aniyar de Castro entende que uma sociedade somente conseguiria suprimir totalmente o seu sistema penal se possuísse uma série de profundas condições democráticas, isto é, para além das formulações das instituições, referindo-se desde a sua estrutura social, econômica e cultural (CASTRO, 2005, p. 147). Por outro lado, considerando este cenário explicitamente malsucedido (ou bem-sucedido, a depender dos objetivos propostos ao sistema penal), os autores Keymer Ávila e Maximiliano Postay expõem a importância de se constituir um movimento abolicionista na América Latina:

Los sistemas penales latinoamericanos se caracterizan, entre otras cosas, por la disparidad respecto a los discursos jurídico-penales y su realidad operativa, que es suma y evidentemente violenta, mucho menos sutil que la de los países centrales. Las patéticas condiciones de la vida carcelaria, la prisión preventiva como casi único castigo, la violencia policial normalizadora, las ejecuciones extrajudiciales, y un largo etcétera, hacen que la realidad de los sistemas penales latinoamericanos sea más deslegitimante que cualquier teoría o postulado técnico-académico (ÁVILA; POSTAY In: POSTAY, 2012, p. 52).

Acreditando que a própria realidade dos sistemas penais latino-americanos seja suficiente para sustentar uma aposta pela abolição do sistema penal, uma vez que se encontrariam plenamente deslegitimados pelos seus efeitos tão severos, os autores afirmam que o discurso e a prática abolicionista se configura atualmente como um meio necessário para se buscar a redução da violência na América Latina, social e, principalmente, institucional (ÁVILA; POSTAY In: POSTAY, 2012, p. 54).

A luta abolicionista diante da nossa margem deve ocorrer também para não encerrar a própria matriz em erros experienciados por diferentes correntes. Segundo os autores, as pessoas – de carne e osso – em sintonia com suas facetas ambas sensíveis e racionais, devem protagonizar as situações problemáticas que encontrarem, igualmente únicas, sob pena do abolicionismo se aproximar de propostas tão conhecidas que tiveram a pretensão de soluções universais (ÁVILA; POSTAY In: POSTAY, 2012, p. 55).

Assim, esse movimento precisaria se pautar por um desmantelamento progressivo do sistema de justiça criminal tradicional, como forma de luta de médio e longo prazo, por intermédio de uma agenda que vise a descriminalização gradual – particularmente dos delitos

diretamente responsáveis pelo encarceramento em massa, como os crimes patrimoniais e aqueles ligados a entorpecentes –, ao lado de contribuições para o desenvolvimento de métodos diversos para a resolução de conflitos, em especial os que promovam o encontro entre as pessoas envolvidas. De igual modo, o engajamento através da redução dos âmbitos de atuação das agências do sistema penal, como, por exemplo, através do minimalismo penal, bem como o incentivo efetivo de se construir uma maneira de encarar e assimilar a vida através de uma postura não punitiva, sem dúvida, são passos a serem dados em direção à redução da violência do Estado na América Latina e, por consequência, à abolição dos seus sistemas penais (ÁVILA; POSTAY In: POSTAY, 2012, p. 55-56).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou responder o problema de pesquisa e alcançar os seus objetivos, mas sem possuir a pretensão de que os esforços aqui reunidos representassem um estudo exaustivo do tema, principalmente em função da ampla quantidade de bibliografia existente sobre o assunto – considerando que majoritariamente se constitui como literatura estrangeira e, por isso, de difícil acesso.

As pautas abolicionistas compõem um assunto que merece espaço no debate nacional, não para se buscar soluções prontas e fechadas, importadas a partir de contextos históricos, sociais, econômicos e culturais essencialmente diversos da realidade latino-americana, mas para situar o tema regionalmente e, principalmente, propor indagações e formular inquietações próprias de suas vivências.

Observamos que esse movimento, conforme explica Edson Passetti, não se constitui na forma de escola ou corrente de pensamento, mas sim como uma ampla associação de ativistas que lutam contra desigualdades e violências, manejando conviver com as suas divergências internas e lidando, de forma conjunta, na formulação de práticas alternativas voltadas para a obstrução de castigos (PASSETTI In: BATISTA; KOSOVSKI, 2012, p. 67-68).

Acreditamos, assim, ter cumprido com a proposta inicial de verificar como o abolicionismo penal é pensado na região periférica da América Latina frente aos países do centro de poder hegemônico. Como vimos, o movimento abolicionista se coloca como um instrumento de contenção da violência estatal – tão transparente em nossa região. Para tanto, referem os autores que a luta deve se pautar por uma agenda minimalista, através da descriminalização das principais figuras delitivas responsáveis pelo encarceramento em massa – como já mencionado, os crimes patrimoniais e os ligados a entorpecentes ilícitos –, enquanto se incentiva a implantação e desenvolvimento de métodos diversos para o enfrentamento dos conflitos (ÁVILA; POSTAY In: POSTAY, 2012, p. 55-56).

A militância pelo fim do sistema penal deve ser um caminho progressivo e não deve impedir a defesa de maiores direitos e garantias, leis penais mais brandas, a descriminalização de condutas, a inserção de carga horária destinada à capacitação frente a pautas ligadas a direitos humanos nas academias de polícias militares, etc. Isso porque o abolicionismo penal além de meta, como refere Passetti, é também uma estratégia, um percurso a ser trilhado lado a lado entre pessoas de diferentes matizes (PASSETTI In: PASSETTI, 2012, p. 27-28).

Referências Bibliográficas

- ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de.; GUILHERME, Vera M. *Abolicionismos penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester (Orgs.). *Tributo a Louk Hulsman*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BITENCOURT, Cezar. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: RT, 1993.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. Traducción de Mariluz Caso. Ciudad de lo México: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- _____. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- ELBERT, Carlos Alberto. *Novo manual básico de criminologia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder*. Edición y traducción de Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría. 2. ed. Madrid: Las Ediciones de las Piqueta, 1979.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.
- _____; _____. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. *Revista Verve*, n. 8, 2005.
- _____; CHRISTIE, N.; MATHIESEN, T.; SCHEERER, S.; STEINERT, H.; DE FOLTER, R. (Coords.). *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia. v. I, n. 1, 1996.
- LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (Orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.
- MATHIESEN, Thomas. A caminho no século XXI – abolição, um sonho impossível? *Revista Verve*, n. 4, 2003.
- PASSETI, E.; SILVA, R. D. (Orgs.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim/PEPG Ciências Sociais PUC/SP, 1997.
- _____. *Curso livre de abolicionismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- POSTAY, Maximiliano E. (comp.). *El abolicionismo penal en América Latina: imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires: Del Puerto, 2012.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

A CRIMINOLOGIA DE VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE

*VERA REGINA PEREIRA DE
ANDRADE'S CRIMINOLOGY*

LUISA ANGÉLICA MENDES MESQUITA

Graduanda da Faculdade de Direito da USP e
pesquisadora do Centro de Pesquisa e Extensão em
Ciências Criminais (CPECC).

Resumo: Vera Regina Pereira de Andrade é uma reconhecida autora e professora no âmbito do Direito Penal e da Criminologia por diversas de suas obras, dentre elas “A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal”, “Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização” e “Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão”. A partir da leitura minuciosa e crítica de tais livros bem como da análise da trajetória acadêmica da autora, pretende-se questionar e responder se existe uma criminologia ou ainda uma criminologia crítica própria da autora.

Palavras-chave: Vera Regina Pereira de Andrade. Dogmática Penal. Criminologia crítica. Direito Penal. Ineditismo científico.

Abstract: Vera Regina Pereira de Andrade is a recognized author and teacher of Criminal Law and Criminology due to several of her books, such as: “A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal”, “Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização” and “Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão”. This way, from the careful and critical reading of these books and from her academic path, it is intended to answer if there is a criminology or a critical criminology created by the author.

Keywords: Vera Regina Pereira de Andrade. Criminal Dogmatic. Critical criminology. Criminal law. Scientific novelty.

1. Introdução

O presente artigo tem por intuito apresentar e analisar três das principais obras produzidas pela autora e professora Vera Regina Pereira de Andrade, quais sejam: “A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal”, “Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização” e “Pelas Mãos da

Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão”. Diante disso, a partir da leitura minuciosa e crítica de tais livros, pretende-se questionar e responder se existe uma criminologia ou ainda uma criminologia crítica própria da autora.

Para tanto, no primeiro capítulo há um breve relato da trajetória da pesquisadora a fim de contextualizar o cenário de produção das obras para então passar para a análise de cada um dos livros nos capítulos 2, 3 e 4 respectivamente (capítulo 2 - A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal; capítulo 3 - Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização e capítulo 4 - Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão).

Finalmente, no último capítulo responde-se à questão proposta acerca da existência ou não de uma criminologia (crítica) própria da pesquisadora considerando as obras produzidas, o conceito de tese de doutorado e ainda as orientações em pesquisas acadêmicas dadas pela autora ao longo de sua jornada enquanto professora.

2. A autora

Vera Regina Pereira de Andrade nasceu em 16 de agosto de 1961 no município de Caçapava do Sul – Rio Grande do Sul¹. Ela se graduou em direito no ano de 1982 pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Tornou-se mestra em direito em 1987 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) sob orientação de Cesar Luiz Pasold com a monografia cujo título é “O discurso da cidadania: das limitações do jurídico às potencialidades do político.” Possui também especialização em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul.

No interregno de 1989 a 1994, produziu sua tese de doutorado pela mesma Universidade, sob orientação de Leonel Severo Rocha². Neste momento, também pôde pesquisar e estar junto de Alessandro Baratta na Itália em novembro de 1992 e março de 1993³. Sua banca de doutorado contou com a presença de Alessandro Baratta, Eugenio Raúl Zaffaroni e Ester Kosovski⁴. A tese foi publicada sob o título “Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida”. Posteriormente, essa obra deu origem à sua primeira grande publicação sob o nome de “A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal” no ano de 1997.

Envolveu-se em duas pesquisas na UFSC com auxílio financeiro do CNPq (sigla de Conselho Nacional de Pesquisa, que atualmente é chamado de Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico). A primeira de 1º de agosto de 1996 até 30 de julho de 1997 sobre o “Sistema da justiça penal e violência sexual contra as mulheres: análise de julgamentos de crimes sexuais violentos em Florianópolis na década de oitenta”. A

¹ Informações obtidas em entrevista pessoal realizada com a autora no dia 11 de maio de 2017 em São Paulo (SP).

² Informações obtidas no currículo lattes de Vera Regina Pereira de Andrade, acessado pelo link: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4796202D2>> em 10 de junho de 2017.

³ Informações obtidas em entrevista pessoal realizada com a autora no dia 11 de maio de 2017 em São Paulo (SP).

⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29.

segunda, no período de 1º de agosto de 1999 a 31 de julho de 2003, acerca do “Código de trânsito Brasileiro (Lei n.9.503 de 23.09.1997) e cidadania: decodificando o impacto da nova lei na sociedade brasileira”. Excertos de ambas as pesquisas estão presentes no livro “Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização” publicado em 2003.

A autora possui dois pós-doutorados, o primeiro realizado entre 2003 e 2004 na Universidade de Buenos Aires (UBA) e o segundo na Universidade Federal do Paraná (UFPR) nos anos de 2010 a 2011. A partir deste último surgiu outra obra famosa da autora, publicada pelo Instituto Carioca de Criminologia, em 2012, sob o título de “Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão”.

Vale ressaltar que desde quando se tornou mestra, a autora teve e tem intensa atividade acadêmica, na área do magistério bem como condução de atividades de extensão universitária, orientação de trabalhos acadêmicos, produção de artigos e livros. Mais recentemente, Vera Regina tem se envolvido com o tema de Justiça Restaurativa.

3. Livro “A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal”⁵

Trata-se da primeira grande obra publicada por Vera Regina Pereira de Andrade no ano de 1997 como sua tese de doutorado na Universidade Federal de Santa Catarina. Durante a pesquisa, a autora estudou no Instituto Baratta, na Itália, junto de Alessandro Baratta⁶. Baratta participou da banca de doutorado da pesquisadora e ainda prefaciou o livro em sua primeira edição.

Não deixa de ser imponente e convidativa a afirmação logo inicial do ilustre professor sobre a tese da autora de que “Ainda existem grandes teses.”⁷. A obra possui quatro capítulos: I – O moderno saber penal; II – Específica identidade da dogmática jurídico-penal; III – O impulso estruturador do moderno sistema penal e a mudança de paradigma em Criminologia e IV – Configuração, operacionalidade e funções do moderno sistema penal; além do posfácio de Nilo Batista.

Da leitura atenta e minuciosa do livro é possível perceber o intenso trabalho da autora de compilar produções de autores renomados e de dar voz, de modo didático e coeso, à crítica à dogmática jurídico-penal.

Por outro lado, a autora defende que, nesse livro, foi a pioneira e introdutória da crítica à dogmática jurídico-penal por meio da criminologia crítica no Brasil e essa teria sido sua grande inovação⁸.

⁵ A edição utilizada para leitura foi a 3ª edição revista (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.).

⁶ Informações obtidas em entrevista pessoal realizada com a autora no dia 11 de maio de 2017 em São Paulo (SP).

⁷ ANDRADE, op. cit., p. 9.

⁸ “A este respeito, gostaria de recordar que o esforço da obra foi o de usar o instrumental criminológico crítico produzido no eixo euro-americano para a compreensão das funções (des)cumpridas pela Dogmática Penal no âmbito do sistema penal moderno, desde sua fundação no capitalismo central e neste sentido contribuiu tanto

Ademais, como a obra se situou no processo de redemocratização brasileira, após o período da ditadura militar⁹, a alternativa à crise da dogmática jurídico penal e do moderno saber penal seria uma reconstrução da dogmática penal por meio da criminologia crítica. Isso porque, apesar da autora, se dizer abolicionista, o caminho do garantismo parecia mais acertado para o momento de esperança da retomada do Estado Democrático de Direito¹⁰.

Contudo, já em nota à 3ª edição, a autora demonstra que essa saída talvez não tenha sido a mais acertada devido a permanência, ou melhor, agudização da crise do sistema penal nos anos subsequentes¹¹.

No primeiro capítulo do livro, ao abordar o moderno saber penal a autora analisa a consolidação da dogmática jurídico-penal e sua relação primária com a Criminologia resgatando as teorias da Escola Clássica¹² e da Escola Positivista¹³ para chegar no que chama de gênese e hegemonia da Criminologia como ciência, e por fim, na consolidação do paradigma dogmático de ciência penal e sua relação com o paradigma etiológico de criminologia¹⁴.

Em sede do capítulo II, Vera Regina trata das funções declaradas, ou seja, das ditas promessas da dogmática jurídico-penal¹⁵ para fazer a crítica interna¹⁶ e externa a esta e então concluir que a:

para o processo de recepção-tradução da Criminologia crítica no Brasil, e para a discussão de suas potencialidades e limites, quanto para o processo de compreensão da identidade e funcionalidade da Dogmática...” (Ibid., p. 20.).

⁹ “Neste final de século é possível concluir, pois, que “tanto o excesso como o déficit de realização das promessas históricas explica nossa difícil situação atual que aparece, na superfície, como um período de crise, mas que, em um nível mais profundo, constitui um período de transição. [...] Assim sendo, estamos perante uma situação nova que, à falta de melhor nome, se pode designar por “transição pós-moderna”. (Ibid., p. 33.).

¹⁰ Informações obtidas em entrevista pessoal realizada com a autora no dia 11 de maio de 2017 em São Paulo (SP).

¹¹ “A interrogação estrutural a ser feita é não apenas como chegamos até aqui, mas como – guardadas as devidas exceções constitucionais de reação, crítica e resistência a este contexto – continuamos consentindo e relegitimando este status quo. [...] Este contexto, de subprodução de garantismo e de sobreprodução de seletividade, arbítrio e (re)legitimação, não apenas reafirma, mas fortalece a tese aqui sustentada da ambiguidade histórica e da funcionalidade invertida da Dogmática Penal no âmbito da eficácia invertida e crise de legitimidade do sistema penal, no interior do qual ela se situa.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 21.).

¹² Ibid., p. 53 – 67.

¹³ Ibid., p. 67 – 77.

¹⁴ “Com efeito, foi – diga-se mais explicitamente – o Direito Penal Dogmático que assumiu a centralidade no quadro das Ciências Penais, em torno da qual a Criminologia e a Política Criminal gravitarão, como suas Ciências auxiliares.” (Ibid., p. 105.).

¹⁵ “O Direito Penal é assim uma enunciação normativa cujo sentido, alcance e finalidades são por ela decodificados ao assumir, perante a linguagem da normatividade penal, não apenas o estatuto de uma metalinguagem mas igualmente o estatuto de uma metaprogramação, tida por científica, para uma prática racional e segura do Direito Penal.” (Ibid., p. 131.).

¹⁶ “Nesta perspectiva podemos concluir que a Dogmática Penal não apenas transplanta, para o âmbito da aplicação judicial do Direito Penal, a promessa de segurança jurídica que o saber clássico enraizara na normatividade penal, mas confere a esta promessa o respaldo da Ciência, incumbindo-lhe assegurar, nas práticas do Direito Penal o que o saber pré-dogmático consolidou na sua programação normativa. Constitui, assim, a formalização mais acabada do Direito Penal na modernidade.” (Ibid., p. 158.).

[...] situação presente da dogmática penal pode ser sumariada como a de convivência entre a continuidade do pensamento sistemático, que representa a conexão com o passado e a recepção de tendências político-criminais [...] do presente (ANDRADE, 2015, p. 170)

Entretanto, até aqui o livro possui caráter majoritariamente histórico revisitando teorias e obras consagradas, de modo que não é possível desprender uma tese própria da pesquisadora, mas sim um grande labor de redação didática e coesa sobre os assuntos expostos.

No terceiro capítulo, a autora se ocupa do controle funcional da dogmática e da mudança de paradigma em criminologia apontado para:

a necessidade de uma análise relacional apta a contrastar a programação normativa e a metaprogramação dogmática do Direito Penal com a operacionalidade do sistema penal enquanto conjunto de ações e decisões (ANDRADE, 2015, p. 172)

Para tanto, Vera Regina se debruça sobre os modelos fundamentais e a estrutural organizacional do chamado “moderno sistema penal”¹⁷, e sobre o *labelling approach*, o paradigma da reação social até chegar na criminologia crítica¹⁸ e com isso, conduzir sua tese ao capítulo IV.

Este último capítulo versa sobre as funções declaradas e reais da dogmática à luz da configuração¹⁹ e operacionalidade²⁰ do moderno sistema penal.

Por fim, na conclusão do livro a autora reafirma a que se destina o controle penal capitalista²¹ e como a dogmática penal, descolada da realidade social, possibilita o:

cumprimento excessivo de uma função instrumental latente e oposta à declarada (instrumentalidade de eficácia invertida) e de uma função simbólica confirmadora desta (declaração de eficácia simbólica) não obstante seu déficit empírico (ANDRADE, 2015, p. 312)

E propõe como saída:

o deslocamento de um garantismo abstrato que segue orientando a dogmática penal, enquanto “Ciência normal”, para um garantismo crítico e criminologicamente fundado, que orienta a tematização da “Ciência extraordinária (ANDRADE, 2015, p. 317)

Diante disso, nota-se que a pesquisadora conduziu sua obra de modo a demonstrar com clareza e com embasamento os objetivos ocultos da dogmática penal para então indicar a

¹⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 21, p. 173 – 177.

¹⁸ Ibid., p. 199 – 219.

¹⁹ Ibid., p. 236 – 254.

²⁰ Ibid., p. 258 – 274.

²¹ “O controle penal capitalista, que a Dogmática se propõe a racionalizar, em nome dos Direitos Humanos e da segurança jurídica exigidos pelo Estado de direito e o Direito Penal liberal, é o mesmo controle que ela contribui para operacionalizar a legitimar, mesmo quando opere seletivamente e viole, sistematicamente, os Direitos Humanos, configurando um suporte importante na manutenção da desigual distribuição da riqueza e do poder.” (Ibid., p. 310 – 311.).

trilha já anteriormente proposta por Raúl Zaffaroni, como bem elucidou o posfácio de Nilo Batista²², do “aprofundamento e radicalização do caminho aberto pela parceria criminologia-penalismo crítico”.

Portanto, com o devido retoque proposto por Nilo Batista, é de se concluir pelo importante papel da obra de Vera Regina enquanto “grande narrativa” sobre a crítica à dogmática penal²³.

4. Livro “Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização”²⁴

O livro “Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização” teve sua primeira edição publicada em 2003, após duas pesquisas realizadas por Vera Regina na Universidade Federal de Santa Catarina sob fomento do CNPq. A primeira versava sobre o “Sistema da justiça penal e violência sexual contra as mulheres: análise de julgamentos de crimes sexuais violentos em Florianópolis na década de oitenta” e a segunda sobre “Código de trânsito Brasileiro (Lei n.9.503 de 23.09.1997) e cidadania: decodificando o impacto da nova lei na sociedade brasileira”.

Com isso, a autora entendeu por bem conectar ambas as pesquisas e, ainda, acrescentar a questão da violência agrária à luz dos “conceitos de sistema penal (criminalidade e criminalização) e cidadania no senso comum e para além do senso comum.”²⁵.

A coletânea de artigos unidos na obra se situa no contexto de transição do século XX para o século XXI²⁶, momento do capitalismo globalizado sob a ideologia neoliberal que conta com um Estado mínimo em direitos e máximo em termos de controle penal estatal²⁷ e busca se insurgir:

contra a continuada conversão de problemas sociais de complexa envergadura no código crime-pena, quando deveriam ser apreendidos e equacionados no espaço da cidadania, e de outros campos do Direito, apontando para a necessidade de reversão deste processo (ANDRADE, 2016, p 35)

Com isso, os dois primeiros capítulos do livro pretendem delimitar como marco teórico a superação da Criminologia positivista enquanto “ciência do controle social”²⁸ e apontar para um paradigma criminológico que possibilite a “transformação cultural do senso

²² Ibid., p. 323.

²³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 323 – 324.

²⁴ A edição usada para leitura foi a 2ª edição revisada (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. rev., Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 2016.).

²⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. rev., Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 2016, p. 35.

²⁶ Ibid., p. 23.

²⁷ Ibid., p. 42.

²⁸ Ibid., p. 65.

comum”²⁹. E ainda delimitam um novo conceito de cidadania que seja diverso do conceito liberal e que possibilite “a percepção do pluralismo na base da cidadania, pois suas formas de expressão são múltiplas e heterogêneas.”³⁰.

Nos capítulos 3 e 4, a autora vai se valer dessas delimitações para tratar dos problemas da vitimização feminina. Inicialmente, na década de 60, o movimento feminista alinhou-se à criminologia crítica para minimização do sistema penal e para a descriminalização das ofensas contra a moral. No entanto, na década de 80, descolou-se da criminologia crítica ao buscar a (neo)criminalização em busca da função simbólica do Direito Penal como meio para redução da violência de gênero.

Vera expõe essa dupla via do movimento feminista com base na autora Elena Larrauri e se filia a corrente que questiona o uso do sistema penal, enquanto sistema em crise, e propugna a busca de meios alternativos que estariam mais alinhados aos reais objetivos feministas³¹.

Além disso, a autora narra as denúncias feitas pelo movimento feminista sobre o androcentrismo existente em todo o sistema penal bem como as diversas formas de discriminação de gênero existentes em variados âmbitos³².

Nesta toada, considera que o tema deveria ser tratado pelo Direito Constitucional visando a construção positiva das mulheres como sujeitos de direito e não pelo Direito Penal³³. Esta parece ser a proposta mais precisa e inédita feita pela autora acerca do tema no livro.

Em sede do capítulo 5, a autora discorre sobre o sistema penal e cidadania no campo no âmbito dos conflitos agrários e sua criminalização. Afirma haver uma “descontextualização e despolitização destes conflitos com o consequente esvaziamento de sua historicidade e imunização da violência.”³⁴.

Para tanto, retoma as delimitações feitas nos capítulos iniciais para demonstrar que a impunidade e criminalização são desigualmente ou seletivamente distribuídas entre os variados estratos sociais³⁵ e se reflete na questão agrária marcada pela gritante e histórica desigualdade na distribuição da propriedade rural brasileira³⁶.

²⁹ Ibid., p. 66.

³⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. rev., Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 2016, p. 75 – 78.

³¹ Ibid., p. 80 -82 e “O sistema penal não apenas é estruturalmente incapaz de oferecer alguma proteção à mulher, como a única resposta que está capacitado a acionar – o castigo – é desigualmente distribuído e não cumpre as funções intimidatória e simbólica que se lhe atribui. Em suma, tentar a domesticação da violência com a repressão implicar exercer, sobre um controle masculino violento de condutas, um controle estatal tão ou mais violento; implica uma duplicação do controle, da dor e da violência inútil.” (Ibid., p. 109).

³² Ibid., p. 102 – 105.

³³ “Nesta esteira, considero que a arena jurídica mais apropriada para a luta é a do Direito Constitucional porque, diferentemente do Direito Penal, que constitui o campo, por excelência, da negatividade da repressividade e que tem (re)colocado as mulheres na condição de vítimas; o Direito Constitucional constitui um campo de positividade, com o potencial de recoloca-las na condição de sujeitos. Por sua vez, a um excesso de concentração de energias feministas no campo da negatividade corresponde um profundo déficit de lutas e resultados no campo da positividade.” (Ibid., p. 112).

³⁴ Ibid., p. 113.

³⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. rev., Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 2016, p. 114 – 120.

³⁶ Ibid., p. 120 – 124 e “A construção social da criminalidade agrária é seletiva precisamente porque reproduz a lógica estrutural de funcionamento do sistema penal: ao mesmo tempo em que criminaliza os socialmente

Por fim, no último capítulo da obra, a autora aborda a temática da promessa de segurança no trânsito a partir do Código de Trânsito brasileiro (Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997 – CTB). A legislação foi criada em busca de condições seguras no trânsito à luz da realidade brasileira com altas taxas de mortalidade e mutilações registradas em acidentes de trânsito³⁷.

A pesquisa sobre o tema é de grande importância tendo em vista que este permaneceu, por muito tempo restrito à engenharia de tráfego e policiamento estatal. Ao se debruçar sobre o CTB, a autora notou a hipercriminalização do cotidiano no trânsito diante de 150 artigos que disciplinam punições administrativas e penais em contraste com somente 6 artigos de caráter disciplinador e educacional³⁸, demonstrando uma clara aposta na retribuição e prevenção geral baseados na ilusão do sistema penal³⁹.

Em conclusão, a autora permeia a análise pela criminologia crítica para mais uma vez refutar a saída legiferante e propulsora da eficácia invertida da dogmática penal⁴⁰.

Ante toda esta produção, é possível notar um claro amadurecimento acadêmico na produção de Vera Regina pelo maior rigor crítico. Contudo, como se trata de uma coletânea de artigos e de produções esparsas, a autora não conseguiu esgotar suficientemente os temas abordados, tendo maior trabalho em conecta-los em uma mesma obra e com uma mesma delimitação teórica do que em burila-los com a devida profundidade para torna-los inéditos.

5. Livro “Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão”⁴¹

A última obra analisada trata-se do livro “Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão”, cuja primeira edição foi publicada em 2012, após o pós-doutorado da autora em Criminologia e Direito Penal na Universidade Federal do Paraná (UFPR), sob supervisão do ilustre professor Juarez Cirino dos Santos⁴².

excluídos, imuniza-se as estruturas, o Estado e suas instituições, bem como os latifundiários e sua constelação protetora.” (Ibid., p. 125)

³⁷ Ibid., p. 133 – 135.

³⁸ Ibid., p. 138 – 140.

³⁹ “Mas é necessário que se diga que tal decodificação não é singularidade do CTB, pois ele não faz mais do que reproduzir o discurso oficial sobre a violência que, colonizando todos os demais possíveis, é dominante no senso comum (político, jurídico, jornalístico, etc.) da sociedade brasileira, obstaculizando a apreensão mais profunda do fenômeno.” (Ibid., p. 142)

⁴⁰ “Em suma, a Criminologia contemporânea e a evidência empírica, ou seja, a realidade dos nossos sistemas penais e penitenciários mostra, com uma exuberância tal que beira às raias da alucinação, não apenas a absoluta inutilidade da pena de prisão, mas a duplicação da violência que ela implica com o agravante dos seus altos custos sociais. Tratar a violência do trânsito como violência do sistema penitenciário implica uma duplicação da violência inútil e numa ilusão de solução. Por todos esses motivos é que as Ciências criminais contemporâneas já firmaram a convicção em duas grandes linhas de política criminal: a do minimalismo (sustentando a utilização da prisão como pena em última ratio) e a do abolicionismo penal (sustentando a necessidade de sua abolição), donde o tema emergente das penas alternativas à prisão, quando o CTB acaba de adotá-la em prima ratio para todos os crimes de trânsito.” (Ibid., p. 150).

⁴¹ A versão utilizada para leitura foi a 1ª reimpressão de março de 2014 (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal Para Além da (Des)Ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.).

⁴² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal Para Além da (Des)Ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, p. 29.

Esse mesmo professor prefaciou o livro repassando sinteticamente pelos principais temas e conclusões obtidos por Vera Regina: da homenagem inicial ao mestre Alessandro Baratta à construção latino-americana e brasileira da Criminologia Crítica; da criminologia feminista e do tratamento da violência sexual contra a mulher ao controle penal no capitalismo liberal contemporâneo e suas respostas.

Deste modo, mais uma vez a autora se propôs a tratar de temas diversos e a uni-los por “identificar neles uma unidade e uma continuidade analíticas (o controle penal, objeto central de análise) e um campo disciplinar”⁴³. Conquanto, em sede da apresentação do livro, ela afirma que o ponto de partida da obra é a necessidade de revitalizar a disciplina da criminologia:

a partir de um revisionismo contextual do criticismo, e em especial, da utopia criminológica latino-americana da década de 1970, hoje adormecida, e da necessidade de construção de uma Criminologia crítica latino-americana. (ANDRADE, 2012, p. 33)

O livro se divide em quatro partes. A primeira intitulada de “Criminologia, criticismo e crítica do controle penal” é composta por quatro textos. O primeiro é uma homenagem à contribuição de Alessandro Baratta para a Criminologia Crítica⁴⁴; posteriormente também aos brasileiros Juarez Cirino dos Santos, Nilo Batista e Vera Malaguti de Souza Batista ao tratar da recepção da criminologia crítica na América Latina e no Brasil e da construção da latinidade criminológica⁴⁵.

Portanto, até este momento a autora se dedicou a narrar e expor as contribuições dos grandes mestres da criminologia crítica para então “formular hipóteses de trabalho e a propor um desafio e uma convocatória latina”⁴⁶. Nota-se o empenho de Vera em demonstrar a independência latina⁴⁷ e brasileira em termos da produção criminológica e na busca de um “projeto alternativo politicamente viável para o controle penal”⁴⁸ à luz da construção do que ela chama de “latinidade criminológica”. Contudo, a autora não preenche ou delimita a categoria que pretende criar com a chamada “latinidade criminológica” para que seja minimamente possível conduzir seu projeto.

⁴³ “A unidade e a continuidade analíticas aqui tratadas aludem ao controle social punitivo ou controle penal no capitalismo patriarcal, especialmente no contexto do capitalismo globalizado neoliberal e, enfim, nas sociedades latino-americana e brasileira.” (Ibid., p. 29)

⁴⁴ Ibid., p. 49 – 76.

⁴⁵ “Homenageio, pois, protagonistas que escrevem uma página importante da Criminologia, das ciências criminais e da história brasileiras, que procuram entendê-las e transformá-las por meio da compreensão radical de modo pelo qual o poder e o controle penal são exercidos; um controle que – desde sempre (re)produzindo desigualdade, dano e morte – está, hoje mais do que nunca, autorizado a matar em nome de um “contrato social” do qual não participamos e ao qual é preciso mais do que nunca dizer não.” (Ibid., p. 79).

⁴⁶ Ibid., p. 79.

⁴⁷ “existe uma Criminologia crítica latino-americana, plural e complexa, liberta do colonialismo intelectual, ainda que em seus momentos fundacionais e, ao depois, marcada pela interlocução com as matrizes norte-americana e europeia.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal Para Além da (Des)Ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, p. 113).

⁴⁸ Ibid., p. 101 e ainda “o resultado global desse processo é que temos um acúmulo criminológico crítico na América Latina e no Brasil, desde as perspectivas colonial e periférica (marginal), acúmulo este que não está e não deve ser dissociado do acúmulo criminológico da modernidade (central), porquanto dialogicamente construído com ele (e não contra ele) e aberto para uma necessária continuidade nos formatos epistemológico e político...” (Ibid., p. 116 – 117).

Ainda nos textos da primeira parte, Vera aborda “Da Criminologia crítica à Criminologia feminista”⁴⁹, aprofundando as denúncias do movimento feminista e as análises acerca do uso do sistema penal para tutelar as demandas feministas feitas no livro “Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização”⁵⁰ e por fim o “controle penal no capitalismo globalizado neoliberal”⁵¹, reforçando o que foi escrito nas duas obras anteriormente tratadas.

Na segunda parte (“Judiciário, Direito e Dogmática: crise e redefinição do garantismo no controle penal”)⁵² há também quatro artigos destinados à dogmática penal, sua (des)funcionalidade e eficácia invertida na busca pelo controle da violência e os caminhos para a superação desta por meio de um “garantismo criminologicamente fundamentado”. Observa-se uma abordagem expansiva e mais profunda do que a realizada na tese de doutorado⁵³ (A Ilusão da de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal), mas ainda com grande caráter narrativo.

Em sede da terceira parte denominada de “Política Criminal: Crise e Alternativas ao Controle Penal”⁵⁴, a autora aborda as perspectivas teóricas do abolicionismo, minimalismo e a utopia existente em ambos. Propõe à luz da política criminal e da crise do sistema penal brasileiro alternativas à prisão no Brasil e indica o caminho da Justiça Restaurativa.

Cumprе ressaltar acerca dessa parte a imensa capacidade da pesquisadora para canalizar e catalisar as obras e produções de grandes autores e narrá-las de modo claro e didático.

Na última parte da obra (“Empirias e Pedagogias Criminológicas e Político-Criminais”)⁵⁵ Vera narra um pouco da sua prática pedagógica na condução de aulas, pesquisas e atividades de extensão universitária e propugna ainda o manifesto pela liberação animal⁵⁶.

Novamente, deparamo-nos com um intenso labor de Vera Regina em unir diversos e importantes temas em uma só obra e com sua grande didática narrativa. Porém, mais uma vez resta o questionamento acerca do ineditismo do que é exposto ou do que se propõe. Diante disso, para dar a devida atenção a tal questão passa-se à resposta da indagação proposta neste artigo.

⁴⁹ Ibid., p. 125 – 157.

⁵⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. rev., Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 2016.

⁵¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal Para Além da (Des)Ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 159 – 179.

⁵² Ibid., p. 181 – 250.

⁵³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

⁵⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal Para Além da (Des)Ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 251 – 337.

⁵⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal Para Além da (Des)Ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, p. 339 – 379.

⁵⁶ Ibid., p. 381 – 385.

6. Existe uma criminologia (crítica) de Vera Regina Pereira de Andrade?

A partir da leitura e análise das obras de maior relevância produzidas por Vera Regina Pereira de Andrade é que se questiona se existe uma criminologia (crítica) própria da autora.

Inicialmente, no livro “A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal”, que foi a tese de doutorado da autora, não há como concordar integralmente com a afirmação feita por Alessandro Baratta no prefácio de que a obra se trata de uma “grande tese”⁵⁷. Isto porque, a despeito da didática e coerência da autora, não parece haver no conteúdo da obra uma tese inovadora que demonstre a plena autonomia acadêmica da autora⁵⁸.

Nesta obra, não é possível identificar qual seria a originalidade do tema ou ainda se se debruça sobre um verdadeiro objeto de dúvida. A autora, com maestria, compila e reescreve relatos históricos e críticas feitas por outros renomados autores, mas não elabora qualquer tese ou alternativa para o problema sobre o qual se aprofunda.

Parece, por isso, mais acertado afirmar que se trata de uma “grande narrativa” sobre a crítica da dogmática jurídica como propôs Nilo Batista⁵⁹.

Ademais, ao tratar da criminologia, a pesquisadora adota como o berço da criminologia crítica a obra publicada por Alessandro Baratta em 1982, “*Criminologia critica e critica del diritto penale: introduzione alla sociologia giuridico-penale*”, de modo que se credita, portanto, introdutora de diversos conceitos e teses no bojo de sua tese de doutorado no cenário brasileiro⁶⁰.

Ocorre que já na década de 70 jovens professores britânicos inauguraram a criminologia radical ou crítica. Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young publicaram o livro “*New Criminology for a Social Theory of Deviance*” em 1973 e ainda “*Critical Criminology*” em 1975. Já no Brasil, Juarez Cirino dos Santos publicou “A criminologia radical” no ano de 1981. Assim, não há como prosperar a afirmação feita pela autora acerca do berço da criminologia crítica e ainda acerca da sua tarefa pioneira no cenário brasileiro.

Já no contexto da segunda obra analisada (“Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização”) a autora expõe uma coletânea de artigos relacionados as pesquisas que ela estava fazendo à época. Para relacionar temas tão diversos quanto violência de gênero, o Código de Trânsito Brasileiro e a violência no âmbito dos conflitos agrários, Vera os analisou segundo um paradigma criminológico diverso da criminologia positivista, qual seja, a criminologia crítica e ainda delimitando um novo conceito de cidadania diverso do conceito liberal.

⁵⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 9.

⁵⁸ “Espera-se que a tese seja um trabalho mais profundo que a dissertação, já que, na primeira é preciso haver contribuição original para a área de concentração do trabalho – é necessário que haja, de fato, uma nova tese defendida pelo doutorando.” (QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo e FEFERBAUM, Marina (Coords.). **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

⁵⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 323.

⁶⁰ Informações obtidas em entrevista pessoal realizada com a autora no dia 11 de maio de 2017 em São Paulo (SP).

Contudo, mesmo diante de temas tão importantes e relevantes, a pesquisadora não pôde analisá-los de modo inédito ou ainda com a devida profundidade, permanecendo somente no âmbito da narrativa.

Por fim, a partir da última obra analisada que foi produzida após o pós-doutorado da autora em Criminologia e Direito Penal na Universidade Federal do Paraná (UFPR) sob supervisão de Juarez Cirino dos Santos, é possível perceber uma maior maturidade acadêmica da autora com um discurso mais conciso, preciso e radical. Porém, o livro padece das mesmas críticas anteriormente postas.

Além das referidas obras, para uma maior completude de análise, faz-se necessário verificar o percurso acadêmico da autora enquanto professora e orientadora de diversas pesquisas e alunos para descobrir se existe ou não uma criminologia de Vera Regina Pereira de Andrade.

Com base na consulta do currículo lattes da autora, quantificam-se 16 orientações de iniciação científica; 27 orientações em trabalho de conclusão de curso de graduação; 2 orientações em monografia de especialização; 1 supervisão em pós-doutorado; 11 orientações em tese de doutorado e 47 orientações em dissertação de mestrado, todos já concluídos⁶¹. É nítido o empenho e compromisso de Vera com a academia.

Ocorre que não há uma linha de delimitação dos objetos de pesquisa dos orientandos de Vera tampouco há a formação de uma escola de pensamento fundada ou delimitada pela autora em suas orientações. Nota-se uma grande produção em acerca de diversos temas muito importantes, mas sem qualquer delimitação ou característica distintiva precisa.

Portanto, entende-se que não há uma criminologia própria de Vera Regina Pereira de Andrade, tampouco uma criminologia crítica. Entretanto, isso não quer dizer que os mais de 30 anos de carreira e imenso labor acadêmico da autora são dispensáveis à criminologia (crítica) brasileira. Muito pelo contrário, é de se louvar a imensa capacidade narrativa e catalizadora de Vera Regina para expressar a devida crítica à dogmática penal e para apontar para a criminologia crítica.

7. Considerações finais

Ao final da produção desse breve artigo conclui-se pela contribuição de Vera Regina à criminologia e ao Direito Penal brasileiro enquanto uma grande narradora. Suas obras possuem grande valor no âmbito do início do aprendizado da criminologia e do Direito Penal pela didática e coerência. Há que se falar, claramente, na capacidade canalizadora da autora de tantas outras obras densas e de difícil leitura.

Por outro lado, é possível inferir que a construção de um criminólogo (crítico) demanda intenso trabalho e estudo que ultrapassa os limites estritos da dogmática penal e do próprio direito. É indispensável o conhecimento sólido de outras ciências sociais que permeiam a análise da criminologia, tais como, a sociologia, psicologia, antropologia, economia, linguística, filosofia e outras, e também de um rigor científico e metodológico para validar o que se pretende afirmar e propor.

⁶¹ Informações obtidas no currículo lattes de Vera Regina Pereira de Andrade, acessado pelo link: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4796202D2>> em 10 de junho de 2017.

Diversos dos temas abordados por Vera Regina poderiam ter sido categorizados de modo a criar uma tese nova ou inédita, por exemplo, o suposto conceito de latinidade e brasilidade criminológica proposta pela autora. No entanto, a pesquisadora acabou por designar um conceito sem precisa-lo ou categoriza-lo de modo que ele se tornou inútil e inválido para qualquer análise que se pretenda fazer.

Isto posto, entende-se que não há uma criminologia ou ainda criminologia crítica de Vera Regina Pereira de Andrade.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal Para Além da (Des)Ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. rev., Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 2016.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo e FEFERBAUM, Marina (Coords.). **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Internet e Jurisdição, Acesso Transfronteiriço a Dados e o Caso Irlanda Microsoft

*Internet and Jurisdiction, Crossborder
Access to data and the Case Microsoft
Ireland*

MELISSA GARCIA BLAGITZ DE ABREU E SILVA
Procuradora da República em São Paulo, membro do
Grupo de Combate a Crimes Cibernéticos da
Procuradoria da República em São Paulo e do Grupo
de Trabalho sobre Crimes Cibernéticos da 2a.
Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério
Público Federal. Mestre em Direito pela
Universidade de Chicago.

Resumo: A Internet trouxe uma revolução na forma como a sociedade pensa, age e interage. Ela também trouxe uma revolução na forma como documentos eletrônicos são acessados e guardados. Num mundo de computação nas nuvens, o uso do princípio territorial para definição de jurisdição tornou-se obsoleto e inadequado. Países europeus, signatários ou não da Convenção de Budapeste, estão modificando o critério para definição de jurisdição e a forma como prova eletrônica é coletada e acessada. O novo critério é controle e não território – aqueles que têm controle sobre os dados precisam fornecê-los, independentemente do local em que estão fisicamente armazenados. A legislação brasileira também adotou o critério controle e a discussão sobre seus reflexos finalmente chegou às Corte Norte-americanas com o Caso Microsoft Irlanda. O novo critério, controle, é hoje o único caminho possível. O único caminho que respeita soberania e as peculiaridades da prova eletrônica.

Palavras-chave: Internet, Jurisdição, Acesso Transfronteiriço.

Abstract: The Internet brought a revolution on the way society thinks, acts and interacts. It also brought a revolution on how documents are kept and accessed. In a world of cloud computing, the use of the territorial principle to determine jurisdiction became obsolete and inadequate. European countries, members of the Budapest Convention or not, have been slowly changing the paradigm to define Internet Jurisdiction and the way electronic evidence is reached and collected. The new test is control, not location – those who have control over the data must provide it, no matter where it is physically located. The Brazilian legislation has also adopted the same principle and the discussion about its implications has finally reached the US Courts with the Microsoft Ireland Case. The new paradigm is today the only feasible way forward. The only way that respects sovereignty and the peculiarities of electronic evidence.

Keywords: Jurisdiction; Crossborder Access; Internet

1. Introdução

A Internet produziu uma revolução. A rede mudou a forma como a sociedade pensa, age e interage. Ela permitiu ampla e irrestrita comunicação e trocas de dados, ignorando fronteiras físicas. A nova realidade modificou profundamente como dados e documentos eletrônicos são armazenados e acessados. Nesse novo quadro, o conceito puramente territorial de jurisdição tornou-se inadequado e obsoleto, e o desenvolvimento de novos critérios um tema urgente.

Enquanto o mundo lida há mais de uma década com os problemas relacionados ao acesso transfronteiriço a provas eletrônicas, isto é, o acesso direto a provas eletrônicas fora das fronteiras do Estado requisitante, o problema apenas despertou maior atenção e interesse nas cortes norte-americanas com o caso Microsoft Irlanda¹. O longo debate entre Departamento de Justiça e Microsoft nesse caso, embora aparentemente limitado a preceitos da legislação norte-americana, em realidade refletiu a necessidade de novos parâmetros para a definição de jurisdição em um mundo de computadores e nuvens.

Este artigo propõe-se ao breve exame dos principais argumentos apresentados pelo governo norte-americano e a Microsoft e de como esses argumentos, embora aparentemente limitados à realidade local, espelham questões mais amplas que vêm sendo discutidas em outros países e possuem reflexos na legislação brasileira.

2. O Caso Microsoft Irlanda

Resumidamente, o caso Microsoft Irlanda refere-se a um pedido e posterior expedição de mandado de busca e apreensão para coletar informações e conteúdo de uma conta de e-mail mantida e controlada pela empresa Microsoft. A base legal para a decisão inicial, emitida por um magistrado do Circuito de Nova Iorque, é a seção 18 U.S.C. § 2703(a)², que impõe a

¹ In the Matter of a Warrant to Search a Certain E-mail Account Controlled And Maintained By Microsoft Corporation, United States Court of Appeals for the Second Circuit, Docket No. 14-2985, julgado em 14 de julho de 2016.

² 18 U.S.C. § 2703(a) determina, em tradução livre: “CONTEÚDO DE COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA ARMAZENADA – Um órgão do governo pode requisitar que um serviço provedor de comunicação eletrônica apresente o conteúdo de comunicação eletrônica guarda em sistema de comunicação eletrônica por menos de cento e oitenta dias apenas mediante de mandado expedido pela corte competente através do procedimento descrito nas Normas de Processo Penal Federal (ou no caso de cortes estaduais, conforme as normas processuais estaduais).

No original: “CONTENTS OF WIRE OR ELECTRONIC COMMUNICATIONS IN ELECTRONIC STORAGE. – A governmental entity may require the disclosure by a provider of electronic communication service of the contents of a wire of electronic communication, that is in electronic storage in an electronic communications system for one hundred and eighty days or less, only pursuant to a warrant issued using the procedures described in the Federal Rules of Criminal Procedure (or, in the case of a State court, issued using State warrant procedures) by a court of competent jurisdiction”

necessidade de mandado de busca e apreensão para a obtenção de conteúdo de e-mails com menos de 180 dias³. Houve resistência da empresa na entrega dos dados ao argumento de que eles, apesar de controlados pela Microsoft nos Estados Unidos, estavam armazenados em servidores mantidos pela empresa na República da Irlanda o que, na visão da companhia, demandaria pedido formal de cooperação internacional, sem a possibilidade de acesso direto.

Assim, a principal questão em debate nos sucessivos recursos que se seguiram após a autorização inicial se resume a como definir a obtenção de dados guardados fisicamente em um país, mas controlados por empresa que presta serviços no território local. Discute-se se haveria apenas uma questão interna, de acesso a dados controlados por empresa local, independente de onde estão fisicamente armazenados, ou uma questão internacional a demandar envolvimento de autoridades estrangeiras e pedido formal de cooperação.

Em suas objeções ao mandado expedido, Microsoft apresentou, essencialmente, quatro argumentos: a) a seção 2703(a) exige a expedição de mandado de busca e apreensão, que somente pode ser cumprido no território sob jurisdição do Juízo expedidor; b) há presunção contra a aplicação extraterritorial de preceitos da legislação norte-americana, presunção esta que somente pode ser deixada de lado se há a clara intenção da norma legal, expressa em sua linguagem⁴, de ser cumprida fora do território norte-americano e nada na lei que autoriza a busca e nem nas regras de procedimento que devem ser seguidas para sua execução contém essa indicação; c) o mandado expedido autoriza a busca e apreensão no território de outro país; e d) ainda que fosse possível a aplicação extraterritorial da norma, razões diplomáticas a desaconselhariam, pois o Direito Internacional não reconhece o acesso transfronteiriço a dados.

O governo norte-americano, de sua parte, argumentou que: a) o mandado expedido nos termos da seção 2703(a) é executado como uma requisição e não uma busca e apreensão: é uma ordem para o fornecimento de dados (“compelled disclosure”) e não autorização para entrada forçada e apreensão; e b) como tal, o critério a ser empregado é quem controla os documentos ou dados e não o local onde eles estão fisicamente mantidos (control, not location).

Na última decisão proferida no caso, datada de 14 de julho de 2016⁵, a Corte de Apelações do Segundo Circuito concordou com os argumentos da Microsoft e considerou o caso apenas uma questão de extraterritorialidade de norma, aplicando a ele a presunção contra extraterritorialidade acima mencionada. Embora reconhecendo que a questão representa um problema novo que precisa ser analisado com urgência pelo Legislador, a corte concluiu que

³ É importante observar que a distinção feita pela legislação norte-americana entre e-mails armazenados por mais ou menos de cento e oitenta dias foi modificada por diversas decisões de Cortes Federais aplicando a Quarta Emenda constitucional e o conceito de “expectativa de privacidade” definido em *Katz v. United States* (Suprema Corte, 1967, 389 U.S. 347). Hoje, no sistema legal norte-americano, qualquer conteúdo de comunicação eletrônica somente pode ser obtido mediante mandado de busca e apreensão expedido pela autoridade judiciária competente.

⁴ No caso *Morrison v. National Australia Bank Ltd.* (130 S.Ct. 2869), a Suprema Corte norte-americana decidiu que a legislação local, salvo se houver clara demonstração do contrário pela redação ou intenção declarada do Legislador, somente deve ser aplicada no território sob jurisdição dos Estados Unidos e que tal princípio deve ser observado em todos os casos em que as partes buscam efeitos extraterritoriais na aplicação da lei norte-americana.

⁵ A íntegra da decisão pode ser acessada em: http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/605fa83c-ff94-4bcf-b99f-6cb020f12608/6/doc/14-2985_complete_opn.pdf#xml=http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/605fa83c-ff94-4bcf-b99f-6cb020f12608/6/hilite/

nem a seção 2703(a), nem a regra 41 do Processo Penal Federal, que disciplina a expedição e o cumprimento de mandados de busca e apreensão, traziam indicativos que permitissem a aplicação extraterritorial, e como o mandado deveria ser cumprido em território irlandês, onde armazenados os dados, sem a extraterritorialidade o Juízo não poderia expedir ordem a ser cumprida fora de sua jurisdição.

Sem adentrar em análise mais profunda da legislação estadunidense, é certo que o argumento utilizado pelo governo norte-americano, de controle ao invés de localização, para definir a jurisdição sobre a prova eletrônica tem respaldo no Direito Internacional, na Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade, e legislações de diversos países, inclusive o Brasil. Ele também representa uma mudança de paradigma que reflete as peculiaridades da prova eletrônica e as necessidades do mundo conectado nas nuvens.

3. A Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade e o Acesso à Prova Eletrônica

A Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade do Conselho da Europa (CETS no. 185) foi um dos primeiros e até o momento é um dos únicos instrumentos internacionais sobre crimes cibernéticos e prova eletrônica. Originalmente gestada o Conselho da Europa, foi assinada por 54 países, incluindo 9 não europeus, e está em pleno vigor para 48 deles⁶.

A Convenção regula detalhadamente crimes cibernéticos e prova eletrônica⁷. Seu principal objetivo é harmonizar a legislação mundial sobre crimes cibernéticos, permitindo melhor uso de mecanismos de cooperação internacional e extradição. Ela contém dispositivos de direito material, descrevendo ofensas criminais, e também dispositivos processuais, incluindo ferramentas de investigação, preservação de dados, requisições de provas, busca e apreensão, e jurisdição internacional e cooperação.

3.1 O Princípio Territorial, Prova Eletrônica e Crimes Cibernéticos

O princípio territorial é a regra mais básica para definição de jurisdição. Todo Estado é soberano em seu território e consequência necessária da soberania é a habilidade de legislar, julgar e executar seus julgamentos dentro de seu território. Ele é baseado no fato de que um Estado tem controle sobre as ações, pessoas e coisas dentro de suas fronteiras. Como consequência, um documento ou prova armazenada no território de um Estado e necessária para um procedimento em outro Estado deve ser objeto de um pedido de cooperação internacional em matéria judicial.

O princípio territorial funciona sem maiores problemas em investigações convencionais. Normalmente, crimes são cometidos em um território, por uma pessoa dentro desse território, tendo como vítimas pessoas no território. O mesmo Estado que tem jurisdição territorial para legislar, terá jurisdição territorial para julgar o caso e executar a pena eventualmente imposta.

⁶ http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p_auth=VsTdZN6J

⁷ O texto completo em português pode ser encontrado em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fa428>

Quando mais de um Estado está envolvido, usualmente há uma ligação territorial que torna fácil identificar qual deles tem jurisdição sobre o caso – o local onde estão as vítimas geralmente está relacionado com o local da prova, ainda que o autor do fato esteja em outro lugar, e essas questões são resolvidas com regras sedimentadas. Crimes tradicionais não representam grandes desafios ao princípio.

O princípio territorial puro, no entanto, simplesmente não funciona para provas eletrônicas e crimes cibernéticos internacionais⁸.

Primeiro, porque crimes cibernéticos, em regra, atingem vítimas por todo o mundo, usando equipamentos espalhados globalmente, com autores conectados na rede a partir de diferentes países. Provas eletrônicas, ainda que relacionadas a crimes tradicionais locais, são normalmente armazenadas em diferentes lugares, por diferentes empresas, de diferentes países, com base em critérios puramente corporativos – o que funciona melhor para a operação da empresa responsável pela armazenagem.

Segundo, porque provas eletrônicas podem ser acessadas de qualquer lugar. Independentemente do local onde esteja mantido fisicamente o servidor que armazena os dados, desde que conectado em qualquer tipo de rede, eles poderão ser acessados de qualquer ponto do mundo.

Essa afirmativa um tanto quanto óbvia é crucial e pode levar a resultados desconcertantes quando o princípio territorial é aplicado sem qualquer restrição a crimes com provas eletrônicas. De acordo com o princípio em seu conceito mais básico, se um órgão de investigação possui um mandado de busca e apreensão legalmente expedido para apreender um computador e o encontra ligado, exibindo o acesso a uma conta de e-mail mantida em servidores localizados em outro país, os agentes não poderão acessar, coletar ou mesmo ler os e-mails. Os e-mails, nesse exemplo, mesmo nas vistas dos investigadores e acessíveis às pontas dos seus dedos, são na verdade documentos internacionais, sob a jurisdição de outro país, e somente poderão ser lidos ou acessados mediante autorização desse país, após demorado e laborioso pedido de cooperação internacional.

A conclusão aqui é simples: o princípio territorial em sua forma tradicional não atende às peculiaridades das provas eletrônicas e dos crimes cibernéticos, e a necessidade de novos instrumentos funcionais tem sido objeto de constantes debates entre órgãos de investigação e a academia. A Convenção de Budapeste deu um primeiro passo para solucionar esse dilema.

3.2 A Convenção de Budapeste

A Convenção de Budapeste tem dois artigos que precisam ser analisados em conjunto quando se pretende entender o novo parâmetro internacional para acesso a provas eletrônicas, que substitui o critério de localização por controle, sem perder de vista da jurisdição territorial.

O primeiro artigo expressamente admite o que é referido como “acesso transfronteiriço a dados informáticos armazenados”. Em outras palavras, o dispositivo reconhece que a prova eletrônica é acessível de qualquer lugar do mundo e estabelece, ex ante, que os Estados signatários da Convenção poderão, atendidas determinadas circunstâncias, acessar arquivos e documentos que estão fisicamente localizados em outros Estados signatários, mas que podem ser acessados através da rede. *In verbis*, o artigo 32 estabelece que:

⁸ A expressão “crimes cibernéticos internacionais” é até certo ponto um paradoxo porque todos os crimes cibernéticos hoje têm um componente internacional, em maior ou menor grau.

Uma Parte pode, sem autorização de outra Parte:

- a) Aceder a dados informáticos armazenados acessíveis ao público (fonte aberta), seja qual for a localização geográfica desses dados; ou
- b) aceder ou receber, através de um sistema informático situado no seu território, dados informáticos armazenados situados no território de outra Parte, se obtiver o consentimento legal e voluntário da pessoa legalmente autorizada a divulgar esses dados, através deste sistema informático.

A alínea (b) disciplina o exemplo mencionado acima e também estabelece o critério controle para a determinação da jurisdição. Nos termos da Convenção, os Estados signatários autorizam previamente que os outros Estados signatários acessem diretamente dados armazenados em seus territórios se a pessoa legalmente autorizada a fornecer esses dados consentir voluntariamente. Isto é, se a pessoa que controla a informação consentir, órgãos de investigação poderão acessar a informação, mesmo que armazenada no exterior.

Esse dispositivo, entretanto, tem limitações. A primeira é que ele não pode ser aplicado a dados armazenados em países que não são signatários da Convenção. Isso limita o escopo do dispositivo, ainda que a Convenção tenha sido assinada por países que representam grande parte do fluxo de dados via Internet.

A segunda limitação traduz-se na impossibilidade de a informação ser obtida sem o consentimento da pessoa que a controla, o que é agravado pelo fato de, na maioria dos países, os provedores de serviço e de aplicativos não poderem legalmente consentir e ceder informações de seus usuários. O dispositivo, assim, é limitado à pessoa que legalmente controla e detém a informação e consente em auxiliar. Ele não prevê a possibilidade de requisição, mesmo judicial (“compelled disclosure”), e nem de extensão da autorização a terceiros que controlam a informação porque prestam serviços, ausente autorização específica do usuário⁹.

Apesar desses problemas, o dispositivo representa avanço notável, especialmente quando considerado que foi escrito no início dos anos 2000.

O segundo dispositivo está no artigo 18 da Convenção e a legislação doméstica editada para implementá-lo está criando novos dispositivos de Direito Internacional costumeiro e modificando a forma como é definida a jurisdição sobre a prova eletrônica.

O artigo 18 determina que cada Estado signatário “adotará” as medidas legislativas necessárias para “habilitar as suas autoridades competentes” para ordenar a uma pessoa em seu território que forneça “dados informáticos específicos, na sua posse ou sob o seu controle e armazenados num sistema informático ou um outro suporte de armazenamento de dados informáticos” (destaque nosso)¹⁰.

⁹ Diversas discussões estão correndo dentro do Conselho da Europa visando aprimorar o acesso transfronteiriço a dados. Relatórios das discussões em inglês podem ser acessados em <http://www.coe.int/en/web/cybercrime/t-cy-reports>.

¹⁰ In verbis:

“Artigo 18º. – Injunção

1. Cada Parte adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para habilitar as suas autoridades competentes para ordenar::

a. A uma pessoa que se encontre no seu território que comunique os dados informáticos específicos, na sua posse ou sob o seu controle e armazenados num sistema informático ou num outro suporte de armazenamento de dados informáticos; e

O artigo não menciona onde a informação deve estar armazenada, se fora ou dentro do território do requisitante, mencionando apenas que a pessoa requisitada deve ter controle sobre os dados, mas o entendimento no momento da assinatura da Convenção era de que o dispositivo limitava-se a documentos e arquivos armazenados no território do Estado requisitante¹¹. Entretanto, o critério controle é expressamente reconhecido pela Convenção e as legislações domésticas que a implementaram foram além.

Na realidade, as legislações domésticas dos países signatários estão dando força plena ao critério controle, estabelecendo que um Estado, ainda segundo o princípio territorial, tem plena jurisdição sobre empresas localizadas ou prestando serviços em seu território, e pode requisitar delas quaisquer informações por elas controladas, independentemente do local em que estão fisicamente armazenadas. Em verdade, no mundo da computação nas nuvens, o local físico de armazenamento torna-se cada vez mais irrelevante, pois pode mudar em questão de minutos ou ser completamente desconhecido, tornando-se essencial quem controla as informações e onde esse controlador presta serviços.

3.3 A Legislação Doméstica¹² e a Jurisprudência de Países Europeus

Como mencionado, na esteira dos dispositivos da Convenção de Budapeste, diversos Estados europeus, signatários ou não da Convenção, elaboraram legislações adotando e expandindo o acesso transfronteiriço a dados e o critério controle.

Apesar da inicial vocação local, os Estados utilizam o artigo 18 para requisitar que empresas prestadoras de serviço em seus territórios forneçam dados eletrônicos necessários a investigações¹³. Austrália, Espanha e Canadá permitem que órgãos de investigação requisitem

b. A um fornecedor de serviços que preste serviços no território da Parte, que comunique os dados na sua posse ou sob o seu controle, relativos aos assinantes e respeitantes a esses serviços.

2. Os poderes e procedimentos referidos no presente artigo devem estar sujeitos aos artigos 14º. e 15º.

3. Para os fins do presente artigo, a expressão “dados relativos aos assinantes” designa qualquer informação, contida sob a forma de dados informáticos ou sob qualquer outra forma, detida por um fornecedor de serviços e que diga respeito aos assinantes dos seus serviços, diferentes dos dados relativos ao tráfego ou ao conteúdo e que permitam determinar:

a. O tipo de serviço de comunicação utilizado, as medidas técnicas tomadas a esses respeito e o período de serviço;

b. A identidade, a morada postal ou geográfica e o número de telefone do assinante e qualquer outro número de acesso, os dados respeitantes à faturação e ao pagamento, disponíveis com base num contrato ou acordo de serviços;

c. Qualquer outra informação sobre a localização do equipamento de comunicação, disponível com base num contrato ou acordo de serviços.

¹¹ O parágrafo 173 das Notas Explicativas sobre a Convenção esclarece que o termo “posse ou controle” refere-se à posse física no território do país requisitante e a situações em que a pessoa requisitada pode produzir livremente o documento no território do país requisitante (o texto completo em inglês pode ser acessado em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce5b>).

¹² Extraído de “Transborder access and jurisdiction: What are the options”, relatório do Subgrupo em Jurisdição e Acesso Transfronteiriço a Dados do Comitê T-CY da Convenção de Budapeste, adotado em dezembro de 2012 (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/Source/Cybercrime/TCY/TCY2012/TCY_2012_3_transborder_rep_V31public_7Dec12.pdf).

¹³ Maxwell, Winston/Wolf, Christopher (2012): A Global Reality: Governmental Access to Data in the Cloud (Hogan Lovells White Paper, 23 May 2012), mencionado pelo relatório do T-CY. O documento original, em inglês, está em <https://www.hoganlovells.com/en/publications/hogan-lovells-white-paper-government-access-to-data-in-the-cloud>.

de empresas localizadas em seu território informações, independentemente do local de armazenamento. Dinamarca, França e Reino Unido trazem dispositivos semelhantes, com um requisito a mais, permitindo a requisição e o acesso direto quando os dados estão sobre o controle de empresa local e podem ser acessados de seus territórios.

Ironicamente, no caso Microsoft Irlanda, o próprio governo irlandês apresentou petição como amicus informando à Corte de Apelação que, apesar das preocupações da empresa ré com questões diplomáticas que pudessem advir do acesso direto aos dados armazenados no exterior, a legislação irlandesa também autoriza o acesso direto, mediante o critério de controle. O documento, citando decisão da Suprema Corte irlandesa no caso Walsh v. Irish National Bank, afirma que a legislação local permite o acesso a dados controlados por empresa irlandesa, independentemente do local em que estão fisicamente armazenados¹⁴. Importante salientar que a Irlanda assinou, mas não ratificou a Convenção de Budapeste.

Em todos os casos citados, as legislações locais reconhecem que o que determina a possibilidade de acesso direto a provas eletrônicas não é o local de armazenamento destas, mas o local em que estabelecida, de qualquer forma, ou prestando serviços a empresa que controla esses dados. Órgãos de investigação desses países podem requisitar dados controlados por empresas que prestam serviços em seus territórios independentemente do local onde os dados estão fisicamente armazenados.

O uso do critério controle também tem sido reconhecido pela Jurisprudência dos países europeus.

No caso Licra – Ligue Contre le Racisme et l’Antisémitisme et Union des Étudiants Juifs de France v. Yahoo! Inc. et Société Yahoo! France, o Tribunal de Grande Instance expediu uma ordem determinando que a empresa Yahoo! tomasse todas as medidas necessárias a dissuadir e “tornar impossível” a visualização e venda de artigos nazistas na França¹⁵. O caso prosseguiu em litígio nos Estados Unidos, onde a Corte do Nono Circuito decidiu que Yahoo! não poderia utilizar a Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana, que trata da liberdade de expressão, para descumprir a legislação francesa¹⁶. Em outras palavras, ambas as cortes reconheceram que uma empresa prestando serviços em um determinado país precisa obedecer à legislação desse país, mesmo que sua operação e seus servidores estejam localizados ou sediados em outro país.

Em outro caso envolvendo o Yahoo!, a Suprema Corte da Bélgica confirmou que se uma empresa presta serviços em território belga, ela precisa obedecer à lei local fornecendo todos os dados e documentos controlados por ela¹⁷. Interessante notar que a decisão não exigiu que a empresa tivesse sede ou subsidiária na Bélgica, mas apenas que ali prestasse serviços (à época, Yahoo! não possuía representantes na Bélgica e foi citada por e-mail).

Mais recentemente, a Corte Europeia de Justiça decidiu que um provedor estabelecido em um Estado Membro deve obedecer às diretrizes europeias, independentemente do local

¹⁴ O original afirma que: “[h]owever on the central point whether it had power to order production of documents by an Irish registered company by one of its branches situated in a foreign country, the Supreme Court found that it did. The Supreme Court found that the Taxes Consolidation Act empowers the Irish taxation authorities to seek an order that an Irish bank produce records of accounts held by its customers wherever the information is situated” (grifo nosso). O texto, em inglês, pode ser acessado em <http://digitalconstitution.com/wp-content/uploads/2014/09/Ireland-AmicusBrief.pdf>.

¹⁵ https://fr.wikipedia.org/wiki/LICRA_contre_Yahoo!

¹⁶ Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L’Antisémitisme (433 F.3ed 1199).

¹⁷ <https://gavclaw.com/2015/12/07/its-true-belgian-supreme-court-confirms-order-for-yahoo-to-hand-over-ip-addresses/>

físico de seus equipamentos ou do local em que sua operação é mantida¹⁸¹⁹. Em 14 de abril de 2016, a União Europeia aprovou como lei um pacote de Proteção de Dados que segue os mesmos critérios, estabelecendo a jurisdição dos Estados membros sobre empresas que prestam serviços em seus territórios²⁰.

Em resumo, países europeus, há mais de uma década, reconhecem o critério controle para a obtenção direta de provas eletrônicas, adotando-o em suas legislações e em decisões judiciais. Se uma empresa presta serviços ou está localizada em determinado país, ela precisa atender às requisições de documentos eletrônicos apresentadas legalmente pelos órgãos de investigação desse país, não importando onde esses documentos estão fisicamente armazenados, se no próprio Estado requisitante ou em outro local. Esse mesmo critério foi adotado pelo Marco Civil da Internet.

3.4 A Legislação Brasileira

O artigo 11 da Lei no. 12.965/2014, Marco Civil da Internet, estabelece que:

Artigo 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e dos direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Análise superficial do dispositivo pode levar à conclusão de que ele apenas reproduz o princípio territorial puro. Se a empresa presta serviços no Brasil, deve adequar-se à legislação brasileira, à legislação local, o que em si não contém nenhuma inovação.

Essa conclusão, porém, é equivocada, pois o dispositivo tem alcance muito maior do que a simples aplicação do princípio territorial.

Em verdade, o artigo reflete posicionamento jurisprudencial, inclusive das cortes superiores, de que a empresa que presta serviços no país precisa cumprir a legislação nacional. A norma apenas deixa tal obrigação mais clara, determinando em seu § 2o., que a lei brasileira será aplicada “mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil”. Assim, ainda que a operação da empresa ocorra toda no exterior, e ali sejam tomadas as decisões corporativas e mantidos os servidores que coletam e armazenam os dados necessários para a prestação dos serviços, deverá ser observada a legislação brasileira para os dados coletados no Brasil, inclusive quanto às requisições judiciais descritas no artigo 10.

Nesse contexto, as sucessivas negativas de provedores constituídos sob as leis brasileiras, mas com sede de operação em outros países em fornecer dados diretamente às autoridades brasileiras carecem de completo fundamento, quer na legislação nacional, quer na legislação internacional. Cada vez mais é irrelevante onde os dados são armazenados, restando apenas a questão de quem controla esses dados e onde o serviço é prestado.

¹⁸ <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf>.

¹⁹ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_en.pdf

²⁰ <http://www.whitecase.com/publications/article/european-parliament-approves-new-eu-data-protection-law>

Imperioso concluir, dessa forma, que a legislação brasileira, ainda que preservando certos aspectos do princípio territorial, também adotou o critério controle e nisso está em absoluta harmonia com a legislação europeia, com a nova interpretação legal que se busca nos Estados Unidos, e com o Direito Internacional. Terá jurisdição para requisitar dados diretamente o Estado em que a empresa que controla os dados presta serviços, independente do local físico em que mantidos seus equipamentos e armazenados os documentos. A regra é controle, não localização.

4. Conclusão - O Futuro do Acesso a Dados

O problema do acesso direto a dados e à prova eletrônica é urgente e afeta não apenas os crimes propriamente considerados cibernéticos, como a persecução penal de crimes comuns, mas com provas armazenadas em sistemas informáticos. O critério controle não é a única solução para esse problema, mas tem sido a mais adotado por legislações em todo o mundo.

Existem duas razões principais para a adoção do critério controle. A primeira delas é a realidade da prova eletrônica.

Dados e documentos eletrônicos são, por essência, móveis. Eles podem ser armazenados em qualquer lugar e também podem ser movimentados para qualquer lugar, a qualquer tempo, em questão de minutos, com um único clique. Eles podem ser movidos para o território de um Estado observador de obrigações internacionais, para Sealand²¹ ou para o alto mar²². Com frequência, é impossível determinar onde os dados estão fisicamente localizados (servidores que utilizam redes de anonimato como TOR 2 e i2p, por exemplo), ou mesmo autenticar a localização declarada (nem todos os servidores de internet são transparentes quanto ao local de sua operação). A lei não pode ignorar a realidade e o único critério disponível hoje é controle.

Em segundo lugar, o critério controle preserva a territorialidade e a soberania dos Estados. Uma empresa não pode ser constituída, manter escritórios ou subsidiárias, ou prestar serviços em um país, dirigidos especificamente a seus residentes, sem se submeter à lei local. Do contrário, empresas não apenas poderiam escolher a jurisdição, como também a lei que as regula, escolhendo aquela que mais lhes favorece, não necessariamente aquela que melhor protege seus consumidores e usuários. Se é inconcebível que uma empresa possa prestar qualquer tipo de serviço físico sem obedecer à lei local, o mesmo é válido para empresas de internet. O modelo de negócios possui peculiaridades, mas não demanda tratamento preferencial.

O atual quadro da legislação internacional apresenta desafios e o critério controle pode gerar distorções. Entretanto, ele é hoje o principal instrumento aceito internacionalmente e que, na prática, se mostra mais adequado às peculiaridades da prova eletrônica. Os argumentos apresentados no caso Microsoft Irlanda pelo governo norte-americano reforçam que também naquele país, sede da maior parte das empresas que ainda se recusa a atender

²¹ https://en.wikipedia.org/wiki/Principality_of_Sealand

²² <http://www.extremetech.com/extreme/222251-under-the-sea-microsoft-testing-underwater-data-centers>

requisições diretas, o critério controle passou a ser reconhecido como a única solução prática viável num mundo de computadores e nuvens.