

CONTEXTO

JURÍDICO

E D I Ç Ã O E S P E C I A L

UMA HOMENAGEM AO
PROFESSOR NILO BATISTA

Organização:
Centro Acadêmico Luiz Carpenter
Faculdade de Direito UERJ

Ano 4, Nº 4, 2013/2014

Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito
Centro Acadêmico Luiz Carpenter (CALC)

Revista Contexto Jurídico
Edição Especial em Homenagem ao Professor Nilo Batista

Rio de Janeiro
2013/2014

© 2013 Centro Acadêmico Luiz Carpenter

Revista Contexto Jurídico

Organização: Equipe Contexto Jurídico

Diagramação: Carolina Torres, Gabriela Macedo, Michael Teixeira e Rafael Mendonça

Capa: Gabriel Castilho

Revisão: Joice Nunes

Impressão: Divisão de Serviços Gráficos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Tiragem: 200 exemplares

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Centro Acadêmico Luiz Carpenter

Revista Contexto Jurídico, Ano4, nº 4, 2013-2014 / Centro Acadêmico Luiz Carpenter – Rio de Janeiro: Centro Acadêmico Luiz Carpenter 2013-2014-2015

ISSN: 2237 2865

1. Direito – periódicos. I. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. II. Centro Acadêmico Luiz Carpenter.

CDU 340(05)

Nota Sobre a Capa

Ao eleger a famosa gravura dos “Rasphuis” de Amsterdam como inspiração artística do trabalho da capa da Edição de Número 4, a Revista Contexto Jurídico buscou revisitar a gênese da instituição carcerária moderna Ocidental. Nestes Rasphuis, as chamadas classes perigosas – a mendicância, a criminalidade de rua, camponeses expulsos do campo, uma massa de miseráveis expropriados do mercado de trabalho e do processo de consumo em desenvolvimento à época – eram submetidos a sanguinários regimes de trabalho forçado.

As ocupações impostas de carácter repetitivo, intensivo e braçal; o encarceramento celular; e a moralidade religiosa eram os pilares fundamentais da administração dos condenados nas instituições supracitadas, as quais detinham a função emblemática de controle social de um exército de desocupados urbanos inadaptados para a disciplina do trabalho assalariado nas manufaturas e nas fábricas. Intermináveis toras de pau-brasil eram raspadas para a produção de tinta de cor vermelha até – literalmente – se quebrar ao meio as costas de quem trabalhava.

Mesmo diante de uma enorme distância temporal e espacial entre as duas instituições, qualquer semelhança existente entre as Rasphuis e as verdadeiras masmorras medievais que são as prisões brasileiras da atualidade não é mera coincidência. Apesar da promulgação de uma Constituição e de uma legislação penal com inspirações filosóficas iluministas e humanistas, é cabal o descompasso com a política carcerária vigente, na qual, assim como em Amsterdam do século XVII, ainda se quebram costas, almas e mentes.

Conselho Editorial

Composto pela Equipe Contexto Jurídico e os Parecistas do presente número.

Equipe Contexto Jurídico

Carolina Torres de Lima e Silva

Graduanda da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Diretora do Centro Acadêmico Luiz Carpenter.

Felipe Lima

Graduando da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Diretor do Centro Acadêmico Luiz Carpenter.

Gabriela Macedo Ferreira

Graduanda da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Diretora do Centro Acadêmico Luiz Carpenter.

Michael Teixeira

Graduando da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Diretor do Centro Acadêmico Luiz Carpenter.

Rafael Mendonça

Graduando da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Diretor do Centro Acadêmico Luiz Carpenter.

Vinicius Melo

Graduando da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Diretor do Centro Acadêmico Luiz Carpenter.

Thais Teixeira Mesquita

Produtora editorial da FGV Direito Rio.

Pareceristas

Artur de Brito Gueiros Souza

Pós-doutorando em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, professor adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da Uerj.

Carolina Alves Vestena

Doutoranda em Teoria e Filosofia do Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Uerj.

Carlos Nelson Konder

Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da Uerj e professor agregado do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutor e mestre em Direito Civil pela Uerj. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália).

Jorge Luiz Fortes Pinheiro Camara

Professor adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da Uerj, mestre e doutor em Direito pela Uerj.

Patricia Mothé Glioche Béze

Professora Adjunta de Direito Penal da Faculdade de Direito da Uerj, mestre e doutora em Direito pela Uerj.

Ricardo Nery Falbo

Pós doutor em Direitos Humanos pela Université Paris 2, professor adjunto da Faculdade de Direito da Uerj.

Taiguara Libano Soares e Souza

Doutorando em Direito pela PUC-Rio e Professor de Direito Penal da UFF e do IBMEC-RJ.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	10
PREFÁCIO.....	12
Seção Nacional	
CONSTRUÇÃO PERMANENTE DO ESTADO DE DIREITO E A NECESSIDADE DE CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO	18
O SABER PENAL E A MODÉSTIA	32
O USO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA (<i>INSIDER TRADING</i>) NO MERCADO DE CAPITAIS E SUA VEDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	45
LEI GERAL DA COPA E LEIS PENAS TRANSITÓRIAS	63
CONSTITUCIONALIZAÇÃO TAUTOLÓGICA-HIPERTROFICAMENTE SIMBÓLICA: LIMITE À EMANCIPAÇÃO DO HOMEM E À DIGNIDADE HUMANA	72
UMA VISÃO SOBRE A TENTATIVA NO TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI 11343/06).....	90
ABORTO: A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO E REFLEXÃO COM BASE EM UM FUNCIONALISMO REDUTOR	101
A (NÃO) RECEPÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA PELA CONSTITUIÇÃO E SEU JULGAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 453.000/RS	123
A INTERDIÇÃO DE TERREIROS DE UMBANDA E CANDOMBLÉ NO BRASIL: ENTRE O SILÊNCIO E O BATUQUE.....	145
Seção Internacional	
IMPARCIALIDAD Y AUTONOMÍA DEL PODER JUDICIAL.....	159
THE “RESPONSIBILITY TO PROTECT” AND THE EUROPEAN UNION.....	181

Apresentação

Equipe Contexto Jurídico

A presente edição da Revista Contexto Jurídico trata-se de uma singela homenagem do corpo discente da Faculdade de Direito da UERJ oferecida em oportunidade da aposentadoria do notório professor e advogado Nilo Batista nas aulas da graduação. Esta se torna mais do que obrigatória diante da inquestionável história do Professor homenageado de luta e dedicação à nossa Faculdade, bem como pelo exemplar posicionamento crítico em relação ao sistema penal brasileiro e seu respectivo funcionamento e simbolismo no Estado Democrático de Direito no qual hoje vivemos.

Justamente por conta do perfil homenageado, não se poderia pensar em desenvolver uma edição de homenagem da Contexto Jurídico, cujo fim único fosse a exposição e o enaltecimento da legislação penal pátria, da Constituição Federal e do Direito de um modo geral de forma irreflexiva e intelectualmente preguiçosa. Muito pelo contrário, a Contexto Jurídico assume a insistente missão de fomentar o pensamento crítico do alunato da Faculdade de Direito da UERJ, em especial da Graduação, sobre as questões do Direito que nos cercam.

O objetivo central e perene da Revista é o de estimular e promover a produção acadêmica dentre os alunos da Faculdade de Direito da UERJ, associando-se concomitantemente capacidade de reflexão crítica, bem como com a independência intelectual dos autores. Visa-se escancarar a problemática do Direito brasileiro na atualidade, assim como quais são os entraves existentes para a substancialização dos Direitos Fundamentais na sociedade brasileira como um todo.

Em laconíssimas considerações acerca do cenário jurídico supracitado, pode-se iniciar fazendo o seguinte questionamento: “Há, de fato, Estado de Direito para todos?” A resposta é certamente não. De um lado, uma pequena parcela da população vive em um Estado de Direito absoluto; do outro, nas periferias, nas favelas, nos mucambos e em todos os grotões sociais frutos da total ausência do Estado de Direito, o que se vê no lugar é o Estado de polícia. Ingerência e repressão institucionalizadas.

De um determinado sistema jurídico – justamente pelo próprio conceito de sistematicidade – espera-se que os seus elementos e atores integrantes funcionem de modo interconectado e organizado de acordo com as regras de jogo estabelecidas. A operação, porém, do sistema jurídico brasileiro – em especial em relação ao direito penal e as garantias constitucionais – mostra-se completamente assistemática. Por conta da pressão dos mais

variados interesses e valores alienígenas a tal sistema, há uma constante flexibilização das garantias fundamentais e dos espaços democráticos.

É muito tênue a linha que separa o autoritarismo da Democracia, do Estado de Direito e dos Direitos Fundamentais. Estes últimos são um sonho que em um breve suspiro de descuido podem estar suspensos, não são poucos os exemplos na História que provam isso.

Deste modo, cabe a nós, alunos, futuros juristas, profissionais e pensadores do Direito, lutar contra tal berrante assistemática do Direito pátrio; contra os constantes avanços do discurso punitivista e da esmagadora máquina da repressão em relação aos Direitos e Garantias dos cidadãos; e contra o enfraquecimento das tradições democráticas, em favor do estabelecimento de um Estado de exceção cada vez mais comum no nosso cotidiano.

Os caminhos para se trilhar tal rumo não são poucos, nem fáceis. Missão esta, todavia, que a Revista Contexto Jurídico não se furta de assumir. Traz-se aqui uma nota de agradecimento a Carolina Torres, Gabriela Macedo Ferreira, Rafael Mendonça e Michael Teixeira pelo primoroso trabalho de diagramação da presente edição; a Thaís Mesquita Teixeira, cordenadora editorial da FGV, por toda a ajuda no período de reestruturação da Revista; a Divisão de Serviços Gráficos da Uerj pela qualidade do trabalho de impressão; ao apoio dado pela Livraria Café do Wilsinho e por último, mas não menos importante, também ao Centro Acadêmico Luiz Carpenter (CALC) por todo o indispensável suporte.

Maio de 2015

Prefácio

Nilo Batista

Em seu ensaio sobre a educação dos jovens, Montaigne recordou-se de um verso de Dante: “che non men che saper dubbiar m’agrada”. “Duvidar me agrada não menos que saber”. Esta bem poderia ser a divisa deste número da Contexto Jurídico, diante da inquietação crítica que perpassa os artigos ora publicados.

Para um velho professor, que ano passado jubizou-se por idade, afastando-se pois das aulas na graduação, a leitura desta safra de textos de acadêmicos de direito representou uma alegria e um conforto. De muitas fontes provinha a alegria, desde opções metodológicas mais fecundas, ultrapassantes de positivismos e formalismos, até saudável irreverência nas investigações. O conforto é bem claro: enquanto um está indo, dezenas estão chegando!

Gustavo Monteiro Ayres, da nossa UERJ, abre a revista advertindo sobre os riscos do poder punitivo para o Estado de direito. Registrando o permanente conflito entre o Estado de direito e o Estado de polícia, que luta incessantemente nos subterrâneos do primeiro por espaço e predominância – qual um câncer perturbando as células do organismo sadio – Gustavo chama a atenção para um processo político em curso. O Estado de polícia, como no fascismo, no nazismo ou nas ditaduras sulamericanas de segurança nacional, avança através do poder punitivo, tanto na criminalização primária (penas mais severas, novos tipos legais, criminalização do cotidiano etc) quanto ocupando posições no sistema penal. A tragédia do PT foi não ter compreendido isto, promovendo uma política criminal congruente com a direita (e portanto com o senso comum difundido pelo monopólio comunicacional). Apesar de toda a meritória redistribuição de renda arrecadada, apesar de ter retirado trinta milhões de compatriotas da miséria, o PT quase sucumbe neste momento a um (ab)uso do poder punitivo que ele mesmo ajudou a inflar e a alçar vôo.

Daniel Cardoso dos Reis (que concluiu o mestrado na UERJ sob minha orientação) retoma a grande *trouville* que Salo de Carvalho garimpara em Freud: as “feridas narcísicas da dogmática jurídica”. Ele se detém sobre duas delas, mas quero destacar uma: a função de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal. Destaco-a porque se trata de uma função que não apenas faz dos bens jurídicos instrumentos de legitimação do poder punitivo (se a lei penal efetivamente protege, quanto mais lei penal melhor) mas sobretudo constitui, na teoria do delito, a premissa de um conjunto de deduções e consequências que serão chamadas de “sistemáticas”, muito embora não passem de ficção... científica, se quiserem. Ao contrário, fazer da ofensa a

bens jurídicos um requisito indispensável da tipicidade objetiva é atribuir-lhes uma função redutora de controle material da criminalização (princípio da lesividade). Numa feliz metáfora, Daniel aproxima o operador jurídico alienado ao Carlitos na esteira da produção industrial, apertando mecanicamente os mesmos parafusos “repetida e infinitamente”.

Elton Nunes José Alves, também da UERJ, empreende um estudo sobre o delito do *insider trading*, detendo-se sobre as recentes etapas de sua consagração legislativa no direito comparado e examinando especialmente a primeira decisão condenatória no Brasil.

Helena Zani Morgado (esta foi minha monitora na UERJ, e já está fazendo mestrado), a partir da chamada lei geral da Copa, que para satisfazer os interesses comerciais da FIFA criou alguns tipos legais temporários, demonstra como seria inconstitucional qualquer condenação posterior a 31 de dezembro de 2014 (último dia da vigência daqueles tipos). A peremptória redação do princípio da proibição de retroatividade (“*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*” – art. 5º XL CR) impediu a recepção do artigo 3º do Código Penal; só falta avisar aos tribunais.

De Franca, terra de Abdias do Nascimento, Gislaine Menezes Batista lança um olhar implacável sobre a “constitucionalização simbólica”, sobre o fosso que separa as declarações grandiloquentes e sonoras de direitos de sua áspera privação cotidiana. Algumas contradições da Carta de 1988 são por ela expostas, do salário mínimo – que deveria atender às despesas do trabalhador e de sua família com “*moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*” (art. 7º, inc. IV CR), e, apesar dos inquestionáveis aumentos dos governos petistas ainda está longe de suprir tais exigências – à famosa função social da propriedade, extraviada na fumaça dos tiroteios com os quais a polícia cumpre mandados judiciais de despejo contra comunidades miseráveis que ocuparam terrenos de bom horizonte especulativo.

Raphael Caio Magalhães e Kalvin Benaïgnon de Oliveira Alves, ambos da UERJ, tomaram como objeto um precioso acórdão do TJRS. Por maioria, a 3ª Câmara do tribunal reconheceu tentativa inidônea na conduta de quem buscou introduzir drogas ilícitas numa penitenciária, sendo surpreendido pela revista. Trata-se de interessante questão jurídico-penal, que tem como pressuposto o conflito aparente de núcleos nesse tipo misto alternativo com a pretensão de esgotamento de todos os contatos físicos e relações jurídicas com seu objeto material. Menciono os nomes dos dois desembargadores – Diógenes V. Hassan Ribeiro, relator, e Nereu José Giacomolli – que criativamente não obscureceram a conduta de “*fornecer*”, finalidade do acusado a refletir-se obrigatoriamente no dolo, pela de “*trazer consigo*”, que

perante a primeira pode ser entrevista como ato preparatório. Trata-se de questão delicada, ainda em aberto, derivada, como outras, do estranho milagre que ocorreu com o tipo básico do tráfico de drogas ilícitas, ao qual a seu tempo Raúl Zaffaroni chamou de “multiplicação de verbos”.

Lucas Saldanha da Gama de Almeida, Karla Maria Pinheiro Ribeiro e Cristal Barreto Mastrangelo Teixeira, os três da UERJ, põem os dedos na ferida aberta da atrasada disciplina jurídica do abortamento entre nós, apesar do aresto da Corte Suprema sobre fetos anencefálicos. Como os três acadêmicos percebem, o abortamento por anencefalia representa o caso extremo de uma imensa constelação que mereceria ser tratada por uma genérica autorização “embriopática” (nascida do chamado caso Contergan, entre nós Talidomida) não prevista em nossa lei, que se limita a duas indicações muito restritas (a “sentimental” se limita à gravidez resultante de estupro; a “médica” à situação-limite de salvar vida da gestante). Um panorama de direito comparado põe de manifesto nosso atraso.

Gabriel Albernaz da Conceição, da Uerj, examina o aresto do Supremo Tribunal Federal que não declarou a inconstitucionalidade da agravante por reincidência. É difícil fundamentar a reincidência, porque ou se reconhece uma gravíssima violação da culpabilidade de autor, ou existe objetivamente um *bis in idem*. Ademais, na discussão sobre reincidência todos os discursos da linha “a penitenciária é uma escola do crime” se calam; mesmo sua demonstração, a reincidência penitenciária que pode ser orçada em fantásticos 70%, deve ser silenciada. Sim, porque tal realidade deveria converter a reincidência em atenuante, como aliás já foi proposto por Juarez Cirino dos Santos e outros. Impiedosa dissecação do voto do relator encontra aquilo que Warat designou por “senso comum teórico dos juristas”, coroado por uma “*ordem natural das coisas*” de cariz iusnaturalista teológico.

Por fim, Laíze Gabriela Benevides Pinheiro, já mestranda na UFF, se ocupa das perseguições a terreiros de Umbanda e Candomblé e dos pretextos jurídicos nelas utilizados (com prevalência da chamada “lei do silêncio”). Denunciando o etnocentrismo e a intolerância dessas práticas, muito arraigadas na formação social brasileira, Laíze equaciona o problema como conflito de princípios.

Não bastassem esses artigos, a revista ainda oferece, na Seção Internacional, os trabalhos do colega colombiano Jhaslen Ricardo Ramírez Lemus (sobre imparcialidade e autonomia do Poder Judiciário) e de Danilo Ruggero di Bella sobre um tema recente no direito internacional: a “*responsability to protect*” no âmbito da União Europeia. Corresponderia a cada Estado nacional o dever de proteger os cidadãos sujeitos a sua jurisdição de crimes contra

a humanidade, crimes de guerra, genocídio e limpeza étnica, impedindo também a instigação a eles.

Aí está, portanto, o novo e combativo número da *Contexto Jurídico*. Os jovens autores que o integram chegaram à Faculdade de Direito e, começando a desfrutar do prazer de conhecer, não hesitaram em incorporar a suas vigílias acadêmicas o mais fecundo prazer de duvidar. Nas páginas que se seguem, o resultado dialético desses primeiros passos.

Maio de 2015

SEÇÃO NACIONAL

CONSTRUÇÃO PERMANENTE DO ESTADO DE DIREITO E A NECESSIDADE DE CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO

A PERMANENT BUILDING THE RULE OF LAW AND CONTAINING THE PUNITIVE
POWER.

Gustavo Monteiro Ayres¹⁻²

SUMÁRIO: RESUMO; INTRODUÇÃO; 1 – ESBOÇO DO ESTADO DE POLÍCIA E DO ESTADO DE DIREITO; 3 – A COEXISTÊNCIA DO ESTADO DE POLÍCIA COM O ESTADO DE DIREITO; 2.1 – UMA BREVE HISTÓRIA DE AVANÇOS E RECUOS DO PODER PUNITIVO; 2.2 – A NOVA ONDA PUNITIVA; 3 – OS DISCURSOS LEGITIMANTES DA PENA; 3.1 – A PENA COMO RETRIBUIÇÃO; 3.2 – A FINALIDADE DE PREVENÇÃO DA PENA; 3.2.1 – PREVENÇÃO GERAL; 3.2.2 – PREVENÇÃO ESPECIAL; CONCLUSÃO; BIBLIOGRAFIA.

RESUMO: O Estado de polícia é o antimodelo contra o qual se erguem a teoria e a construção do Estado de Direito, sendo estes modelos diametralmente opostos. Não existe um Estado de Direito real (histórico) perfeito, mas Estados que limitam, melhor ou pior, suas agências de poder punitivo. À medida que o poder punitivo do Estado se expande, vão desaparecendo garantias e liberdades individuais materiais e processuais, com o desrespeito a Constituições Republicanas e a documentos internacionais que consagram os direitos humanos. Historicamente, o poder punitivo tende a se expandir nos momentos em que a concentração de renda do grupo hegemônico, em determinado momento histórico, está ameaçada.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito. Estado de Polícia. Poder Punitivo. Coexistência. Garantias.

SUMMARY: ABSTRACT; INTRODUCTION; 1 – OUTLINE OF STATE POLICE AND THE RULE OF LAW; 2 – CO-EXISTENCE OF STATE POLICE WITH THE RULE OF LAW; 2.1 – A BRIEF HISTORY OF PROGRESS AND SETBACKS POWER PUNITIVE; 2.2 – A NEW WAVE PUNITIVE; 3 – THE SPEECHES PEN LEGITIMIZING; 3.1 – PEN AS RETRIBUTION; 3.2 – THE PURPOSE OF PEN PREVENTION; 3.2.1 – GENERAL PREVENTION; 3.2.2 – SPECIAL PREVENTION; CONCLUSION; REFERENCES.

ABSTRACT: The police state model is the opposite of the theory and construction of the rule of law. They are opposing models that coexist in all types of institutionalized political power. A perfect rule of law has never existed, but we can identify laws that help restrain punitive power. When the State punitive powers expand, violations against the Constitution and universal treaties of human rights begin to disappear. Historically, punitive power has expanded when incomes are concentrated in the hands of a few. For this reason, rule of law must be fortified, meaning guaranteeing individual liberties rather than abstract concepts of state or societal rights.

¹ Acadêmico do quarto ano do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: monteiroayres@hotmail.com.

² Agradeço aos professores Angelo Faria e Luiz Otávio Ribas pelas dicas e correção do texto. É claro que os erros do texto não são deles, mas meus.

KEYWORDS: Police State; Rule of Law. Punitive Power. Coexistence. Guaranties.

INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade, considerado uma conquista da humanidade, é consagrado pela maior parte das cartas constitucionais dos países democráticos no mundo. Sua origem remonta à luta do Terceiro Estado na França, no século XVIII, contra os arbítrios do príncipe e à luta por previsibilidade dos atos do Estado, o que se alcança, no Direito Penal, pela contenção do poder punitivo. O princípio é um instrumento de contenção de poder, à medida que, grosso modo, estabelece como fim a previsibilidade dos atos do governo. Ele está na gênese do Estado de Direito e é expressão máxima da contenção do arbítrio.

Entretanto, o Estado de polícia, caracterizado pelo arbítrio decisional do governante, não desapareceu com o advento da lei. O Estado de Direito, por sua vez, não nasceu de uma vez por todas e para sempre com a derrubada do antigo regime. Muito pelo contrário: os dois regimes coexistem simultaneamente em qualquer forma de poder político institucionalizado³, de modo que conter o Estado de polícia significa fortalecer o Estado de Direito, ao passo que expandir o poder punitivo implica a supressão de garantias individuais e o consequente esmorecimento do Estado de Direito.

O propósito deste trabalho é demonstrar que o Estado de Direito está em permanente construção. Para esse efeito, destaca-se a importância da limitação do poder do punitivo para o fortalecimento do Estado de Direito, e que essa é uma missão do Direito Penal liberal.

A princípio são explicados, em linhas gerais, os conceitos de Estado de Direito e Estado de polícia. Em seguida, desenvolve-se a dialética entre essas duas formas de poder político a partir de uma abordagem histórica dos momentos de expansão do poder punitivo do Estado e de um acontecimento da história recente. Por fim, são apresentadas as teorias legitimadoras da pena a sua inconsistência no Estado de Direito antes das conclusões.

1. ESBOÇO DO ESTADO DE POLÍCIA E DO ESTADO DE DIREITO

Este tópico é destinado a delinear os principais aspectos do conceito de Estado de Direito e de Estado de polícia, estabelecendo uma compreensão acerca de um e de outro, posto que essas duas formas de poder político serão mencionadas com alguma frequência, não havendo, no presente estudo, intenção de incorrer no erro de fazê-lo apenas por retórica.

³ ZAFFARONI, Eugênio Raul *et al.* *Direito Penal Brasileiro*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol.1, p. 95. Tradução de Nilo Batista.

Estado de polícia é uma forma de poder político em que o governante tem poderes absolutos. Ele intervém em todos os domínios da vida pública e privada em nome das razões do Estado. O governante possui o poder de decidir sobre o que é bom e possível para a sociedade e para as pessoas, e a sua decisão é lei. O Estado de polícia confisca os conflitos existentes na sociedade em nome não do interesse da vítima, mas do interesse da sociedade.

Como salienta Jorge Reis Novais, a vontade do governante, no Estado de polícia, “[...] impõe-se à medida do gradual desaparecimento das possibilidades de defesa judicial dos particulares relativamente às ofensas do Poder”⁴. Eugênio Raul Zaffaroni⁵, aprofundando a ideia de Estado de Direito e Estado de polícia, traça algumas características de um e outro. Posto que polícia significa etimologicamente administração ou governo, “[...] estado de polícia é aquele regido pelas decisões do governante”⁶. Nesse passo, ele é caracterizado pelo exercício vertical e autoritário do poder, em que o conceito de boa vida pertence à classe dominante, razão pela qual tende à distribuição de justiça substancialista, segundo a vontade do grupo hegemônico.

Em sentido *diametralmente* oposto, o Estado de Direito é aquele regido pela decisão proveniente da deliberação da maioria, respeitados os direitos das minorias, para que uma e outra sejam submetidas a regras previamente estabelecidas, e não a decisões transitórias, de maneira que cumprir a lei significa cumprir padrões de condutas previamente estabelecidos democraticamente. Com isso, o Estado de Direito é caracterizado pelo exercício horizontal e democrático do poder, em que o conceito de boa vida e a escolha sobre o que é bom ou possível pertencem a cada um dos indivíduos. Valer dizer, as pessoas têm o direito de decidir sobre os rumos de sua própria vida e viver de acordo com as suas escolhas. Desse modo, o exercício do poder seria fraterno, diferentemente do no Estado de polícia, que é paternalista, pretendendo, por exemplo, criminalizar modos pelos quais as pessoas escolhem conduzir suas próprias vidas, assim como suas ideias e crenças. Além disso, tenta proibir condutas autorreferentes que considera imorais.⁷

⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, pg. 36.

⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul *et al. Direito Penal Brasileiro*. 3.ed. trad. bras. de Nilo Batista. Rio de Janeiro: revan, 2006. vol. 1, p. 93.

⁶ Idem.

⁷ No código penal vigente, que é de 1940, sobressaem alguns indícios deste paternalismo, como, por exemplo, a criminalização do aborto e o mais nefasto e insano de todos eles: a criminalização das drogas, como que numa tentativa autoritária de proteger o indivíduo dele mesmo, sem ter em conta os efeitos desastrosos desta política.

Um Estado de Direito tem por fim e valor último a proteção e promoção dos direitos fundamentais do cidadão, por isso essas garantias constituem limites ao exercício do poder do Estado, regido por regras prévias democraticamente estabelecidas, com um elevado grau de descentralização do poder. Nessa ordem de ideias, Jorge Reis Novais⁸ afirma que “[...] estado de direito será, então, o estado vinculado e limitado juridicamente em ordem à proteção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio estado”⁹

Contudo, esses modelos não são puros. O Estado comporta elementos de um e de outro, que vivem em tensão dialética, ora relevando aspectos do Estado de Direito, ora os do Estado de polícia.

2. A COEXISTÊNCIA DO ESTADO DE POLÍCIA COM O ESTADO DE DIREITO

O tema da tensão existente entre o Estado de Direito e Estado de polícia é amplamente desenvolvido por Eugênio Raúl Zaffaroni, em obra conjunta com Nilo Batista, Alejandro Aligia e Alejandro Slokar,¹⁰ que assinalam não haver Estado de Direito real perfeito, mas sim Estados que contêm e controlam, em maior ou menor grau, elementos do Estado de polícia que subsistem dentro do Estado de Direito.

A inegável história de avanços e recuos das garantias individuais e do poder punitivo demonstra que o Estado de polícia coexiste com o Estado de Direito em relação de mútua exclusão. Existem, dentro do Estado de Direito, agências de poder que naturalmente tendem a concentrar e ampliar seus poderes.

O poder tende ao infinito, e os seus mecanismos internos de contenção tendem, por sua vez, a desaparecer. Por isto, é preciso existir mecanismos de contenção do poder externos a seu funcionamento, de maneira que não dependam do próprio poder, pois, à medida que este é concentrado, maiores são as decisões singulares do governante — ou das agências do poder punitivo —, e menores são as decisões de carácter deliberativo produzidas a partir do debate coletivo.

⁸ Op. cit., p. 26.

⁹ Op. cit., p. 36.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul *et al. Direito Penal Brasileiro*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol.1. Trad. Bras. de Nilo Batista.

É notável como o Estado policial tende a se expandir nos momentos de ameaça da retenção da riqueza e dos privilégios do grupo hegemônico da sociedade em um determinado momento histórico.

Seria impossível compreender que a contenção do poder punitivo¹¹ significa um fortalecimento do Estado de Direito, se se parte do pressuposto de que ele “[...] tenha surgido, com a constituição de Virgínia ou com a Revolução Francesa, e tenha se instalado para sempre, enquanto o estado de polícia acabou com o antigo regime”. O Estado de Direito está em construção desde os referidos marcos históricos e ao revés do que se convencionalmente se concebe. Habilitar o exercício do poder punitivo representa, assim, resgatar elementos do Estado de polícia que vivem dentro do Estado de Direito, suprimindo garantias e liberdades individuais. Daí a necessidade da construção de um saber penal crítico que deslegitime a atuação do poder punitivo, formalizando técnicas de Direito Penal, a fim de proteger o indivíduo face ao Estado de polícia.

2.1. Uma breve história de avanços e recuos do poder punitivo

Quando da tomada do poder pelos militares no Brasil, em 1964, foi impetrado um mandado de segurança, ação proposta para assegurar o exercício de direito líquido e certo, em face do novo regime que obstruía o exercício do direito do impetrante. O Supremo Tribunal Federal negou a segurança não porque o impetrante não estava com razão, mas pela impossibilidade de cumprimento da sentença, ante as forças militares instituídas. Apesar da vitória da ideologia do constitucionalismo democrático no ocidente, vê-se, atualmente, um recuo na proteção dos direitos fundamentais, notadamente os relativos à privacidade — que de modo reflexo restringe a liberdade de expressão —, e às garantias processuais (tais como devido processo legal, contraditório) nos Estados Unidos da América, por exemplo, considerado a maior democracia liberal do mundo.

O traço em comum desses dois contos aparentemente distantes é a intervenção do Estado na vida privada das pessoas, privando-as de seus direitos fundamentais mais elementares, sem observância das regras democraticamente estabelecidas.

O exercício do poder punitivo pelo Estado ocupa —ou deveria ocupar — o centro das discussões e debates filosóficos nas universidades e sociedade civil dos países que se pretendem

¹¹ O que é função do Direito Penal. Contudo, nossa produção legislativa é menos voltada para produção de garantias individuais do que para os crimes de lesa majestade.

democráticos, pois a construção de um Estado democrático passa necessariamente pela contenção do poder punitivo.

A tentativa de garantia dos direitos fundamentais e das liberdades individuais, conteúdo e finalidade de um Estado de Direito, fracassa sempre que ocorre a expansão do poder punitivo.

Mesmo a burguesia revolucionária francesa do século XVIII, da qual fazia parte o discurso de garantia dos direitos naturais e inalienáveis do homem e do cidadão, diante das circunstâncias históricas¹², abandonou o discurso de liberdades individuais do liberalismo político e entronizou um monarquista, Napoleão Bonaparte, que instituiu um regime que negava as liberdades individuais pelas quais a sociedade lutou pouco antes da derrubada do antigo regime, desencadeando as revoluções.

Em todo momento histórico, o Estado possui um aparelho punitivo para preservar o poder do grupo hegemônico ou classe dominante, que detém a concentração da renda. Nesse sentido, porém com muito mais precisão, Maria Lúcia Karam afirma que

[...] o sistema penal atua como mera manifestação de poder, servindo tão somente como instrumento de que se valem os mais diversos tipos de Estado para obter uma disciplina ou um controle social que resultem funcionais para manter e reproduzir a organização e o equilíbrio global das formações sociais historicamente determinadas nas quais surgem.

Quando surgem outros grupos com interesses opostos, ameaçando os interesses da classe dominante, o poder punitivo é um obstáculo. Esta é a razão da postura contraditória da burguesia pós-revolucionária, que lutou contra o antigo regime pelas liberdades individuais, mas, depois de sua ascensão ao poder, abandonou o discurso liberal político para consolidar a revolução e se manter no poder, o que só era possível pelo uso da força.

Com a expansão do socialismo nas décadas de 1950 e 1960, a América Latina e Europa foram tomadas por ditaduras. Esta é uma conjuntura que revela a correlação que existe entre ameaça dos interesses de um grupo dominante em um determinado momento histórico e a expansão do poder punitivo. A propriedade privada dos meios de produção — base sobre a qual se sustenta o modo de produção capitalista e que justifica a dominação do homem pelo homem, uma ideologia no sentido mais puro que possa haver — estava ameaçada com a difusão das ideias socialistas. O projeto liberal burguês, ora consolidado pelo uso da força, do poder

¹² Os trabalhadores perceberam pouco tempo após à derrubada do antigo regime que a burguesia não era sua aliada e que o projeto econômico liberal burguês não é bom para a classe proletariada, que resolveu implantar o seu projeto de sociedade vislumbrado no socialismo.

punitivo, encontrava-se ameaçado pelas revoluções liberais. Este perigo foi afastado por ditaduras, expressão máxima do Estado de polícia, ou seja, pela expansão do poder punitivo.

O discurso acerca da proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos se torna improfícuo nos casos em que os interesses do grupo hegemônico estão ameaçados. Talvez por isso se diga que a democracia ainda está para ser inventada. Democracia e capitalismo talvez sejam incompatíveis, uma vez que este é o modo de produção em que a riqueza mais se concentrou na história. A sociedade capitalista é dividida entre o privilégio e carência, a igualdade de direitos e a liberdade foram e, em grande medida, ainda são apenas formais.

O modo de produção capitalista é assentado na exploração do capital trabalho e do capital natureza, de modo que a exploração do trabalho humano é indispensável para a concentração da renda. Desse modo, onde houver capitalismo haverá exploração, autoritarismo social e aparelho repressivo estatal, a fim de preservar as relações de produção existentes. Lamentavelmente, a democracia não floresce num modo de distribuição e divisão da riqueza como esse.

2.2.A nova onda punitiva

Recentemente, a comunidade internacional foi surpreendida, no dia 07 de julho de 2013, com a notícia de que os Estados Unidos da América espreitam dezenas de países. O serviço de inteligência norte-americano possui de agências de espionagem nas capitais mais importantes do mundo. Não é para menos, uma vez que vigiar é uma forma de controle, necessária à manutenção das estruturas de poder e, segundo Zaffaroni¹³,

[...] o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coligações entre desfavorecidos etc.

A classe dominante precisa ter acesso às informações estrategicamente importantes trocadas pelos dominados. Diz-se classe dominante porque, macroscopicamente falando, os EUA são a classe hegemônica do mundo. É na América do Norte onde a concentração da renda é mais acentuada e onde se concentra a burguesia financeira mais poderosa do mundo.

É nos EUA que o processo de acumulação de capital mais se aperfeiçoou. O país é o epicentro da concentração de renda; por isso, convém obstar o surgimento de interesses

¹³ Op. cit., p. 98.

contrários aos do bom funcionamento da economia de mercado e do sistema financeiro mundial de acumulação de capital. Nada mais natural que fosse também lá que se desenvolvessem as formas mais avançadas de controle e poder punitivo, cujas agências são muito bem preparadas e com um poder de polícia bastante especializado e sofisticado.

É uma correlação quase que direta. Na sociedade em que exista uma elevada concentração de renda, é natural que o poder punitivo e as formas de controle sejam bastante desenvolvidas, dado que a necessidade de preservação dos interesses da classe dominante aumenta na proporção do nível de concentração da renda.

O poder e o controle de ideias e movimentos sociais, no capitalismo globalizado, transcende as fronteiras dos Estados. Não é suficiente preservar o *status quo* internamente; é preciso preservar o funcionamento do sistema no mundo, uma vez que os efeitos dos interesses contrários aos interesses hegemônicos, mesmo em outro país, podem alcançar grandes proporções, numa economia de mercado globalizada. Os EUA preservam os interesses do grande capital financeiro no mundo, vigiando, controlando e monitorando governos, ideias e opiniões.

Passados sete anos da crise econômica mundial de 2008, o sistema financeiro ainda sente os seus efeitos. A economia não se recuperou como um todo. O capitalismo no mundo, mais uma vez, está em crise. Alguns apostam que ela será superada apenas com uma nova guerra mundial, como foi com a crise de 1929¹⁴. O *New Deal* apenas amorteceu os efeitos da primeira grande crise econômica mundial por superprodução. A recuperação da economia dos EUA se deu com o surto de industrialização no país, em razão da crescente demanda por armas e gêneros de primeira necessidade da Europa no período da Segunda Guerra Mundial. Era a volta do *American Way of Life*.

Os interesses e a grande concentração de renda da burguesia financeira mundial estão ameaçados. Não é incomum a consequente expansão do poder punitivo e das formas de controle.

Em contrapartida, aos poucos vão desaparecendo as garantias individuais, com criação de leis penais e processuais distanciadas das garantias constitucionais, na mesma proporção em que os privilégios da classe econômica dominante estão ameaçados. Por ora, é o direito à privacidade, tendo em vista o acesso a milhares de *e-mails* de particulares por parte do governo. Além disso, nos EUA, já se prende pessoas sem o devido processo legal em nome do combate

¹⁴ FERREIRA, João Paulo Mesquita Hidalgo; FERNANDES, Luiz Estevam de Oliveira. *Nova História Integrada*. 1. ed. Campinas: companhia da escola, 2005. p. 495.

ao “terrorismo”. E é exatamente isto o que mais assusta: a formação de Estados autoritários sob o pretexto do combate ao crime, legitimado pelos discursos dos meios de comunicação de massa. Ademais, o bode expiatório do século XXI é o terrorista. É o combate ao terrorismo, como nas últimas ditaduras foi o combate ao socialismo, que vai justificar o avanço do Estado de polícia no mundo mais uma vez.

A expansão do poder punitivo fomenta a criação descomedida de novos tipos penais e a multiplicação de verbos, além de uma produção legislativa desgarrada dos princípios básicos do Direito Penal, das constituições republicanas, dos documentos internacionais de Direito Humanos e do Estado de Direito. São leis que incriminam condutas, por lesarem bens jurídicos abstratos de uma sociedade abstrata, bem ao sabor de regimes totalitários; que violam o devido processo legal, por permitir a negociação entre o investigador e o acusado, por exemplo, de modo que ele contribua para sua autoincriminação; e que afastam o princípio da taxatividade penal, sob o pretexto de que há crimes mais complexos na sociedade contemporânea que não cabem numa tipificação taxativa.

Assim, o poder punitivo tem sido legitimado e tem alcançado os cidadãos com cada vez menos dificuldade, tornando cada vez mais difícil a tarefa de observância da constituição.

3. OS DISCURSOS LEGITIMANTES DA PENA

É da natureza das revoluções realizar profundas transformações na sociedade. Elas representam uma ruptura com o passado e negação, em certa medida, de suas instituições e justificações nas áreas do conhecimento em geral nas ciências humanas em particular.

No campo das ciências políticas, as revoluções burguesas tornaram obsoletas as justificativas para o poder estatal: não era mais possível legitimar o poder terreno a partir de uma teoria do direito divino, por exemplo, como se fizera. Desta feita, surgem as teorias contratualistas, para citar um exemplo.

A ciência jurídica não passou incólume por esses influxos de ideias. O direito canônico teve sua importância substancialmente reduzida e foram resgatadas as instituições do direito romano. No Direito Penal, em especial, era necessário justificar a existência da pena, ou seja, quais seriam as suas finalidades e funções.

Surgem, então, as teorias legitimantes, que atribuem à pena funções declaradas ou manifestas e que constituem o discurso oficial de sua legitimação. Algumas das mais importantes serão apresentadas, embora sem pretensão de esgotar o assunto, mas destacando os seus principais pontos.

3.1.A pena como retribuição

A palavra retribuição tem raiz latina (*retributionis*) e significa compensar. Nesse sentido, a pena como retribuição é a imposição de um mal justo a um mal injusto, significando uma vingança. A pena não teria outro fim senão a imposição de um castigo correspondente ao mal causado: *punitur, quia peccatum est*¹⁵.

A pena como retribuição encontra adeptos na filosofia jurídica dos séculos XVIII e XIX, sobretudo Emmanuel Kant, para quem a justiça retributiva é lei inviolável, e em Hegel, que considera a imposição da pena necessária para reafirmação da norma violada, na medida em que o crime é a negação da norma e a pena é a negação da negação e, portanto, afirmação do direito¹⁶.

O artigo 147 do Código Penal expressa a influência da teoria da pena como retribuição na legislação brasileira, pois considera crime a ameaça a alguém de “causar-lhe mal injusto”. O Estado ameaça os indivíduos com a pena, coação psicológica que é o ponto central da teoria da pena como prevenção geral negativa. Não considerasse a pena um mal justo, estaria sua conduta tipificada. Então, ameaça é crime, salvo a do Estado, pois o mal que anuncia infringir é justo. A partir da distinção de um mal, legitima-se um crime do Estado.

Ademais, pena como retribuição não se justifica num Estado de Direito, porque a função do Direito Penal não é realizar vinganças, mas sim proteger bens jurídicos¹⁷.

3.2.A finalidade da prevenção da pena

A palavra prevenção (do latim *praeventio*) significa dispor-se de modo a evitar um dano. As teorias da pena, como prevenção geral e especial, tanto em seu viés positivo quanto no negativo, de fato, sugerem a ideia de aplicar a pena, a fim de evitar um novo crime. A teoria da prevenção geral é construída a partir dos efeitos simbólicos da aplicação da pena para a coletividade (reforço da confiança do povo no ordenamento e intimidação da generalidade dos indivíduos), ao passo que a teoria da prevenção especial toma em conta a atuação da pena sobre o indivíduo (ressocialização e neutralização).

3.2.1. Prevenção geral

¹⁵ Punido, porque pecou.

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 454-455.

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 456.

A função de prevenção geral atribuída à pena, do mesmo modo que a função de prevenção especial, possui vieses positivos e negativos, com o objetivo de evitar a prática de crimes futuros.

Há duas linhas de pensamento principais sobre a prevenção geral positiva, uma representada por Claus Roxin e outra por Gunther Jakobs¹⁸. Roxin chama de integração/prevenção “[...] a demonstração da inviolabilidade do direito, necessária para a preservação da confiança na ordem jurídica e reforçar a fidelidade jurídica do povo”¹⁹.

Na concepção de Roxin, a função preventiva geral da pena seria relativa, na medida em que é uma função dentre outras funções da pena, de natureza subsidiária, já que admite os meios de solução de conflitos que não a pena, e fragmentária, porque não pretende proteger todos os bens jurídicos violados na sociedade²⁰.

Juarez Cirino dos Santos afirma que Jakobs “[...] define prevenção geral positiva como demonstração da validade da norma, manifestada através de reação contra a violação da norma realizada às custas do competente responsável, necessário para reafirmar as expectativas normativas frustradas pelo comportamento criminoso”²¹. Portanto, função preventiva geral positiva atribuída à pena, para Jakob, é de afirmação da validade da norma jurídica penal infringida.

A pena não reestabelece a confiança dos indivíduos na norma, uma vez que a maioria esmagadora dos crimes nem sequer chegam ao conhecimento da autoridade policial ou Ministério Público, responsável pelo oferecimento da denúncia nos crimes de ação penal pública.

Por outro lado, a atribuição à pena da função de reafirmar a validade da norma é autoritária, porque desloca o foco da lei penal da proteção de bens jurídicos para reforço da norma considera em si mesma, independentemente do seu conteúdo.

A prevenção geral negativa, por sua vez, é concepção de que a pena tem a função de impedir crimes futuros pela ameaça, o que pressupõe sua efetiva aplicação. A pena teria uma função intimidadora, concepção tributária da teoria da coação psicológica de Feuerbach²².

Essa teoria fracassa, uma vez que a maior parte dos casos em que a pena devia ser aplicada não o é, inviabilizando sua execução. Devido a isso, não cumpre sua função de

¹⁸ Op. cit., p. 460-461.

¹⁹ Op. cit., p. 460.

²⁰ Op. cit., p. 460.

²¹ Op. cit., p. 461.

²² Op. cit., p. 459.

intimidação, porque não é uma consequência necessária. Ademais, aplicar a pena sob a justificativa de que inibirá a prática de crimes futuros por meio da ameaça viola a dignidade humana, posto que ninguém pode suportar uma pena para servir de exemplo para a coletividade, já que as pessoas têm de ser tratadas como um fim em si mesmo.

Soma-se a isso o fracasso das penas de cilícios medievais e da pena de morte, que, muito embora tão graves, não conseguiram produzir o efeito psicológico da intimidação e o fato do Estado empregar uma conduta que foi desvalorizada pelo próprio Estado, sendo considerada crime (art. 147 Código Penal).

3.2.2. Prevenção especial

Como assinalado, a função de prevenção especial da pena possui uma forma positiva e uma negativa, ambas tendo em conta a função da pena do ponto de vista do condenado.

A forma positiva da pena como prevenção especial indica que a finalidade da pena é ressocializar, reeducar e reintegrar o condenado. Esta evitaria, pois, novos crimes atuando no indivíduo, uma vez que ele é ressocializado e reeducado pela imposição da pena.

No entanto, o Estado não pode pretender corrigir as pessoas segundo seus padrões morais. Além disso, o fracasso da função de ressocialização da pena é demonstrado pelos altos índices de reincidência.

A pena como prevenção especial negativa, por sua vez, representa a neutralização do condenado. A pena evitaria crimes futuros, na medida em que neutraliza o condenado durante a execução da pena.

Como referido acima, a parcela dos autores de crimes que sofrem efetivamente a imposição da pena é ínfima. Então, a prisionalização não tem efeitos, ou efeitos mínimos, sobre número de crimes cometidos na sociedade, já que a maioria esmagadora dos autores de crimes não são punidos e, portanto, neutralizados.

CONCLUSÃO

O Estado de Direito é a antítese do Estado de polícia. Aqueles que mergulharem na aventura da construção de um Estado de Direito terão de se empenhar na contenção do poder punitivo para que, aos poucos, este se consolide. As revoluções burguesas, no aspecto liberal político, significam avanços na construção do Estado de Direito, mas ainda se está muito

distante do modelo ideal. Convém ressaltar, ainda, que estes avanços se deram, em grande parte, com a contenção do arbítrio do governante e com o enfrentamento do poder punitivo.

Estado de polícia e Estado de Direito coexistem simultaneamente em luta, em relação de exclusão recíproca. Não se pode imaginar que o Estado de Direito está pronto e acabado. Ele está em permanente construção, a qual depende em elevado grau de deslegitimação do poder punitivo.

As teorias legitimantes atribuem funções e fins à pena estatal, pretendendo justificar sua existência na sociedade moderna, mas cada uma delas esbarra em críticas, tanto do ponto de vista prático quanto do axiológico.

A grande missão do Direito Penal na construção do Estado democrático é deslegitimar o poder punitivo, conter os arbítrios para preservar as garantias do indivíduo contra o Estado. É pôr a proteção do indivíduo acima dos interesses do Estado. A dogmática penal é um dique de contenção do poder punitivo. Por isto, ela tem de ser construída, de modo a permitir que a pena alcance o indivíduo somente quando realmente for necessário e não houver outro modo de solução do conflito. É por este motivo que o Direito Penal é a *ultima ratio*.

Nesse sentido, Zaffaroni afirma que

[...] o Direito Penal não interpreta com meros fins especulativos, mas para orientar as decisões dos operadores judiciais, e o sistema de compreensão que ele constrói não é neutro (como em um puro pensar sistemático que busque eternidade e perfeição), mas sim corresponde a um objetivo político, previamente estabelecido (valorativo), que é a contenção do poder punitivo para fortalecer o estado de direito²³.

A proteção dos direitos fundamentais e às garantias individuais, assim como o respeito aos direitos humanos, requerem o resgate de um Direito Penal crítico, que não atenda ao odioso desejo de vingança do ser humano; que ponha as garantias individuais acima das razões de Estado e dos interesses abstratos da sociedade. Requer a construção de uma dogmática penal tão liberal quanto possível, consentânea com sua natureza mínima.

Para tanto, deve-se abandonar o senso comum. Num Estado de Direito, mesmo os mais odiados são sujeitos de direito. Deve-se resgatar o sonho de liberdade e igualdade socialista e repudiar suas contrafações autoritárias passadas e modernas. Se o Estado policial é o antimodelo contra o qual se ergue o Estado de Direito, conter o poder punitivo do Estado significa fortalecer

²³ ZAFFARONI, Eugênio Raul *et al.* *Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol.1. Trad. bras. de Nilo Batista.

o Estado democrático; a construção de um Estado *fraternal* depende e é consentânea com uma dogmática finalística teleológica redutora do Direito Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo Batista. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11ed. Rio de Janeiro: Revan, março de 2007.

FERREIRA, João Paulo Mesquita Hidalgo; FERNANDES, Luiz Estevam de Oliveira. *Nova história integrada*. 1. ed. Campinas: Companhia da Escola, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. *Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *et al. Direito penal brasileiro*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol.1. Trad. bras. de Nilo Batista.

O SABER PENAL E A MODÉSTIA

PENAL KNOWLEDGE AND MODESTY

Daniel Cardoso dos Reis¹

SUMÁRIO: RESUMO; INTRODUÇÃO; 1 – FERIDAS NARCÍCAS DO DIREITO PENAL; 2 – A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS; – 3 O CONTROLE DO CRIME; 4 – A NECESSIDADE DE MODÉSTIA;REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O presente trabalho pretende, a partir da crítica ao caráter científico do Direito e das contribuições advindas da criminologia norte-americana e da criminologia crítica, demonstrar a necessidade da reversão do atual quadro de incomunicabilidade do saber penal, deixando-o aberto às críticas de outros saberes, de modo que ele não se isole do mundo dos fatos.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Pena.Feridas Narcísicas do Direito Penal.Criminologia Crítica.Proteção de Bens Jurídicos.Controle do Crime.

SUMMARY: ABSTRACT; INTRODUCTION; 1 – CRIMINAL LAW'S NARCISSISTIC INJURIES; 2 – THE PROTECTION CONFERRED BY CRIMINAL LAW; 3 – CRIME CONTROL; 3.1 – PEN AS RETRIBUTION; 4–THE MODESTY NEEDED; CONCLUSION; REFERENCES

ABSTRACT: The current work intends to demonstrate the need to modify the present scenario of isolation that the penal knowledge faces, permitting it to be open to critics, so that it does not lose contact with the real world. For this purpose, it will be used contributions from North-American criminology and critical criminology.

KEYWORDS: Theory of Punishment.Criminal Law's Narcissistic Wounds.Critical Criminology.Protection Conferred by Criminal Law.Crime Control.

INTRODUÇÃO

Direito é um conceito. Não é um ser, não tem substância. E, como todo conceito, necessariamente remete a outros conceitos, os quais, por sua vez, recorrem ainda a conceitos anteriores. Deste modo, para se chegar ao conceito de direito há de se valer de remissões e associações. Mais: o conceito de direito é apenas um dentre tantos possíveis, ou seja, trata-se de uma opção e, portanto, de uma redução, uma simplificação, uma apreensão parcial da realidade que resulta, inevitavelmente, na postulação de igualdade entre desiguais. Por fim,um

¹Mestrando em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

conceito é uma representação do pensamento que é construída a partir de experiências passadas, mas que tem a pretensão de ser válida para o futuro².

O direito, portanto, não é um dado. Não é um ente ontológico que possui existência autônoma à da sociedade. Não é revelado ao homem nem descoberto por sua razão, mas sim construído este, conforme já preconizava Tobias Barreto³. O direito é, pois, um produto do homem, e, mais especificamente, resultado da interpretação. Assim, Paulo Queiroz, inspirando-se em Nietzsche, aponta com precisão que “[...] não existem fenômenos morais, mas apenas uma interpretação moral dos fenômenos, tampouco existem fenômenos jurídicos, mas só uma interpretação jurídica dos fenômenos”⁴. Direito, é, portanto, o que se diz que ele é, e, nesse sentido, “[...] o direito tem a forma e o tamanho da hipocrisia humana”⁵.

Essas reflexões ajudam a romper o condão de pureza e neutralidade que o rótulo de ciência atribuiu ao direito. Além disso, questionamentos acerca da incompletude do ordenamento jurídico, da fragilidade de seu objeto de investigação e da impossibilidade de pleno controle deste, bem como da ausência de harmonia entre as promessas normativas e sua efetividade social, também contribuem para debilitar o próprio caráter científico do direito.

Diante dessas críticas, chega-se a um quadro de sedição contra o entendimento de que o saber jurídico constitui uma ciência, constituindo o que Salo de Carvalho chamou de “[...] ferida narcísica da dogmática jurídica”⁶.

1. FERIDAS NARCÍICAS DO DIREITO PENAL

O mito de Narciso é retomado nos escritos de Freud do início do século XX. O conceito de narcisismo compreende a “[...] transposição, para o eu do Sujeito, dos investimentos libidinais antes feitos nos objetos do mundo externo”⁷. Trata-se, pois, de um ato de voltar-se para dentro, de autofoco, de contentamento com a própria representação. Esse conceito foi

² QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2011. p. 6 e ss.

³ Apud BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 18

⁴ QUEIROZ, Paulo. Op. cit. p. 9.

⁵ QUEIROZ, Paulo. QUEIROZ, Paulo. *Tropa de Elite e o poder das metáforas*. 2013. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/tropa-de-elite-e-o-poder-das-metaforas/>> Acesso em: 17 mar. 13. Outra observação do autor, nesse mesmo texto, é muito pertinente: “Parece certo assim que, no fundo, direito, estado de direito, justiça etc. são apenas metáforas que associamos às sensações que nos causam algum prazer, conforto, segurança ou sentimento análogo; quando as nossas emoções são em sentido oposto, então diremos que se trata de algo injusto ou cruel”

⁶ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 43.

⁷ RUDINESCO & PLON, 1998 apud CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 87.

utilizado por Freud como uma ferramenta para a compreensão analítica de desordens psicológicas.

O narcisismo, além de ser útil para a perquirição de desordens individuais, o é também para a análise das expectativas e representações da cultura ocidental. Com esse intuito, Freud elencou três feridas narcísicas da humanidade: a ferida cosmológica, que se dá com os estudos de Copérnico e sua conclusão de que o sistema solar era heliocêntrico, gerando o rompimento da crença de que a Terra se encontrava no centro do universo e que o sol, os planetas e a lua giravam ao seu redor; a ferida biológica, consequência das pesquisas de Darwin e de sua teoria da evolução, a qual atribui à seleção natural e às mutações a adaptação das espécies ao ambiente, estabelecendo-se, conseqüentemente, uma clara conexão entre os outros animais e o homem. Disso resulta uma quebra com o paradigma do homem como ser de origem divina e soberano quanto às demais espécies; por fim, tem-se a ferida psicológica que se dá — e aqui talvez se depare com uma passagem de pouca modéstia — com a psicanálise, que revela a existência do inconsciente e abala o império da racionalidade que nos tornaria seres diferenciados, ou, de maneira mais clara, superiores.

Partindo da ideia de Freud, Salo de Carvalho elenca duas feridas narcísicas do Direito Penal, ou seja, duas circunstâncias que abalam sua vaidade: a desconstrução do ideal de controle do crime efetivada pela criminologia e a crítica à perspectiva de tutela de bens jurídicos⁸. Passa-se à análise desta.

2. A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

O Direito Penal, em sendo uma especialização do direito, está sujeito à mesma análise crítica já realizada, ou seja, ao fato de que se trata de um constructo humano, que se encontra em permanente mutação e cuja efetividade depende da interpretação do homem. Nesse sentido, a doutrina costuma apontar como função desempenhada por este ramo do saber jurídico a garantia das condições de vida da sociedade — *Mestieri* —, ou, ainda, preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social — Heleno Fragoso⁹. Roxin, por sua vez, entende que o Direito Penal tem por função “[...] garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”¹⁰. Em resumo,

⁸ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 87 e 88.

⁹ Apud BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 21.

¹⁰ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

pode-se dizer que o objetivo declarado do Direito Penal é a “[...] proteção de bens jurídicos através da cominação, aplicação e execução da pena”¹¹.

A doutrina, portanto, é quase uníssona ao apontar que a função exercida pelo Direito Penal abrange a proteção de bens jurídicos. Ocorre que, primeiramente, não há uma definição universalmente aceita do que vem a ser esse instituto, apontando a doutrina inúmeras conceituações possíveis. Claus Roxin, por exemplo, entende que os bens jurídicos são “[...] circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”¹². Certamente o conceito apresentado permite uma grande elasticidade nos valores que podem ser enquadrados como bem jurídico. Além disso, há se de lembrar que a eleição dos valores que são dignos da proteção pelo Direito Penal não é aleatória, operando-se, desde já, a seletividade do sistema penal¹³.

Sobre o ponto, é importante retomar os ensinamentos de Baratta:

[...] define-se o Direito Penal como um instrumento que tutela os interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, mas ao mesmo tempo, definem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo Direito Penal¹⁴.

Assim, ao debater a fundamentação do Direito Penal, sob a ótica da doutrina majoritária, e a relevância dos bens jurídicos por ele tutelado, cai-se num ciclo tautológico a partir do qual dificilmente se avança. Há, assim, uma autolegitimação: o Direito Penal é legítimo porque protege os interesses essenciais da sociedade; os interesses mais relevantes da sociedade são aqueles que são eleitos pelo Direito Penal para serem protegidos. Tal autolegitimação assemelha-se ao paradoxo de Tostines¹⁵. Explica-se: diferentemente do paradoxo do ovo e da galinha — que se resume à indagação de quem teria surgido primeiro, a galinha ou o ovo — do qual somente resulta uma dúvida, no paradoxo de Tostines, mediante duas afirmações contraditórias entre si, consegue-se, além de gerar uma dúvida, afirmar duas qualidades do

¹¹ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 116.

¹² ROXIN, Claus. Op. cit. p. 18 e 19;

¹³ ZAFFARONI, E; Raúl. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

¹⁴ *Ibidem*. p. 105.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 2, número 5, janeiro-março de 1994. p. 10.

¹⁵ A publicidade do biscoito Tostines veiculada na televisão durante os anos 1980 questionava o consumidor: Tostines é mais fresquinho porque vende mais ou vende mais porque é mais fresquinho? Tal publicidade gerou o que ficou popularmente conhecido como o paradoxo de Tostines.

produto. Pois bem, por meio das definições tautológicas sobre Direito Penal e bem jurídico ressaltadas por Baratta, há a reafirmação e a legitimação do papel indispensável do Direito Penal: o Direito Penal é relevante porque a ele cabe a proteção dos bens jurídicos fundamentais, e estes, por sua vez, são facilmente identificáveis, pois são exatamente aqueles selecionados pelo Direito Penal para que recebam a proteção mais robusta conferida pelo Estado. Reafirmada está, pois, a legitimidade do poder punitivo.

Apesar da visão majoritária da doutrina ser conforme essa orientação, fato é que a atuação do sistema penal só se dá posteriormente à prática do crime. A atuação que se dá mediante um iminente perigo de lesão ou para interromper uma que se encontra em curso não pode ser chamada de pena, mas sim de coerção direta¹⁶. A coerção direta é um exercício de poder que conta com uma explicação racional, qual seja, a de cessar a lesão ou ameaça de lesão. Quando exercida dentro desse limite é legítima, pois “[...] enquanto uma atividade lesiva perdurar a força empregada para detê-la não constitui pena, mas sim coerção direta”¹⁷, visando tão somente obstar a lesão, o que é racionalmente justificável. Já a pena, por sua vez, tem caráter retributivo, e, portanto, gera a perda de bens jurídicos ou direitos subjetivos, configurando-se como um mal que ultrapassa a simples reintegração ou compensação devidas¹⁸.

Há de se observar, ainda, que a elaboração teórica do bem jurídico serviu — e deveria servir — para a limitação do poder de punir do Estado¹⁹. No entanto, a dogmática penal insiste em utilizar a função de defesa do bem jurídico para transparecer “[...] o delírio de grandeza messiânico de responsabilizar-se pela proteção dos valores mais importante à Humanidade — chegando ao ponto de assumir o encargo garantidor do futuro da civilização através da tutela penal das gerações futuras”²⁰.

Essa postura autorreferencial e prepotente do Direito Penal dificulta o diálogo com outros saberes e impede que se reconheçam suas próprias limitações. Assim, o comportamento do discurso penal assume os valores de Narciso: “[...] imagem exacerbada; excessiva estetização de si mesmo; autocentramento; intolerância a defeitos e incapacidades que se desviam de figuras determinadas como aceitáveis”²¹. No entanto, com o estabelecimento de diálogo do saber penal com outros saberes, em especial a criminologia, expõe-se sua “[...]”

¹⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit..

¹⁷ Ibidem. p. 105.

¹⁸ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 43.

¹⁹ PASCHOAL, Janaína Conceição Paschoal. Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2003. p. 48.

²⁰ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 104.

²¹ Loc. cit.

absoluta incapacidade de proteção de quaisquer valores, dos mais importantes ao de menor significância social”²², constituindo-se, assim, uma ferida narcísica do Direito Penal.

No sentido contrário à corrente predominante, Juarez Tavares aponta com brilhantismo que, geralmente, insere-se o bem jurídico como pressuposto do tipo, mas na qualidade de objeto de proteção. Na verdade, não se pode instituir como pressuposto do tipo a proteção do tipo, pois essa proteção não possui conteúdo real. Em primeiro lugar, não há demonstração de que, efetivamente, a formulação típica de uma conduta proibida proteja o bem jurídico. Em segundo lugar, essa proteção do bem jurídico funciona apenas como *mera referência formal, sem fundamento material*. Finalmente, inserir a proteção de bem jurídico como pressuposto do tipo significa uma opção por uma política criminal puramente sistêmica, de tomar o tipo não como instrumento de garantia, mas sim como instrumento de manutenção e reprodução da ordem. Este último aspecto é ignorado pela dogmática, que, simplesmente, aceita a finalidade protetiva atribuída ao tipo como dado absolutamente irrefutável²³ (grifo nosso).

Em razão de toda essa crítica, conclui-se que a dogmática penal, admitindo sua incapacidade protetiva, quando do estudo da parte especial do Código Penal, ao invés de utilizar-se da classificação de crimes quanto ao bem jurídico tutelado, deveria utilizar a expressão bem jurídico ofendido²⁴. Trata-se de uma pequena diferença de vocabulário, mas que, caso não se altere, acaba por reforçar dia após dia o mito da defesa dos bens jurídicos. Afinal, “[...] conceitos têm consequências”²⁵.

Por fim, entende-se que somente pode-se tratar o Direito Penal como instrumento de tutela de bens jurídicos caso se parta da teoria negativa — ou agnóstica — da pena. Isso porque, perante essa perspectiva, entende-se que a função do Direito Penal, como dique de contenção do poder punitivo, é a de conter o Estado de polícia que subjaz em qualquer Estado de Direito. Assim, ao frear o poder punitivo e efetivar os direitos fundamentais, o Direito Penal estaria tutelando os bens jurídicos mais relevantes, podendo-se falar, somente sob esse aspecto, em proteção a bens jurídicos efetivada, de fato, pelo Direito Penal²⁶.

3. O CONTROLE DO CRIME

²² Loc. cit.

²³ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 180

²⁴ Assim o faz o professor Nilo Batista, inclusive enquanto lecionava para seus alunos de graduação.

²⁵ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 15.

²⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit. 2003.

Outra função comumente atribuída ao Direito Penal é a de combater o crime. Esse é o entendimento, por exemplo, de Damásio de Jesus²⁷. E, certamente, essa é a função mais alarmada na mídia, sobretudo quando ocorrem crimes que chocam a população.

Primeiramente há de se esclarecer o que se entende por crime. A origem etimológica dessa palavra, segundo Álvaro Pires²⁸, remete ao vocábulo latino *crimen*, o qual significava decisão judicial. *Crimen*, por sua vez, remonta ao vocábulo grego *krimen*, que se traduz por julgar, escolher, separar. A origem da palavra crime, portanto, está ligada *não a uma conduta*, mas sim ao *juízo* de um comportamento.

Portanto, o crime, como tal, não existe. “Existem somente atos, aos quais são atribuídos diferentes significados em cenários sociais diferentes”²⁹. Crime não é um ente biológico, que tem vida e constituição próprias. Não há uma fôrma em que o crime se encaixa; não há cheiro nem cor de crime³⁰. Crime é uma adjetivação, um rótulo agregado a uma conduta, resultado de prévia seleção política de ações e omissões que serão eleitas como passíveis de habilitação da coerção estatal — ou seja, de aplicação de pena. Assim, pode-se afirmar que “[...] não existem fenômenos criminosos, mas apenas uma interpretação criminalizante dos fenômenos; logo, não existem fenômenos típicos, antijurídicos ou culpáveis, mas somente uma interpretação tipificante, antijuridizante e culpabilizante dos fenômenos”³¹. Em suma, pode-se concluir, em termos beauvoirianos, que não se nasce crime, torna-se.

Não há, pois, diferença ontológica entre um ilícito penal e outro não penal. Atualmente, aceita-se como caráter diferencial do crime para com outras condutas ilícitas a especificidade de sua resposta normativa: a pena. Esta, por sua vez, distingue-se das demais sanções não penais por seu caráter eminentemente retributivo. A pena inflige um mal que excede a simples reintegração ao *status quo* ante ou a compensação, valendo-se da restrição de bens jurídicos ou de direitos subjetivos³². A pena funda-se, pois, na transposição do limite de tornar uma conduta indene (compensação) ou de reintegrar a situação prévia à conduta. De maneira mais direta e esclarecedora, pena nada mais é que “i[...] nflição consciente de dor”³³.

²⁷Apud BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 21.

²⁸Apud TANGERINO, David. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p 15.

²⁹CHRISTIE, Nils. Op. cit. 2011, p. 20

³⁰BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

³¹_____. *A propósito do conceito definitorial de crime*. 2013. Disponível em <<http://pauloqueiroz.net/a-proposito-do-conceito-definitorial-de-crime/>> Acesso em: 17 mar. 13.

³²BATISTA, Nilo. Op. cit.

³³CHRISTIE, Nils. Op. cit. p. 124.

Dentre as teorias que discutem a função exercida pela pena, têm-se as teorias absolutas — que consideram que a pena é um fim em si mesmo, não lhe atribuindo qualquer finalidade específica — e as teorias relativas, que atribuem uma função determinada para a pena.

As teorias absolutas da pena tratam-na como a retribuição proporcional do mal causado, de modo que se garanta a conservação ética da sociedade. Atualmente, não são muitos os muitos autores que defendem francamente estas teorias, já que se trata de um grande desafio intelectual argumentar em favor da imposição de sofrimento sem um fim específico, apenas como reprovação da ação e como manutenção da eticidade. Afinal, se é tomado como ponto de partida o pressuposto que o Direito Penal e o poder punitivo só se legitimam quando de acordo com valores ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana³⁴, torna-se desafiadora a defesa da imposição de sofrimento que não busca um fim específico, sem que se rompa com o imperativo categórico kantiano de não instrumentalização do homem. Cabe ressaltar que, ainda que por via reflexa, as teorias absolutas acabam por defender que a pena tem por função a defesa social, pois sendo a ética uma pauta de convivência social, sua manutenção se justificaria tão somente como defesa desse *status quo* ético presente na sociedade³⁵.

Já as teorias relativas, por sua vez, são amplamente aceitas pela dogmática penal, sejam em suas formas puras, sejam misturadas entre si. Essas teorias defendem que a pena tem por função dissuadir aqueles que não delinquiram, introduzindo obediência ao estado e a segurança dos bens que poderiam vir a ser ofendidos (teoria da prevenção geral negativa); o reforço simbólico das internalizações positivas dos não criminosos ou do próprio sistema social, por meio da conservação dos valores ético-sociais fundamentais ou pela superação da desnormalização (teoria da prevenção geral positiva); a eliminação ou neutralização física do agente, conservando o restante do corpo social (teoria da prevenção especial negativa); ou a reparação da inferioridade, da periculosidade da pessoa, conservando a sociedade e impulsionando o seu progresso moral (teorias da prevenção especial positiva).

O Código Penal brasileiro parece ter adotado uma teoria relativa mista da pena, pois, como prevê o artigo 59³⁶, sua imposição se deve ter em vista a reprovação da conduta e

³⁴ JOFFILY, Tiago. *Direito e compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

³⁵ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit..

³⁶Artigo 59 do CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, grifo nosso).

Artigo 1º da lei 7.210/84: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984).

prevenção da ocorrência de outros delitos. A Lei de Execução Penal, por sua vez, prevê que a execução da penal objetiva proporcionar condições para a “[...] harmônica integração social do condenado e do internado”³⁷.

Em breve síntese, esse é o quadro doutrinário e normativo quanto à pena no Brasil. No entanto, a criminologia norte-americana, seguida da criminologia crítica, demonstraram exaustivamente que a eficiência do controle punitivo do delito e do desvio são um mito³⁸. Sabe-se que somente uma pequena parte dos atos que poderiam ser entendidos como crime chegam ao conhecimento do sistema penal. Com isso, há uma discrepância entre os crimes efetivamente cometidos e os registrados, à qual se convencionou chamar de cifra oculta ou cifra negra. Assim, há atos, em tese, criminosos que não são sequer comunicados à polícia; atos que são registrados, mas não investigados; atos investigados que não dão origem a inquéritos; inquéritos que não dão origem a uma ação penal; ações penais que não geram condenação; e condenações que não geram imposição de pena, seja pela fuga, seja pela prescrição ou, ainda, pela não execução de um mandado de prisão. A impunidade, pois, é a regra, sendo a punição excepcional³⁹.

O conceito de cifra oculta demonstra que nem todos os atos, em tese, criminosos, resultam na aplicação de pena. Em verdade, o sistema penal é estruturalmente seletivo⁴⁰. A primeira etapa dessa seletividade se dá quando da elaboração das leis que permitem a punição, uma vez que há de se escolher quais as condutas que serão passíveis de reprimenda. Quando da efetivação da programação criminalizante, devido à limitada capacidade operativa das agências do sistema penal, há a seleção de pessoas a serem criminalizadas. Tal seleção não se dá de forma aleatória, mas sim com olhos voltados, principalmente, a obras toscas, operando-se com base em estereótipos formados com grande contribuição dos empresários morais.

Não há, desse modo, qualquer comprovação fática de que conferir tratamento penal a uma conduta, ou endurecê-lo, faz com que ela seja praticada com menor frequência. É notável, entretanto, que ao conferir o rótulo de crime a uma conduta nada mais se está fazendo que criar mais crimes e criminalizados.

Percebe-se, portanto, que todas as promessas do saber penal são desconstruídas pela criminologia. E mesmo diante dessa constatação, o Direito Penal segue em sua alienada jornada heroica, buscando o que é estrutural e irreversivelmente incapaz de alcançar. Como bem explica

³⁸ CARVALHO, Salo. Op. cit. p. 89.

³⁹ THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos: o crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁴⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Op. cit. §1º

Salo de Carvalho, é interessante notar, portanto, a transversalidade ideológica e a força que o positivismo jurídico adquire através dos insípidos conceitos da dogmática penal. Apesar de a criminologia, durante as últimas décadas, demonstrar empiricamente a disfunção do controle penal e a incapacidade de o sistema cumprir suas promessas oficiais, fundamentalmente em relação aos fins da pena (ressocialização, intimidação e coesão social) e aos fins do próprio Direito Penal (proteção de bens jurídicos), a dogmática (ciência) segue reproduzindo discurso que, ao invés de instrumentalizar o projeto político-criminal de mínima incidência, atribui fins e funções positivas à intervenção, potencializando e relegitimando a intervenção do sistema criminal⁴¹.

4. A NECESSIDADE DE MODÉSTIA

A atual formação dos alunos de Direito é conivente com a completa alienação quanto à realidade. Estuda-se o caso do invasor do campo de caça que se alivia na moita e é alvejado pelo caçador que estava em erro, pois este tinha sido informado que era o primeiro a entrar no campo. Pouco se discute, entretanto, o porquê de se aplicar a pena. Não se olha para a realidade para observar se o que os livros prometem se realiza na prática.

Faz-se necessário lembrar que toda burocracia acaba por esquecer seus objetivos, substituindo-os pela reiteração ritual⁴². Em sendo o saber jurídico muito próximo de um saber técnico, os que dele se utilizam correm, diuturnamente, o risco de sair dos fóruns como o personagem de Chaplin em *Tempos Modernos*⁴³: apertando os mesmos parafusos jurídicos, repetida e infinitamente. Ao menos no filme mencionado há estabelecida figura que oprime — imediatamente — o trabalhador, sendo claro o motivo pelo qual o personagem se submete ao trabalho maçante. No caso dos “operadores” do Direito, entretanto, seria interessante questionar, metaforicamente, quem seria o dono da fábrica para a qual se apertam repetidamente os mesmos parafusos jurídicos, e qual o resultado que se obtém na esteira ao final dessa linha de produção.

O percurso da criminologia norte-americana e o da criminologia crítica demonstraram que as promessas de proteção de bens jurídicos e de controle do crime não se realizam. No entanto, continua-se a trilhar os mesmos caminhos no Direito Penal. É imprescindível que se

⁴¹ CARVALHO, Salo. Op. cit. p. 99.

⁴² MERTON apud ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit. p. 45.

⁴³ A famosa cena pode ser apreciada no endereço <http://www.youtube.com/watch?v=Vqnorw_Uwes>. Acesso em: mar. 2013.

constate, na prática jurídica, que, ao recorrer à teoria do delito e seus institutos, o juiz não constata um crime preexistente à interpretação, mas o constrói por meio da interpretação. E dizer que em Direito (e em Direito Penal) nada é dado, que tudo é construído, significa que todos os conceitos a que a teoria do delito remete também o é: dolo, culpa, nexa causal, autoria, erro etc. Também por isso, dolo e culpa, erro de tipo e erro de proibição, entre outros, não são, a rigor, estados mentais do sujeito, mas uma imputação a esse título (a título doloso etc.). Porque a teoria geral do delito não faz outra coisa senão construir critérios legítimos (pretensamente) de imputação (objetiva e subjetiva) de responsabilidade penal por determinadas ações e resultados⁴⁴.

Essa crítica deve valer para todos que se interessam pelo saber penal. Direito é uma dimensão do poder⁴⁵, e não se pode esquecer que “[...] não há sujeito neutro. Somos forçosamente adversários de alguém”⁴⁶. Deste modo, optar pela ideia dominante na “ciência” do Direito Penal— com toda a sua pretensa neutralidade — é, sim, optar por uma alternativa e aliar-se a uma interpretação que produz concretas consequências sociais⁴⁷.

É notável que a dogmática atual volta-se com vigor para a resolução de problemas e imperfeições da teoria do delito. Pouco se ocupa, entretanto, dos fundamentos da teoria da pena⁴⁸. Nesse sentido, é perfeita a observação de que

[...] parece verdadeiramente temerário que qualquer pessoa, antes mesmo de saber exatamente para onde está indo, passe a decidir se irá a pé, de carro ou de avião. Da mesma forma, transferida essa perplexidade para o âmbito do Direito Penal, é igualmente incrível que alguém, antes mesmo de saber para que serve o poder punitivo, passe a discutir sobre as formas mais adequadas e eficientes de seu exercício, debruçando-se sobre problemas puramente dogmáticos como se eles nenhuma relação tivessem com o mundo das coisas⁴⁹.

Deste modo, urge ao Direito Penal, *rectius*, saber penal, realizar um exercício de autocrítica e modéstia. É preciso romper com o narcisismo que lhe aflige, oportunizando- lhe, em especial à teoria da pena, a interação com outros saberes, abrindo-se às críticas deles provenientes.

⁴⁴ QUEIROZ, Paulo. *A propósito do conceito definitorial de crime*. 2013. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/a-proposito-do-conceito-definitorial-de-crime/>>. Acesso em: 17 mar. 13.

⁴⁵ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2011. p. 10.

⁴⁶ FOUCAULT, 1999 apud QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 2011, p. 25.

⁴⁷ Os moinhos de gastar gente nunca se moveram e nem se movem sem a força do vento.

⁴⁸ Como bem coloca o saudoso Augusto Thompson, “[...] o resto é conversa fiada, para, por meio de um saber científico cuja substância é pura trama ideológica, justificar o emprego de toda sorte de violências contra as massas que jazem no limbo social” (THOMPSON, 2007, p. 42).

⁴⁹ JOFFILY, Tiago. Op. cit. p. 8.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, número 5, p. 05-24, jan mar 1994.

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

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

JOFFILY, Tiago. *Direito e compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

QUEIROZ, Paulo. *A propósito do conceito definitorial de crime*. 2013a. Disponível em <<http://pauloqueiroz.net/a-proposito-do-conceito-definitorial-de-crime/>>. Acesso em: 17 mar. 13.

_____. *Direito Penal: parte geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Tropa de Elite e o poder das metáforas*. 2013b. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/tropa-de-elite-e-o-poder-das-metaforas/>> Acesso em: 17 mar. 13.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.

TANGERINO, David. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos: o crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2ª Edição. 2003

O USO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA (*INSIDER TRADING*) NO MERCADO DE CAPITAIS E SUA VEDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE USE OF PRIVILEGED INFORMATION (*INSIDER TRADING*) IN CAPITAL MARKETS AND ITS PROHIBITION IN BRAZILIAN LAW

Elton Nunes José Alves¹

SUMÁRIO: RESUMO; INTRODUÇÃO; 1 – O *INSIDER TRADING* COMO PRÁTICA PROIBIDA: BREVE HISTÓRICO; 2 – O USO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA COMO CONDUTA DESLEAL; – 3 – O DEVER DE LEALDADE COMO PRESSUPOSTO PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE *INSIDER TRADING*; 4 – O *INSIDER TRADING* NO DIREITO BRASILEIRO: O CASO SADIA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMO: Trata-se de análise da prática de *insider trading* (uso de informação privilegiada), vedada no ordenamento jurídico brasileiro. Tida como prática desleal no mercado de capitais, analisa-se o contexto de seu surgimento, no Direito brasileiro e estrangeiro, especialmente no Direito norte-americano, berço da repressão legal ao *insider trading*, na década de 1930, surgida sob o fantasma da catástrofe econômica causada pela Grande Depressão de 1929. No Brasil, a repressão a tal conduta surge apenas em 1976, com a edição da Lei nº 6.404 (Lei das Sociedades Anônimas), no contexto de elevada preocupação com a assimetria de informações. Relata-se o caso paradigmático de repressão penal ao *insider trading* no Direito brasileiro, o chamado “caso Sadia”, e, por fim, destaca-se a importância de adoção, por parte das sociedades empresárias, de boas práticas de governança corporativa.

PALAVRAS-CHAVE: *Insider Trading*. Repressão. Conduta Desleal. Mercado de Capitais. Governança Corporativa.

SUMMARY: SUMMARY; INTRODUCTION; 1 – THE *INSIDER TRADING* AS A FORBIDDEN PRACTISE : BRIEF HISTORY; 1 – USE OF PRIVILEGED INFORMATION AS UNFAIR CONDUCT; 3 - DUTY OF LOYALTY AS ASSUMPTION FOR CRIME SETUP *INSIDER TRADING*; 4 – THE ABUSE OF INFORMATION IN THE BRAZILIAN LAW: THE SADIA CASE; CONCLUSION; REFERENCES

ABSTRACT: This paper aims to analysis the practice of “insider trading” (use of privileged information), prohibited in Brazilian law. Regarded as an unfair practice on capital markets, we analyze the context of its emergence, in Brazilian and foreign law, especially the American law, genesis of the legal repression to insider trading, in the Decade of 1930, which arose under the spectre of economic catastrophe caused by the Great Depression of 1929. In Brazil, the repression of such conduct arises only in 1976, with the publication of law nº 6404 (law of business corporations), in the context of high concern with the asymmetry of information. It is reported the paradigmatic case of criminal repression to insider trading in Brazilian law, the so-called "Caso Sadia", to finally, highlight the importance of adoption, by firms, of good corporate governance practices.

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

KEYWORDS: Insider Trading. Repression. Unfair Behavior. Capital Markets. Corporate Governance.

INTRODUÇÃO

O mercado de capitais, como afirma Francisco Cavalcante², “[...] é ferramenta essencial e fundamental ao funcionamento das economias modernas porque permite melhor eficiência na troca de riquezas entre os agentes econômicos”, pois, segundo o autor, “[...] no mercado de capitais está o oxigênio do capital acionário”. De fato, a atuação dos agentes econômicos no mercado de capitais é atividade extremamente importante para as economias de mercado, uma vez que tem como principal objetivo a captação de recursos de médio e longo prazo para as entidades emissoras. Assim, “[...] a função econômica essencial do mercado de capitais é a de permitir às empresas, mediante a emissão pública de valores mobiliários, a captação de recursos não exigíveis para o financiamento de seus projetos de investimento ou mesmo para alongar o prazo de suas dívidas”³. Da necessidade de regular a atuação dos *players* no mercado nasce o chamado “direito do mercado de capitais”, que pode assim ser definido:

[É] a totalidade de disposições legais, condições de negócios e padrões (*standards*) reconhecidos, que regulam a organização do Mercado de Capitais, as prestações de serviços bancários, relacionadas a este mercado, bem como os deveres de conduta dos participantes do mercado, ou de terceiros, também assim relacionados⁴.

Com o fito de regular os deveres de conduta dos participantes do mercado, o Direito brasileiro prevê a ilicitude de determinadas práticas no mercado financeiro. Dentre essas práticas ilícitas encontra-se a de *Insider Trading*, que significa o uso de informação relevante ainda não divulgada, tida como uma das mais prejudiciais ao mercado. Trata-se de conduta que tem elevado grau de reprovabilidade, com repressão, inclusive, na esfera criminal. O artigo 155, parágrafo 4º, da Lei nº 6.404, de 1976, incluído pela Lei nº 10.303, de 2001, dispõe que é vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários. Trata-se de um dos deveres de lealdade do administrador, conforme dispõe a cabeça do artigo 155 da mesma lei, ao exigir, daquele que administra a sociedade, lealdade à

² Conforme explica Francisco Cavalcante, na apresentação à sua obra: CAVALCANTE, Francisco. *Mercado de capitais: o que é, como funciona*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

³ EIZIRIK, et al. *Mercado de Capitais - Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2008, p.08.

⁴ KÜMPEL, Siegfried. *Direito do Mercado de Capitais: do ponto de vista do direito europeu, alemão e brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.07.

sociedade empresária e que mantenha reserva sobre seus negócios, sendo-lhe vedado, portanto, praticar condutas que afrontam tais deveres, tais como os exemplificados nos respectivos incisos do supracitado artigo⁵.

A confiança, como se sabe, é elemento fundamental para o bom funcionamento do mercado. Dentre as principais funções do mercado de capitais encontra-se “[...] a de repartição de riscos e o financiamento das atividades econômicas”⁶. Por isso, condutas que quebram essa relação de confiança podem gerar consequências deletérias a todo o sistema financeiro, com possibilidade de instauração de crises de consequências inimagináveis. Não é por outra razão que o ordenamento jurídico brasileiro (e outros ordenamentos jurídicos, de modo geral) veda condutas que ameaçam a estabilidade do sistema financeiro em geral e o mercado de capitais em particular, tendo a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) a competência para manter a higidez do mercado de capitais no Brasil.

O dever de lealdade impõe aos administradores da sociedade o exercício de seus poderes segundo os princípios da boa-fé, tendo em vista os interesses sociais⁷. No contexto corporativo, verifica-se, portanto, que o dever de lealdade exige que o administrador subordine seus interesses pessoais ao bem-estar da sociedade empresária⁸, consagrando a chamada *corporate opportunity doctrine*, dos norte-americanos, “[...] que impede que os administradores ou acionistas controladores utilizem, em proveito próprio, as oportunidades de negócio oferecidas à companhia”⁹.

O administrador da companhia aberta tem, outrossim, o dever específico de guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influenciar na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado, ainda, valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários, tudo conforme artigo 155, parágrafo 1º, da lei das S.A. O dispositivo refere-se, pois, ao dever de informar do administrador sobre atos ou

⁵ Os incisos do artigo 155, da lei 6404/76, exemplificam as condutas que afrontam o dever de lealdade do administrador com a sociedade empresária: I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.

⁶ CARVALHO, Tomás Lima de. *A regulação do mercado financeiro e a necessária intervenção estatal na autonomia privada*. Disponível em: <<http://www.msmsadvogados.com.br/artigos/artigo01.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

⁷EIZIRIK, et al. *Mercado de Capitais - Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2008, p.438.

⁸CLARKSON; MILLER; CROSS, *Business Law: text and cases: legal, ethical, global, and corporate environment*. 12ª ed. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2012, p.780.

⁹EIZIRIK, et al. *Mercado de Capitais - Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2008, p.439.

fatos relevantes nas atividades da companhia (art. 157, parágrafo 1º, alínea “e”, da Lei 6404/1976).

O artigo 27-D da Lei 6.385/1976, incluído pela Lei 10.303/2001, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários, define o crime de *insider trading*. O dispositivo prevê a punição quando do uso indevido de informação privilegiada, que se caracteriza quando utiliza-se informação relevante ainda não divulgada ao mercado de que tenha conhecimento e sobre a qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários. A pena é de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e multa de até três vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

A doutrina aponta que o tipo em questão tem por finalidade “[...] tutelar a função pública da informação, enquanto justo critério de distribuição do risco dos negócios”¹⁰. O bem jurídico protegido seria, então, “[...] a confiabilidade e, por corolário, a eficiência do mercado”¹¹.

1. O *INSIDER TRADING* COMO PRÁTICA PROIBIDA: BREVE HISTÓRICO

Tem-se notícia da tutela penal dos mercados de capitais desde o Código Penal francês, de 1810, que, segundo Leonardo Alonso, “[...] tratava da manipulação de mercado como uma das formas possíveis do crime de manipulação de preços, e que teve forte influência sobre os demais sistemas legais da Europa ao longo do século XIX [...]”¹². No entanto, o tratamento penal dado ao *insider trading* tem história bem mais recente, pois, conforme o mesmo autor, no tocante ao uso indevido de informação privilegiada, de igual sorte, “[...] o tratamento pioneiro veio da França, em 1970, com a previsão de pena de prisão de dois meses a dois anos, além de multa de cinco milhões de francos a até quatro vezes o valor do benefício indevidamente alcançado”.

Tal prática também é vedada nos Estados Unidos desde 1934, através do *US Securities Exchange Act*, tanto no âmbito civil como penal. Erradicar o *insider trading* se tornou um dos mais importantes objetivos dos reguladores de mercado norte-americanos, como declarou o

¹⁰ PINTO, Frederico apud DE PAULA, Áureo Natal. *Crimes contra o sistema financeiro e o mercado de capitais*. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p.37.

¹¹ PROENÇA, José Marcelo Martins. *Insider Trading: regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais*. São Paulo: Quarter Latin, 2005, p.322.

¹² ALONSO, Leonardo. *Crimes contra o Mercado de Capitais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p.70.

presidente da Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos, Arthur Levitt, numa conferência em Washington, em fevereiro de 1998:

Trading based on privileged access to information can demoralize investors and destabilize investment. It has utterly no place in any fair-minded, law-abiding economy. It's a chronic danger. It's all to evident in today's marketplace. And it's a crime. The American people see it, bluntly, as a form of cheating. They – along with the S.E.C. – have zero tolerance for the crime of insider trading. Let's state it clearly, and in the un-ambiguous that it deserves: Insider trading is legally forbidden. It's morally wrong. And it's economically dangerous.¹³

Para o então presidente da *US Securities and Exchange Commission*, a prática de *insider trading* é condenada em virtude de ser proibida por lei, uma vez que é moralmente errada e perigosa economicamente. Compartilha do mesmo entendimento o ex-*Chairman* da *SEC* (*US Securities and Exchange Commission*), Charles Christopher Cox, ao afirmar, no Congresso dos Estados Unidos, em 2007, que o *insider trading* é um dos três maiores riscos que afeta os mercados de capitais norte-americano¹⁴. No Brasil, o atual presidente da CVM, Leonardo Pereira, em recente entrevista (informação verbal)¹⁵, admitiu ser “[...] difícil ter prova de *insider*. Mas a gente pega”, e reconheceu “[ser] difícil de se averiguar no mundo inteiro. Porque são coisas, às vezes, extremamente subjetivas”. De fato, conforme nos informa o próprio presidente da CVM¹⁶, de 2000 a 2013, a CVM teve 188 pessoas respondendo a processos de *insider*; entretanto, com poucas condenações pelo órgão regulador. A prática é vedada em diversos ordenamentos jurídicos. Na China, por exemplo, o Código Penal estabelece as penas de acordo com o volume financeiro envolvido, com penas de até 500 (quinhentos) por cento do valor da transação ilegal e pena de prisão de até 10 (dez) anos para casos de especial gravidade. Apesar da severa repressão legal, a prática ainda encontra-se arraigada no mercado de capitais daquele país. Até 2005, houve apenas um caso de acusação por *insider trading* na China¹⁷, o que demonstra que o rigor penal nem sempre é suficiente para reprimir tal conduta. Na Europa, a Alemanha implementou regras contra o *insider trading* apenas bem recentemente. O

¹³ LEVITT, Arthur. A question of integrity: promoting investor confidence by fighting insider trading, Remarks of Chairman Arthur Levitt to the ‘S.E.C. Speaks’ Conference, Whashington, DC, 27 February 1998. Apud ABRIS, Arturo. Do Insider Trading Laws Works? *European Financial Management*. Vol. 11. N° 3. 2005, p. 268.

¹⁴ ALI, Paul U; GREGORIOU, Greg N. *Insider trading: global developments and analisys*. New York: CRC Press, 2009, p. IX.

¹⁵ Disponível em: <http://brasileconomico.ig.com.br/noticias/e-dificil-pegar-insider-mas-a-gente-pegadiz-pereira_133909.html>.

¹⁶ Op.cit.

¹⁷ SALINGER, Lawrence M. *Encyclopedia of white-collar and corporate crime*. Vol.1. California: SAGE Publications, 2005, p.163.

Wertpapierhandelsgesetz (a lei dos valores mobiliários alemão) entrou em vigor no final de 1994¹⁸.

A repressão ao *insider trading* começou a ter especial importância na década de 1930, nos Estados Unidos, quando foram editados o *Securities Act*, em 1933, e o *Securities Exchange Act*, em 1934, de modo a regulamentar o mercado de valores mobiliários americano. A gênese da repressão ao *insider trading* é indiscutivelmente norte-americana¹⁹.

A década de 1930, como sabemos, assistiu à catástrofe econômica produzida pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929. Percebeu-se, nesta época, a necessidade de regulação do mercado, até então regido sob a égide incontestável da ideologia do *laissez faire*. Neste mesmo contexto, ganha força as ideias de John Keynes, que defendia uma maior intervenção do Estado na economia, de modo a pôr limites à atuação desenfreada do mercado, para, assim, evitar as crises. A Grande Depressão, como afirmou Eric Hobsbawm²⁰, “[...] destruiu o liberalismo econômico por meio século”. Afirma o historiador que “[...] a Grande Depressão obrigou os governos ocidentais a dar às considerações sociais prioridades sobre as econômicas em suas políticas de Estado”²¹. No Brasil, a partir da década de trinta, acentuou-se o mecanismo de intervenção do Estado no domínio econômico. Conforme anota Alberto Venâncio Filho, “[...] no período do Estado Novo, acentua-se essa tendência intervencionista, por força do regime autoritário, sendo o período fértil em decretos-leis, mediante os quais se regulam aspectos mais variados da vida nacional [...]”²². A Grande Depressão, afirma-se, confirmou a crença de intelectuais, ativistas e cidadãos comuns “[...] de que havia alguma coisa fundamentalmente errada no mundo em que viviam”. No Brasil, no entanto, conforme explica Marcella Blok, a prática de *insider trading* somente veio a ser vedada em 1976, com a edição da Lei nº 6.404, embora sem uma definição legal para o termo *insider*. A Lei nº 6.404/76, nos artigos 155 e 157, combinados com os 145, 160 e 165, como afirma Blok, ao tratar dos deveres de lealdade e de prestar informações, por parte dos administradores e pessoas a eles equiparados, implicitamente emitiu o conceito de “*insider*”. Somente em 2001 somente houve a previsão penal de repressão da conduta, constituindo-se tal prática, portanto, crime.

¹⁸ BETZER, André; THEISSEN, Erik. Insider Trading and Corporate Governance: The Case of Germany. *European Financial Management*. Vol.15, nº 02, 2009, p. 405.

¹⁹ SANTANA, Melina Marques Mendes. *O tratamento penal do uso indevido de informação privilegiada no mercado de capitais – insider trading*. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p.176.

²⁰ HOBBSAWN, Eric J. *Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991)*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 99.

²¹ Idem, *ibidem*.

²² VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p.32

Importante lembrar que nos anos 1970 havia uma preocupação geral com as chamadas assimetrias de informação. Nesta década, em um dos trabalhos mais marcantes para a teoria econômica, que lhe valeu o prêmio Nobel de Economia em 2001, o economista G. Akerloff demonstrou como certos mercados simplesmente não podem existir por diferenças no grau de informação entre os participantes²³.

2. O USO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA COMO CONDUTA DESLEAL

São Tomás de Aquino, no século XIII, assentou que não há dever moral inerente a um comerciante de grãos recém-chegado de dizer ao povo da cidade, quando de sua chegada, que existem outros comerciantes de grãos um dia atrás dele. Deixar de divulgar esta informação significa que ele vai ser capaz de impor um preço mais elevado para o seu grão, mas não haveria nada de moralmente errado em manter a informação para si mesmo, segundo São Tomás de Aquino. Em outras palavras, não haveria nada de intrinsecamente errado em lucrar com informações privilegiadas²⁴.

O *insider trading*, tido como prática ilegal, teve início a partir do início do século XX, conforme já afirmado. Nos Estados Unidos, antes de 1909, não havia nenhuma obrigação legal de o *insider trader* divulgar informações não públicas. No caso *Strong v. Repide*, em 1909, a Suprema Corte Americana assentou que “[...] *a company official is obligated to disclose her identity and nonpublic information when she trades the company stocks*”²⁵. No entanto, o caso de maior repercussão de repressão ao *insider trading* nos Estados Unidos foi *SEC v. Texas Gulf Sulphur Co. TGS* (1969)²⁶, sob a égide da legislação proibitiva.

²³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Menos mercado. In: DE CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro *et al.* *Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.77.

²⁴ MCGEE, Robert W. An Economical and Ethical Look At Insider Trading. In: ALI, Paul U; GREGORIOU, Greg N. *Insider trading: global developments and analysis*. New York: CRC Press, 2009, p.35.

²⁵ SALINGER, Lawrence M. *Encyclopedia of white-collar and corporate crime*. Vol.1. Califórnia: SAGE Publications, 2005, p.429.

²⁶ Tradução livre feita por Natasha Pereira Wiedmann, em “A criminalização do insider trading no Brasil, suas principais controvérsias e o caso “Sadia-Perdigão”, de DAVIS, Harry. Overview of the Law of insider trading. In: SCHULTE ROTH; ZABEL LLP.; DAVIS, Harry (coord.). *Insider trading. Law and compliance. Answer Book 2011-12*. New York City: Practising LawInstitute, 2011, p. 10-11:

“No caso *SEC v. Gulf Sulphur Co.*, o Segundo Circuito manteve o entendimento do caso *Cady, Roberts*, no sentido de ser o *insider trading* uma violação à seção 10 (b) e da Regra 10b-5. Mas, dessa vez, a corte se baseou na teoria da injustiça de mercado, em detrimento de se basear na quebra do dever fiduciário. A SEC deu início a uma ação contra vários administradores, diretores e empregados da *Texas Gulf Sulphur Company (TGS)*, que teriam comprado ações e opções com base na informação ainda não divulgada de que a companhia teria encontrado reservas minerárias. O primeiro boletim informativo da companhia minimizou os resultados do achado. Quatro dias depois, a *TGS* confirmou os resultados originais em outro informativo, o que desencadeou um aumento no preço das ações da companhia. Ao final do julgamento, o Segundo Circuito entendeu que os indiciados teriam praticado o *insider trading*, fundamentando-se na teoria de que eles teriam criado inequidade no Mercado, pois

O professor Robert Mcgee²⁷, acompanhado por parte da doutrina, especialmente norte-americana, mais vinculada ao ideal do liberalismo clássico, acredita que não há necessidade de qualquer lei que trate da prática de *insider trading*. Para ele, nós já temos leis que protegem os direitos de propriedade. Tudo o que deve ser feito é definir mais claramente os direitos de propriedade na informação²⁸. E arremata dizendo: “[...] *there is no need to have special laws on insider trading. Having good laws that protect contract and property rights would be sufficient*”²⁹. Não é essa, no entanto, a tendência doutrinária e legislativa que se verifica mundialmente, em que se procura coibir mais incisivamente tal conduta, uma vez verificada as consequências negativas que a assimetria de informações causa a todo o sistema financeiro, assim como a conduta desleal de quem conduz negociações ou se lança ao mercado com “trunfos” que outros atuantes no mercado não têm, num jogo em que o detentor da informação sabe, previamente, que sairá vencedor.

3. O DEVER DE LEALDADE COMO PRESSUPOSTO PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE *INSIDER TRADING*

Norma Parente³⁰ afirma que “*Insider*, em relação à determinada companhia, é toda a pessoa que, em virtude de fatos circunstanciais, tem acesso a ‘informações relevantes’ relativas aos negócios e situação da companhia”. A definição de *insider* é extremamente importante para definirmos o sujeito ativo do ilícito.

Nos Estados Unidos, a *Securities and Exchange Commission* e a jurisprudência têm ampliado o conceito de *insider trading* para estender as punições legais a outras pessoas, além dos administradores e controladores (por exemplo, empregados da companhia, advogados, contadores e até psicanalistas de esposas de executivos)³¹. A doutrina norte-americana costuma distinguir os *insiders* dos *tippers*. Segundo Marcella Blok³², “Enquanto os primeiros possuem

não teriam divulgado os resultados de forma correta e, assim, teriam criado uma desigualdade de acesso a informações de mercado”.

²⁷ MCGEE, Robert W. An Economical and Ethical Look At Insider Trading. In: ALI, Paul; GREGORIOU, Greg N. *Insider trading: global developments and analysis*. New York: CRC Press, 2009, p.35-48.

²⁸ No original: “[...] *we already have laws to protect property rights. All that really needs to be done is to more clearly define property rights in information*” (MCGEE, 2009, p.35).

²⁹ Idem, ibidem.

³⁰ PARENTE, Norma Jonssen. *Aspectos Jurídicos do insider trading*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/Publ_600.asp>. Acesso em: 08 ago. 2013.

³¹ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 3ª edição. São Paulo: Del Rey, 2005, p.183.

³² BLOK, MARCELLA. *Insider Trading: o descumprimento do dever de lealdade pelo uso de informações privilegiadas*. Disponível em: <http://www.bocater.com.br/artigos/insider_trading.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2013.

acesso direto às informações privilegiadas, os últimos as obtêm devido a determinadas dicas repassadas pelos *insiders*, que, nesse caso, funcionam como *tippers*”.

No Brasil, a Lei das S.A., em sua versão original, considerava como *insiders* apenas os administradores da companhia³³. Posteriormente, a Instrução CVM nº 31/1984 ampliou o elenco dos *insiders*. A Instrução 358/2002, em seu artigo 13, dispõe quem pode ser *insider*:

Art. 13 - Antes da divulgação ao mercado de ato ou fato relevante ocorrido nos negócios da companhia, é vedada a negociação com valores mobiliários de sua emissão, ou a eles referenciados, pela própria companhia aberta, pelos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, ou por quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia aberta, sua controladora, suas controladas ou coligadas, tenha conhecimento da informação relativa ao ato ou fato relevante.

O parágrafo 1º proíbe, também, a negociação de quem quer que tenha conhecimento de informação referente a ato ou fato relevante, sabendo que se trata de informação ainda não divulgada ao mercado, em especial àqueles que tenham relação comercial, profissional ou de confiança com a sociedade empresária, tais como auditores independentes, analistas de valores mobiliários, consultores e instituições integrantes do sistema de distribuição, aos quais compete verificar a respeito da divulgação da informação antes de negociar com valores mobiliários de emissão da companhia ou a eles referenciados.

Conforme lembra o professor Eizirik, há um limite para a expressão “qualquer pessoa”, disposta no parágrafo 4º, do artigo 155, da Lei 6.404/1976. Para o professor, “[...] deve haver um nexo profissional entre o vazamento de informações e os terceiros, para que possam ser enquadrados na norma”³⁴. Ou seja, “[...] apenas aqueles que, em virtude do exercício de profissão tenham acesso às informações (auditores, advogados, peritos, operadores de mercado etc.) é que poderão ser responsabilizados pelo seu uso”³⁵.

Deve-se ressaltar que, na esfera penal, o delito é próprio, ou seja, só podem ser incriminadas as pessoas obrigadas a guardar sigilo, como, por exemplo, o acionista controlador, administradores, membros do conselho fiscal e prestadores de serviço que tenham, em virtude da lei ou do contrato, dever de sigilo, os chamados “*insiders primários*”³⁶. Já os “*insiders secundários*” (que não estão obrigados ao dever de sigilo) podem ser punidos

³³ EIZIRIK *et al.* *Mercado de Capitais - Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2008.

³⁴ EIZIRIK *et al.* *Mercado de Capitais - Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2008, p.540.

³⁵ *Idem*, *ibidem*.

³⁶ *Idem*, p.545.

administrativamente pela CVM, caso utilizem informação relevante que sabiam ser privilegiada, mas não podem ser punidos penalmente.

4. O *INSIDER TRADING* NO DIREITO BRASILEIRO: O CASO SADIA

A primeira sentença sobre *insider trading* no Brasil condenou os réus Luiz Gonzaga Murat Júnior e Romano Ancelmo Fontana Filho, dois executivos da Sadia, empresa atuante na indústria de alimentos no Brasil. O primeiro era Diretor de Finanças e Relações com Investidores. O último era membro do conselho de administração. A ação penal foi aberta em 2009 pela 6ª Vara Federal especializada de São Paulo³⁷.

Segundo a denúncia do MPF, os dois réus lucraram na Bolsa de Valores de Nova York, mediante o uso de informações privilegiadas obtidas em São Paulo relativas à oferta da Sadia pelo controle acionário da concorrente Perdigão, em julho de 2006. O caso em questão já tivera punição administrativa, em 2007, no âmbito da *Securities and Exchange Commission (SEC)*³⁸³⁹, dos Estados Unidos.

O MPF aduziu que os acusados teriam negociado valores mobiliários valendo-se de informação relevante ainda não divulgada ao mercado de que tinham conhecimento e sobre a qual deveriam manter sigilo. Tal informação consistia em oferta pública de aquisição (OPA), a ser realizada por parte da sociedade empresária Sadia S.A., sobre as ações da sua principal concorrente, a Perdigão S.A. Conforme o relatório da sentença⁴⁰, a denúncia especifica de forma detalhada a sequência cronológica dos acontecimentos, notadamente os momentos em que cada um dos acusados tomou conhecimento da informação privilegiada e em que foram realizadas as negociações.

A sentença traz, ainda, uma interessante abordagem da evolução histórica da figura do *Insider Trading*, lembrando ainda que “[...] conquanto existam críticas doutrinárias à atuação do Direito Penal como seara, a criminalização dessa prática se apresenta como tendência mundial” (idem, p.24). Outro aspecto de especial pertinência neste *leading case* refere-se à competência da CVM para punir atos praticados no exterior, mas com repercussão no Brasil.

³⁷Processo nº 0005123-26.2009.4.03.6181, da 6ª Vara Federal especializada de São Paulo.

³⁸JUSBRASIL. MPF/SP oferece primeira denúncia de *insider trading* no Brasil. Disponível em: <<http://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/1044676/mpf-sp-oferece-primeira-denuncia-de-insider-trading-no-brasil>>. Acesso em: 09 ago. 2013.

³⁹ A denúncia do SEC contra Romano Ancelmo Fontana Filho pode ser encontrada no seguinte endereço virtual: <<http://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20157.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2013.

⁴⁰ A sentença proferida pelo Juiz Federal Substituto Marcelo Costenaro Cavali, da 6ª Vara Criminal de São Paulo, encontra-se disponível no seguinte endereço virtual: <http://www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/pdfs-das-noticias/Sentenca_Insider.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2013

As defesas dos acusados sustentaram que as condutas praticadas não tiveram o condão de ofender o mercado de capitais brasileiro, mas apenas, eventualmente, o norte-americano, tendo em vista que não foram adquiridas ações na Bolsa de Valores brasileira, mas ADRs (*American Depository Receipts*), representativos de ações de emissão da Perdigão S.A. Corretamente, o magistrado assentou que

O bem jurídico protegido é a confiança que os investidores depositam no mercado de capitais. A prática de negociação de valores mobiliários a partir de informações privilegiadas obtidas em **companhias brasileiras, com ações negociadas na bolsa de valores brasileira**, evidentemente afeta o **mercado de capitais brasileiro** (idem, p. 28, grifos no original)

Assim, “[...] não há como se afastar a lesão ao bem jurídico tutelado pela razão de que as negociações ocorreram nos EUA” (p.30). Deste modo, o juízo *a quo* entendeu caracterizada a prática do delito de negociação de valores mobiliários mediante uso de informação privilegiada (artigo 27-D, da Lei nº 6.385/1976) pelos acusados Luiz, por duas vezes, e Romano, por quatro vezes, razão pela qual o Magistrado julgou procedente a pretensão punitiva para condenar Luiz Gonzaga Murat Filho à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial aberto e à pena de multa no valor de R\$ 349.711,53 (trezentos e quarenta e nove mil, setecentos e onze reais e cinquenta e três centavos) e Romano Ancelmo Fontana Filho à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e à pena de multa no valor de R\$ 374.940,52 (trezentos e setenta e quatro mil, novecentos e quarenta reais e cinquenta e dois centavos).

No entanto, tanto o Ministério Público Federal como os réus interpuseram recurso de apelação. O *Parquet Federal*, em síntese, requereu a majoração da pena-base cominada aos acusados, assim como a fixação do *quantum debeatur*, em decorrência do dano moral coletivo causado pelo delito, nos termos do artigo 387, IV, do CPP, com o pedido de o montante ser destinado à Comissão de Valores Mobiliários. Os réus alegaram, em apertada síntese, a ausência de provas e a atipicidade da conduta, diante da ausência de informação relevante apta a caracterizar o crime.

O TRF da 3ª Região, no entanto, em julgamento realizado em fevereiro de 2013, negou provimento aos recursos dos réus e deu parcial provimento ao apelo ministerial, a fim de majorar as penas impostas aos coacusados Luiz Gonzaga para 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e Romano Ancelmo para 02 (dois) anos e 01 (hum) mês de reclusão, em regime aberto. O Tribunal reconheceu, ainda, em relação a cada um dos

réus, o dever de indenizar os prejuízos sofridos a título de dano moral coletivo, no valor mínimo de R\$ 254.335,66 (duzentos e cinquenta e quatro mil, trezentos e trinta e cinco reais, e sessenta e seis centavos) para o acusado Luiz Murat, e de R\$ 305.036,36 (trezentos e cinco mil, trinta e seis reais, e trinta e seis centavos) para o acusado Romano Ancelmo. O acórdão ficou assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIME CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS - USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA - *INSIDER TRADING* - ART. 27-D DA LEI Nº 6.385/76 - JUSTIÇA FEDERAL - COMPETÊNCIA - AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO - COMPROVAÇÃO - OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO NO BRASIL - REPRIMENDAS QUE DEVEM SER MAJORADAS - PENA DE MULTA - FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL - ARTIGO 72 DO CP - INAPLICABILIDADE - FIXAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO (ART. 387, VI, CPP) - APLICAÇÃO - APELAÇÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA - APELAÇÃO DEFENSIVA DESPROVIDA.

1. - A Justiça Federal é competente para processar e julgar o delito de uso indevido de informação privilegiada tendo em vista que artigo 109, VI, da CF, deve ser interpretado sistematicamente com os demais dispositivos constitucionais, bem como extensivamente, em razão do interesse jurídico da União. Por conseguinte, muito embora o termo "mercado de capitais" não estivesse previsto nos dispositivos constitucionais (arts. 21, VIII, e 192), o interesse direto da União reside na higidez do Sistema Financeiro Nacional, mormente no cunho fiscalizatório da União a fim de assegurar a confiança e segurança jurídica no correto funcionamento do mercado de valores mobiliários.

2. - Autoria delitiva comprovada ante o conjunto probatório carreado, apto à demonstração de infringência ao dever de lealdade consubstanciada na utilização de informações privilegiadas ainda não divulgadas ao mercado acionário nas operações referentes à oferta pública de ações, em razão dos cargos ocupados pelos acusados. Materialidade indubitosa ante a prova documental coligida.

3. - Não há falar em ausência de dolo, pois os acusados eram ocupantes de funções de alta relevância na empresa, e por óbvio tinham ciência do dever de lealdade e de sigilo das informações em razão dos cargos que ocupavam, bem como não poderiam utilizar de informações privilegiadas para negociar valores mobiliários no mercado de capitais, valendo-se de intermediários estrangeiros com o intuito de ocultar das autoridades brasileiras as operações negociadas no exterior.

4. - O bem jurídico tutelado no delito em apreço consiste na confiança depositada pelos investidores no mercado a fim de assegurar o correto funcionamento do mercado de capitais. Ademais, a credibilidade das operações do mercado de valores mobiliários se consubstancia na transparência das informações e na divulgação ampla de fato ou ato relevante a fim de garantir a igualdade de condições a todos investidores de operar no mercado de capitais.

5. - Reprimendas que devem ser majoradas, diante da exasperação da pena-base.

6. - Nos termos do artigo 49 do CP, a multa deverá ser revertida ao fundo penitenciário, *in casu*, ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), consoante artigo 2º, V, da Lei Complementar federal 79/94, uma vez que não há previsão expressa na Lei nº 6.385/76 especificando o destino da mencionada pena pecuniária.

7. - Alinho-me ao entendimento explanado por Paulo José da Costa Júnior (Comentários ao Código Penal, pág. 248), no sentido da inaplicabilidade da apontada norma legal (art. 72 do CP) ao crime continuado, pois nessa hipótese "não há concurso de crimes mas crime único e, desta forma, em paralelismo com a pena privativa de liberdade, a unificação deve atingir também a pena de multa".

8. - O artigo 387, IV, do CPP deve ser aplicado, *in casu*, sem haver cogitar-se em ferimento a quaisquer preceitos constitucionais ou legais, porquanto trata-se de norma de direito processual (e não material), aplicável, pois, de imediato, nos termos

do previsto no artigo 2º do Código de Processo Penal. O dispositivo legal em comento possui caráter reparatório, pois visa a compensar os danos causados pelos acusados. Não se trata de nenhuma novidade, pois o artigo 91 do CP já disciplinava a reparação civil. Na verdade, o art. 387, IV, do CPP, com redação modificada pela Lei nº 11.719/08, surgiu tão-somente para assegurar maior eficácia ao que determinava o artigo 91 do CP.

9. - O dano moral coletivo está expressamente previsto tanto no Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/90, art. 6º, VI e VII) quanto na Lei de Ação Civil Pública (L. 7.347/85, art. 1º, IV). Ainda, compete ressaltar, a existência da Lei nº 7.913, de 07.12.1989 que instituiu a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

10. - Muito embora o interesse tutelado no caso vertente não se refira aos interesses dos consumidores, nada impede a utilização das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que quaisquer espécies de interesses coletivos serão abarcadas pela sobredita legislação.

11. - A par disso, tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Lei de Ação Civil Pública constituem um microsistema jurídico que tutela interesses coletivos ou difusos. Dessa forma, torna-se plenamente cabível a reparação de danos morais coletivos na ação cível pública prevista na Lei nº 7.913/89.

12. - Segundo o autor Leonardo Roscoe Bessa (Dano moral coletivo, *in* Revista de Direito do Consumidor nº 59/2006), a disciplina do dano moral coletivo não está restrita apenas ao modelo teórico da responsabilidade civil privada de órbita individual. No entanto, prossegue o autor que "em face da exagerada simplicidade com que o tema foi tratado legalmente, a par da ausência de modelo teórico próprio e sedimentado para atender aos conflitos transindividuais, faz-se necessário construir soluções que vão se utilizar, a um só tempo, de algumas noções extraídas da responsabilidade civil, bem como de perspectiva própria do Direito Penal".

13. - Assim, no caso vertente, em que estão em discussão danos aos interesses do conjunto de investidores do mercado de valores mobiliários, a tutela efetiva do referido direito coletivo se sobressai no aspecto preventivo da lesão, em homenagem aos princípios da prevenção e precaução. Desse modo, o dano moral coletivo se aproxima do Direito Penal, sobretudo pelo seu aspecto preventivo, ou seja, de prevenir nova lesão a direitos transindividuais.

14. - O dano moral coletivo reveste-se também de caráter punitivo pela qual sempre esteve presente também nas relações privadas individuais, *v.g.*, *astreintes* e cláusula penal compensatória. Assim, o caráter dúplice do dano moral individual consiste na indenização e na punição que também se aplicam ao dano moral coletivo.

15. - Enfim, o dano moral coletivo constitui-se de uma função punitiva em decorrência de violação de direitos metaindividuais, sendo devidos, portanto, no caso em tela, prescindindo-se de uma afetação do estado anímico (dor psíquica) individual ou coletiva que possa ocorrer.

16. - *In casu*, além do *insider* ter praticado a conduta delitativa prevista no art. 27-D da Lei nº 6.385/76, ele violou, da mesma forma, as disposições contidas nos artigos 153 e 155 da Lei nº 6.404/76, bem como no art. 1º, I e II, da Lei nº 7.913/89.

17. - Com relação ao *quantum* a ser fixado a título de "valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração", um dos parâmetros a ser utilizado, será o montante que desestimule o infrator para a prática de conduta delitativa. Ademais, utilizarei os parâmetros previstos na Lei nº 6.385/76, que disciplina o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, tendo em vista que a referida lei estabeleceu a previsão de multas administrativas no artigo 11, bem como especificou a tutela do bem jurídico protegido pela norma penal.

18. - Há de se ressaltar que o *quantum* fixado para cada um dos réus foi a título de valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito, sendo que nada impede o ajuizamento de eventual ação de natureza coletiva no juízo cível.

19. - A despeito das previsões contidas nos artigos 13 da Lei nº 7.347/85 e art. 2º, § 2º, da Lei nº 7.913/89, os valores serão destinados à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que, conforme especificado na sentença, deverão ser utilizados na promoção de eventos educativos, bem como na edição de material informativo acerca

da conscientização dos investidores sobre os malefícios da prática do delito de *insider trading*.

20. - Preliminar rejeitada. Improvimento do recurso defensivo. Parcial provimento da apelação ministerial.

(TRF-3 – Apelação Criminal Nº 0005123-26.2009.4.03.6181/SP, Rel. Des. Federal Luiz Stefanini. Data do Julgamento: 04 de fevereiro de 2013. D.E. publicado em: 15 de fevereiro de 2013).

Outro caso de *insider trading* de grande repercussão nacional envolveu a aquisição do Grupo Ipiranga pela Petrobras. O processo corre em segredo na Justiça Federal⁴¹, mas a CVM já julgou, em 23 de novembro de 2010, o Processo Administrativo Sancionador nº 2008-10, no qual foram apuradas eventuais irregularidades em negócios com ações de emissão da Refinaria de Petróleo Ipiranga e Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, especialmente em relação à possível antecipação à divulgação de fatos relevantes sobre a alienação de controle do Grupo Ipiranga para Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, Ultrapar Participações e Braskem S/A. A CVM aplicou as penalidades de multa a Carlos Felipe da Costa Almeida de Paiva Nascimento no valor de R\$ 540.000,00 (quinhentos e quarenta mil reais), equivalente a três vezes o montante da vantagem econômica obtida por utilização de informação privilegiada na negociação de ações no mercado de valores mobiliários. A autarquia penalizou, também, Franklin Delano Lehner em R\$ 1.375.746,00 (um milhão, trezentos e setenta e cinco mil e setecentos e quarenta e seis reais), equivalente a três vezes o montante da vantagem econômica obtida por utilização de informação privilegiada na negociação de ações no mercado de valores mobiliários. Segundo noticiado na época⁴², pessoas que sabiam da compra antes do anúncio oficial aproveitaram para lucrar milhões, comprando ações da Ipiranga na véspera e vendendo-as, depois da divulgação, por um preço bem mais alto. Apenas dois investidores lucraram juntos mais de R\$ 1,15 milhão. Uma movimentação irregular nas ações da Ipiranga chamou a atenção da CVM. As ações subiram, segundo o noticiário⁴³, 33% durante o pregão, e tiveram negociação 27 (vinte e sete) vezes maior do que o normal.

CONCLUSÃO

⁴¹*Conjur.* “CVM já considera indícios como provas em processos”, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-24/comissao-valores-mobiliarios-considera-indicios-provas-processos>>.

⁴²Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL13803-9356,00.html>.

⁴³ Idem.

A prevenção é o melhor remédio para se evitar responder a um processo de *insider trading* e, conseqüentemente, de ser acusado de agir deslealmente no mercado. A tentação de praticar o ilícito pode ser grande para o detentor da informação. Pode parecer para ele “a grande oportunidade” de aproveitar a informação que detém. E, como disse o teólogo e jurista islâmico Ghazali ainda na Idade Média, “[...] o homem adora acumular riquezas [...]. Se ele tem duas moedas de ouro, ele vai querer ter a terceira”⁴⁴. Sendo assim, cabe às sociedades empresárias adotarem boas práticas de governança corporativa⁴⁵, que deem especial importância a não divulgação de informações confidenciais⁴⁶. Nesse contexto, a CVM exerce também papel fundamental, como o órgão estatal responsável pela regulação, fiscalização, apuração e sanção de condutas que afrontam o funcionamento eficiente do mercado de capitais, tudo com vistas a que se estabeleça uma relação de confiança contínua entre os agentes atuantes no mercado, na conjugação de esforços tendentes à eficiência e progresso econômico e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABRIS, Arturo. Do Insider Trading Laws Works?. *European Financial Management*. Vol. 11. N° 3. 2005, p. 267-312.

ALI, Paul U; GREGORIOU, Greg N. (eds). *Insider trading: global developments and analysis*. New York: CRC Press, 2009.

⁴⁴ Traduzido do *Ihya*, por Ghazanfar e Islahi, 1990, pp.284-5. Apud SAMUEL, Warren *et al.* *A Companion to the history of economic thought*. Oxford: Blackwell publishing, 2003, p.36.

⁴⁵ Governança corporativa é o conjunto de práticas que têm por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital.

⁴⁶ A CVM, em junho de 2002, editou uma cartilha com recomendações sobre governança corporativa. Mesmo considerada desatualizada pela própria CVM, tem-se ali padrões de condutas mínimas consideradas adequadas pela autarquia federal, que deveriam ser adotadas pelos empresários (cf. em www.cvm.gov.br/port/public/publ/cartilha/cartilha.doc). A Instrução CVM nº 306, de 05 de maio de 1999, no seu artigo 15, dispõe, outrossim, sobre a necessidade da completa segregação dos departamentos. *In verbis*: Art. 15 - Na administração de carteira de valores mobiliários deve ser assegurada a completa segregação das demais atividades exercidas pela pessoa jurídica, devendo ser adotados procedimentos operacionais, dentre outros, objetivando: I. a segregação física de instalações entre áreas responsáveis por diferentes atividades prestadas relativas ao mercado de capitais, ou definição clara e precisa de práticas que assegurem o bom uso de instalações, equipamentos e arquivos comuns a mais de um setor da empresa; II. a preservação de informações confidenciais por todos os seus administradores, colaboradores e funcionários, proibindo a transferência de tais informações a pessoas não habilitadas ou que possam vir a utilizá-las indevidamente, em processo de decisão de investimento, próprio ou de terceiros; III. a implantação e manutenção de programa de treinamento de administradores, colaboradores e funcionários que tenham acesso a informações confidenciais e/ou participem de processo de decisão de investimento; IV. o acesso restrito a arquivos, bem como à adoção de controles que restrinjam e permitam identificar as pessoas que tenham acesso às informações confidenciais; e V. o estabelecimento de políticas relacionadas à compra e venda de valores mobiliários por parte de funcionários, diretores e administradores da entidade.

ALONSO, Leonardo. *Crimes contra o Mercado de Capitais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

BETZER, André; THEISSEN, Erik. Insider Trading and Corporate Governance: The Case of Germany. *European Financial Management*. Vol.15, n° 02, 2009, pp. 402-429.

BLOK, MARCELLA. *Insider Trading: O descumprimento do dever de lealdade pelo uso de informações privilegiadas*. Disponível em: <http://www.bocater.com.br/artigos/insider_trading.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2013.

CARVALHO, Tomás Lima de. *A regulação do mercado financeiro e a necessária intervenção estatal na autonomia privada*. Disponível em: <<http://www.msmsadvogados.com.br/artigos/artigo01.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

CAVALCANTE, Francisco. *Mercado de capitais: o que é, como funciona*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CLARKSON, MILLER; CROSS. *Business Law: text and cases: legal, ethical, global, and corporate environment*. 12ª ed. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2012.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 3ª ed. São Paulo: Del Rey, 2005.

DE PAULA, Áureo Natal. *Crimes contra o sistema financeiro e o mercado de capitais*. 5ª ed.. Curitiba: Juruá, 2010.

EIZIRIK, *et al.* *Mercado de Capitais - Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2008, p.439.

HAWKESWORTH, Mary; KOGAN, Maurice. *Encyclopedia of government and politics*. Vol. I. London and New York: Routledge, 2002.

HOBBSAWN, Eric J. *Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991)*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUSBRASIL. MPF/SP oferece primeira denúncia de *insider trading* no Brasil. Disponível em: <<http://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/1044676/mpf-sp-oferece-primeira-denuncia-de-insider-trading-no-brasil>>. Acesso em: 09 ago. 2013.

KÜMPEL, Siegfried. *Direito do Mercado de Capitais: do ponto de vista do direito europeu, alemão e brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MCGEE, Robert W. An Economical and Ethical Look At Insider Trading. In: ALI, Paul U; GREGORIOU, Greg N. *Insider trading: global developments and analysis*. New York: CRC Press, 2009, p.35-48.

MCGEE, Robert W. Thomas Aquinas: A Pioneer in the Field of Law & Economics. *Western State University Law Review*, Vol. 18, No. 1, pp. 471-483, 1990. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=713924>>.

PARENTE, Norma Jonssen. *Aspectos Jurídicos do insider trading*. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/Publ_600.asp>. Acesso em: 08 ago. 2013.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Insider Trading: regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais*. São Paulo: Quarter Latin, 2005.

SALINGER, Lawrence M. *Encyclopedia of white-collar and corporate crime*. Vol.1. California: SAGE Publications, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Menos mercado. In: DE CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro *et al. Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo, Quartier Latin, 2013, p.77.

SANTANA, Melina Marques Mendes. *O tratamento penal do uso indevido de informação privilegiada no mercado de capitais – insider trading*. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

SAMUEL, Warren *et al. A Companion to the history of economic thought*. Oxford: Blackwell publishing, 2003.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

WIEDMANN, Natasha Pereira. *A criminalização do insider trading no Brasil, suas principais controvérsias e o caso “Sadia-Perdigão”*. Monografia apresentada ao curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília, 2012. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/1665/1/20764837_Natasha%20Wiedmann.pdf>.

LEI GERAL DA COPA E LEIS PENAS TRANSITÓRIAS

THE WORLD CUP GENERAL LAW AND TRANSITORY CRIMINAL LAWS

Helena Zani Morgado¹

SUMÁRIO: RESUMO; INTRODUÇÃO; 1 – RETROATIVIDADE PENAL BENÉFICA; 2 – LEIS PENAS EXCEPCIONAIS E TEMPORÁRIAS; 3 – LEI GERAL DA COPA; CONCLUSÃO; BIBLIOGRAFIA.

RESUMO: O presente artigo almeja empreender uma reflexão acerca dos institutos das leis penais excepcionais e temporárias no Direito brasileiro, notadamente quanto à sua constitucionalidade face aos princípios gerais do Direito Penal. Inicialmente, serão abordados os postulados da intervenção mínima e da reserva legal no ordenamento pátrio. Em seguida, o estudo debruçar-se-á sobre a imperiosa aplicação da retroatividade penal benéfica. Posteriormente, será feita uma análise sobre as leis penais transitórias para, finalmente, realizar-se um estudo sobre um caso concreto de utilização de dispositivos penais com prazo de vigência determinado, qual seja, a Lei nº 12.663/12, mais conhecida como Lei Geral da Copa.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Penal Temporária. Retroatividade Benéfica. Lei Geral da Copa. Direito Penal. Constituição Federal.

SUMMARY: ABSTRACT; INTRODUCTION; 1 – BENEFICIAL RETROACTIVITY IN CRIMINAL LAW; 2 – EXCEPTIONAL AND TEMPORARY CRIMINAL LAWS; 3 – THE WORLD CUP GENERAL LAW; CONCLUSION; REFERENCES.

ABSTRACT: This article aims for a reflection about the exceptional and temporary criminal laws in Brazil, especially regarding their constitutionality in view of the general principles of Criminal Law. Initially, the postulates of minimal intervention and legality will be targeted. After that, the study shall approach the mandatory application of beneficial retroactivity in Criminal Law. Furthermore, we will analyze the temporary laws in order to, ultimately, discuss a recent concrete case on which criminal rules with an expiration term have been created: the World Cup General Law.

KEYWORDS: Temporary Criminal Laws. Beneficial Retroactivity. World Cup General Law. Criminal Law. Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal se desenvolve, historicamente, em duas frentes opostas: ao mesmo tempo em que visa ao controle social por meio do estabelecimento de condutas socialmente indesejáveis que justificam a intervenção na esfera de direitos do dito “infrator”, preza, também,

¹ Aluna da Faculdade de Direito da UERJ. Monitora de Direito Penal na mesma instituição.

pela fixação de garantias que protejam o cidadão da ação arbitrária do Estado, que possui o monopólio legítimo do uso da força física. Neste contexto, faz-se imperioso e necessário estabelecer, no Estado Democrático de Direito, parâmetros prévios de contenção do poder punitivo, sob pena de se concretizar objetivos diametralmente opostos aos desejados. Diante desse quadro, o Direito Penal deve agir para dar concretude à sua missão precípua, qual seja, a de limitar o poder punitivo estatal e erradicar toda e qualquer forma irracional, inconstitucional e ilegal do exercício desse poder.

Reside nos princípios o modo mais eficaz para a limitação de poder punitivo estatal, tendo em vista que os mesmos funcionam como um horizonte de aplicação das regras. Trata-se de preceitos universais e abstratos aplicáveis a todo o ordenamento jurídico. Alguns postulados, no entanto, encontram-se positivados, transformando-se em “normas-princípios”. Nesta seara, alguns mandados de otimização, em especial, merecem uma reflexão mais profunda.

Principal postulado do Direito Penal, a reserva legal não só protege o indivíduo perante o poder estatal, mas também demarca este mesmo poder como único espaço legítimo de coerção penal, constituindo, nas precisas palavras de Nilo Batista, “[...] a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”.² Além do requisito de lei formal e escrita para estabelecer crimes e penas, o princípio em voga possui quatro funções, a saber: impor a taxatividade das disposições penais; a vedação da analogia no Direito Penal; a proibição de criação de crimes e penas pelo costume; e a irretroatividade da lei penal. É justamente essa última cátedra que possui especial relevância para a presente pesquisa.

Expressões do postulado da legalidade, os artigos 5º, XL da Constituição Federal e 2º do Código Penal vedam expressamente a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu. Ressalte-se este aspecto: a lei penal posterior que, de qualquer modo, beneficiar o acusado, necessariamente retroagirá. Em que pese a veracidade de tal aceção, o Código de 1940 estabelece que “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”. Ora, não é difícil constatar-se a contradição entre o artigo retro e a retroatividade *in bonam partem* anteriormente explicitada. Se o princípio da legalidade estabelece a necessidade imperiosa de retroatividade benéfica das leis penais, como aceitar a constitucionalidade de leis com efeitos ultrativos, que continuam a produzir malefícios ao réu após sua revogação?

Ademais, resta importante o estudo do princípio da intervenção mínima, o qual prescreve que o Direito Penal deve abster-se de intervir em condutas socialmente irrelevantes,

² BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007

atuando apenas quando todos os outros ramos do direito mostrarem-se incapazes solucionar a questão, mantendo-se subsidiário e fragmentário. Neste diapasão, faz-se fundamental a reflexão acerca do respeito (ou não) da recém-publicada Lei nº 12.663/12 — “Lei Geral da Copa” — ao referido princípio. Será que a modificação indevida de símbolos oficiais de titularidade da FIFA seria um bem jurídico de importância tamanha que justifique a intervenção do Direito Penal? E mais: ainda que a resposta anterior fosse afirmativa, como justificar a sua duração temporária? Após o dia 31 de dezembro de 2014, prazo do final da vigência dos dispositivos penais da Lei 12.663/2012, tais condutas terão se despedido de relevância?

Diante do exposto, é extremamente necessário um estudo de rigor científico que permita a análise – e proceda à crítica – do instituto das leis penais temporárias face à Constituição Federal de 1988 e aos princípios gerais do Direito Penal, notadamente em relação à Lei Geral da Copa.

1. RETROATIVIDADE PENAL BENÉFICA

Como visto, a regra geral no que tange aos efeitos da lei penal é a irretroatividade, assim entendida como decorrência lógica do princípio da legalidade e como garantia jurídico-política dos indivíduos face ao arbitrário *ius puniendi* estatal. Por outro lado, a afirmação da retroatividade benéfica não teve origem político-jurídica, e sim político-criminal— inicialmente de natureza meramente humanitária e, posteriormente, relacionada à função preventiva da pena. Neste sentido, afirma Américo Taipa de Carvalho³ que

O processo histórico jurídico-cultural que levou à consagração da retroatividade da *lex mitior* foi inverso, cronologicamente, do processo que conduziu à plena fundamentação da irretroatividade desfavorável. Na verdade, [...] o fundamento originário da proibição da aplicação retroativa da lei penal foi jurídico-político, radicou no Estado de Direito liberal e na sua inerente exigência de garantia face à arbitrariedade punitiva do poder legislativo e judicial própria do Estado Absoluto. Diferentemente, [...] a afirmação da retroatividade da lei penal não teve uma origem político-jurídica, mas sim político-criminal. Foram considerações intrassistemáticas jurídico-penais, ligadas ao fundamento e fins das penas, que determinaram a afirmação da retroatividade.

Nota-se, portanto, que um dos fundamentos — talvez o principal — que justificam a existência da retroatividade das leis penais benignas reside na proibição do excesso, assim entendida como uma barreira ao arbítrio estatal e proteção das liberdades individuais. Em última análise, o valor da proibição do excesso, também denominada proporcionalidade, reside em

³ TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1990

uma garantia fundamental intrinsecamente ligada ao Estado Democrático de Direito, razão pela qual foi descrita por Paulo Bonavides⁴ como “a nota mais distintiva” de tal forma de Estado.

Neste diapasão, veja-se o que ensina Vinicius de Toledo Peluso⁵:

Enquanto princípio jurídico constitucional material de controle das atividades de ingerência do poder público na esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos, (a proporcionalidade) pretende estabelecer uma relação entre os meios e os fins, por intermédio da comparação entre os motivos ou os fins da ingerência e os seus efeitos, a controlar e afastar aqueles que se caracterizam por excessivos.

Na esfera criminal, o referido princípio impõe a justa medida entre o delito e a pena, vez que o Direito Penal é o meio coercitivo mais gravoso e violento de que dispõe o Estado para proteger bens jurídicos contra os ataques mais intoleráveis. Nesta seara, é notório que as sanções penais acarretam significativos sacrifícios de direitos fundamentais dos cidadãos, motivo pelo qual a proibição do excesso existe para limitar e legitimar o *ius puniendi* estatal: deve-se ter como imperioso ponto de partida que a restrição das liberdades individuais constitui exceção à regra.

Reputa-se possível que determinada norma penal, embora vigente no momento da realização da conduta delitiva, seja desproporcional no momento da condenação, pois o legislador considerou que o recurso a pena é desnecessário ou excessivo naquele momento. A norma foi, pois, derogada ou substituída por outra menos gravosa, em razão da desproporcionalidade. Nas hipóteses de sucessão de leis penais favoráveis, portanto, aplicar a lei anterior revela-se como uma solução inadequada e desproporcional, tendo em vista que se imporá uma pena que não seria idônea à prevenção de delitos, nem necessária para o referido fim, muito menos proporcional. Assim, nem para aqueles que acreditam nas funções geral e especial da pena — não adentraremos neste mérito no presente estudo — a irretroatividade benéfica seria eficaz, posto que se o cidadão realizar o mesmo fato no futuro não terá sanção (ponto de vista da prevenção geral), o mesmo se repete para quem o havia realizado baixo a vigência da lei anterior (especial). Logo, ao não ser a pena anterior idônea para prevenir delitos, tampouco será necessária para esse fim e, em consequência, será desproporcional. E se o que se promulga é uma lei que reduz a penalidade de um fato, o excesso de pena imposto pelo fato, em conformidade com a lei anterior, tampouco cumpriria efeitos de prevenção. Em efeito, haverá desaparecido a eficácia preventiva geral e especial das penas impostas de acordo com a

⁴BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁵PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica: uma visão constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

anterior lei mais severa. Logo, ao não ser o excesso de pena idôneo para prevenir delitos, nessa mesma medida não o será necessário para dito fim, com o qual tampouco será proporcional.

2. LEIS PENAS TEMPORÁRIAS E EXCEPCIONAIS

Não obstante, o artigo 3º do Código Penal pátrio regula situação diametralmente oposta à explicitada anteriormente, qual seja, a ultratividade das leis penais temporárias e excepcionais. Nesta seara, faz-se importante, preliminarmente, tecer uma breve distinção entre essas duas espécies legislativas: leis penais temporárias são aquelas que trazem expressamente, no bojo de seu texto, as datas do início e do término da vigência, enquanto as leis excepcionais possuem duração vinculada ao período da anormalidade que as criou. Como bem definido por Delmanto⁶,

Leis excepcionais são as promulgadas para vigorar em situações ou condições sociais anormais, tendo sua vigência subordinada à duração da anormalidade que as motivou. Leis temporárias são as que têm tempo de vigência determinado em seus próprios dispositivos.

Parece amplamente majoritário na doutrina — quase unânime, na realidade — serem essas espécies legislativas exceção à regra da retroatividade benigna das leis penais. Para Fragoso e Hungria⁷, “[...] decidir-se de outro modo seria colocar essas leis em contraste com a sua própria ratio, além de que, praticamente, na quase totalidade dos casos, resultariam irrisoriamente inócuas.” Os autores concluem que

Seria rematado absurdo que as leis temporárias ou excepcionais se convertessem em fonte de iniquidades, e, por mais que absurdo, seria supinamente ridículo que, de antemão, estivessem destinadas ao desprestígio ou à ineficácia. O Direito Penal não é jogo de disparate.

Com sincero respeito aos eminentes penalistas retromencionados, não há como, em um Estado Democrático de Direito, defender-se a legalidade de um artigo que viola preceitos constitucionais sob o argumento de constituir exceção à regra preconizada pela lei maior. Até porque é notório que o constituinte delimitou com rigidez o comportamento estatal a ser adotado nas hipóteses de sucessão de leis penais, conforme analisado anteriormente: em regra, a lei não

⁶ DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷ FRAGOSO, Heleno Claudio; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

retroagirá — salvo se para beneficiar o réu. Faz-se, pois, imperiosa a aplicação da retroatividade penal benigna, sem qualquer exceção, como determinado na Lei Maior.

Destarte, na medida em que o constituinte não impôs nenhuma limitação em relação à retroatividade penal da lei mais favorável, não pode o legislador ordinário fazer uma ressalva no que tange às leis transitórias. Além de perigoso do aspecto democrático, uma vez aplicado esse raciocínio analogicamente a outros casos, corre-se o risco de ser usurpada toda e qualquer eficácia da Constituição com fulcro em excepcionalidades, como alerta Canotilho⁸:

O catálogo constitucional dos direitos fundamentais teria bem pouco valor, se eles pudessem ser facilmente objeto de restrição ou compreensão por parte do legislador. A garantia constitucional dos direitos fundamentais exige por isso uma clara disciplina limitadora da respectiva restrição.

Em verdade, a ultratividade das leis penais temporárias e excepcionais possui um fulcro utilitário. Frederico Marques⁹ admite que “[...] se tais leis não fossem dotadas de ultratividade seriam inócuas para grande número de infratores, porquanto fácil lhes seria evitar as sanções ali cominadas”. Trata-se, pois, da tentativa de revestir a velha lógica punitivista com uma roupagem supostamente democrática. Em última análise, busca-se uma técnica legislativa para ocultar um autoritarismo flagrante. No mesmo sentido, concluem Raúl Zaffaroni e Nilo Batista:

Cabe desde logo refutar o fundamento usual: constitui logicamente uma petição de princípio postular que se imponha a punição só porque, caso contrário, não seria ela imposta. [...] Corresponderá ao legislador, perante situações calamitosas que requeiram drástica tutela penal de bens jurídicos, prover para que os procedimentos constitucionalmente devidos possam exaurir-se durante a vigência da lei; o que ele não pode fazer é abrir uma exceção em matéria que o constituinte erigiu como garantia individual. Cabe, pois, entender que o artigo 3º do Código Penal não foi recebido pela Constituição da República.

3. LEI GERAL DA COPA

Por derradeiro, passa-se a analisar o caso concreto mais recente de lei penal temporária no ordenamento jurídico pátrio. Mais conhecida como “Lei Geral da Copa”, a referida iniciativa legislativa resultou de um acordo entre a Federação Internacional de Futebol (FIFA) e o governo brasileiro para que este pudesse sediar a Copa do Mundo de Futebol no ano de 2014. Com dez

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

⁹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1964.

capítulos e setenta e um artigos, a Lei 12.663/2012 abrange uma vasta gama de assuntos. Para o presente estudo, porém, interessa tão somente o oitavo capítulo, que versa sobre as disposições penais.

Ao positivizar o mencionado capítulo, o Brasil se comprometeu com a proteção da propriedade intelectual da FIFA durante o evento. Para tanto, foram criados crimes referentes ao “*marketing* de emboscada” e à utilização indevida de símbolos oficiais. Sem entrar no mérito dos tipos penais propriamente ditos — todos de ação penal pública condicionada à representação da FIFA — e à legitimidade ou não de tamanha intervenção da mencionada entidade no que tange à soberania estatal, veja-se o que dispõe o artigo 36: “Os tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014”.

Nota-se, portanto, que os crimes previstos na Lei Geral da Copa possuem duração previamente determinada no bojo da própria lei. A partir de 1º de janeiro de 2015, tais condutas não serão mais criminalizadas. A constatação anterior é, no mínimo, curiosa. Como é cediço, um dos princípios basilares do Direito Penal pátrio denomina-se intervenção mínima, de acordo com o qual o chamado “braço armado da Constituição” deve atuar tão somente em situações excepcionais, isto é, apenas nos casos mais danosos e quando nenhum outro ramo do direito for capaz de tutelar o bem jurídico. Assim, face ao caráter subsidiário do Direito Penal, os dispositivos penais previstos na Lei 12.663/2012 já possuem constitucionalidade duvidosa. A tutela civil, por exemplo, poderia ser exitosa na tutela de tais condutas, não havendo necessidade de intervenção do Direito Penal.

Até porque, se as referidas condutas só são consideradas crimes até 31 de dezembro de 2014, se um indivíduo fizer uso, sem autorização, de propriedade intelectual da FIFA em janeiro de 2015, sua conduta será consideravelmente menos relevante do que um sujeito que agira da mesma forma no mês anterior, a ponto de saber-se, de antemão, que um responderá criminalmente pelo ato e outro não?

CONCLUSÃO

Em suma, é possível verificar que os dispositivos penais da Lei Geral da Copa, em sendo esta uma lei penal temporária, revestem-se de flagrante inconstitucionalidade face aos princípios do Direito Penal, notadamente em relação à imperiosa aplicação da retroatividade

benéfica da lei penal mais favorável. Não se pode admitir, em um Estado democrático, a recepção do artigo 3º do Código de 1940 pela Carta de Outubro sob o argumento de tratar-se de exceção à norma prevista na Lei Maior criada pelo legislador infraconstitucional como única forma de fornecer efetividade às leis penais excepcionais e temporárias. Essa tese não se sustenta, vez que, além de desproporcional, o constituinte assentou, sem exceções, a retroatividade benigna como direito fundamental de todos os cidadãos em seu artigo 5º. Em situações anormais e calamitosas, deve o legislador se utilizar de outros instrumentos constitucionalmente previstos para proteger os bens jurídicos —sem, jamais, violar a Carta Magna, como o faz o artigo 3º do Código Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAMARGOS, Wladimir Vinyus de Moraes; SANTORO, Luiz Felipe Guimarães. *Lei Geral da Copa: Lei 12.663/2012 e normas complementares*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2012.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRAGOSO, Heleno Claudio; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica: uma visão constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1964.

TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Coimbra, 1990

ZAFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO TAUTOLÓGICA-HIPERTROFICAMENTE SIMBÓLICA: LIMITE À EMANCIPAÇÃO DO HOMEM E À DIGNIDADE HUMANA

TAUTOLOGICAL-HYPERTROPHICLY SYMBOLIC CONSTITUCIONALIZATION:
LIMIT TO THE EMANCIPATION OF MAN AND TO THE HUMAN DIGNITY

Gislaine Menezes Batista¹

SUMÁRIO: RESUMO; INTRODUÇÃO; 1 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO HIPERTROFICAMENTE SIMBÓLICA: UMA REPRESENTAÇÃO ILUSÓRIA EM RELAÇÃO À REALIDADE CONSTITUCIONAL; 1.1 – LEGISLAÇÃO E REALIDADE CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS: UMA CONTRADIÇÃO; – 1.2 CONSTITUCIONALIZAÇÕES HIPERTROFICAMENTE SIMBÓLICA: UM BREVE CONCEITO; 1.3 – O DESGASTE DO ATUAL SISTEMA (SÓCIO-ECONÔMICO-JURÍDICO-POLÍTICO) BRASILEIRO; 2 – FORMAS ECONÔMICA, POLÍTICA E JURÍDICA E O DIREITO; 2.1 – A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E SEUS PARADOXOS INTERNOS; 2.2 – REPRODUÇÕES CAPITALISTA E ESTADO; 2.3 – O DIREITO E A SOCIEDADE CAPITALISTA; 2.4 – CONSTITUCIONALIZAÇÕES HIPERTROFICAMENTE SIMBÓLICA ENQUANTO TAUTOLOGIA; 3 – O JURISTA ENQUANTO SUJEITO POLÍTICO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O Brasil estruturado pela extrema perversidade e banalização dos direitos humanos e fundamentais em pleno século XXI, espanta. Esta discrepância entre legislação e realidade constitucionais, conhecida como constitucionalização hipertroficamente simbólica, evidencia-se, principalmente, nos estratos mais baixos de nossa pirâmide social. No presente artigo, busca-se compreender o que acarreta esse paradoxo e chega-se à necessária imbricação entre as formas econômica, jurídica e política, de modo a afirmar-se que a expressão “constitucionalização hipertroficamente simbólica” é tautológica, especialmente no tocante aos direitos sociais. Assim sendo, a luta pela negação dos direitos resta como alternativa na busca pela dignidade humana e pela emancipação do homem.

PALAVRAS-CHAVE: Emancipação do Homem. Dignidade Humana. Luta pela Negação dos Direitos. Constitucionalização Tautológica-Hipertroficamente Simbólica. Direitos Humanos e Fundamentais.

SUMMARY: SUMMARY ; INTRODUCTION; 1 – TAUTOLOGICAL-HYPERTROPHICLY SYMBOLIC CONSTITUCIONALIZATION: AN ILLUSORY REPRESENTATION AS TO THE REALITY CONSTITUTIONAL; 1.1 – LAW AND REALITY CONSTITUTIONAL BRAZILIAN : A CONTRADICTION; - 1.2 HYPERTROPHICLY SYMBOLIC CONSTITUCIONALIZATIONS: A BRIEF CONCEPT; 1.3 - CURRENT SYSTEM WEAR (SOCIO-ECONOMIC AND LEGAL AND POLITICAL) BRAZILIAN; 2 - ECONOMIC FORMS, POLICY AND LEGAL AND LAW; 2.1 - THE BRAZILIAN CONSTITUTION AND ITS

¹ Acadêmica do terceiro ano da Faculdade de Direito de Franca. Ex-bolsista de Iniciação Científica (PIBIC-CNPq/FDF). Membro do Núcleo de Estudos Constitucionais (NECON) da Faculdade de Direito de Franca.

INTERNAL PARADOXES; 2.2 - REPRODUCTION CAPITALIST AND STATE; 2.3 - LAW AND CAPITALIST SOCIETY; 2.4 - HYPERTROPHICLY CONSTITUCIONALIZATION AS SYMBOLIC TAUTOLOGY; 3 - THE JURIST SUBJECT AS POLITICAL; CONCLUSION ; REFERENCES.

ABSTRACT: Still in the XXI century, Brazil scares in how it is structured by the extreme perversity and trivialization of human and fundamental rights. This discrepancy, between constitutional legislation and reality, known as a hypertrophically symbolic constitucionalization, is evident in the lower strata of our social pyramid. In this article, the purpose is to understand what causes this paradox and conclude the necessary overlap among the economic, legal and political shapes, which allows us to state that the term “hypertrophically symbolic constitucionalization” is tautological, especially concerning social rights. Thus, the struggle for the denial of rights left as an alternative to the request for human dignity and the emancipation of man.

KEYWORDS: Emancipation of Man. Human Dignity; Struggle for the Denial of Rights. Tautological-Hypertrophically Symbolic Constitucionalization. Human and Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, com seus duzentos e cinquenta artigos, é reconhecida internacionalmente como uma das mais belas Constituições, com um amplo leque de direitos e garantias fundamentais. Em seu artigo 6^o,² elenca direitos fundamentais sociais, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia e o lazer.

Não consegue, contudo, impedir as revoltantes mazelas sociais com que diariamente nos deparamos nas ruas do nosso Brasil: alto índice de analfabetismo, principalmente o funcional; imensas filas nos precários hospitais públicos; seres humanos subnutridos; trabalhadores em condição de escravos; pessoas em situação de rua; além da imensidão de excluídos e oprimidos por sua cor, gênero, orientação sexual ou cultura.

Ainda que estejamos entre as maiores economias globais, a realidade social brasileira apresenta uma das maiores desigualdades sociais mundiais, e isto reflete diretamente nas condições e qualidade de vida já bastante precárias da maior parte da população. Esse contrasenso entre legislação e realidade constitucionais, especialmente no tocante aos direitos sociais, conhecido como constitucionalização hipertroficamente simbólica, torna-se ainda maior para os estudantes de Direito e juristas em geral, que lidam diariamente com uma técnica-lógica normativa perfeita.

² Constituição da República Federativa do Brasil, art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

À vista disso, no presente artigo, analisando a forma jurídica como histórica, compreendendo o direito como um fenômeno real e partindo do abstrato ao concreto, indo do simples — ineficácia dos direitos humanos e fundamentais — ao complexo — sociedade, forma política, forma jurídica e forma econômica —, busca-se compreender essa aparente incoerência.

Assim sendo, mister é buscar a relação entre as formas econômica, política e jurídica, trazendo a natureza e funções do Direito para, a partir de uma visão crítica dele, explicar, de forma radical, o motivo de o problema da ineficácia da Constituição ser estrutural. De tal forma que não adianta almejar uma Constituição perfeita, socialista, que revogue suas contradições internas, mas compreender que o Direito, com seus limites, deve ser utilizado na luta contra o sistema capitalista e, conseqüentemente, devido a sua essência, contra si mesmo.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO HIPERTROFICAMENTE SIMBÓLICA: UMA REPRESENTAÇÃO ILUSÓRIA EM RELAÇÃO À REALIDADE CONSTITUCIONAL

1.1. Legislação e realidade constitucionais brasileiras: uma contradição

A linguagem dos direitos, já dizia Bobbio, tem, indubitavelmente, uma grande função prática: emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam, para si e para os outros, a satisfação de novos carecimentos materiais e morais, ainda que ela se torne enganadora ao obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido.

Para ele— não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz apologia à era dos direitos proclamados nas instituições internacionais e nos congressos e aquela que denuncia a massa dos sem-direitos —, a esmagadora maioria da humanidade não possui, de fato, direitos, ainda que sejam solene e repetidamente proclamados³.

O problema grave do nosso século em relação aos direitos do homem seria não mais fundamentá-los, mas protegê-los, com a preocupação de descobrir “[...] qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”⁴.

Estamos, aparentemente, diante de uma dupla desolação: é remota uma igualdade material ou de fato entre as pessoas, além de ser evidente a crise do sistema (sócio-econômico-

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13a. re. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

⁴ *Ibid.*, p. 25.

jurídico-político) e das normas de tratados e declarações internacionais, que sofrem com graves problemas de violação e ineficácia.

Essa normatividade restrita, excludente, particularista — contrária à normatividade generalizada e includente, aparentemente proclamada no texto constitucional —, que deturpa, na prática do processo concretizador, os direitos fundamentais, é conhecida como constitucionalização “hipertroficadamente simbólica”⁵ ou “aparente”⁶.

1.2. Constitucionalizações hipertroficadamente simbólica: um breve conceito

Primeiramente, faz-se necessária a conceituação de constitucionalização aparente como “[...] uma representação ilusória em relação à realidade constitucional”⁷, bem como a delimitação da concepção de simbolismo, no sentido de uma distinção de significados latentes e manifestos, prevalecendo esses sobre aqueles.

No caso da legislação simbólica, contrariada é sua eficácia normativo-jurídica — seu sentido jurídico manifesto —, devido ao fato de as leis acabarem por desempenhar funções políticas latentes.

Segundo a doutrina alemã, especialmente no entendimento de Kindermann, a tipologia da legislação simbólica segue um modelo tricotômico. Uma legislação pode ser simbólica por confirmar valores sociais; por demonstrar a capacidade de ação do Estado; ou, ainda, por adiar a solução de conflitos através de compromissos dilatórios, transferindo-a para um futuro indeterminado⁸.

Ao visar confirmar valores sociais, pode-se falar em uma “[...] política simbólica por gestos de diferenciação”⁹, que busque reconhecer a predominância de uma concepção valorativa, ainda que os efeitos instrumentais da norma fiquem em segundo plano.

Enquanto legislação-álibi, os diplomas legislativos são elaborados apenas para satisfazer as expectativas dos cidadãos, ainda que inexistam condições mínimas de efetivação

⁵ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3a. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2011. p. 1.

⁶ GRIMM, Dieter. *Verfassung*. In: GÖRRES-GESELLSCHAFT, *Staatslexikon: Recht/Wirtschaft/Gesellschaft*. 7a. ed. Friburgo/Basileia/Viena: Herder, vol. V, 1989 apud NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3a. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2011, p.98.

⁷ Id..

⁸ KINDERMANN, Harald. *Symbolische Gesetzgebung*. In: RÜDIGER; VOIGT (orgs.). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988 apud NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3a. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2011, p.33.

⁹ GUSFIELD, Joseph R. *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*. 2a ed.. Urbana/Chicago: University of Illinois Press, 1986 apud NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3a. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2011, p.35.

normativa, de modo a descarregar o Estado, ou melhor, os governantes, de pressões políticas, e dar-lhes a confiança dos cidadãos.

Ademais, a legislação simbólica pode ter como função o adiamento da solução de conflitos, através de compromissos dilatórios, e isso faz com que aqueles favoráveis às reformas sociais se sintam tão satisfeitos quanto os contrários, posto que os últimos não enxergam a efetivação da nova ordem legal evidentemente impraticável.

A legislação simbólica diferencia-se da constitucionalização hipertroficamente simbólica, todavia. Na primeira, o problema fica restrito a relações jurídicas específicas; na última, envolvido é o sistema jurídico como um todo, que é atingido em seu núcleo, abrangendo mais fortemente as dimensões social, temporal e material.

Nos dizeres de Marcelo Neves,

Fala-se de constitucionalização simbólica quando o funcionamento, hipertroficamente político-ideológico, da atividade e texto constitucionais, afeta os alicerces do sistema jurídico-constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a separação de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada nas práticas dos órgãos estatais nem na conduta e expectativas da população¹⁰.

Mais que isso, para estar-se diante dessa hipertrofia simbólica, não somente os órgãos estatais precisam agir de forma a desviar a finalidade da Constituição —anunciando algo que somente poderia ser realizado mediante uma radical transformação social, ou seja, “[...] ao texto constitucional simbolicamente includente, contrapõe-se a realidade constitucional excludente”¹¹—, mas, sobretudo, precisam violá-la corriqueiramente.

Muito se diz, no Brasil, que direitos sociais são normas programáticas, ou seja, “[...] normas de eficácia limitada, não servindo à regulamentação imediata de determinados interesses, mas estabelecendo a orientação finalística dos órgãos estatais”¹², e que, nos dizeres de Pontes de Miranda, “[...] a legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames que são como programas dados à sua função”¹³.Essas normas são, no caso do Brasil, pseudoprogramáticas.Na verdade, porquanto não há nenhuma normatividade programático-finalística: o diploma constitucional é utilizado por esses agentes políticos apenas como álibi,

¹⁰ NEVES, 2011, p. 100.

¹¹ Ibid., p. 101.

¹²SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 126.

¹³PONTES DE MIRANDA, [F.C]. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2a. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, vol. I, 1970, p. 127.

afinal, “[...] os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem ‘letra morta’ em um sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social”¹⁴.

Alguns afirmam que o grande problema trazido pela constitucionalização hipertroficamente simbólica é que, além de os direitos sociais já serem ineficazes, o sistema político, quando posterga falsamente a solução desses problemas, acaba por imunizar o sistema contra alternativas, por desmobilizar a população. Outros acreditam não haver uma Constituição obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica¹⁵, não concretizadora, portanto, podendo levar, “[...] nos casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais”¹⁶.

1.3.O desgaste do atual sistema sócio-econômico-jurídico-político brasileiro

No mês de julho do ano de 2013, aconteceram levantes por todo o Brasil. Mais de 300 cidades mobilizaram cerca de um milhão de brasileiros. Os protestos, a princípio, eram de movimentos de esquerda, lutando contra a precarização e o alto custo do transporte público. Com a violência desproporcional utilizada pela polícia contra os manifestantes, a quantidade de pessoas nas ruas aumentou assustadoramente, e a pauta única dos atos transformou-se em uma pluralidade reivindicações.

Não cabe aqui analisar os rumos das mobilizações. O que ficou claro é que, independente do objetivo mediato — seja pela estatização do transporte público, pelos 10% do PIB para educação e saúde públicas, contra a Copa do Mundo no Brasil, contra a cura gay, contra a PEC 37, contra a corrupção etc. —, ou de quem estava se manifestando — mulheres, homens, queers, pobres, ricos, índios, orientais, negros, brancos, lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros, heterossexuais, assexuais, cristãos, agnósticos, ateus, jovens, adultos etc. —, o desígnio imediato era um só: a concretização de seus direitos!

Conclui-se, em decorrência disso, que, aparentemente, a constitucionalização, no Brasil, é hipertroficamente simbólica, de forma a levar grande parte da população a deixar de acreditar no sistema político e nos agentes estatais brasileiros.

Quando a população se levanta exigindo seus direitos e uma reforma no país, clamando por uma reforma política que “purifique” o governo de imoralidades, principalmente no tocante

¹⁴ NEVES, 2011, p. 116.

¹⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2a. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 7-8.

¹⁶ NEVES, 2011, p. 101.

à corrupção — que, na visão de muitos, é a maior causadora de todas as mazelas da população brasileira — significa um progresso. Contudo, será que são desejadas radicais transformações sociais ou apenas que se reorganizem as peças no tabuleiro, continuando o mesmo jogo a ser jogado?

2. FORMAS ECONÔMICA, POLÍTICA E JURÍDICA E O DIREITO

2.1.A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E SEUS PARADOXOS INTERNOS

Não é sempre que o direito exerce uma função hipertroficamente simbólica. Muitas vezes há uma concretização normativo-jurídica, da mesma forma como uma atividade legislativa, cuja função primária era simbólica, pode vir a ter intensa força de legislação instrumental, sendo que a recíproca é verdadeira. Assim, inapropriada é qualquer idealização sobre a capacidade de o comportamento ser dirigido normativo-juridicamente, bem como seria simplificador demais supervalorizar o caráter simbólico do direito.

O sujeito de direito, não por acaso, pode não ter “[...] direito ao voto, o direito à dignidade da identidade cultural, religiosa, de sexo ou raça, mas não perde o núcleo da subjetividade jurídica, que é dispor-se contratualmente ao trabalho assalariado, bem como o capital privado quase nunca é expropriado em sua total extensão”¹⁷.

Se as diretrizes sociais da Constituição, cujas normas são da mais alta hierarquia jurídica do Direito positivo, são cotidianamente rasgadas, dificilmente se rasgam, todavia, as do Código Civil: “[...] o núcleo da forma-sujeito se mantém como razão estrutural de preservação da forma-mercadoria, o que é também a razão estrutural de preservação da própria forma política estatal”¹⁸.

Ferraz Junior acredita que, quando se fala de eficácia social ou efetividade de uma norma, é importante também distinguir de sua observância. O autor afirma que

Existem exemplos de normas que nunca chegam a ser obedecidas e, não obstante isso, podem ser consideradas socialmente eficazes. São normas que estatuem prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade, mas que, se efetivamente aplicadas, produziriam insuportável tumulto social. Sua eficácia está, por assim dizer, em não serem obedecidas e, apesar disso, produzirem o efeito de satisfação ideológica¹⁹.

¹⁷ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p.43.

¹⁸ *Ibid*, p. 43.

¹⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7a. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 167

Um dos exemplos dessas normas seria a norma constitucional que dispõe sobre o salário-mínimo²⁰. Nas condições brasileiras atuais, a lei salarial não cumpre, nem de longe, o valor exigido constitucionalmente. Outro exemplo seria a função social da propriedade privada²¹. Já disse Márcio Bilharinho Naves, de forma brilhante: “É uma ilusão. Se o Estado, continua ele: pudesse obrigar cada proprietário a cumprir a função social destinada à sua propriedade, teria de imediato simplesmente expropriado esse mesmo proprietário”²².

Como desejar que esses atributos sejam públicos, gratuitos, de qualidade, socialmente referenciados para todos, se, ao mesmo tempo em que a Constituição dispõe, como fundamentos do Estado Democrático de Direito, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa²³? Se, ao mesmo tempo em que a Constituição dispõe sobre a inviolabilidade do direito à igualdade, ela exige a reverência à propriedade privada²⁴?

A Constituição é internamente paradoxal, ao proteger normativamente ambos os lados da moeda. Necessariamente, um não será socialmente eficaz ou nenhum o será plenamente. Não há como proteger a propriedade privada ao mesmo tempo em que se busca garantir sua função social. E a história mostra que os hipossuficientes são sempre prejudicados; raras são as vezes em que o direito os protege em detrimento dos interesses da classe dominante, ainda que essa seja uma minoria quantitativamente.

2.2.Reproduções capitalista e Estado

Quando são feitas as análises e exposições anteriores, costuma-se chegar a uma conclusão: a principal causa das desigualdades sociais e, portanto, da miséria que acomete grande parte da população brasileira, é a ineficácia dos direitos fundamentais, em especial os sociais, constitucionalmente garantidos.

²⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

²¹ Ibid., art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”

²² Ibid., art. 6º.

²³ Ibid., art. 1º, inciso IV: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

²⁴ Ibid., art. 5º, *caput*.

Se a Constituição não consegue ser socialmente eficaz por suas normas serem contraditórias — a aplicação de umas exclui, necessariamente, a das outras —por que não cria uma nova, cujas normas garantam uma estrutura judiciária popular e permitam a utilização das formas do direito de acordo com os interesses de classe, mas da classe não detentora dos meios de produção?

Pensa-se em renunciar uma visão puramente formal e “[...] ver no direito não uma categoria eterna, mas um fenômeno social que se modifica com a luta de classes”²⁵, em transformar e aperfeiçoar o aparelho Estado, no sentido de permitir sua apropriação e controle pela classe trabalhadora, em a gama de direitos subjetivos, elaborar um novo direito que exija, no domínio do direito, a intervenção do Estado de forma intensificada que leve às últimas consequências no limite da igualdade entre os seres humanos, ou seja, no socialismo.

O Estado, tal qual se apresenta hoje, é uma manifestação especificamente moderna, capitalista. Ele não é uma forma de organização política vista em sociedades anteriores da história. Nos anteriores modelos de produção, de um modo geral, as mesmas classes, grupos e indivíduos (senhores de escravos ou senhores feudais) que dominavam economicamente, estavam no comando também do setor político de suas sociedades.

Há, no capitalismo, uma separação entre os domínios econômicos e políticos. Essas figuras aparecem, a princípio, como distintas. Esse “[...] desdobrar do político como uma instância específica em face do econômico não é um acaso. Somente com o apartamento de uma instância estatal é possível a reprodução capitalista. Esta dá causa àquela”²⁶.

Em decorrência disso, surge uma questão: qual seria o motivo causador de certa relação social adquirir, sob determinadas condições, uma forma jurídica específica? Pachukanis indaga:

[...] por que é que o domínio da classe não se mantém naquilo, que é, a saber, a subordinação de uma parte da população a outra? Por que é que ele reveste a forma de um domínio estatal oficial ou, o que significa o mesmo, porque é que o aparelho de coação estatal não se impõe como aparelho privado da classe dominante, por que é que ele se separa desta última e reveste a forma de um aparelho de poder público impessoal, deslocado da sociedade? ²⁷.

A organização social, nas relações de produção capitalistas, separa os produtores diretos dos meios de produção, estabelecendo uma rede necessária de trabalho assalariado. A chave

²⁵ NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito*. Um estudo sobre Pachukanis. 1996, p. 15. Disponível em <http://www.facebook.com/l.php?u=http%3A%2F%2Fwww.bibliotecadigital.unicamp.br%2Fdocument%2F%3Fcode%3Dvols000107486&h=BAQEUKGqD>.

²⁶ MASCARO, 2013, p. 19.

²⁷ PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovitch. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 95.

para desvendar essa especificidade é a troca de mercadorias. Somente levando isso em consideração é que se consegue “[...] apreender a natureza real do fenômeno jurídico na circulação mercantil”²⁸.

No capitalismo, diferentemente de outros sistemas econômicos, a apreensão do produto da força de trabalho e dos bens não é mais feita mediante violência física. Há uma intermediação universal das mercadorias, que é garantida por uma entidade apartada: o Estado.

Ele surge como terceiro necessário na relação capital-trabalho, devido à circulação mercantil e à posterior estruturação de toda a sociedade sobre parâmetros de troca: “[...] as instituições jurídicas que se consolidam por meio do aparato estatal – o sujeito de direito e a garantia do contrato e da autonomia da vontade – possibilitam a existência de mecanismos apartados dos próprios exploradores e explorados”²⁹.

Necessário, portanto, à própria reprodução capitalista, afinal, sem ele, o domínio do capital sobre o trabalho assalariado seria direto, como na escravidão ou servidão. É esse apartamento que dificulta a percepção da conexão entre capitalismo e Estado e que possibilita, também, a própria reprodução do capital, por ser “[...] a garantia da mercadoria, da propriedade privada e dos vínculos de exploração que jungem o capital e o trabalho”³⁰.

2.3.O Direito e a sociedade capitalista

É a existência deste nível político distinto dos agentes econômicos individuais, o Estado, que possibilita a ele influir na constituição de subjetividades e, àqueles, atribuir garantias jurídicas e políticas que permitam a reprodução da circulação produtiva e mercantil. Ao constituir o espaço de uma comunidade (pátria, nação), o Estado contribui para tornar explorador e explorado sujeitos de direito, sob um único regime político e um território unificado normativamente.

Não é, todavia, o Estado que incide no núcleo da forma jurídica —o sujeito de direito. A dinâmica do advento do sujeito de direito está, necessária e diretamente, vinculada às relações de produção capitalistas. O que constitui, socialmente, o sujeito portador de direitos subjetivos é a exploração da força de trabalho livre e assalariado como base da circulação mercantil e da produção.

²⁸ NAVES, 1996, p. 7.

²⁹ MASCARO, 2013, p. 18.

³⁰ Ibid., p. 18.

Quando essa sociabilidade geral se torna jurídica é que o Estado, enquanto forma política, estabelece-se definitivamente: “O Estado de direito assim o é porque opera em conjunto com as relações sociais permeadas pelo direito”³¹,

[...] é a partir da forma burguesa, a forma mais evoluída do direito, que é possível a compreensão das formas jurídicas da sociedade pré-capitalistas, particularmente, a compreensão das razões porque nessas sociedades o direito permanece ‘contido’ e intrincado com outras formas sociais³².

Assim, já se apresentam na estrutura social capitalista como sujeitos de direito os agentes de produção, quando os Estados os definem formalmente como tais e lhes dão seus contornos peculiares. Antes, o sujeito já se impunha na estrutura social por derivação direta da forma-mercadoria.

Sua institucionalização enquanto sujeito de direito, o contorno de suas capacidades e a garantia dessa condição jurídica são estatais, é que o Estado conforma normativamente. Ele modela uma forma já dada: a troca de mercadorias e o trabalho feito mercadoria. Desse modo, o “[...] direito é uma expressão desse mesmo processo de trocas de mercadoria”³³.

Assim como a forma política estatal, “[...] a forma jurídica – que constitui os sujeitos de direito, afastando as velhas relações sociais que jungiam uns aos outros pelo arbítrio, pela força, ou pelo acaso”³⁴ é uma das engrenagens capitalistas necessárias à forma-valor, porquanto os indivíduos sejam tomados juridicamente como sujeitos de direitos, de modo que possam contratar livremente.

Da condição de existência da liberdade e da igualdade necessárias às trocas mercantis e, por conseguinte, da figura do proprietário privado dos bens objetos da circulação, decorre a forma-sujeito de que se reveste o homem. É o ato de vontade que cria a possibilidade das trocas mercantis e, ao mesmo tempo, permite revelar todo o segredo da forma jurídica, além de estabelecer as premissas do modo de produção capitalista³⁵.

³¹ Ibid., p. 40.

³² NAVES, 1996, p. 39

³³ Ibid., p. 7.

³⁴ MASCARO, 2013, p. 25.

³⁵ Márcio Bilharinho Naves discorre bem sobre isso quando diz que “[...] o homem transforma-se em sujeito por meio de um ato volitivo: é a expressão do seu ‘querer’ que permite a ele estabelecer com outros homens, portadores de uma vontade igual à sua, uma relação consensual de reciprocidade” e continua: “se a liberdade, esse atributo da personalidade, existe por e para a troca, isto é, para que se constitua um circuito de transações mercantis, então o homem só é livre na esfera da circulação. Se, portanto, é a troca que constitui a liberdade do homem, podemos dizer que quanto mais se alarga a sua esfera de comercialização, mais livre então pode ele ser, de tal modo que a expressão mais ‘acabada’, a mais completa, a mais absoluta de sua liberdade, é a liberdade de disposição de si mesmo como mercadoria” (NAVES, 1996, p. 61).

Marx enfatizava que, sem a presença da condição de subjetividade jurídica, que permite a circulação de vontades livres e iguais, não se daria a troca de mercadorias. A forma jurídica reveste, em seu universalismo, diversas relações sociais. Isso não deve, entretanto, impedir o exame das relações que constituem o seu fundamento real.

A gênese da relação jurídica é a relação de troca. É inevitável, portanto, que a forma jurídica seja o reflexo da relação dos proprietários de mercadorias entre si. Se o princípio da subjetividade jurídica decorre necessariamente das condições da economia mercantil-monetária, essa é, portanto, a condição fundamental e determinante, a fonte do direito.

Se o direito está relacionado às formas da economia mercantil, ele tem uma história real paralela, na qual o homem se transforma, por força da mesma necessidade que transforma uma mercadoria em valor, em sujeito de direitos. É a relação de equivalência entre a troca de força por salário que permite compreender-se a especificidade do próprio direito. Sua natureza é intrinsecamente burguesa.

Se somente na sociedade burguesa a forma jurídica alcança seu mais alto grau de abstração, sendo possível apenas nesse modo de produção; se é justamente essa forma econômica, capitalista —em que alguns detêm os meios de produção, enquanto os outros se oferecem enquanto mercadoria —que cria a desigualdade social, que afeta, desse modo, tão diretamente as condições de vida da esmagadora maioria da população, então não há que se mirar um “socialismo jurídico”.

O socialismo, entretanto, implica a busca de uma igualdade de fato, exatamente a gradativa superação das formas mercantis, “[...] então um direito que se quisesse ‘operário’ seria tanto uma impossibilidade teórica como um objeto a ser combatido politicamente”³⁶. A ideia um “direito socialista” é, destarte, desprovida de qualquer sentido, como “[...] o aniquilamento das categorias do direito burguês significará nestas condições o aniquilamento do direito em geral, ou seja, o desaparecimento do momento jurídico das relações humanas”³⁷.

2.4. Constitucionalizações hipertroficamente simbólica enquanto tautologia

Sendo o direito uma forma imprescindível e prescindida da economia mercantil, é evidente sua função para a reprodução do capital. Seu posto é garantir a propriedade privada, a livre iniciativa, a livre concorrência. Não há como, portanto, ele querer afiançar, ao mesmo tempo, os direitos sociais.

³⁶ NAVES, 1996, p. 85.

³⁷ PACHUKANIS, p. 27.

A Constituição, a princípio e como já dito, difunde ter uma normatividade generalizada e incluyente, mas é manifesta a contradição entre a legislação constitucional e a realidade constitucional no tocante aos direitos sociais —fenômeno conhecido por “constitucionalização hipertroficamente simbólica”.

Se essa contradição se dá necessariamente em decorrência da natureza do direito, pode-se concluir que constitucionalização e “constitucionalização hipertroficamente simbólica” nada mais são que expressões sinônimas. “Constituição hipertroficamente simbólica”, por conseguinte, é uma expressão tautológica³⁸.

3. O JURISTA ENQUANTO SUJEITO POLÍTICO

Um jurista que perceba a essência do direito, e, igualmente, acabe tendo que negá-lo como meio efetivo de se buscar a emancipação da humanidade, também entenderá sua atuação profissional no mundo do direito como limitada. Contudo, não é necessário que ele abra mão de sua formação, de sua profissão.

Tem ele também um importante papel transformador na sociedade; sociedade essa que, formada por e para o capital, não permite que nenhuma profissão se afaste muito de sua lógica. O jurista tem, de tal forma, dois importantes papéis a cumprir: um dentro dos limites de sua profissão, enquanto profissional do Direito, e outro fora dessas balizas, enquanto sujeito político.

No primeiro caso, cabe ao *jurista revoltado*³⁹ ver o direito como um determinante instrumento de resistência e lutar pelos direitos humanos dentro do alcance que o próprio sistema permite; levá-los ao limite de sua eficácia social, e, portanto, garantir, tanto quanto possível, que o absurdo das desigualdades e das injustiças, dentro mesmo dessa superestrutura do capital, seja atenuado.

³⁸ Entre os filósofos do século XX, Wittgenstein se encontra entre os que mais insistiram na noção de tautologia. As proposições empíricas, enquanto estados de fato, serão verdadeiras ou falsas em virtude de determinadas condições contingentes que as verificam ou as falsificam. Se uma contradição é uma expressão sempre falsa, a tautologia, pelo contrário, será sempre e necessariamente verdadeira.

Uma proposição é tautológica quando ela é verdadeira para todas as proposições de verdade das proposições elementares. Assim, tautologia será um termo que expressa a mesma ideia de formas diferentes. Como um vício de linguagem, pode ser considerada um pleonasma, uma redundância. A origem do termo é grega: *tautó* (o mesmo) mais *logos* (assunto). Desse modo, tautológicas são expressões distintas que versam sobre um mesmo assunto.

³⁹ Antônio Alberto Machado diz que “[...] o jurista revoltado é aquele que toma consciência da própria condição absurda ao vivenciar as experiências injustas que sua práxis reproduz sob o mito da neutralidade”. MACHADO, Antônio Alberto. O direito e a ética do absurdo: uma leitura de Albert Camus. São Paulo: *Revista Justiça & Democracia*, n.3, 1997, p. 118.

No segundo, e talvez mais imprescindível, cabe ao jurista se perceber enquanto sujeito político e agir no sentido de atingir a práxis social, com um intenso conteúdo político, buscando engajar os indivíduos em uma prática libertadora, que resulte na construção de outra sociedade, verdadeiramente democrática, igualitária, libertadora, justa⁴⁰.

[...] e o meio de expressão no Estado, sob a fora de interesse geral, dos diversos e contraditórios interesses particulares, se chocam na sociedade civil, e, por força dessa ‘ultrapassagem’, negam a sua determinação particular, tudo se passa, portanto, como se o Estado, anulando as classes, anulasse com isso a sua própria contradição, se erigindo em lugar da não contradição, onde se realiza o ‘comum’⁴¹

Que os juristas tomem um partido, e tomem o partido pela classe oprimida, de modo a contrariar essa neutralidade que o Estado quer assumir e formar. Ela interdita a política à classe operária e a luta de classes. A luta de classes deve ser fomentada⁴².

Ao jurista cabe, como bem ensinou Paulo Freire, ser sensível à realidade que o cerca e inserir-se nela. Seu basilar papel é empoderar o povo, não apenas no sentido de dar ou adquirir poder, mas de reconhecer sujeitos, criar oportunidades, fomentar a capacidade criativa de cada um, lutar, com e por ele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se fala que o ser humano, por ser um fim em si mesmo, diferente das coisas, não tem preço, tem dignidade, e que essa dignidade é, hoje, elevada a princípio estruturante das ordens jurídicas, que vêm positivando vultoso catálogo de direitos humanos. De forma que possamos afirmar que vivemos em uma “era de direitos”, ainda que nominais e ineficazes. Quando nos questionamos, entretanto, sobre essa ineficácia dos direitos fundamentais, importante é, primeiramente, buscar-se o complexo: o que é o direito?

O que verdadeiramente diferencia o capitalismo das formas de produção anteriores, como o feudalismo e o escravismo, não é o trabalho em si, mas a relação entre a força de trabalho e a apreensão de seus bens e produtos, e essa relação é a jurídica.

No capitalismo, diversamente de outros sistemas econômicos, essa apreensão não se dá mediante violência física: há uma entidade apartada, o Estado, que garante e intermedeia essa

⁴⁰ SARTRE, A Engrenagem.

⁴¹ NAVES, 1996, p. 81.

⁴² Sobre a luta de classes: “[...] o papel da política, das classes burguesas e das classes trabalhadoras é bastante relevante, na medida das possibilidades de legitimação, consolidação, resistência ou confronto em face da própria reprodução do capital. Por isso, a compreensão da luta de classes é também fundamental para dar conta das diversas relações havidas no seio das sociedades capitalistas. A luta de classes revela a situação específica da política e da economia dentro da estrutura do capitalismo”⁴² (MASCARO, 2013, p.20).

troca, sendo intrinsecamente necessária a essa troca mercantil (capital-salário) a figura de um proprietário privado dos bens objetos da circulação, ou seja, a forma “sujeito de direitos” (subjetividade jurídica) de que se reveste o homem.

É o ato de vontade que cria a possibilidade das trocas mercantis, e, ao mesmo tempo, permite revelar todo o segredo da forma jurídica, além de estabelecer as premissas do modo de produção capitalista. Para que o ato de vontade e a troca sejam possíveis, carece-se, porém, da liberdade burguesa e da igualdade formal. São elas as condições de existência da forma “sujeito de direitos”, sendo, desse modo, as premissas do modo de produção capitalista, já que, sem a presença da condição de subjetividade jurídica, que permite a circulação de vontades livres e iguais, não se daria a troca de mercadorias.

Se o princípio da subjetividade jurídica decorre necessariamente das condições da economia mercantil-monetária, essa é, portanto, a condição fundamental e determinante, a fonte do direito. Assim, a natureza do direito não pode ser outra que não burguesa.

Não há que se abismar, conseqüentemente, por o direito ser tão socialmente eficaz quando garante a mercadoria, a propriedade privada e os vínculos de exploração que jungem o capital e o trabalho, sendo, inversamente, quase que absolutamente ineficaz no que se refere aos direitos e garantias sociais. Essa é sua essência, esse é seu limite.

A triste realidade nos mostra que, se uma visão mais radical permite afirmar que é tautológica a constitucionalização hipertroficadamente simbólica, os direitos humanos são violados de forma abissal ainda para os padrões burgueses de liberdade e igualdade. A emancipação do homem e a dignidade humana são aspirações assaz longínquas. O homem está longe ser visto como fim em si mesmo, ou seja, ainda é muito coisificado pelo próprio homem. Sua emancipação não se dará pelo e dentro do direito.

Se ter direito significa necessariamente decompor a dignidade humana em mercadoria, coisa, objeto de troca, já que ele tem natureza e função bem claras: garantia e reprodução do sistema capitalista, se e é justamente essa forma mercantil que cria a desigualdade social, que afeta tão diretamente as condições de vida já tão miseráveis da esmagadora maioria da população, que aproveitemos seu resquício, não transformador, mas combativo.

O Direito é um importante instrumento de resistência na luta pela proteção das minorias e contra esse sistema e suas barbarias. Lutemos pela negação dos direitos. Não careçamos de direito à liberdade, sejamos livres; não careçamos de direito à igualdade: sejamos iguais; não careçamos de direitos humanos: sejamos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13a. re. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm;

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. 2a. ed. São Paulo: Boitempo, 2012. Tradução de Lívia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7a. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2a. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

MACHADO, Antônio Alberto. O direito e a ética do absurdo: uma leitura de Albert Camus. São Paulo: *Revista Justiça & Democracia*, n.3, 1997.

MARX, Karl. *Para a questão judaica*. 1a. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009. Tradução de José Barata-Moura.

_____. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. 2a. ed. São Paulo: Boitempo, 2010. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito*. Um estudo sobre Pachukanis. 1996. Disponível em <<http://www.facebook.com/l.php?u=http%3A%2F%2Fwww.bibliotecadigital.unicamp.br%2Fdocument%2F%3Fcode%3Dvtls000107486&h=BAQEUKGqD>>.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3a. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2011.

_____. Teoria do Direito na Modernidade Tardia. In: KÁTIE, Arguello (Org.). *Direito e democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovitch. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. 2a. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, vol. I, 1970.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2a. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1982.

UMA VISÃO SOBRE A TENTATIVA NO TRÁFICO DE ENTORPECENTES
(ART. 33 DA LEI 11343/06)

AN INSIGHT INTO THE SUBJECT OF ATTEMPT IN NARCOTICS TRAFFIC
CRIME (ARTICLE 33 OF LAW 11.343/06)

Raphael Caio Magalhães¹
Kalvin Benaïgnon de Oliveira Alves²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 - ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A TÍPICIDADE E A TENTATIVA NO TRÁFICO DE ENTORPECENTES; 2 - ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DOS ACÓRDÃOS DA TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TJRS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Este trabalho tem por escopo analisar uma série de propostas jurisprudenciais e doutrinárias, assim como interpretar a questão da tentativa no crime de Tráfico de Entorpecentes. Toma-se por ponto de partida a polêmica levantada pelos recentes julgados da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendendo ser crime impossível a tentativa de ingresso em estabelecimento prisional na posse de substâncias entorpecentes. A partir desta discussão, faz-se uma análise da possibilidade de ocorrência da tentativa nas situações em que o mesmo agente pratica uma pluralidade de condutas inculpidas em diversos núcleos típicos do art. 33 da Lei 11.343/06, sem que restem todas consumadas. Ao fim, retoma-se a análise daquelas decisões, no intuito de discutir a eventual aplicação do instituto do crime impossível.

Palavras-Chave: Tráfico de Entorpecentes. Conduta Prevalente. Tentativa. Crime Impossível.

SUMMARY: INTRODUCTION; 1 - SOME NOTES ABOUT THE TYPICALITY AND THE ATTEMPT ON NARCOTICS TRAFFICKING; 2- ANALYSIS OF THE GROUNDS OF THE JUDGMENTS OF THE THIRD CRIMINAL CHAMBER OF TJRS; CONCLUSION; REFERENCES

ABSTRACT: This paper intends to analyze a series of jurisprudential and doctrinaire proposals on how to interpret the subject of attempt in the narcotics traffic crime. The starter point taken here is the controversy created by the recent verdicts of the Third Criminal Chamber of the Rio Grande do Sul State's Court of Justice, which considered the attempt of entering a prison whilst in the possession of drugs to be an impossible crime. Starting from this discussion, an analysis has been performed, regarding the possibility of attempt in situations where the same agent commits several acts described in Article 33 of Law 11.343/06, without consummating all of them. Finally, the mentioned decisions are, once again, analyzed, for the purpose of debating whether it is possible or not to apply the institute of the impossible crime.

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

² Graduando em Direito do 7º (sétimo) período da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

KEYWORDS: Narcotics Traffic Crime. Prevalent Act. Attempt. Impossible Crime.

INTRODUÇÃO

Despertou a atenção da comunidade jurídica nos últimos meses³ o posicionamento da Terceira Câmara Criminal do TJ-RS, que considera crime impossível por absoluta ineficácia do meio a tentativa de ingresso estabelecimento prisional com substância entorpecente, em virtude da necessária submissão dos visitantes à revista pessoal⁴.

Essas decisões, em seus fundamentos, levantam outro debate que merece uma atenção mais detalhada, qual seja, a viabilidade da aplicação do instituto da tentativa ao crime de Tráfico de Entorpecentes, previsto no art. 33 da Lei 11.343/06.

O Desembargador Relator Diógenes V. Hassan Ribeiro, em seu voto vencedor no julgamento da Apelação Crime Nº 70051562023, destaca que doutrina e jurisprudência preveem a possibilidade da tentativa no referido delito⁵. Entretanto, tal possibilidade é reconhecidamente de difícil configuração, dada a abrangência do tipo legal que prevê vasta gama de condutas puníveis⁶, em que a prática de um núcleo típico anterior já consumaria o crime, ainda que fosse frustrada a realização de um posterior.⁷

Na ótica do Relator, entretanto, as condutas praticadas pelos réus em ambos os casos são passíveis de decomposição no tempo e nos atos, permitindo, assim, o reconhecimento da tentativa ao terem frustrados seus objetivos de ingressarem com a droga no presídio.

No intuito de analisar tal interpretação, é preciso, em primeiro lugar, compreender a construção do dispositivo que reúne os núcleos típicos do crime de Tráfico de Entorpecentes. A partir daí se torna possível estabelecer um parâmetro de análise das condutas praticadas *in concreto* que permita identificar o momento consumativo do delito e possibilidade de tentativa.

³ “Entrar com droga em presídio não é crime, decide TJ-RS” – Notícia veiculada no portal eletrônico Consultor Jurídico no dia 25/06/2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-25/tentar-entrar-presidio-droga-escondida-nao-crime-decide-tj-rs>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

⁴ Posicionamento evidenciado, entre outras, nas Apelações Crime nº 70051562023, julgada pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS, acórdão publicado no Diário da Justiça do dia 24/01/2013, e nº 70051788081, julgada na Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS, acórdão publicado no Diário da Justiça do dia 18/07/2013.

⁵ “Em primeiro lugar convém perceber que, em determinadas expressões do tipo do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, segundo a doutrina e a jurisprudência, é possível a tentativa, uma vez que a ação delituosa pode ser decomposta no tempo e nos atos” – Inteiro Teor do acórdão de julgamento da Apelação Crime nº 70051562023, p. 6/7.

⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção, repressão: comentários a Lei n.6368, de 21.10. 1976, acompanhados da legislação vigente*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 87; e NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 5. Ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010. p. 358/359.

⁷ É de mais fácil aceitação a tentativa de adquirir, em razão de ser o primeiro ato do agente na cadeia de circulação da droga.

Só então será possível avaliar a eventual ocorrência de crime impossível, como se mostrará a seguir.

1. ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A TIPICIDADE E A TENTATIVA NO TRÁFICO DE ENTORPECENTES

São abundantes dezoito as condutas previstas como núcleos típicos do crime de Tráfico de Entorpecentes no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06⁸, em redação quase idêntica ao que já trazia o art. 12 da revogada Lei 6368/76⁹. Vicente Greco Filho, referindo-se ao delito nesta antiga lei, observa que “Nenhum texto, todavia, do direito comparado é tão completo, abrangendo todas as condutas possíveis, quanto o do Direito brasileiro”¹⁰.

O alto número de condutas criminalizadas indica a busca do legislador por abranger toda cadeia de produção e circulação destas substâncias. Para tanto, afasta-se, inclusive, a necessidade da finalidade de mercancia para a configuração típica deste delito¹¹, de maneira que se encerram no mesmo dispositivo condutas de natureza variada e distintos graus de ofensividade. Estão abarcados no mesmo tipo penal tanto o traficante atacadista que possui uma rede de distribuição de drogas e visa ao lucro como o usuário que, a título gratuito, fornece parte de substância entorpecente a um amigo¹².

Tal postura não é isenta de críticas em sede doutrinária. O professor Salo de Carvalho chega a se referir ao dispositivo como “[...] espécie de zona gris de alto empuxo criminalizador, na qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa”¹³.

A reunião dessas diversas condutas em um só dispositivo penal induziria, num primeiro momento, à discussão de se está configurado um tipo misto alternativo — chamado por alguns

⁸ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar

⁹ Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

¹⁰ GRECO FILHO Op. cit. p. 80

¹¹ Nesse sentido se posiciona a ampla maioria da doutrina v.g.: GRECO FILHO, Op. cit. p. 81; BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas: (Lei 11.343/2006)*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 104; NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 358, embora este último proponha, de *lege ferenda*, a incorporação da intenção de comercializar a droga como finalidade específica do tipo. Diverge, ainda, propondo a consideração da finalidade de mercancia pra tipificação do crime de tráfico em algumas condutas. CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: (Estudo Criminológico e Dogmático)*, 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 92/93,

¹² Desde que não objetivem consumi-la em conjunto, hipótese que configuraria não o delito previsto no *caput* do art.33 da Lei 11.343/06, mas sim aquele previsto em seu parágrafo 3º.

¹³ CARVALHO Op. cit. p. 201

de Crime de Ação Múltipla — aquele em que, nas palavras de Magalhães Noronha, “[...] o tipo contém várias modalidades de conduta delituosa, as quais, praticadas pelo agente, constituem fases do mesmo crime”¹⁴, ou se está configurado um tipo misto cumulativo, aquele em que, nas palavras de Greco Filho, “[...] há, na verdade, a previsão de mais de um delito distinto, de modo que cada violação determina a aplicação de uma pena, dando causa a um concurso de crime”¹⁵.

No caso do Tráfico de Entorpecentes, entretanto, não há muita divergência quanto a alternatividade dessas condutas, pois violadoras do mesmo bem jurídico — saúde pública¹⁶— e de mesma natureza, já que configuram diferentes etapas da cadeia de produção e circulação das drogas. Importante observar, todavia, a ressalva posta por Greco Filho, quando da análise do art. 12 da Lei 6368/76, mas ainda perfeitamente aplicável:

[...] não vemos nas diversas condutas previstas no tipo, aprioristicamente, uma alternatividade absoluta. Seria absurdo, por exemplo, considerar delito único as condutas de quem importasse cocaína e, ao mesmo tempo, tivesse em depósito ‘maconha’ brasileira [...]. Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos essas circunstâncias, teremos, então, delitos autônomos.¹⁷

Desta maneira, se o agente incorre, no mesmo contexto e em relação ao mesmo objeto material — estas duas condições não deixam dúvidas quanto a relação de fases do mesmo desígnio executório — na prática de mais de um núcleo típico deste delito, configurar-se-á crime único.

O problema surge na tentativa de definir qual dessas condutas praticadas no mesmo contexto prevalecerá para a definição do momento consumativo do tráfico. A doutrina elenca algumas propostas, sendo mais comumente aceita a de Greco Filho, que em sua clássica obra sustenta a prevalência daquela que primeiro for praticada:

Como todas as hipóteses do art. 12 têm a mesma pena, consuma-se o delito por ocasião da prática do primeiro ato violador da norma, considerando-se o prosseguimento da ação ‘post factum’ não punível ou exaurimento do delito já consumado.¹⁸

¹⁴ MAGALHÃES NORONHA, Edgar. *Direito Penal*: Volume I. 38. Ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 108.

¹⁵ GRECO FILHO, Op. cit. p. 71

¹⁶ Noção que não é isenta de crítica, questionando-se a existência deste bem jurídico coletivo, como se percebe em: 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*: n. 49. São Paulo. jul.-ago./2004; e na doutrina alemã: SCHÜNEMANN, Bernd, A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo?. *Revista Brasileira de Filosofia*: n. 232. São Paulo. jan.-jun./2009.

¹⁷ GRECO FILHO, Op. cit. p. 73

¹⁸ GRECO FILHO, Op. cit. p. 73

Esta posição, entretanto, não é a que melhor define a conduta prevalente, visto que olvida por inteiro qualquer aspecto subjetivo na interpretação do empreendimento criminoso. Pode-se afirmar que é uma tentativa de “objetivizar” a análise do delito, examinando o fato delituoso somente sob seus aspectos objetivos. Em outras palavras, dizer que a conduta principal de um contexto criminoso é a primeira que for praticada, é ignorar que, na ótica do finalismo, toda conduta é orientada por uma vontade consciente dirigida a um fim e que esta vontade consciente, que consubstancia o tipo subjetivo, integra a tipicidade da conduta. Desta forma, a conduta prevalente deve ser aquela à qual se volta primariamente a vontade do agente.

Nesse sentido, Paulo Rangel e Carlos Roberto Bacila se manifestam e exemplificam:

A tentativa de tráfico de drogas é de difícil aceitação doutrinária, principalmente em decorrência de tratar-se de tipo de ação múltipla, com o que não se pode concordar. Alguns autores argumentam que, se o autor é surpreendido remetendo a droga, por exemplo, já teria consumado a ação de trazer consigo. Supunha-se que ALFONSO seja responsável por embarcar a droga para ser enviada por meio de uma lancha e é preso nesse momento. Ampliar a interpretação de sua realização para também abranger a conduta de trazer consigo parece um equívoco, pois o agente não estava trazendo consigo a droga (portando-a de forma que fosse possível consumi-la naquele momento, conforme comentários anteriores do significado dos verbos) mas somente iniciando a remessa da droga. [...] Qual era a finalidade de ALFONSO, remeter, trazer consigo ou ambos? Somente remeter as drogas. Então, cabe-lhe o direito de ser punido exclusivamente pelo crime tentado.¹⁹

Assim também entendem Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Abel Fernandes Gomes, ao concluir que “Torna-se imperioso avaliar todo o evento criminoso, de modo a aferir qual a finalidade principal que o reveste e qual o núcleo do tipo preponderante.”²⁰

Portanto, se num mesmo contexto criminoso o agente pratica dolosamente sobre o mesmo objeto uma série de condutas inculpidas no mesmo tipo misto alternativo, primeiro há que se verificar qual (ou quais) se relaciona(m) de forma direta com a finalidade empregada naquela situação. Esta seria a conduta predominante a ser punida e capaz de determinar o momento consumativo do crime.

Quanto às demais condutas típicas alternativas praticadas no mesmo empreendimento criminoso, embora ocorra a tipicidade tanto subjetiva quanto objetiva, elas seriam afastadas pela predominância daquela que mais especificamente se coaduna com a finalidade empregada pelo agente. Cumpre dizer que, no conflito entre vários tipos penais alternativos inculpidos no

¹⁹ BACILA; RANGEL, Op. cit. p. 107.

²⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. *Temas de Direito Penal e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 271

mesmo dispositivo, haverá um ou mais tipos predominantes, a serem definidos pela relação com a finalidade que permeia aquele contexto criminoso *in concreto*, os quais afastariam os restantes por uma lógica de especialidade.

Assim explicam Rangel e Bacila:

Outro recurso interpretativo é a própria especialidade da lei que pode ser reduzida no conteúdo de um tipo, entendendo-se que a palavra mais específica para o caso é a que deve ser compreendida como realizada, mas não os verbos próximos ou que poderiam abranger com certa flexibilidade a conduta²¹

Retomando o exemplo citado anteriormente por estes autores, a finalidade de ALFONSO é enviar a droga em uma lancha; a isto ele estava incumbido. Portanto, é a conduta de “remeter” que se relaciona diretamente com esse objetivo. Ela configura o núcleo predominante. Se pego no momento em que embarcava a droga, não concluindo o carregamento para envio, ainda que ele a tivesse à sua disposição para consumo, não deveria ser punido pelo tráfico consumado na modalidade “trazer consigo”, por esta figura não possuir relação direta com a finalidade que permeia a ação.

É preciso, por sua vez, frisar que somente podem fazer parte dessa análise de prevalência as condutas praticadas no mesmo contexto criminoso, sob o mesmo desígnio. Havendo uma quebra na continuidade dos fatos, não há que se falar na predominância de uma conduta desconectada da outra. Ou seja, a intenção de futuramente praticar outro núcleo típico sobre aquele objeto material não é suficiente para caracterizar a predominância deste núcleo visado.

Exemplificando: sujeito guarda grande quantidade de determinada droga em sua casa e pretende vendê-la em viagem que fará meses depois. Nesta situação, não há que se falar na predominância do ato de vender sobre o ato de guardar, uma vez que a mera pretensão de vender futuramente não está inserida no contexto da conduta atual de guardar. Se detido neste momento, terá praticado o crime de tráfico consumado na modalidade guardar, e não tentativa de vender, visto que esta não passa de mera intenção futura.

Estabelecidas estas premissas, passemos à análise das decisões referentes aos dois casos julgados pela Terceira Câmara Criminal do TJRS e seus fundamentos.

2. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DOS ACÓRDÃOS DA TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TJRS

²¹ BACILA E RANGEL, op. cit. p. 107.

O acórdão do recurso de Apelação nº 70051562023 proferido pelos desembargadores da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dando procedência ao recurso interposto pelo réu, trouxe de maneira vanguardista o debate do crime impossível no tráfico de entorpecentes. O réu foi autuado por trazer consigo 44,95 gramas de drogas ilícitas no interior de sua cueca, com o ânimo de ingressar em uma penitenciária para a distribuição dos entorpecentes para o consumo pelos detentos. Ao passar pela rigorosa revista procedimental aplicada aos visitantes, os agentes penitenciários flagraram e prenderam o recorrente.²²

O voto vencedor do relator Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro reconheceu a ocorrência de crime impossível, que se caracterizaria pela ineficácia absoluta do meio utilizado, uma vez que a inspeção realizada na entrada da penitenciária é obrigatória e minuciosa. Sendo assim, o acusado não conseguiria ingressar na penitenciária portando drogas ilícitas. Seria impossível burlar a revista prisional.

Tal conclusão se baseia no reconhecimento da possibilidade da tentativa na conduta praticada, uma vez que “[...] o fato, na sua amplitude, implica a possibilidade de desdobramento”²³.

Este voto foi seguido pelo Des. Nereu José Giacomolli. O Des. Jayme Weingartner Neto, por seu turno, votou pelo improvimento do recurso do réu, sustentando já haver sido consumado o delito, na modalidade “trazer consigo”.

Nenhuma das posições trazidas neste julgado²⁴, entretanto, restam inteiramente corretas. Trata-se, em realidade, de casos nos quais as condutas de “trazer consigo” praticadas não se mostravam prevalentes. Em ambos os processos fica claro que os réus tentavam ingressar em presídio com as substâncias entorpecentes para entregá-las para consumo em seu interior. Em outras palavras, naquele contexto, a finalidade que permeia toda atuação dos agentes é entregar a consumo, devendo este núcleo prevalecer sobre a ação de trazer consigo para definir o momento consumativo do delito. Entrega esta que foi frustrada pelos agentes penitenciários, ao encontrarem tais substâncias no momento da revista.

Para analisar tal situação, é preciso relembrar as fases que constituem o percurso e realização do crime, o *iter criminis*, o qual se inicia, na exposição de Heleno Fragoso,

²² Conforme acórdão de julgamento da Apelação Crime nº 70051562023 publicado no Diário da Justiça do dia 24/01/2013.

²³ Inteiro Teor do acórdão de julgamento da Apelação Crime nº 70051562023, p. 7.

²⁴ E repetidas no acórdão de julgamento da Apelação Crime nº 770051788081.

[...] no foro interno com a cogitação (*cogitatio*), ou seja, o processo de ideação e resolução de praticar a ação delituosa, seguindo-se a preparação (*conatus remotus*), com a qual o agente obtém meios ou instrumentos e predispõe modos e ocasião para executar o crime. A terceira fase é a execução (*conatus proximus*), com a qual o agente começa a realizar atividade que configura o crime, podendo, inclusive, concluir a ação necessária e suficiente para provocar o resultado. A última etapa seria a consumação (*meta optata*) e com ela se alcançaria o resultado, ou seja, o evento que corresponde à conduta típica.²⁵

As duas primeiras fases são reconhecidamente impuníveis no Direito Penal pátrio, em virtude da adoção da Teoria Objetiva pelo Código Penal Brasileiro, sendo necessário que haja início da realização da conduta prevista no tipo e, conseqüentemente, a exteriorização do dolo do agente pelos atos executórios naturalísticos. O sujeito ativo do crime, quando inicia os atos executórios e não alcança a consumação por fatores supervenientes e alheios à sua vontade, praticará o crime na modalidade tentada (art. 14, II do CP). Ou seja, a situação em que, após o início dos atos executórios, o crime não se consumou por circunstâncias imprevistas e indesejadas pelo agente, que desejava dar continuidade à execução e, conseqüentemente, alcançar o resultado pretendido.

O crime de tráfico, portanto, deve ser visto como tentado nas circunstâncias postas em questão nos casos em análise, visto que se pôs em execução atos para entregar a consumo a substância no interior do presídio, porém tal objetivo foi frustrado por circunstâncias alheias à pretensão dos agentes.

Quanto à ocorrência de crime impossível, é preciso observar que a análise da absoluta ineficácia, apta a configurar a inidoneidade da tentativa, exige que o meio empregado seja, por sua natureza, incapaz de dar causa ao efeito pretendido, conforme explica Régis Prado: “O meio absolutamente inidôneo é aquele que, por sua essência ou natureza, é incapaz de produzir o resultado”²⁶. O que não se apresenta nas situações em análise.

Ainda que o agente tente ingressar em estabelecimento prisional com a substância entorpecente escondida, seja na roupa íntima²⁷, seja no interior do órgão sexual²⁸, ainda que se submetendo necessariamente à revista pessoal, não é possível afirmar que o ingresso da droga se inviabilize completamente.

O objetivo da revista íntima é aferir todo objeto que o visitante porta ao ingressar no presídio. Não podemos confundir essa meta com sua efetiva capacidade de êxito. É possível

²⁵FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* (Parte Geral). 38. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 295 e 296

²⁶ PRADO, Luis Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume I*. 8. Ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2008. p. 408

²⁷ Como ocorrido no processo nº 70051562023.

²⁸ Como ocorrido no processo nº 70051788081.

conceber que, em determinadas hipóteses, o visitante consiga ilidir esta verificação e ingresse com objeto proibido. Em outras palavras, a revista é apta a coibir tais condutas; entretanto, não possui eficácia absoluta, não incapacitando completamente os supracitados meios.

O meio empregado, portanto, não apresenta uma impossibilidade intrínseca de atingir o resultado pretendido, o que impossibilita compreendê-lo como absolutamente ineficaz. A tentativa é, portanto, idônea e punível na forma do art. 14, parágrafo único do Código Penal.

Desta forma, a solução mais adequada a tais casos seria a condenação dos réus pela tentativa de tráfico de entorpecentes na modalidade entregar a consumo.

CONCLUSÃO

O posicionamento trazido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal do Rio Grande do Sul suscitou este interessante debate sobre a tentativa no crime de Tráfico de Entorpecentes.

Na ótica aqui apresentada, a conduta prevalente nas situações em que o agente pratica diversos núcleos típicos do art. 33 da Lei 11343/06 num mesmo contexto deve ser aquela que possuir relação direta com a finalidade empregada naquele desígnio criminoso, ficando as demais condutas afastadas em virtude de sua especialidade.

Só a partir do estabelecimento desta prevalência será possível definir o momento consumativo e, portanto, a possibilidade de tentativa do crime. O que, nos casos apreciados, se demonstrou ocorrer somente com a entrega a consumo, que foi frustrada pela revista íntima no ingresso aos estabelecimentos prisionais, ficando evidenciada a tentativa de traficância.

Entretanto, ao contrário do que decidido nos referidos julgados, a ocorrência de crime impossível não se mostra a conclusão mais adequada, uma vez que não há um caráter absoluto de inidoneidade do meio empregado.

Não se pretendeu, aqui, encerrar a interessante polêmica sobre o tema, mas sim alimentá-la sob o enfoque do aspecto subjetivo que perpassa toda conduta criminosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas: (Lei 11.343/2006)*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: (Estudo Criminológico e Dogmático)*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal (Parte Geral)*.38. Ed.Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. Tráfico Internacional – Tentativa ou consumação? In: *Temas de Direito Penal e Processo Penal*.Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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*,n. 49. São Paulo. jul.-ago./2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção, repressão: comentários a Lei n.6368, de 21.10. 1976, acompanhados da legislação vigente*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

MAGALHÃES NORONHA, Edgar. *Direito Penal: Volume I*. 38. Ed. São Paulo: Rideel, 2009.

MARTINS, Jomar. *Entrar com droga em presídio não é crime, decide TJ-RS*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-25/tentar-entrar-presidio-droga-escondida-nao-crime-decide-tj-rs>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.

PRADO, Luis Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume I*. 8. Ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*,2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? In: *Revista Brasileira de Filosofia*, n. 232. São Paulo. jan.-jun./2009.

ABORTO: A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO E REFLEXÃO COM BASE EM UM FUNCIONALISMO REDUTOR

ABORTION: THE NECESSARY CONSIDERATION AND EVALUATION BASED ON A REDUCTIVE FUNCTIONALISM

Lucas Saldanha Da Gama De Almeida¹
Karla Maria Pinheiro Ribeiro²
Cristal Barreto Mastrangelo Teixeira³

SUMÁRIO: RESUMO; INTRODUÇÃO; 1 – O ABORTO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 2 – CONTROVÉRSIA DA QUESTÃO, DIREITOS EM JOGO E ASPECTOS UTILIZADOS NA DEFESA DOS ARGUMENTOS; 3 – ARGUMENTOS UTILIZADOS EM FAVOR DA CRIMINALIZAÇÃO, INCLUSIVE DOS CASOS PERMITIDOS; 3.1 – A FINALIDADE DE PREVENÇÃO DA PENA; 4 – ARGUMENTOS UTILIZADOS CONTRA A CRIMINALIZAÇÃO, REBATE AOS ARGUMENTOS; 5 – COMO A PROIBIÇÃO É VISTA PELA SOCIEDADE, IMPLICAÇÕES QUE RESULTAM DESSA PROIBIÇÃO E ABORTO COMO QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA; 6 – DIREITO COMPARADO: COMO O ASSUNTO É TRATADO POR OUTROS PAÍSES E OS EFEITOS DA LIBERAÇÃO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Este trabalho apresenta fundamentação e visão críticas acerca dos embasamentos e ideologias proibicionistas da prática do aborto, tendo por base uma dogmática redutora e na observância da necessidade de um Direito Penal mínimo, atuando, concretamente, como *última ratio* no ordenamento jurídico pátrio na tutela dos bens jurídicos de maior monta.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo Jurídico. Trabalho de Curso. Criminalização. Aborto. Direito Penal Mínimo.

SUMÁRIO: RESUMO; INTRODUCTION; 1 – ABORTION BY THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM. 2 – CONTROVERSY OF THE ISSUE AT STAKE AND RIGHT ASPECTS OF THE ARGUMENTS USED IN DEFENSE; 3 – ARGUMENTS USED IN FAVOR OF CRIMINALIZATION, INCLUDING ALLOWED CASES; 4 – ARGUMENTS USED AGAINST CRIMINALIZATION, REFUTES THE ARGUMENTS OF THE PREVIOUS ITEM AND THE IMPORTANCE OF THE FIGURE OF THE CRIMINAL LAW MINIMUM; 5 – HOW THE BAN IS SEEN BY SOCIETY, IMPLICATIONS THAT RESULT FROM THIS PROHIBITION AND ABORTION AS A PUBLIC HEALTH ISSUE; 6 – COMPARATIVE LAW, HOW IT IS TREATED BY OTHER COUNTRIES AND THE EFFECTS OF THE RELEASE; CONCLUSION; REFERENCES.

ABSTRACT: This article presents reasoning and critical vision about basements and prohibitionist ideology of abortion, based on a dogmatic reduction and while respecting the need for a Criminal Law minimum acting concretely as *ultima ratio* in the national legal system in the protection of assets of greatest value.

¹Aluno de graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

²Aluna de graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

³Aluno de graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

KEYWORDS: Legal Article.CourseWork.Criminalization.Abortion.Criminal Law.

INTRODUÇÃO

Tema que tem sido objeto de discussões intensas na sociedade nas últimas décadas, por se tratar de questão controvertida que pode ser alvo de múltiplas interpretações, e também por relacionar diretamente âmbitos da política, moral, ética e religião, o aborto precisa ser analisado em diversos aspectos. Deve este ser objeto de uma tipificação penal, ou seja, criminalizado? Será a sanção penal a melhor tutela para a questão? Novas problemáticas são trazidas à luz desse debate muito por influência da recente ascensão da mulher na sociedade contemporânea, que enseja novas fundamentações tomando por base a valorização dos direitos femininos.

A palavra aborto deriva do latim *ab-ortus*, que significa “não nascimento”, ou seja, a privação do nascimento, a interrupção da gravidez. O termo é utilizado em contraposição ao verbo *ORIRI*, que significa nascer.

O renomado penalista Heleno Cláudio Fragoso (1986) ensina: “[...] o aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto”, enquanto Guilherme de Souza Nucci (2008) entende que “[...] (aborto) é a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião”.

Outros doutrinadores tratam, ainda, da necessidade ou não de expulsão do feto para a constituição do aborto. Assim o faz Capez (2004):

Considera-se aborto a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra uterina. Não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção até o início do parto.

Conforme exposto, aborto é a remoção ou expulsão prematura de um embrião ou feto do útero feminino, resultando na sua não sobrevivência. Este pode se dar nas formas espontânea ou induzida. Sobre o aborto espontâneo, que ocorre natural ou acidentalmente, devido a causas muito variadas de natureza biológica, não há o que discutir, trata-se de questão inevitável, involuntária e que não cabe julgamento. A polêmica gira em torno do aborto induzido (ao qual normalmente refere-se o uso do termo aborto), aquele que acontece por riscos à gestante ou por

mera vontade desta. A respeito deste existem correntes que defendem sua autorização, bem como outras que exigem a sua proibição. O que dizem essas correntes, quais são os fundamentos utilizados por elas, bem como o atual posicionamento do direito brasileiro e de alguns outros países serão alguns dos pontos discutidos no presente artigo.

1. O ABORTO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A questão do aborto possui diferentes valores ou justificativas, que variam conforme o decurso temporal escolhido para a interpretação ou sob qual prisma ótico será interpretado. Em períodos históricos passados, o abortamento era tido como um indiferente penal, sendo certo que sua introdução no Direito se deu muito por influência do cristianismo⁴, que o relacionava com a morte de um ser humano. Daí pode-se perceber o forte viés religioso com que a matéria é tratada.

O Direito brasileiro, no percorrer da história, adotou diferentes posições acerca do tema. Na vigência do Código Criminal do Império de 1830⁵, o aborto praticado pela gestante não era criminalizado, sendo punido apenas o aborto realizado por terceiro, fosse este com ou sem o consentimento da gestante. Já o Código Penal de 1890⁶ diferenciava o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto. Esse código, diferentemente do anterior, já criminalizava o aborto praticado pela própria gestante — auto-aborto —, mas excepcionava permissivamente, autorizando o aborto quando fosse necessário para salvar a vida da gestante.

Adentrando o século XX, surge o Código Penal de 1940, que vigora até os dias de hoje e tipifica três figuras de aborto: *aborto provocado* (art.124), *aborto sofrido* (art.125) e *aborto consentido* (art.126). Mas este mesmo Código estabelece excepcionalidades nas quais o aborto poderá ser realizado e não será criminalizado, como o *aborto necessário* (art.128, I) e o *aborto humanitário* (art.128, II).

O aborto provocado, tratado no art. 124 do referido Código, é aquele no qual figura como sujeito ativo, isto é, como autor, a mulher, a gestante, assume a responsabilidade pelo

⁴ “O cristianismo considerou o feto criatura de deus, uma esperança de vida humana que deveria ser protegida pela religião, pela moral e pelo direito. E, assim, a punição foi introduzida nas principais legislações nos últimos tempos da Idade Média [...]”. (PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro V.2 – Parte especial* (arts. 121 a 361). 2ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 62)

⁵Código 1830 - Art.199:“Occasionaraborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Penas – de prisão com trabalho por um a cinco anos [...] Se este crime for cometido sem consentimento da mulher pejada. Penas – dobradas”.

⁶Código 1890 - Art. 301: “Provocaraborto com anuência e accordo da gestante: Pena – de prisão celular por um a cinco anos. [...] em igual pena incorrerá a gestante, que conseguir abortar voluntariamente, empregando para esse fim os meios; e com redução da terça, se o crime fôr cometido para occultar a deshonra própria”.

aborto, seja realizando-o diretamente, seja consentindo para a realização. Enquanto o aborto sofrido, tipificado no art. 125, refere-se àquele praticado sem o consentimento da gestante, isto é, àquele em que o sujeito ativo é qualquer pessoa que pratica sem que a gestante tenha anuído.

No que tange ao aborto consentido, art. 126, é tipificada a conduta delituosa realizada por qualquer pessoa com a anuência da gestante. Quando ocorre esta hipótese, obrigatoriamente a gestante se enquadrará no tipo legal do aborto provocado, justamente em decorrência de sua anuência. Cabe ressaltar, ainda, que o Código prevê duas causas especiais de aumento de pena, para o aborto praticado com ou sem consentimento da gestante, em seu art. 127, que são: se o aborto resultar em *lesão corporal de natureza grave* ou na *morte da gestante*.

Em qualquer dos casos, o elemento subjetivo do crime de aborto é o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de interromper a gravidez ou, no mínimo, assumir o risco de interrompê-la (dolo direto e dolo eventual, respectivamente). Nas palavras de Bitencourt⁷, “[...] o aborto só é criminoso quando provocado, pois, possui a finalidade de interromper a gravidez, e eliminar o produto da concepção, sendo exercido sobre a gestante, ou sobre o próprio feto ou embrião [...]. O aborto culposo é impunível, restando somente a eventual reparação de dano”.

Em relação às excepcionalidades criadas pelo código que permitem a realização do aborto em casos específicos, tratar-se-ão de excludentes especiais de ilicitude, pois, não obstante o Código não ter utilizado a expressão “não é crime” (mais comum para tais casos), a expressão utilizada “não se pune o aborto” tem o condão de explicitar que, nessa hipótese, o fato não será considerado punível. Nesse entendimento, Nucci² afirma: “[...] a lei está dizendo que não se pune o aborto, o que significa que o fato típico deixa de ser punível, equivalendo a dizer que não há crime”.

Dentre as excludentes especiais da ilicitude encontra-se a possibilidade do aborto necessário ou terapêutico (art. 128, I), que constitui autêntico estado de necessidade, por ser usado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Entre os bens jurídicos em conflito (vida da gestante x vida do feto/embrião), o Direito optou pela vida da mulher. Outra excepcionalidade é o aborto humanitário (art. 128, II), que é autorizado quando a gravidez é consequência do crime de estupro. Em nome da dignidade da pessoa humana, o Direito permite que pereça a vida do feto ou embrião. Embora sejam dois direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, o Direito optou por preservar aquele já existente.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte especial*, vol.2 – 2ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2002.

Recentemente, por decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 54)⁸, através de uma interpretação conforme a Constituição, a possibilidade do aborto de fetos anencefálicos foi agregada ao Direito, o que gerou ânimo e comemoração por grande parte dos juristas do país.

A anencefalia é definida com propriedade por Gisleno Feitosa⁹ da seguinte forma:

Consiste na ausência parcial ou completa da abobada craniana, bem como da ausência dos tecidos superiores com diversos graus de má formação e destruição dos rudimentos cerebrais. Em suma, anencefalia significa 'sem encéfalo', sendo encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso central, contidos na caixa craniana.

Como ressalta Bitencourt (2002),

O Código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costumes e hábitos dominantes na década de 30. Passaram mais de 60 anos, e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mas principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução na ciência médica. No atual estágio, a Medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão eventual anomalia do feto e, conseqüentemente, a inviabilidade de vida extra uterina.

Na época da feitura do referido Código, não havia a possibilidade de previsão desse tipo de anomalia; portanto, não seria possível legislar sobre a possibilidade de abortamento em tais casos. No entanto, com o avanço da Medicina e com o advento da possibilidade de previsão da inviabilidade do feto antes do nascimento, não poderia o Direito ficar inerte a esta situação, obrigando a mulher a enfrentar todas as condições de uma gravidez (como alterações hormonais e conseqüências psicológicas e sociais) para o nascimento de feto inviável, que não teria a possibilidade de viver mais que algumas horas. Assim é que a decisão do Supremo Tribunal Federal fez surgir uma possibilidade de aborto eugênico, consolidada positivamente.

Entretanto, essa decisão trouxe à tona um novo problema em relação às outras doenças que também tornam o feto inviável e que não foram abrangidas pela interpretação do Supremo Tribunal Federal. O apelo à parte constitucional da questão permite a ponderação de direitos e a discussão da constitucionalidade das normas, visto que o texto penal, por ser rígido, não flexibiliza em determinadas situações a realização do aborto. Essas outras doenças que causam a inviabilidade do feto poderiam ser, portanto, objetos de discussão constitucional, de ponderação de direitos. Alguns exemplos de doenças que causam a inviabilidade seriam a

⁸ STF – ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio (j. 11 e 12.04.2012): O Tribunal declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo seria conduta tipificada como crime de aborto pelo Código Penal.

⁹ FEITOSA, Gisleno. Interrupção da gestação em caso de anencefalia. In: COSTA, Sergio; FONTES, Malu; SQUINCA, Flávia. *Tópicos em bioética*. Brasília: Letras Livres, 2006.

displasia esquelética, a síndrome de Edwards, a hidrocefalia, entre outras. Observe-se que diante dessas enfermidades, torna-se inexigível uma conduta diversa por parte da gestante, analogicamente comparada à decisão do Supremo Tribunal Federal quanto ao aborto de fetos anencefálicos.

2. CONTROVÉRSIA DA QUESTÃO, DIREITOS EM JOGO E ASPECTOS UTILIZADOS NA DEFESA DOS ARGUMENTOS

Por se tratar de tema que envolve diversos aspectos, como ética, moral, religião, ciência, entre outros, para analisá-lo é preciso se despir de qualquer conceito preestabelecido e não adotar posições propositalmente concebidas. Em geral, o abortamento é um assunto que leva pessoas a extremos, considerando-o ou como uma questão exclusiva de foro íntimo, a qual o Estado não tem a prerrogativa de tutelar, ou como uma questão moral fundamental sobre origem e proteção da vida, sobre qual o Estado, materializado pelo Direito, não pode se manter inerte. É preciso, contudo, que a questão seja vista de maneira mais abrangente, sendo necessária a observância dos direitos efetivos nos quais incide e os reflexos que pode vir a alcançar.

Na base argumentativa para os extremos do ponto, encontram-se, principalmente, dois princípios constitucionais tidos como direitos fundamentais. São eles o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, previstos no art. 5º, caput, e art. 1º, III da Carta Magna, respectivamente. Os direitos fundamentais são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. O Estado deve buscar reconhecê-los e, sobretudo, concretizá-los, incorporando-os ao cotidiano dos seus cidadãos. No artigo 1º, III da Constituição Federal temos a consagração do princípio da dignidade humana, estabelecendo a proteção jurídica da pessoa natural. Por meio de tal princípio, deve-se ter respeito aos direitos fundamentais do ser humano, assegurando condições de vida e existência digna a todos. Tal princípio compreende que a pessoa humana deve ser respeitada e preservada em seu destino de continuar vivendo de forma íntegra, sem violação de seus direitos. Todavia, mesmo se tratando de um princípio com elevada carga valorativa inerente à vida humana, não é absoluto; não pode prevalecer incondicionalmente sobre os demais princípios constitucionais nos casos em que há colisão, bem como também não o é o próprio direito à vida, que visa não somente garantir a proteção ao bem jurídica vida em si, mas também assegurar que essa seja dotada de dignidade, de probidade. Nesses casos, o jurista precisa cuidar de indicar quando irá ocorrer a prevalência de um dos princípios, sempre atentando para o princípio da proporcionalidade e ponderação, não se esquecendo do

cumprimento dos ditames impostos pela Constituição. O princípio da proporcionalidade cumpre, neste caso, a missão de atuar como critério para solucionar conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. Sendo assim, uma vez que não há direitos fundamentais absolutos, quando há uma situação em que direitos fundamentais se disponham antagonicamente, deve-se proceder à compatibilidade entre os mesmos, através da proporcionalidade, a qual permitirá o juízo comparativo e a ponderação dos interesses envolvidos em cada caso concreto, harmonizando-os, seja através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos ou de um deles, apenas. Será indicado, portanto, qual o direito que, na situação concreta, está mais ameaçado de sofrer uma lesão mais grave caso viesse a ceder frente a outro, devendo, por isso, prevalecer.

Isto posto, é possível destacar o conflito existente entre o princípio da dignidade da mulher gestante frente ao princípio do direito à vida e a dignidade do feto, vez que resta configurado entre os direitos fundamentais de ambos. Ainda que o direito à vida seja mais comumente arguido de forma a se referir ao feto, é preciso considerá-lo também sob o prisma da mulher gestante, que tem igualmente garantido o direito à vida, e a uma vida digna, tendo respeitados seus direitos como autonomia e liberdade. Por outro lado, cabe ressaltar que a dignidade humana também atinge ao feto, ainda que em potencial, e não pode ser ignorado.

Sobre o conflito, afirma Marcelo Novelino¹⁰:

Um dos principais argumentos utilizados para fundamentar a criminalização do aborto é no sentido de que a vida começa a partir da concepção e que a inviolabilidade desse direito deve ser considerada absoluta ou, pelo menos, deve ser atribuída a ela um peso suficientemente elevado a ponto de prevalecer sobre as razões fornecidas pelos direitos fundamentais da gestante. Sob esse prisma qualquer medida estatal diversa da criminalização do aborto violaria a dignidade do feto e seria insuficiente para proteger para proteger a inviolabilidade do seu direito à vida de uma forma constitucionalmente adequada. Nesse sentido, portanto, somente as medidas protetivas incriminadoras do aborto passariam no teste da proporcionalidade, em sua dimensão referente à proibição de proteção insuficiente.

De outro lado, a quem defenda que o Estado não deve criminalizar o aborto em qualquer estágio da gestação, e sim adotar medidas protetivas diferenciadas na medida em que o feto se desenvolve. Um tratamento legislativo adequado sobre o tema não poderia deixar de considerar direitos fundamentais da gestante, os quais justificariam a adoção de outros meios mais apropriados para harmonizar os interesses em conflito, ao menos nos primeiros meses de gestação.

Além do âmbito jurídico, outros aspectos sociais são utilizados como forma argumentativa tanto para quem defende como para quem condena a prática do aborto. Sob o

¹⁰ NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional* – 8. Ed. ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

prisma filosófico, não se faz difícil perceber que a vida é um meio necessário para as demais realizações ou pretensões humanas, entre as quais a liberdade. Isto é, sem vida não haveria sequer a liberdade, o que permite fomentar as fundamentações de qualquer das partes.

Visualizando ainda outras perspectivas, a vida, por exemplo, pode ser apontada para além de um bem jurídico tutelado e constitucionalmente garantido e protegido, mas como um bem sagrado, um valor religioso, moral e ético que deve ser defendido e resguardado não somente pelo Estado, mas também pela própria sociedade. Em contrapartida, a autodeterminação da mulher, como liberdade de definir, decidir sobre o seu próprio corpo, é tida como igualmente ou mais importante, especialmente devido à constante submissão a que foi obrigada ao longo da história, fazendo com que essa autodeterminação trouxesse uma afirmação ou confirmação da igualdade entre os gêneros.

Adentrando no mérito daqueles que se posicionam contra o aborto e, conseqüentemente, contra sua legalização ou descriminalização, temos por base o argumento principal: o direito à vida. Este é utilizado principalmente com embasamento religioso para argumentar que o feto é, ainda que em potência, um ser humano, e todos os seres humanos (mesmo em potência) têm direito à vida. Disso se poderia concluir que a interrupção da gravidez é atentatória a esse direito, logo, um crime muito próximo ao homicídio. O problema principal desse argumento é estabelecer onde realmente começa a vida, ou seja, a partir de que momento o embrião/feto pode ser considerado como um ser humano (em potencial) dotado de direitos. O tema é controverso, pois nem mesmo a ciência consegue afirmar com total certeza sobre este fato. No entanto, isso não serve para afastar o argumento citado, mas, ao contrário, quem o defende afirma que é justamente por não se poder dizer exatamente quando se começa a vida que não se pode afirmar em nenhum momento que essa ainda não existe. Logo, qualquer interferência no feto poderia configurar um atentado a esse direito. Para todos os efeitos, é interessante sublinhar que então, como agora, as posições contrárias ao aborto, mesmo quando assentes em princípios religiosos mais ou menos assumidos, nunca deixaram de tentar credibilizar-se através da ciência.

Argumentam ainda que, por ser fonte primária dos demais direitos, a vida, mesmo que se apresente em potencialidade, merece prioridade e, por isso, mostra-se capaz de impor restrições ao exercício da liberdade da mulher (considerando a liberdade como um valor relevante, mas não absoluto). Daí viria a consideração do embrião ou feto como pessoa, e não coisa, inviolável, intangível e dotado de dignidade, razão pela qual não poderia ter desprezada sua autonomia.

3. ARGUMENTOS UTILIZADOS EM FAVOR DA CRIMINALIZAÇÃO, INCLUSIVE DOS CASOS PERMITIDOS

Aos que defendem a permanência do aborto como crime regulado pelo Direito brasileiro cabem argumentos na defesa dos direitos fundamentais do feto, de acordo com o supracitado, entre outros que serão analisados a seguir.

A criminalização da prática do aborto como a vertente que segue o Judiciário brasileiro é coerente com a visão dos demais países em desenvolvimento, que tendem a apresentar leis restritivas ao procedimento. O Código Penal¹¹ expõe em seus motivos:

Mantém o projeto a incriminação do aborto, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de prenhez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender.

Em países como o Chile, El Salvador, Nicarágua e República Dominicana a prática se mostra criminalizada de forma irredutível: não há exceções que considerem o procedimento alvo de extinção da punibilidade, sequer para os casos de risco de morte para a gestante ou gravidez decorrente de violência sexual.

Para a corrente contrária ao aborto, o direito à vida, fundamental ao ser humano e constitucionalmente garantido, deve continuar sendo protegido pelo Código Penal brasileiro, tendo em vista que não deve importar o caráter potencial da vida do feto, pois arguem como argumento político que é dever do Estado resguardar tal direito. Como é tema de controvérsia científica o momento exato no qual de fato a vida começaria, os que pensam como correta a posição jurídica atual do Brasil afirmam que justamente por não se poder dizer exatamente quando se começa a vida não se pode afirmar em nenhum momento que ainda não há vida. Logo, qualquer interferência no feto poderia configurar um atentado a esse direito, pela sua sacralidade e inviolabilidade (*“in dubio pro vita”*).

Argumentam ainda que há um consentimento tácito do casal que pratica atos sexuais, demonstrando que assumem o risco de que a relação resulte numa possível gravidez. Seria a assunção de responsabilidade dos pais pelo cuidado com o produto de sua relação, mesmo que este não seja desejado ou tenha sido planejado. Vertentes da corrente apresentada defendem também que, inclusive nos casos de exceção da punibilidade a prática, resguardada pelo Direito

¹¹Gomes, Luiz Flávio (org.). *Código Penal*. 13ª Edição rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 246.

brasileiro nos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal — aborto necessário e aborto humanitário, respectivamente — haveria uma violação ao direito à vida e à dignidade do feto, defendendo sua inocência, sendo alheios à violência sexual causada ou ao risco que esteja sendo exposta a gestante.

Sustentando o argumento de cunho moral contrário ao abortamento, afirma Monte¹² que “[...] o aborto é um desrespeito a uma vida que está sendo gerada” e que o “respeito à vida é um princípio absoluto da ética”. Autores discutem ainda que a “[...] transformação do aborto num direito subjetivo, sua possível banalização”¹³ seria um fato lamentável. Os argumentos nesse sentido, apesar de às vezes serem propostos de forma laica, mostram-se muitas vezes carregados de cunho religioso, de modo que seus adeptos mais frequentes são os religiosos.

A proporcionalidade defendida por essa teoria é avaliada de modo que todos — recém-nascido, criança, adolescente, jovem, adulto e idoso — seriam igualmente destinatários da proteção relativa à inviolabilidade da vida, inclusive o nascituro. Demonstra-se, então, uma priorização desse princípio como sendo fonte primária dos outros, e, portanto, seria legítimo restringir a liberdade pessoal (da gestante) para garantir a intangibilidade do embrião.

A premissa de que o Estado deve garantir a vida, partindo dos argumentos já expostos, é sustentada de maneira que fica entendido como função deste a “[...] proteção dos bens jurídicos fundamentais da comunidade, essenciais ao desenvolvimento pessoal-social, bens esses que encontram correspondência nos valores constitucionalmente consagrados”¹⁴. No sentido de afirmar que as exceções estabelecidas pelo Código são meras situações impuníveis, não descaracterizando o tipo como crime, disse Dr. Geraldo Barreto Fonseca — Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ex-professor de Direito Penal da Academia de Polícia Militar do Barro Branco:

Felizmente, para o nosso Código Penal, o aborto é sempre ilegal. O seu artigo 128 não descrimina o aborto sentimental e necessário, mas, tão só, por motivo de política criminal, deixa de puni-los. Ora, o Estado não pode facilitar a prática de crimes, mesmo quando, por política criminal, não são punidos, já que a Administração deve reger-se por princípios de estrita legalidade.

Doutor Jaques de Camargo Pentado afirma, por sua vez:

Matar alguém é crime. A interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção é crime de aborto. A lei penal não contempla a figura do aborto

¹²Monte FQ. A ética na prática médica. *Bioética*. 2002;10(2):15.

¹³ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 343.

¹⁴Da-Cunha MdCF. O problema da liberalização do aborto: questões incomodas. In: Carvalho AS, editor. *Bioética e vulnerabilidade*. Coimbra: Edições Almedina, SA; 2008. p. 156-64.

legal, mas torna impunível o fato típico e antijurídico em determinadas circunstâncias. A impunibilidade - vale a pena enfatizar - não desnatura o delito. Este é um fato típico e antijurídico. A culpabilidade é o elemento que liga a conduta prevista na lei e contra o direito à punibilidade. Portanto, aborto é ilegal. Os poderes públicos, evidentemente, máxime no estado de direito, não podem praticar crimes. Devem atuar segundo as normas jurídicas vigentes. Portanto, não podem criar infra-estrutura hospitalar para o perpetramento da morte de indefesos. Os casos de impunibilidade de abortamento independem de autorização judicial e ficam ao critério do médico (Celso Delmanto, Código Penal Comentado, pág. 217).

Há também a sustentação do argumento de cunho social de que a legalização do abortamento estaria relacionada com um conceito de “cultura da morte”, de forma que a sociedade veria com olhar mais brando e com maior aceitação a prática do assassinato em geral. Nesse sentido, afirmam: “[...] se legalizamos o aborto, então qualquer dia ainda andamos por aí a matar deficientes mentais e idosos com Alzheimer”¹⁵. Além disso, haveria com a descriminalização um aumento na “promiscuidade” somada a uma onda de abortamentos, com sobrecarga do Sistema Único de Saúde.

Como embasamento no Direito positivo, além de se utilizarem dos princípios presentes na Constituição Federal, os contrários à prática abortiva lançam mão também do Direito Civil brasileiro, que regula os direitos do nascituro¹⁶. Usando uma premissa presente no Código — Civil “A personalidade civil começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” —, admitem os adeptos de tal teoria que estão sendo protegidos tais direitos, uma vez que este já seria um ser humano. Seguindo, portanto, a linha de raciocínio presente no Direito Romano: “[...] tem-se por nascido o infante concebido”¹⁷.

4. ARGUMENTOS UTILIZADOS CONTRA A CRIMINALIZAÇÃO, REBATE AOS ARGUMENTOS DO ITEM ANTERIOR E A IMPORTÂNCIA DA FIGURA DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Em sentido contrário estão os que exigem a descriminalização da prática abortiva, buscando uma mudança na posição da legislação brasileira, e o fazem colocando em discussão os argumentos apresentados por sua corrente oposta, vigente no Brasil, e apresentando novos.

Para introduzir, podemos apontar como argumento relevante, que seguidores dessa corrente pró-abortiva enfatizam, a realidade social dessa prática. O fato de a lei obrigar a gestante que não tem condições físicas, financeiras ou psicológicas para ter um filho em sua

¹⁵Madeira P. *Argumentos sobre o aborto: Crítica na Rede*. Disponível em: <www.criticanaered.com/aborto1.html>. Acesso em: 7 ago. 2010.

¹⁶Código Civil, arts. 2º, 1.609, 1.799, parágrafo único, e 1.798.

¹⁷“*infans conceptus pro nato habetur*”.

vida, traz danos severos a ela própria e possivelmente a seu filho. Deveria ter havido a responsabilidade quanto à proteção anticoncepcional, mas, a partir do momento que essa não existiu, a legislação não pode se abster de considerar a prática, tendo em vista os motivos que levariam uma mulher a fazer essa escolha.

Para contrapor a defesa ao direito fundamental à vida do nascituro, a corrente em comento questiona seu valor moral, ressaltando que não se põe em questão a validade da defesa da vida humana, e sim a investigação do aspecto lógico no qual se embasa a argumentação. Dizer que, na dúvida, opta-se pela vida, é algo como sustentar a premissa afirmativa por si mesma. Além disso, o mesmo direito fundamental utilizado na defesa do nascituro pode ser usado na defesa da gestante, na medida em que a dignidade da pessoa humana, para essa, representa sua liberdade, autonomia reprodutiva, autonomia sobre o próprio corpo e saúde; que não deveriam sofrer interferências abusivas de dogmas jurídicos ou religiosos, que inundavam os discursos presentes em uma época não tão distante, em que a mulher tinha papel mínimo e não autônomo, como ocorre na sociedade contemporânea.

Defendem, portanto, a ideia de que atribuir-se ao feto todos os direitos de um ser humano adulto é equivocada, já que ainda não é um ser real, dotado de personalidade, apenas em potencial. Sendo assim, quando há uma colisão de direitos, dever-se-ia prevalecer os direitos da mulher gestante, uma vez que é certo que seus direitos já foram concretizados, ela já adquiriu o atributo de personalidade e está em plena vida; a sua dignidade deveria se sobrepor à futura dignidade do feto. Rebatem que não se deve privilegiar situações instáveis às situações concretas. Ainda que o direito à vida seja o direito fundamental por excelência, a sua precedência lógica em relação aos demais direitos não lhe confere um valor axiológico superior.

O Direito Penal deve ter caráter mínimo, interferindo apenas onde se mostra estritamente necessário. A tese, portanto, contesta um caráter rígido e arcaico Código Penal brasileiro, sendo explicitado assim pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio:

O Judiciário não pode se fechar em torno de si mesmo, omitindo-se, furtando-se de participar dos destinos da sociedade... A sociedade quer, sim, juízes, e não semideuses encastelados em torres de marfim... O juiz tem de ser um cidadão atento ao cotidiano da comunidade em que vive, em vez de robô repetidor de leis. Só assim será sensível para proferir decisões sábias.

Sobre a atuação mínima do Direito Penal, surgem também argumentos apontando a necessidade de um Estado que não invada a autonomia reprodutiva do indivíduo baseado em valores religiosos ou moralistas, demonstrando que a prática abortiva afeta unicamente as

pessoas em questão, sendo a mulher e seu companheiro. A construção filosófica se dá a partir do pensamento do liberalista John Stuart Mill, que afirma: “[...] *the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others*”¹⁸.

Análises psicológicas utilizadas por defensores da tese em questão afirmam o saldo positivo comportamental das mulheres que têm contato com o procedimento, quando realizado de forma correta, e considerando o dano emocional que sofrem as mulheres detentoras de gravidez indesejadas após o parto¹⁹, enfatizando os prejuízos pessoais que podem ocorrer.

5. COMO A PROIBIÇÃO É VISTA PELA SOCIEDADE, IMPLICAÇÕES QUE RESULTAM DESSA PROIBIÇÃO E ABORTO COMO QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

O argumento que talvez seja o mais forte dos que são favoráveis à prática do aborto é o argumento social. Esse argumento envolve a questão da saúde pública e a ineficiência da criminalização da prática. Nesse sentido, diz Rafael Mafei Rabelo Queiroz (2011), professor da FGV e doutor em Direito pela USP:

Defender a descriminalização não significa lutar para que o feto e sua vida não sejam protegidos; significa, isso sim, lutar para que sua proteção pela criminalização, que além de tudo é ineficaz, seja substituída por outras formas de tutela estatal que não desrespeitem tão frontalmente os direitos da mulher à autonomia e à saúde.

A mortalidade de mulheres por complicações em abortos clandestinos é a terceira causa de ocupação dos leitos obstétricos no Brasil²⁰ e a quarta causa de morte materna no país. Uma flexibilização das leis que regulam a prática abortiva geraria, segundo os adeptos dessa corrente, uma diminuição significativa no número de mortes que hoje são causadas, pela melhoria na qualidade na prestação do atendimento da saúde, evitando que mulheres procurem meios clandestinos de aborto inseguro. De acordo com estudo da Federação Internacional de Planejamento Familiar, no mundo, são 70 mil mortes por ano em decorrência de complicações de abortos. Vale ressaltar que praticamente inexistem registros de mortes por complicações de abortos nos países desenvolvidos nos quais a prática não é criminalizada, e, portanto, feita em clínicas autorizadas com todo o tipo de equipamento e serviços médicos adequados.

¹⁸MILL, *On Liberty*. Kitchener, Ontario: Batoche Books Limited, 2001

¹⁹ADLER, N.E.; DAVID, H.P.; MAJOR, B.N.; ROTH, S.H.; RUSSO, N.F.; WYATT, G.E. Op.cit.

²⁰VICTORA, C.G.; AQUINO, E.M.L. *et al.* A saúde das mães: progressos e desafios. *The Lancet Saúde no Brasil*, 2011.

A vida em sociedade influi sobre a saúde das pessoas, singular e coletivamente. A saúde pública deve cuidar de ser una e ao mesmo tempo apreciar as diversidades que possam existir, pois esta interessa o nível de saúde da população como um todo, e não apenas o estado de saúde das pessoas. O dever da prestação de serviços sanitários é prestar ajuda para que o pessoal da área de saúde dê ao indivíduo o respeito pelo sentido que este quer dar a sua vida. Partindo dessa premissa, a professora Sueli Gandolfi Dallari afirma ²¹:

Ora, essa simples constatação implica a necessidade de manter à disposição do povo serviços adequados para a prática do aborto, oferecidos a todas as pessoas que o demandarem responsabilmente. E, também, o dever de oferecer tais serviços apenas com profissionais competentes e que assumam a responsabilidade ética pela prática desse ato.

Além disso, a manutenção do aborto como crime, gera uma “indústria clandestina” da prática, o que movimenta muito dinheiro ilegítimo, além de incentivar o comércio ilegal de substâncias como o *misoprostol* e a *ocitocina*, bem como a quantidade de mortes que causa. A legalização da prática, evidentemente, falirá a “indústria” e desencorajará o comércio de tais medicamentos.

Os que defendem a corrente em comento afirmam, ainda sobre a ineficiência da criminalização do aborto, que, além de filosoficamente equivocada, segundo o supracitado, mostra-se incapaz de atingir os objetivos para a qual foi estabelecida, que era evitar a prática abortiva, e, além disso, causa de inúmeros problemas.

Sobre esse pensamento, estima-se que, por ano, aconteçam cerca de 1 milhão de abortos clandestinos no Brasil, ficando claro como a sua proibição por lei não impede o seu acontecimento. A partir disso, Rafael Mafei Rabelo Queiroz (2011) afirma:

Se é assim, melhor, mais efetivo e menos agressivo aos direitos das gestantes é buscar reduzir o número de abortos não pela criminalização da opção pelo aborto, mas sim por políticas que visem diminuir a enorme pressão financeira, pessoal e profissional que acarretam a gestação e principalmente a maternidade.

A ideia é que, com a descriminalização, outras medidas que não firam direitos fundamentais ou partam de premissas equivocadas passem a fazer parte da sociedade como possibilidade para a gestante que visa ao aborto, mas vê alternativas. Medidas como, por exemplo, acompanhamento pré-natal gratuito, proteção contra desfavorecimentos na carreira

²¹DALLARI, S. Aborto - Um Problema Ético da Saúde Pública. *Revista Bioética*, Brasília, v.2, n.1, nov. 2009. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/441/324>.

em razão da maternidade, maior oferta de berçários e creches para auxílio de mães que não teriam total dedicação temporal, entre outras.

A política que criminaliza o aborto se mostra ineficiente ao ponto de haver uma recomendação da ONU sobre eliminação de preconceito contra as mulheres, no sentido de incentivar os governos à sua descriminalização²².

Somado a isso, os custos sofridos no sistema de saúde inerentes ao tratamento hospitalar em decorrência de casos oriundos de abortos clandestinos mal executados são consideravelmente altos²³, e, dessa forma, apontam também na direção de que a legalização teria uma maior eficiência nas políticas públicas, sendo menos custoso para o Estado nesse quesito.

A criminalização da prática abortiva é tema de controvérsia frequente. Grupos que apoiam a legalização, como os feministas, mantêm o assunto em pauta como uma maneira de pressionar para que haja mudanças, embasando seus argumentos na defesa da liberdade pessoal da mulher e sua autonomia sobre seu corpo. Em contrapartida, grupos proibicionistas, como religiosos, forçam para que a legislação permaneça como está, defendendo o direito fundamental à vida do nascituro, condenando a prática ao ligá-la a uma espécie de assassinato. Além do embate teórico entre grupos de interesse, doutrinadores e pensadores do assunto mantêm a discussão atualizada, demonstrando como o avanço da sociedade deve ter influência sobre a legislação que regula o aborto e realizando comparações casuísticas com outros países, provendo, desta feita, embasamento teórico para ambas as posições, como foi demonstrado ao longo desse artigo. E é claro, casos concretos chegam com frequência aos tribunais, trazendo à tona a questão, como aconteceu com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que agora regula como mais uma extinção da punibilidade o aborto de nascituro anencéfalo, pela sua impossibilidade de vida extra-uterina, visando, portanto, poupar os pais de um sofrimento maior do que o já vivido.

A proibição do processo abortivo se mostra ineficaz. Isso se dá muito pela presença dessa prática como uma realidade social que dificilmente será anulada ou abafada através de mecanismos legislativos e sanções penalistas. Dessa maneira, para que as gestantes que almejam realizar o procedimento possam interromper a gravidez, há a busca de vias alternativas que satisfaçam sua pretensão. E, com isso, a criação de um mercado alternativo —ilegal—e

²²UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN. *General Recommendation* n. 24. 1999.

²³VLASSOFF, M.; WALKER, D.; SHEARER, J.; NEWLANDS, D.; SINGH, S. Estimates of health care system costs of unsafe abortion in Africa and Latin America. *Int Perspect Sex Reprod Health*. 2009;35(3):114-21.

extremamente perigoso. Essa criminalização prejudica as gestantes e seus companheiros, pois essas são obrigadas, por falta de escolha, a serem submetidas ao procedimento com pessoal médico duvidoso, correndo riscos sérios de vida. Além disso, há uma movimentação de dinheiro ilegal envolvendo o pagamento desses procedimentos, além de um comércio também ilegal de medicamentos, gerando a “indústria clandestina do aborto”.

6. DIREITO COMPARADO: COMO O ASSUNTO É TRATADO POR OUTROS PAÍSES E OS EFEITOS DA LIBERAÇÃO

A Itália foi um dos primeiros países a descriminalizar o aborto, no ano de 1981, após ondas feministas e o fortalecimento das noções de Estado laico, com o objetivo de privilegiar as escolhas individuais de matéria íntima, reconhecendo os direitos da mulher sobre seu corpo. A Inglaterra e a Alemanha Ocidental estão também entre os primeiros Estados a legalizar a referida prática. A partir daí, muitos países seguiram a tendência, algumas vezes brecada por reacionários. Nesse sentido, aponta José Henrique Rodrigues Torres: “[...] nos últimos cinquenta anos, apesar de intensos movimentos reacionários, prevaleceu nos sistemas legais, bem como na esfera da intervenção judicial, a tendência de descriminalização do aborto ou, pelo menos, de ampliação dos casos de autorização para a sua prática”²⁴. Na mesma obra é estabelecido um panorama do enfrentamento da questão do aborto nos países da União Europeia:

a) proibição do aborto, sem exceções: Malta;

b) aborto permitido a pedido da mulher, com algum tempo determinado de gestação (de 90 dias a 24 semanas): Reino Unido, Holanda, Suécia, Romênia, Dinamarca, Letônia, República Checa, Eslováquia, Grécia, Hungria, Bélgica, Bulgária, França, Alemanha, Lituânia, Estônia, Portugal, Eslovênia, Áustria e Itália;

c) aborto permitido em razão de risco de vida para a gestante, sempre: Reino Unido, Dinamarca, Suécia, Letônia, Polônia, Eslovênia, Áustria, República Checa, Eslováquia, Romênia, Chipre, Grécia, Hungria, Espanha, Portugal, França, Alemanha, Lituânia, Estônia e Luxemburgo e Irlanda (inclui risco de suicídio);

d) aborto permitido em razão de risco de vida para a gestante, com algum tempo determinado de gestação: Holanda e Finlândia;

²⁴TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 64, n. 2, June 2012.

e) aborto permitido em razão de risco para a saúde da gestante, sempre: Dinamarca, Eslovênia, Áustria, República Checa, Eslováquia, Romênia, Chipre, Hungria, Bélgica, Itália, França e Alemanha;

f) aborto permitido em razão de risco para a saúde da gestante, com algum tempo determinado de gestação (de 90 dias a 28 semanas): Lituânia, Letônia, Holanda, Reino Unido, Estônia, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Polônia e Espanha;

g) aborto permitido quando a gravidez resulta de estupro ou outro crime sexual, sempre: Romênia, Chipre, Grécia, Alemanha e Hungria;

h) aborto permitido quando a gravidez resulta de estupro ou outro crime sexual, com algum tempo determinado de gestação (de 90 dias a 28 semanas): Dinamarca, Finlândia, França, Espanha, Bélgica, Polônia, Luxemburgo, Portugal, Lituânia, Estônia, Holanda, Letônia e Itália;

i) aborto permitido quando há malformação fetal, sem exigência de tempo de gestação: Reino Unido, Áustria, República Checa, Eslováquia, Romênia, Chipre, Hungria, França, Alemanha e Bulgária;

j) aborto permitido quando há malformação fetal, com algum tempo determinado de gestação: Holanda, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Letônia, Polônia, Eslovênia, Grécia, Espanha, Bélgica, Itália, Portugal, Lituânia, Estônia e Luxemburgo; e, finalmente,

k) aborto permitido por razões socioeconômicas, com algum tempo determinado de gestação: Holanda, Finlândia, Itália, França e Luxemburgo.

A tendência descriminalizadora se confirma não só na União Europeia, mas em outros cantos do globo, como, por exemplo, a admissão do aborto na Austrália, China e Canadá.

No que tange à América Latina, apesar da sua inexistente proibição no tratado internacional do Pacto de São José da Costa Rica, confirmado por resolução, a tendência caminha no sentido contrário. Nesse sentido, afirma Estrella Gutiérrez (2010) que

[...] a América Latina continua sendo um reduto contra o direito das mulheres decidirem sobre sua gravidez e, apesar de a maioria de seus governantes proclamarem-se progressista, apenas em um país o aborto está despenalizado, enquanto em cinco é crime mesmo se a gestação representar risco de vida para a mãe.

Fica clara tal tendência no panorama a seguir ²⁵:

²⁵Gutiérrez, Estrella. Moeda de pacto e de poder. Caracas: IPS, 2010.

a) Cuba, em 1965, legalizou o aborto até 12 semanas de gestação e mantém uma taxa de abortos inferior a 21 para cada mil mulheres em idade reprodutiva, dez pontos abaixo da média regional;

b) Chile, El Salvador, Nicarágua e República Dominicana criminalizam o aborto e não admitem nenhuma exceção (no Chile e em El Salvador, como testemunham Faúndes e Barcelatto: “[...] os médicos realizam abortos para tratamento de gravidez ectópica e ou de câncer do trato genital em mulheres grávidas, sem nenhuma repercussão legal”, com base em dispositivos normativos gerais descriminalizadores; mas, no Chile, a lei processual penal determina que os médicos denunciem aos carabineiros o fato de uma mulher apresentar sintomas de ter praticado um aborto, o que os coloca sempre em conflito com o direito das pacientes ao sigilo);

c) Honduras, por força de seu Código de Ética Médica, permite o aborto para salvar a vida da gestante;

d) Argentina, Venezuela, Costa Rica, Peru e Paraguai admitem o aborto para salvar a vida da mulher, mas na Argentina também é facultativo o aborto quando a mulher é "idiota ou demente" e, na Venezuela, é permitido, também, para proteger "a honra" da mulher ou do homem;

e) Uruguai, Colômbia, Equador, Bolívia, México, Panamá e Guatemala permitem o aborto nos casos de violação ou incesto, mas o Uruguai também o admite no caso de "angústia econômica" e a Colômbia, o México e o Panamá, também quando há malformação fetal.

Atualmente, cerca de 54 países —entreeles Bélgica, Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, África do Sul — já garantem o aborto legal e seguro. Vale ressaltar que, nesses países, de acordo com registros da ONU, os índices de desenvolvimento humano são mais altos. Em contrapartida, a *Women On Waves* (WOW) vem garantindo o acesso ao aborto legal e seguro em países onde a lei não o permite. Trata-se de uma organização holandesa sem fins lucrativos que, de acordo com suas lideranças, tem como missão a prevenção da gravidez indesejada e dos abortos inseguros em todo o mundo. A organização possui um navio que atraca no mar de diversos países, onde são fornecidos contraceptivos, informação, formação, *workshops* e abortos seguros e legais fora das águas territoriais de países onde o aborto é ilegal.

Nos países onde a prática do aborto teve seu acesso ampliado legalmente, houve significativa diminuição nos índices de morbimortalidade de gestantes, maior acesso das mulheres a informações a respeito da saúde sexual e métodos contraceptivos, com larga disseminação e incentivo de uso destes. Cada vez mais os países caminham para a

descriminalização da prática abortiva, e o Brasil deve sofrer uma reforma legal “[...] para que seja assegurada a proteção integral dos direitos humanos das mulheres, compromisso assumido pelo Estado brasileiro nas Conferências da ONU realizadas no Cairo, em 1994, e em Pequim, em 1995”.²⁶

CONCLUSÃO

Com toda essa exposição, é possível observar que a criminalização do aborto vai em sentido contrário a diversos valores, como não só do funcionalismo redutor de um Direito Penal mínimo, mas também a efetiva proteção aos Direitos Fundamentais da mulher. Urge, portanto, a necessidade de ponderação dos preceitos aqui elencados para uma tutela efetiva e justa, em consonância com os ditames constitucionais.

Atribuir-se ao feto todos os direitos de um ser humano adulto é equivocados, já que ainda não é um ser real, dotado de personalidade, apenas em potencial. Sendo assim, quando há uma colisão de direitos, deve prevalecer os direitos da mulher gestante, uma vez que é certo que seus direitos já foram concretizados, ela já adquiriu o atributo de personalidade e está em plena vida; a sua dignidade, portanto, deve se sobrepor à futura dignidade do feto, caso contrário, estar-se-ia privilegiando direitos de um feto que está apenas em estado potencial e que, por isso, não foram ainda adquiridos, visto que estão em condição suspensiva, dependendo do nascimento para daí se tornarem efetivos. Não se deve privilegiar situações instáveis às situações concretas. Não se deve impor uma gravidez a uma mulher, violando os princípios de igualdade e saúde da mesma, com base em uma mera expectativa de vida que o feto poderá revelar ou numa futura dignidade. A personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações, logo, esse atributo concreto da gestante deve prevalecer. Não se pode permitir que o direito confira mais direitos àqueles que ainda não o possuem. Logo, a preferência deve ser para a vida já instituída.

Os valores que informam a criminalização do aborto não necessitam ser garantidos por meio do Direito Penal, sendo certo que existem meios mais eficazes e menos lesivos para a efetiva proteção da vida intra-uterina. Na hipótese em que a manutenção da vida humana dependente entrar em conflito com direitos igualmente fundamentais da gestante, tais como sua liberdade, autonomia reprodutiva, dignidade e saúde, a criminalização do aborto pode ser traduzida em uma exigência desproporcional, importando, assim, no sacrifício de valores existenciais da mulher. Ainda que o direito à vida seja o direito fundamental por excelência, a

²⁶LOREA, Roberto Arriada. *Acesso ao aborto e liberdades laicas*. Horiz. antropol., Porto Alegre, v. 12, n. 26, Dec. 2006.

sua precedência lógica em relação aos demais direitos não lhe confere um valor axiológico superior. O legislador constituinte não realizou nenhuma hierarquização desses direitos, com base em eventual valoração axiológica, conforme mencionado anteriormente. Logo, a ponderação de direitos no caso do aborto deve sempre pender aos direitos e garantias já instituídas na personalidade da gestante, não prevalecendo potencialidades e situações instáveis em confronto à saúde, à liberdade e à autonomia de uma vida em plenitude.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte especial*, vol.2 – 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Aborto: “in dubio pro vita”? *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3120>.

CACIQUE, Denis Barbosa. *Desenvolvimento e validação de conteúdo do Moisés de Opiniões Sobre o Aborto Induzido (Mosai): um instrumento para se conhecer as opiniões de profissionais da saúde sobre a moralidade da interrupção voluntária da gravidez*. Campinas, SP: [s.n], 2012.

FEITOSA, Gisleno. Interrupção da gestação em caso de anencefalia. In: COSTA, Sergio; FONTES, Malu; SQUINCA, Flávia. *Tópicos em bioética*. Brasília: Letras Livres, 2006.

FERNANDES, Maíra *et al.* Os crimes contra a vida na reforma do Código Penal: uma visão médico-jurista. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 64, n. 2, June 2012 . Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000967252012000200019&lng=en&nrm=iso>.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

GOMES, Luiz Flávio (org.). *Código Penal*. 13ª Edição rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8ª. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Direito ao aborto e direito à vida: as perguntas e respostas que importam. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 16, n. 1, p. 76-90, out. 2011. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3271/2053>>.

**A (NÃO) RECEPÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA PELA
CONSTITUIÇÃO E SEU JULGAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
453.000/RS**

**THE (NON) RECEPTION OF THE AGGRAVATING CIRCUMSTANCE OF
RECIDIVISM BY THE CONSTITUTION AND ITS JUDGMENT IN THE
EXTRAORDINARY APPEAL 453.000/RS**

Gabriel Albernaz da Conceição¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO;1 - O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988;1.1 - DIREITO PENAL DO FATO E DO AUTOR; 1.2 REINCIDÊNCIA E FUNÇÕES DA PENA; 1.3 - INDIVIDUALIZAÇÕES DA PENA E O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2 - ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO RELATOR; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Este trabalho objetiva analisar se a reincidência empregada como circunstância agravante da pena se adequa às bases constitucionais estabelecidas em 1988. Para tanto, utiliza-se como ponto de partida o voto do Ministro Marco Aurélio no Recurso Extraordinário 453.000/RS, em que foi reconhecida repercussão geral para a análise da constitucionalidade da reincidência. O exame do voto será realizado sob a ótica do Direito Penal do Fato, das funções da pena e do princípio da individualização da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Reincidência.Agravante.RE 453.000.Direito Penal do Fato.Princípio da Individualização da Pena.

SUMMARY: INTRODUCTION;1 - THE INSTITUTE OF RECIDIVISM AND THE CONSTITUTION;1.1 - LIBERAL CRIMINAL LAW AND CONSERVATIVE CRIMINAL LAW; 1.2 RECIDIVISM AND PURPOSES OF PUNISHMENT; 1.3 - INDIVIDUALIZATION OF PENALTIES AND THE CONSTITUTIONAL PARADIGM OF PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS; 2 - REVIEW OF THE RAPPORTEUR'SVOTE; CONCLUSION; BIBLIOGRAPHY.

ABSTRACT: This paper aims to analyze if the recidivism applied as an aggravating circumstance of the penalty is in conformation with de constitutional foundations established in 1988. Based on that, it was employed as the starting point Minister Marco Aurélio's vote in the Extraordinary Appeal nº 453.000/RS, case in which it was recognized the general repercussion for the analysis at the constitutionality of recidivism. This vote's review will be performed from the standpoint of the Liberal Criminal Law, purposes of punishment and the principle of individualization of penalties.

KEYWORDS: Recidivism.Agravating.RE 430.000.Liberal Criminal Law.Principle of individualization of penalties.

¹ Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail para contato: albernaz.gabriel@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

O Código Penal não apresenta o conceito da circunstância agravante da reincidência; apenas prevê suas hipóteses de verificabilidade. Os dispositivos que retratam essa circunstância devem ser problematizados à luz da Constituição da República e de seus postulados penais e processuais penais, em razão de suas graves repercussões na vida dos milhares de apenados no Brasil.

Esse instituto vige no Direito Brasileiro desde o Código Criminal do Império. Sem que muito tenha mudado em seu enfoque desde então, é interpretado doutrinária e jurisprudencialmente nos dias de hoje de forma tal que é duvidosa sua adequação aos postulados e garantias positivados constitucionalmente.

Não obstante a doutrina majoritária entender a aplicação desta circunstância como legítima e benéfica para a individualização da pena, com o passar do tempo, cada vez mais estudiosos vêm se levantando contra a utilização da reincidência no agravamento da pena-base². No mesmo sentido, alguns julgados consideram que tais elementos não foram recepcionados pela Carta Magna³, e essa tese tem sido levada aos tribunais superiores com frequência.

Não por outro motivo, foi reconhecida Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário de número 453.000/RS, julgado pelo pleno da Suprema Corte em 04 de abril de 2013. Mesmo com o reconhecimento da elevada relevância do tema e de suas gravíssimas consequências no cotidiano de milhares de apenados em um sistema penal notadamente criminógeno⁴, o referido recurso, interposto pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, teve seu provimento negado por unanimidade.

² A título exemplificativo, seguem alguns dos autores citados neste trabalho: BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011; CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da Pena e Garantismo* (4a edição). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. ZAFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

³ Ressalte-se que a repercussão geral sobre a agravante da reincidência foi inicialmente reconhecida no bojo do RE 591563, em face de acórdão proferido pelo TJRS (Apelação Crime Nº 70016965345, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Julgado em 25/04/2007), em que se decidiu pela não recepção do instituto. O recurso, no entanto, restou prejudicado em razão do provimento do recurso especial interposto simultaneamente.

⁴ Foucault demonstra a ação criminógena do cárcere: “A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas ou que lhes seja imposto um trabalho inútil [...]. A prisão fabrica também delinquentes impondo aos detentos limitações violentas; ela se destina a aplicar as leis e a ensinar o respeito por elas; ora, todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso do poder arbitrário da administração. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 40 ed. Petrópolis, RJ, Vozes, 2012. p. 252. Tradução de Raquel Ramalhte.

Este trabalho tem por escopo a abordagem da agravante da reincidência na aplicação da pena, e sua questionável recepção pela Constituição Federal de 1988, tendo como foco principal a análise do acórdão proferido em sede de julgamento do já citado RE 453.000/RS.

A análise dessa circunstância no trabalho a ser desenvolvido terá como ponto de partida uma perspectiva do Direito Penal empiricamente interessado e informado⁵. Adota-se como referencial teórico uma Ciência Penal integrada à Criminologia, sob a ótica do Direito Penal do Fato, considerando como sustentáculo legal os postulados constitucionais.

Nesse contexto é que será analisado o voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, relator do acórdão. Não obstante bem fundamentado, parece ter como premissa alguns conceitos oriundos do chamado “senso comum teórico dos juristas”⁶, que constitui a interpretação, *a priori* não questionada nem questionável, por seu caráter de “verdade”, do texto legal estudado.

1. O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1. Direito Penal do Fato e do Autor

É unânime que o modelo Penal consagrado na Constituição Federal de 1988 é o da culpabilidade de Fato. Sobre a distinção entre o Direito Penal do Fato e de Autor, Batista e Zaffaroni afirmam:

Enquanto, para alguns autores, o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para uns, seu desvalor – embora haja discordância no que tange ao objeto – esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor.⁷

⁵ Buscando ao menos atenuar o problema apontado por Hassemer: “Como a proteção jurídico-penal pode garantir que trará mais vantagens do que prejuízos, se ela está orientada de modo insuficiente sobre os fatos reais que são seus objetos? Expressão destas incompreensões modernas em face de um Direito Penal empiricamente desinteressado e desinformado, é principalmente a exigência de *integração das ciências sociais* e da *consideração de casos* na formação jurídico penal”. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. P. 52.

⁶ Usando a expressão de Luis Alberto Warat, “De uma maneira geral, a expressão ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito [...]. Um máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para reificar o mundo e compensar a ciência de sua carência”. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito* - Vol 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 13.

⁷ ZAFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. P. 131.

A aplicação da reincidência como agravante na aplicação da pena tem como fundamento a reiteração delitiva como indício de uma característica *do autor* valorada negativamente, isto é, sua periculosidade, presumida a partir da prática sucessiva de tais fatos.

Isso é dito de forma expressa na exposição de motivos da Lei nº 7.209/1984, em seu parágrafo 59, *verbis*:

De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, **neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade** (BRASIL, 1984, grifos nossos).

A instituição de “categorias de agentes dotados de acentuada periculosidade”, nas quais se enquadram os autores reincidentes, dentre os objetivos declarados da lei penal é uma evidência que confirma a opção, nesse aspecto, por um Direito Penal de Autor. Trata-se de resquício dos “tipos de autor” da Escola Positiva.⁸

Na continuidade na aplicação desse instituto, portanto, desprivilegia-se a culpabilidade pelo fato e passa a utilizar-se da culpabilidade de autor: despreza-se a reprovabilidade intrínseca ao ato praticado para sustentar uma necessidade de maior apenamento tendo como base o autor reincidente.

Isso se dá porque, dentro da racionalidade da Dogmática Penal da Culpabilidade pelo Fato, a reincidência como agravante não se sustenta. Sua irracionalidade é mascarada, apelando-se para o critério informador do Positivismo: a periculosidade, que é presumida mediante a elaboração de prognósticos com base em elementos pretensamente científicos. Tais prognósticos são fundados apenas na crença, fortalecida pela persistente reprodução discursiva, de que o indivíduo apenado mais de uma vez é fonte de riscos para a sociedade.

⁸ Ferri, expoente da Escola originária da Itália que tinha o criminoso como principal objeto de estudo, assim descrevia os tipos de autos: “Naturalmente, estas gradações diferentes de intensidade fazem com que a lei penal possa dar normas especiais somente para os mais graves e aparatosos (delinquentes loucos, natos, habituais, passionais, menores), considerando a maioria dos criminosos (ocasionais) atingida apenas por leves e não acumuladas anomalias”. FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. 2ªed. Campinas/SP: Bookseller, 1999. P. 252. Trad. Paolo Capitanio.

Chega à mesma conclusão o magistério de Zaffaroni, que afirma que a reincidência só se explica “[...] nas abordagens jurídico-penais na medida em que se abandona o Direito Penal do ato, embora, às vezes, nem mesmo nestas posições a explicação se mostre coerente”.⁹

Diante do exposto, constata-se que a aplicação da reincidência como agravante é incompatível com a perspectiva do Direito Penal do Fato, e por isso deve ser problematizada. Tal instituto externa o agravamento de pena com base na formação de um juízo de reprovabilidade a partir de uma suposta “tendência delitiva”, baseada na presunção de periculosidade dos indivíduos que são condenados após já terem cumprido pena anterior. Nesses termos, não pode subsistir.

1.2.Reincidência e funções da pena

Feito o enfoque a partir do Direito Penal do Fato, a reincidência será examinada à luz das mais tradicionais teorias da pena, com o intuito de estudar se o instituto orienta-se em conformidade com os clássicos fins atribuídos à pena.

A Teoria Retributiva da pena possui como corolário a ideia de que esta é necessária para a restauração da ordem jurídica violada, mediante a imposição de um mal ao infrator, proporcional à lesão a bem jurídico por este provocada.

Ora, pensando a reincidência sob a luz destes fundamentos, a ordem jurídica já teria sido restabelecida por ocasião da primeira imposição de pena ao sentenciado, condenado a uma restrição de direitos por consequência da conduta desviante praticada.

Diante disso, com o ordenamento jurídico plenamente restabelecido, não haveria como se pensar em um *plus* punitivo no momento da aplicação da pena referente ao segundo fato definido como crime: a nova perturbação à ordem faria jus apenas a uma punição suficiente e proporcional para a restauração da vigência da norma infringida pelo delito posterior.

Dessa forma, a reincidência como agravante não se sustenta perante os fundamentos da Teoria Retributiva ou Absoluta da pena, mormente se considerados sob a ótica dos postulados constitucionais do Estado Democrático de Direito.¹⁰

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. Reincidência: Um conceito do Direito Penal Autoritário. In: BUSTAMANTE, Ricardo; TUBENCHLAK, James (coords.). *Livro de Estudos Jurídicos* (6). Rio de Janeiro: IEJ, 1993. P. 53

¹⁰ Como ensinam Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Correa Junior, ademais, a pena com fundamento na mera retribuição não pode persistir no Estado de Direito: “A retribuição compensadora, ademais, não é consentânea com o Estado Democrático de Direito – que respeita a dignidade humana -, pois é impensável que alguém possa pagar um mal cometido com um segundo mal, que é a expiação através da pena”. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 130

A prevenção geral, conforme a lição de Shecaira e Correa Junior¹¹, determina que “[...] a pena deve produzir efeitos de intimidação sobre a generalidade das pessoas, atemorizando os possíveis infratores a fim de que estes não cometam quaisquer delitos” e necessita, para fundamentar-se, como ensina Cezar Roberto Bitencourt, de:

[...] duas idéias básicas: a ideia da intimidação, ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem. Essa teoria valeu-se dessas ideias fundamentais para não cair no terror e no totalitarismo absoluto. Teve, necessariamente de reconhecer, por um lado, a capacidade racional absolutamente livre do homem – que é uma ficção como o livre-arbítrio –, e, por outro lado, um Estado absolutamente racional em seus objetivos, que também é uma ficção”¹²

Ocorre que tais ficções — como ficções que são — não se adequam aos dados sociais: o livre-arbítrio, em sua concepção tradicional da racionalidade iluminista, não pode ser comprovado, como demonstra o professor Davi Tangerino:

Percorrendo searas bastante diversas (Psicologia Moral e Psicanálise), chega-se à mesma conclusão: o ser humano racional, iluminista, capaz de sempre deduzir o quanto seja jurídico (e, portanto, antijurídico) valendo-se da razão como instrumento revelador da moralidade, é, caso exista, excepcional.¹³

Outrossim, a recidiva é demonstração de que a perpetração — e a reiteração — de um delito não passa por uma “escolha”, muito menos *racional*. Nada mais irracional do que a repetição de um fato delituoso após uma condenação penal.

Por outro lado, a ideia de intimidação também é fracassada, como afirma de maneira categórica Roxin¹⁴: “Cada delito já é, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”. Ora, a existência do instituto da reincidência demonstra a ineficácia desta função da pena, e esta, portanto, não pode, sob qualquer aspecto racional, fundar-se nela.

Do contrário, no entanto, poder-se-ia pensar, em maior sintonia com a realidade do sistema penal brasileiro, que a função intimidatória da pena seria um incentivo ao aperfeiçoamento da empreitada delituosa. É evidente que, quanto menos rebuscado é o plano delitivo e quanto maior a imperícia na execução, maior a possibilidade de ter a autoria descoberta e ser processado, julgado e condenado. Nesse sentido, conforme ensinam Nilo

¹¹ Id, *ibid*.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 108.

¹³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. São Paulo: Campus Elsevier, 2010. Pp. 150-151

¹⁴ ROXIN, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108 .

Batista e Zaffaroni, a função de prevenção geral negativa da pena “[...] não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa”.¹⁵

Quanto à teoria da prevenção especial positiva, Paulo Queiroz leciona que:

Para as teorias da prevenção especial, a intervenção jurídico-penal deve se contentar em evitar que os condenados voltem a delinquir, impedindo a reincidência, de modo que fim da pena é evitar a reincidência, por meio da ressocialização ou reintegração social do apenado.¹⁶

Ademais, em um Estado Democrático de Direito, um fim da pena que se preste à reeducação coercitiva de apenados não pode persistir nestes termos. O Estado não pode colimar alteração substancial da personalidade dos réus, mediante argumentos de ressocialização, reeducação, recuperação — as chamadas “ideologias re”. Estas, em realidade, consistem em uma imposição unilateral de uma escala de valores e, por isso, não podem ser adotadas, sob pena de converter-se em um Estado autoritário.

O viés preventivo especial somente poder-se-ia fundamentar no oferecimento, pelo Estado, de oportunidades laborativas, de propostas educacionais, culturais e sociais com o fito de extinguir, ou ao menos reduzir, o estigma do condenado.

Para que tais ofertas concretizem-se em verdadeiras medidas integradoras do indivíduo à sociedade, devem ocorrer em ambiente externo ao cárcere, visto que, conforme Maria Lucia Karam, a ideia de reintegração à sociedade “[...] é absolutamente incompatível com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico repudia a ideia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-a dela”.¹⁷

Segundo essa ótica, devem ser analisados os dados sociais, conforme ensinamentos de Aramis Nassif, que, em artigo no qual repensa entendimento anterior¹⁸, chega à conclusão de que a reincidência demonstra o fracasso do fim ressocializador da pena.

Diante da análise desses dados, dos quais são extraídos resultados altamente insatisfatórios e da constatação da falência da pena privativa de liberdade como instituição

¹⁵Op. cit.p. 195.

¹⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3ª Ed. São Paulo, RT, 2008. P. 52-53.

¹⁷ KARAM, Maria Lucia. A violenta, danosa e dolorosa realização do poder punitivo: considerações sobre a pena. In: *Desconstrução das práticas punitivas*. Belo Horizonte: CRP-MG / CRESS 6º Região, 2010. P. 13

¹⁸ NASSIF, Aramis. Reincidência: Necessidade de um Novo Paradigma. In. *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*, p. 63 e ss.

recuperadora, verifica-se a inexistência de qualquer expectativa realista para recuperação do agente no agravamento pela reincidência.

Diante do exposto, vê-se que a reincidência como agravante não se sustenta também sob os fundamentos da função preventiva especial ou ressocializadora da pena, uma vez que a reiteração delitiva por réu condenado e apenado demonstra, por si só, o seu fracasso. Ademais, a infligência de maior *quantum* de pena restritiva de liberdade e do sofrimento a ela inerente parece ir de encontro aos fins de ressocialização, não ao encontro destes. Por conseguinte, resta demonstrada também a insuficiência do argumento ressocializador como base para permanência do instituto da reincidência.

A função de prevenção especial negativa, em geral, não é defendida como único fundamento para a pena, e sim combinada com a prevenção especial positiva. Assim, com o fracasso da ideologia de ressocialização — evidente em nossa conjuntura penal em que a pena privativa de liberdade é o elemento central —, justifica-se a inocuidade, neutralização ou eliminação do apenado.

Poder-se-ia reconhecer que penas demasiadamente longas para reincidentes implicariam a não realização ou diminuição da prática de atos definidos como crimes (ao menos extramuros, já que a violência no cárcere é uma das marcas do sistema prisional). No entanto, sob a ótica humanista da Constituição Federal, tal função não pode sustentar-se.

O princípio da dignidade da pessoa humana, basilar em nosso ordenamento, tem como corolário necessário a premissa de que a pessoa não pode ser considerada apenas um meio para a consecução de um fim. Ela é sempre um fim em si mesma. Nesse contexto, não se pode procurar instrumentalizar o indivíduo rotulado como reincidente, mantendo-o prolongadamente na prisão em suposto benefício do *corpo social*.

Advertem Nilo Batista e Zaffaroni que, admitindo-se tal função como fundamento da pena, tem-se “[...] uma visão corporativa e organicista da sociedade, que é o verdadeiro objeto de atenção, pois as pessoas não passam de meras células que, quando defeituosas ou incorrigíveis, devem ser eliminadas”¹⁹. Como tal visão organicista não se adequa aos postulados constitucionais mais básicos de dignidade e liberdade, deve ser rechaçada, bem como qualquer fundamentação restritiva de direitos originária desta.

1.3. Individualização da pena e o paradigma constitucional de proteção aos direitos fundamentais

¹⁹Op. cit. P. 128.

Superadas as tradicionais teorias de fundamentação da pena como justificadoras da aplicação da reincidência, é necessária a análise do instituto sob a ótica do princípio da individualização da pena, positivado constitucionalmente dentre as garantias fundamentais do indivíduo.

A individualização, considerada abstratamente, é fruto do paradigma etiológico que teve seu auge com a Escola Positiva, com grandes defensores no Brasil, a exemplo de Roberto Lyra. Este autor, ao comentar o art. 42 do Código Penal, que regulava a primeira fase da aplicação da pena na parte geral de 1940, explicava que

A adaptação da pena ao delincente representa uma das mais importantes vitórias da escola positiva contra os clássicos, mais ou menos fiéis à correspondência apriorística entre a quantidade da pena e a do crime, em nome do requisito da certeza.²⁰

A reforma de 1984 manteve na essência a estrutura da individualização da pena anterior, e com ela os elementos positivistas na individualização da pena. Com a superveniência da Constituição de 1988, é imperiosa a revisão deste paradigma e o debate sobre a recepção ou não dos dispositivos com ela conflitantes.

Nesse contexto, é importante a análise do fenômeno sob o enfoque sociológico das teorias criminológicas do *labeling approach*, que, como ensina Baratta, partem “[...] da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais [...]”²¹

Diante disso, o “*status social*” do delincente (e, conseqüentemente, do reincidente) pressupõe o efeito definidor das instâncias oficiais de controle social, uma vez que é inegável a incidência do *quantum* significativo de delitos que escapam ao conhecimento das autoridades, conhecido como cifra negra.

A partir da existência notória de um considerável percentual de delitos que escapam ao conhecimento das instituições responsáveis pelo controle penal, verifica-se que há muito indivíduos que, apesar de terem realizado as mesmas condutas definidas como crime reiteradamente, não têm sobre eles o *rótulo* de criminosos reincidentes. Isso ocorre porque

²⁰ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Vol. II, 3ª ed., Rio, Forense, 1958. P. 176.

²¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* - 3ª Ed. 2002. Editora: Revan.

alguns indivíduos não são *selecionados* pelo Sistema Penal, por diversos motivos minudenciados pela Criminologia, que escapam ao escopo deste trabalho.

Baratta ensina ainda que a principal consequência para os desviantes é uma decisiva mudança de identidade social do indivíduo:

A reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem, frequentemente, a função de um ‘commitment to deviance’, gerando, através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu.²²

Percebe-se na agravação da pena pela reincidência uma evidente contradição. Em grande parte dos casos de aplicação da agravante, a culpabilidade as pessoas condenadas anteriormente é menor, em razão da indissociável redução do campo de oportunidades aos apenados, devido à inerente estigmatização e deterioração destes.

Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos assevera que:

É necessário reconhecer: a) se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo *sistema formal* de controle social, com *efetivo cumprimento* da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a *reincidência real* entre as *circunstâncias atenuantes*, como produto específico da atuação *deficiente e predatória* do Estado sobre sujeitos criminalizados; b) se novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a *reincidência ficta* não indica qualquer *presunção de periculosidade* capaz de fundamentar *circunstância agravante*.²³

Dessa forma, a partir de uma análise racionalizada das consequências da reincidência na realidade penal brasileira, a única conclusão possível seria a inclusão (de *lege ferenda*) desta entre as circunstâncias atenuantes, por constituir evidência de que a persecução penal não foi bem sucedida. Pelo contrário, os efeitos que deveriam ser evitados — o não cometimento de delitos — foram repetidos.

Por isso, e em contrariedade aos ensinamentos do professor da Universidade Federal do Paraná, o estado atual da reincidência na ordem jurídica brasileira intensifica a seletividade do sistema penal, por incidir mais facilmente sobre os indivíduos já selecionados anteriormente. Com isso, a reincidência tem seu resultado mais nefasto e inexorável — a estigmatização dos apenados — levada a um nível de consequências irracionais e devastadoras.

²² Id. Ibid. P. 89.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 2 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007 (grifos no original).

E é na tentativa de reduzir tais consequências que urge a substituição do paradigma que intrinca direito e natureza por um paradigma mais humano, baseado no respeito aos direitos fundamentais positivados na Constituição.

Nosso modelo constitucional de garantias consolida conquistas e constitui superação do modelo Positivista. No entanto, para que esta seja plena, deve-se fazer uma leitura da legislação infraconstitucional à luz da Lei Maior, para que sejam suprimidos os vestígios do Direito Penal autoritário. A reincidência é um deles.

Os doutrinadores e magistrados que defendem a constitucionalidade da reincidência afirmam que, em vez de violar, a avaliação da reincidência reforçaria o princípio da individualização da pena. É importante aqui considerar sob que viés é analisado tal princípio em afirmativas como essa.

Parece lógico que, em um sentido apriorístico desligado dos princípios reitores do Direito Penal, quanto mais critérios disponíveis na legislação para o juiz aplicar na fixação da pena, mais fatores existiriam a diferenciar os indivíduos selecionados pelo sistema penal.

Nesse sentido, a hipotética existência de diferenciação de gênero na aplicação da pena, com a previsão de uma atenuante para as pessoas de sexo feminino, contribuiria para a maior eficiência na individualização da pena: as mulheres teriam penas menores, e, portanto diferentes, para condutas semelhantes praticadas por indivíduos do sexo masculino. Individualização da pena otimizada, enfim.

No entanto, a individualização da pena, como valor constitucional que é, deve ser analisado sistematicamente à luz da Constituição, que preza pelo respeito aos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o instituto da reincidência não encontra suporte nesse princípio. Pelo contrário, deslegitima-se, principalmente se considerarmos a busca por uma aplicação da pena respeitadora dos direitos fundamentais, redutora de danos.

Diante do exposto, percebe-se, em razão da existência da individualização da pena no rol dos direitos fundamentais do art. 5^a (inciso XLVI) da Constituição, que tal princípio pode ser interpretado apenas como norma que estabelece critérios de limitação do poder penal. Unicamente sob este âmbito pode-se legitimar o Direito Penal, que recupera sua funcionalidade enquanto conjunto de regras que impõem limites ao arbítrio judicial.

2. ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO RELATOR

O Ministro Marco Aurélio, relator do no Recurso Extraordinário de número 453.000/RS, acompanhado à unanimidade por seus pares, inicia seu voto²⁴ examinando a abrangência do instituto da reincidência.²⁵

O Relator ressalta que se na oportunidade histórica do julgamento do RE ora analisado tivesse sido declarada a não recepção da reincidência pela Constituição, todas essas implicações deveriam ser forçosamente afastadas, por força da lógica e coerência.

Após este enfoque sobre o instituto, o ministro ressalta a antiguidade do instituto, asseverando “[...] a reincidência como agravante vem do Código Penal do Império – Lei de 16 de dezembro de 1830, artigo 16, 3^o”. Inúmeras mudanças sociais perpetraram-se desde então. No tocante à reincidência, elas não foram tão perceptíveis.

O ministro sustenta que o fato de levar em conta “[...] o perfil do condenado e o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal [...]”, ao contrário do que se alega no recurso defensivo, reforçaria o princípio da individualização da pena.

Tal visão sobre esse princípio, elencado entre as garantias individuais fundamentais, como já visto, não se coaduna com sua necessária interpretação sistemática na Constituição.

Por isso, objetivando-se uma aplicação da pena redutora de danos e visando ao estabelecimento de limites ao arbítrio judicial, deve ser rechaçada a citada argumentação.

Nesse contexto, Marco Aurélio argumenta no sentido de que, por existir circunstância atenuante que leva em conta “o perfil do condenado”, a exemplo da idade e do desconhecimento da lei, o legislador estaria autorizado a levar em conta o mesmo aspecto para prever circunstâncias legais agravadoras da pena.

Embora tais circunstâncias não sejam o foco do presente trabalho, é cediço que o desconhecimento da lei refere-se à culpabilidade, que evidentemente leva em conta questões pessoais do agente no momento do fato. A principal crítica à reincidência, por outro lado, é o fato de esta extrapolar os limites da culpabilidade.

²⁴ Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-marco-aurelio-re-453000.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2013.

²⁵ Em artigo que procura exaurir o rol dos efeitos da reincidência, são citadas cerca de sessenta consequências da reincidência esparsas na legislação penal e processual penal: PAULA, Áureo Natal de. Efeitos da reincidência de acordo com a doutrina. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4009>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

Consoante os ensinamentos de Juarez Tavares²⁶, a culpabilidade não é aferida conforme um juízo autônomo de reprovação *sobre o agente*, mas sim, em face dos *elementos do próprio injusto em função do agente*. Com base nessa doutrina, constata-se que a reincidência não se encontra nos limites dos elementos do próprio injusto. Pelo contrário, trata-se de reprovação do julgador *sobre o agente*, e, portanto, é incompatível com o Estado Democrático de Direito, principalmente se considerados seus objetivos de proteção aos direitos fundamentais.

Quanto à atenuante da idade, trata-se de medida de política criminal descarcerizadora que privilegia a individualização da pena em sua ótica redutora de danos, ao prever a diminuição da pena quando o apenado for muito jovem, por um lado, e muito idoso, por outro.

Dessa forma, ambas as hipóteses levantadas a título de comparação possuem pouca relação com o instituto ao qual foi reconhecida repercussão geral no Recurso Extraordinário objeto de análise.

Após o exame de mais algumas das repercussões da reincidência em nosso arcabouço de leis penais, o ministro chega à conclusão que a reincidência compõe “[...] consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência”.

Ora, duas ponderações devem ser cheçadas para que se possibilite essa colocação: i) se a consagração do sistema tem como base o sucesso deste em seus objetivos, e para isso é necessário o confronto dos objetivos declarados com dados sociais; ii) a princípio, tal sistema de política criminal possui base infraconstitucional, então não responderia ao principal questionamento do recurso interposto: a vigência deste em face da superveniência da Constituição fundante do contemporâneo Estado Democrático de Direito.

A primeira ponderação parece ter resposta negativa, em face da análise dos estudos criminológicos sobre o assunto. Tem-se um consenso nas ciências empíricas acerca do fracasso do sistema de política criminal hodierno, ao menos em relação a seus objetivos declarados. No específico caso da reincidência, uma análise de seu índice de ocorrência em nosso sistema prisional²⁷ indica o insucesso dessa política.

Quanto ao segundo, deve-se ter como ponto de partida a Constituição Federal de 1988, que trouxe como pilar a proteção de direitos fundamentais, em oposição às leis penais vigentes desde há muito, impregnadas de resquícios autoritários dos regimes em que foram promulgadas.

²⁶TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André; BATISTA, Nilo. (Org.). *Cem Anos de Reprovação*. 1ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1, p. 131

²⁷Não há notícia de estatísticas precisas acerca do instituto. Porém, em 2011, Cezar Peluso ex-ministro do STF, à época presidente do Conselho Nacional de Justiça, estimou a taxa em cerca de 70%. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/998962/indice-de-reincidencia-criminal-no-pais-e-de-70-diz-peluso>>. Acesso em: 26, jul. 2013.

É a Constituição a base de nosso ordenamento jurídico e fundamento de validade para todas as leis vigentes. Em face desta é que o magistrado, ao aplicar a norma, deve fazer um juízo de valoração e verificar a compatibilidade com os direitos fundamentais instituídos, ainda que contra a vontade da maioria.

Tal linha de argumentação é defendida pelo jurista Luis Roberto Barroso²⁸:

[...] As normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior. Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo. (Grifos no original)

É certo que somente quando busca reinterpretar o direito de maneira crítica, visando ao prevalecimento da Constituição, o juiz legitima a jurisdição e sua independência. Legitima ainda, precipuamente, sua função de garantidor de direitos fundamentais — no caso em tela, de Guardiã da Constituição —, pressupostos sobre os quais se assenta a democracia substancial.

Seguindo, passa o Ministro Marco Aurélio a realizar exercício discursivo, afirmando que não há *bis in idem* na agravante da reincidência. Vejamos:

Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no artigo 64 do Código Penal – cinco anos –, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada.

O magistrado entende que, em razão de a circunstância não ser aplicada de forma contemporânea à primeira condenação, não implicaria dupla punição pelo mesmo fato. No entanto, parece empreender um raciocínio eminentemente abstrato: no seu sentir, a agravante da reincidência não seria consequência do primeiro delito, mas apenas cumprimento do gravame objetivo previsto expressamente em lei, de aplicação obrigatória.

Dessa forma, fundamenta-se a incoerência de violação ao princípio do *non bis in idem* com base no discurso de negação de sua ocorrência, sustentando a agravante em circunstâncias objetivas que não teriam sua existência baseada em qualquer circunstância do plano real. Seria

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009. Pp 72-73 (grifos no original).

apenas consequência abstrata, objetiva e obrigatória, constatável a partir de certidão cartorária nos autos.

No entanto, por maior que seja o esforço hermenêutico e retórico no voto, não é possível desvincular a reincidência do que realmente é: aplicação de um *plus* de pena em uma condenação que sucede uma preexistente, apenas em razão desta.

É importante ressaltar que o *bis in idem* não se configura na dupla aplicação do instituto da reincidência, por óbvio. A violação ao princípio decorre da dupla punição pelo mesmo fato, qual seja, o delito que ensejou a primeira condenação, quando este é considerado para fins de aplicação de pena do segundo fato.

Nesse sentido, a reincidência viola o princípio da culpabilidade, em razão do agravamento da pena por um ato pelo qual o agente já foi condenado. Isso ocorre porque se trata de sanção que se baseia em uma nova consideração do delito que resultou na condenação anterior, já transitada em julgado.

Dessa forma, não há como negar que o *quantum* adicionado à pena-base na sentença em que se aplica a agravante é referente, na realidade, à constatação do delito anterior, e não em uma análise da reprovabilidade intrínseca do segundo crime.

Exemplifique-se: um homicídio praticado por agente que nunca se sentou no banco dos réus é tão reprovável quanto outro, em similares condições, perpetrado por autor já condenado anteriormente por delito contra o patrimônio, tenha este cumprido pena ou não. Daí se extrai que a anterior condenação não guarda qualquer relação com a culpabilidade pelo fato ulterior.

A reincidência viola ainda a intangibilidade da coisa julgada, uma vez que a simples existência desse instituto como agravante constitui uma ameaça àqueles com sentença condenatória transitada em julgado, uma vez que, no prazo de cinco anos contados a partir do cumprimento da pena, pode advir *plus* referente ao fato pelo qual já cumpriram pena. Basta para isso que ocorra condenação superveniente.

Prosseguindo na análise do voto do ministro, o trecho que mais merece atenção é o seguinte:

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

[...] a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.

A menção à “ordem natural das coisas” é passível de refutação. A essência do Recurso Extraordinário ora analisado é justamente esta: a contestação da constitucionalidade de um instituto aplicado cotidianamente no sistema penal brasileiro há dois séculos, e para isso provocar um debate e uma reflexão mais profundos.

Essa maior reflexão é necessária, conforme ensina o ilustre professor Juarez Tavares²⁹:

Segue-se, nesse passo, a ideia de que o processo de individualização da pena não pode ser visto como puro instrumento de satisfação de uma política criminal assentada sobre uma base infalível. Ao contrário; a concretização da medida da pena deve assegurar a oportunidade de também criticar os fundamentos legitimadores de sua imposição, sempre sob o pressuposto de que os juízos de necessidade e suficiência só podem ser formulados em função de que a pena imposta não implique a dessocialização do autor.

Como fundamento do voto que é, o ministro poderia ter apresentado a definição do que é a referida “ordem natural”, indicando seu assento constitucional. Sem tal menção, parece tratar-se de conceito apriorístico e não fundamentado que não pode sustentar a permanência de um instituto com tantas repercussões negativas na vida de um indivíduo selecionado pelo sistema penal.

Ademais, o relator tece considerações acerca da função de prevenção especial positiva da pena, que não é idônea para fundamentar a existência da agravante da reincidência, como já se buscou demonstrar. Não há como o condenado “abraçar a almejada correção de rumos” se não lhe são oferecidos materiais que a possibilitem na realidade social.

Após, o Ministro Marco Aurélio faz um levantamento sobre o estado da arte da agravante na doutrina, que, como já exposto, possui entendimentos qualificados favoráveis e divergentes à constitucionalidade da agravante; bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, favorável à aplicação do instituto.

Caminhando para a conclusão de seu voto, o ministro destaca que, recentemente, em alguns julgamentos marcantes, o STF “[...] tem fulminado institutos relativos a crime de inexcusável malefício, como é o tráfico de drogas.”. Cita como exemplo repercussões na lei de crimes hediondos: a declaração da inconstitucionalidade da regra que determinava como forma obrigatória de cumprimento de pena o regime inicialmente fechado; do dispositivo que

²⁹TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 131

vedava a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; e da lei que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes daquela espécie.

Ressalta a sua posição minoritária nesses julgamentos, em que proferiu voto vencido pela constitucionalidade dos institutos, e refere, em tom aparentemente alarmista “o desmonte do sistema criminal normativo”, em oposição ao “aumento sem igual da prática criminosa”.

Ora, o enfoque empírico sobre nosso sistema criminal normativo e sobre as estatísticas de prática criminosa evidenciam que ambas as premissas não se confirmam na realidade.

Nosso ordenamento jurídico penal é bastante rígido, sólido e extenso. Não por acaso, o anteprojeto que objetiva unificar o Direito Penal material, convertido no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 tem nada menos que 543 artigos, dentre estes, 321 dispositivos contendo tipos penais. O sistema prisional brasileiro, segundo estatísticas de junho de 2012 do Ministério da Justiça³⁰, abriga 549577 presos.

Diante desses dados, sem qualquer análise mais profunda, vez que esta não seria possível neste trabalho, não parece possível que o sistema penal brasileiro possa ser objetivamente afetado com a declaração da inconstitucionalidade de institutos conflituosos com o princípio da individualização da pena.

Além disso, a relação mais notável entre reincidência e delito é a ação criminógena do cárcere, de modo que parece mais lógica, racional e respeitadora de direitos fundamentais uma Política Criminal tendente a reduzir os efeitos nocivos do aprisionamento, vez que este é causa mais suscetível impactar na redução das estatísticas delitivas do que seu incremento.

O ministro conclui asseverando:

A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido. ”

Diante da realidade do sistema carcerário brasileiro, fica difícil crer que o recrudescimento das medidas no “tratamento” de apenados com base em instituto com adequação à Constituição questionável seja “oportuna, sadia, razoável e proporcional”.

Nesse aspecto, é indissociável do exercício hermenêutico do instituto uma análise empírica sobre suas consequências. Como ensinam os penalistas Batista e Zaffaroni³¹, “É impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas

³⁰ Dados do INFOPEN disponíveis em: <<http://portal.mj.gov.br/servicos/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={AEB5FC55-28B7-4E56-B4B9-A59B68197B98}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>. Acesso em: 26 jul. 2013.

³¹Op. cit. P. 65

decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas”.

Consoante à crítica dos professores que refutam a possibilidade de se produzir saber penal sem a análise de dados sociais, comparando-a a ciência medicinal, sem apoio de dados fisiológicos³², não há alternativa senão a constatação do gigantismo do sistema penal e do fracasso da reincidência diante dos dados empíricos que saltam aos olhos em nossa realidade carcerária.

Dessa forma, circunda a fundamentação do voto do Ministro Marco Aurélio um aparente descolamento da dogmática com os fatos sociais que compõem o substrato destinatário das normas penais. Com argumentos eminentemente abstratos e pretensamente objetivos, atentando para a antiguidade do instituto, mas sem procurar verificar o seu sucesso ou não na política criminal que percorre os séculos, o insigne magistrado vota aparentemente orientado por um paradigma etiológico do delito e de seus agentes, base para um Direito de Penal de Autor.

CONCLUSÃO

Como procuramos demonstrar, o instituto da reincidência constitui resquício dos “tipos de autor” defendidos pela Escola Positiva, constituindo categoria que não se adequa com um Direito Penal do Fato. Ademais, a reincidência não pode ser fundamentada com base em qualquer das funções tradicionais atribuídas à pena, constitui violação aos princípios da vedação ao *bis in idem* e da individualização da pena, que deve ser visto como garantia ao réu, e não como mero instituto diferenciador.

Somente usando como ponto de partida essa interpretação, o sistema penal pode exercer seu legítimo papel em uma democracia substancial, em que se busca limitar a força do exercício de poder pela maioria e protege uma minoria mais frágil e estigmatizada que superlota as carceragens brasileiras.

É mediante o respeito à tutela dos valores e direitos fundamentais que o Direito Penal pode exercer seu papel constitucional: a proteção de bens jurídicos, com a observância das garantias legais a um processo e pena justos e democraticamente estabelecidos.

³² “Não se trata de uma empresa possível, embora objetável, mas de um empreendimento tão impossível quanto fazer medicina sem incorporar dados fisiológicos: tentou-se fazê-la sem pesquisar a fisiologia, mas o que se fez foi uma medicina baseada em uma falsa fisiologia, que não é a mesma coisa que fazer medicina sem pesquisar fisiologia. O mesmo acontece quando se pretende construir o Direito Penal sem levar em consideração o comportamento real das pessoas [...], e como isso é impossível, o resultado não é um Direito Penal desprovido de dados sociais, mas sim construído sobre dados sociais falsos” Id, *ibid.* p. 65-66.

Diante do exposto e na esteira dos ensinamentos de Alberto Silva Franco³³, em harmonia com os ensinamentos já citados do professor Luís Roberto Barroso, inferimos que a agravante da reincidência não resiste ao confronto com os princípios constitucionais elencados, e, portanto, deveria ter sido declarada a sua não recepção pela Constituição no julgamento do Recurso Extraordinário 453.000/RS.

Não obstante, somente com a permanência do debate no meio acadêmico, a provocação dos juízes por advogados e promotores diligentes e a garantia de independência dos magistrados é possível uma posterior mudança de posicionamento, como vem fazendo o Supremo diversas vezes, inclusive em matéria penal.

Afinal, conforme assevera Dworkin: “Embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é direito, a última palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa”.³⁴

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3ª Ed. 2002. Editora: Revan.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de Outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 de julho de 2013>.

_____. *Decreto-Lei Nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 27 jul. 2013.

_____. *Lei nº 7.209* de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>. Acesso em: 27 jul. 2013.

³³ FRANCO, Alberto Silva. Reincidência: um caso de não recepção pela Constituição Federal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 02-03, abr., 2010.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p. 171.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *RE 453.000/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. DJe nº 68, publicado em 12/04/2013. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-marco-aurelio-re-453000.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2013.

CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. 2ªed. Campinas/SP: Bookseller, 1999. Trad. Paolo Capitanio.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 40 ed. Petrópolis, RJ, Vozes, 2012. Tradução de Raquel Ramallete.

FRANCO, Alberto Silva. Reincidência: um caso de não recepção pela Constituição Federal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 02-03, abr., 2010.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

KARAM, Maria Lucia. A violenta, danosa e dolorosa realização do poder punitivo: considerações sobre a pena. In: *Desconstrução das práticas punitivas*. Belo Horizonte: CRP-MG / CRESS 6º Região, 2010.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Vol. II, 3ª ed., Rio, Forense, 1958.

NASSIF, Aramis. Reincidência: Necessidade de um Novo Paradigma. In: *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*. p. 63 e ss.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3ª Ed. São Paulo, RT, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. São Paulo: Campus Elsevier, 2010.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO; André; BATISTA, Nilo (orgs.). *Cem Anos de Reprovação*. 1ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, v. 1, p.121- 152.

ZAFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Reincidência: Um conceito do Direito Penal Autoritário. BUSTAMANTE, Ricardo e TUBENCHLAK, James (coords.). *Livro de Estudos Jurídicos* (6). Rio de Janeiro: IEJ, 1993.

A INTERDIÇÃO DE TERREIROS DE UMBANDA E CANDOMBLÉ NO BRASIL: ENTRE O SILÊNCIO E O BATUQUE

THE BAN OF YARDS OF UMBANDA AND CANDOMBLÉ IN BRAZIL: BETWEEN
SILENCE AND DRUMMING

Laíze Gabriela Benevides Pinheiro¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 - DIREITO À CULTURA, CULTURA DE DIREITOS; 2 - O BATUQUE NEGRO E O SILÊNCIO BRANCO; 3 - CONFLITO ENTRE DIREITOS: CULTURA X SILÊNCIO; 4 - O PLURALISMO CULTURAL E O RESPEITO À DIFERENÇA; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: As manifestações da cultura de origem africana sofreram diversos momentos de repressão durante a história de desenvolvimento da sociedade brasileira, como a criminalização do samba, da capoeira e, mais contemporaneamente, do *funk*. Atualmente, a repressão cultural branca tem se munido das chamadas “Leis do Silêncio” para criminalizar o exercício da cultura e da religiosidade de origem africana, acusando seus adeptos de perturbadores do sossego de uma vizinhança cristã e interditando templos religiosos. A imposição de uma cultura eurocêntrica hegemônica é a origem do desrespeito aos direitos à identidade, à cultura e à liberdade religiosa.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura. Identidade. Religião. Silêncio.

SUMMARY: INTRODUCTION; 1 - RIGHT TO CULTURE, CULTURE OF RIGHTS; 2 - THE BLACK “BATUQUE” AND WHITE SILENCE; 3 - CONFLICT BETWEEN RIGHTS: CULTURE X SILENCE; 4 - THE CULTURAL PLURALISM AND THE RESPECT TO DIFFERENCE; REFERENCES.

ABSTRACT: The manifestations of the culture of African origin have suffered repression many times during the history of the development of Brazilian society, such as the criminalization of samba, capoeira and more contemporaneously funk. Currently, the white cultural repression has provided so-called "Law of Silence" to criminalize the exercise of culture and religion of African origin, accusing its supporters of disturbing the peace of a Christian neighborhood and banning religious temples. The imposition of a Eurocentric hegemonic culture is the source of the disrespect for the rights to identity, culture and religious freedom.

KEYWORDS: Culture. Identity. Religion. Silence.

INTRODUÇÃO

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduanda em Criminologia, Direito e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

Inicialmente, as noções sobre cultura e direito são premissas necessárias.

Cultura vem do latim *colere*. Genericamente, é tudo que inclui o conhecimento, a arte, as crenças, a lei, a moral, os costumes, hábitos e aptidões adquiridos pelo homem na família e em sociedade. Nas ciências sociais, é um conjunto de ideias, comportamentos, símbolos, aprendidos de geração em geração através da vida em sociedade.

Paulo Nader, no seu livro *Introdução ao Estudo do Direito*, diz que a cultura se divide em duas espécies: a cultura material e a espiritual. A material é o resultado do trabalho humano sobre a transformação da matéria-prima do mundo da natureza. Enquanto a cultura espiritual é o conjunto de necessidades não materiais utilizado pelo homem em sociedade, como, por exemplo, o Direito; a moral; as ideias; religião, os quais se revestem de importância para o homem. Essas duas culturas, não agem independentemente, nem se mantêm estática, elas se unem em um processo de interação permanente.

O direito como um produto da criatividade humana, é, portanto, uma construção cultural, que se desenvolve em sociedade civilizada, com vistas a satisfazer as necessidades de convívio e liberdade, limitando poderes e garantindo direitos em Estados organizados.

Há que se perquirir se o direito, como produto cultural que é, vem, em nossa sociedade brasileira, atendendo e refletindo o atual momento de transição paradigmática da contemporaneidade.

Boaventura de Sousa Santos (2000) sustenta que estamos vivendo um momento de transição paradigmática, no qual o paradigma da modernidade se encontra em declínio, em função do colapso do pilar da emancipação no pilar da regulação, fruto da convergência do paradigma da modernidade e do capitalismo.

Em sua construção teórica, o autor afirma que o projeto da modernidade possui duas formas de conhecimento: o conhecimento regulação e o conhecimento emancipação. Os pontos extremos do primeiro são o caos (ignorância) e a ordem (conhecimento); do segundo, o colonialismo (ignorância) e a solidariedade (conhecimento). O pilar da regulação é composto pelo Estado, o mercado e a comunidade, enquanto no pilar da emancipação encontramos três formas de racionalidade: a estético-expressiva, a cognitivo-instrumental e, por último, a racionalidade prático-moral do direito. A absorção do pilar da emancipação pelo pilar da regulação se deu através da convergência entre modernidade e capitalismo e a consequente racionalização da vida coletiva baseada apenas na ciência moderna e no Direito estatal moderno (SANTOS, 2000, p. 42). A sobreposição do conhecimento regulação sobre o conhecimento

emancipação se deu através da imposição da racionalidade cognitivo-instrumental sobre as outras formas de racionalidade e a imposição do princípio da regulação mercado sobre os outros dois princípios, Estado e comunidade. Portanto, a emancipação esgotou-se na própria regulação e, assim, a ciência tornou-se a forma de racionalidade hegemônica e o mercado, o único princípio regulador moderno.

O surgimento dos Direitos Humanos está ligado ao processo histórico da sociedade ocidental. Portanto, sua ideia de abrangência global perpassa por uma compreensão de mundo eurocêntrica, a partir de concepção judaico-cristã e cosmopolita.

Nessa perspectiva, a “doutrina dos direitos humanos” foi estrategicamente utilizada como instrumento de legitimação da dominação colonial promovida pelos europeus, que acreditavam estar levando cultura e redenção aos povos não civilizados da América, da Ásia e da África.

Deste ponto de vista, negros e amarelos eram vistos como culturalmente inferiores, seja pela cor de sua pele, seja pela sua falta de condição econômica. Partia-se do pressuposto de que, por serem grandes centros comerciais, os países europeus o berço da civilização, deveriam os seus costumes ser absorvidos e difundidos pelo mundo.

Os povos americanos, africanos e asiáticos, foram, como continuam sendo, dependentes das diretrizes econômicas e sociais advindas dos países do Velho Mundo. Apesar de terem sido incluídos nas discussões e tratados internacionais acerca dos Direitos Humanos, sofreram genocídio de sua população nativa, bem como extermínio de grande parte de sua cultura.

Giuseppe Tosi (2002, p. 27) ressalta que a criação de um mercado mundial é o grande fenômeno macro-histórico que condiciona todo o processo de universalização dos direitos humanos. É a partir da comercialização de especiarias e do tráfico de escravos que é inaugurada a universalização da cultura europeia, imposta pelos “descobridores” do Novo Mundo, que deveriam ser salvos pelos homens brancos de bem. As Grandes Navegações assumem, portanto, papel central na formação da chamada globalização contemporânea, interligando os mercados mundiais, exportando uma cultura que deve ser encarada como modelo, unificando padrões morais e éticos a partir dos praticados na Europa, marginalizando as tradições socioculturais e econômicas dos demais povos.

Os direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos²tiveram sua origem no pensamento liberal do século XIX e na sua incapacidade de lidar com os problemas gerados pelo capitalismo (HOBSBAWM, 1982, p. 94).

Os direitos sociais nos países de orientação capitalista foram consagrados em um momento de pressão dos movimentos de esquerda, e concedidos como uma tentativa de dar resposta às manifestações da classe trabalhadora, de frear as mobilizações. Por este motivo, esses direitos foram remetidos à esfera programática³, de forma ambígua e sem previsão de como seria sua efetivação, tão pouco prevendo sanções ao Estado pela omissão na sua garantia.

Após a experiência das duas guerras mundiais, do advento da bomba atômica e da certeza de que uma terceira guerra poderia dizimar a humanidade, foi criada a Organização Nacional das Nações Unidas (ONU) com a tarefa de buscar a paz mundial. Em 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reafirmando os direitos reivindicados na Revolução Francesa — mas estendendo-os aos que antes estavam deles excluídos —, os direitos sociais, culturais e econômicos e os direitos de solidariedade.

Encara-se o outro — um indivíduo, uma classe social, um povo — como um ser igual, a despeito das diferenças de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial (COMPARATO, 2010, p. 238-241).

A partir de então, inicia-se um processo de universalização dos direitos humanos, pelo qual a titularidade desses direitos passa a caber a qualquer indivíduo, qualquer que seja a sua nacionalidade. É possível afirmar que o problema do fundamento desses direitos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem, prova de que um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e reconhecido. Através dela, iniciou-se o processo de positivação dos direitos humanos (BOBBIO, 1992, p.26).

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi assinado em 1966 na cidade de Nova York e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Através deste pacto, reconhece-se que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana e que cada

² São os direitos destinados à correção das distorções socioeconômicas, tais como: à seguridade social, ao trabalho, ao seguro contra desemprego, de organização sindical, ao lazer e ao descanso remunerado, à proteção especial para a maternidade e a infância, à educação pública gratuita e de qualidade e a participar da vida cultural da comunidade.

³ A garantia destes direitos exigiria do Estado determinadas prestações que colocariam em xeque a sua própria estrutura e o sistema onde se encontra inserido. Os direitos sociais foram, então, lançados como diretrizes a serem alcançadas a longo prazo, não vinculando a ação imediata do poder estatal, sendo condicionada à reserva do possível.

indivíduo tem o direito de participar da vida cultural, devendo o Estado adotar medidas necessárias à conservação da cultura.

A Declaração do México Sobre Políticas Culturais (1982) conceitua identidade cultural como “[...] uma riqueza que dinamiza as possibilidades de realização da espécie humana ao mobilizar cada povo e cada grupo ao nutrir-se de seu passado e a colher contribuições externas compatíveis com a sua especificidade e a continuar, assim, o processo de sua própria criação”, destacando a dissociabilidade entre identidade cultural e diversidade cultural. Desta forma, a comunidade internacional considera que é um dever velar pela preservação cultural de cada povo.

Este documento ainda reconhece a língua, os ritos e as crenças como partes integrantes do patrimônio histórico, devendo ser protegidos pelo povo e pelo Estado.

A Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular (1989) entende que cada povo tem direitos sobre sua cultura e confere a este segmento cultural proteção análoga à que se outorga às produções intelectuais.

O Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria De Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) estabelece que “[...] não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna”. Portanto, nenhuma lei nacional poderá restringir à população direitos econômicos, sociais e culturais.

1. O BATUQUE NEGRO E O SILÊNCIO BRANCO

Os negros foram trazidos ao Brasil na condição de escravos para o trabalho no cultivo de monoculturas para a exportação, sendo tratados como bens semoventes durante o período escravocrata, alienados da condição de pessoa. Manter suas tradições e seus costumes originários era, antes de tudo, um ato de resistência frente à imposição cristã da cultura branca europeia.

As manifestações da cultura de origem africana sofreram diversos momentos de repressão durante a história de desenvolvimento da sociedade brasileira, como a criminalização do samba, da capoeira e mais contemporaneamente do funk. Resultado da dificuldade da cultura eurocêntrica de se adaptar a contextos onde tem que conviver com outras culturas e religiões (SANTOS, 2007, p. 13).

Segundo o professor Boaventura de Souza Santos (2007, p. 14), “[...] o cultural também é econômico e também é político”, de maneira que é impossível analisar aspectos culturais dissociados dos elementos socioeconômicos que os permeiam.

Cumprido destacar, deste modo, o grande contingente populacional de origem negra no Brasil, tendo em vista que, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 50,7%⁴ da população se autodetermina preta ou parda. Porém, a maioria populacional não se traduz na destinação de políticas públicas e no acesso a bens e serviços, tendo em vista que a maioria da população negra se concentra nas periferias das cidades, onde o investimento público é parco.

Atualmente, a repressão da cultura branca eurocêntrica tem encontrado como forte aliada as chamadas “Leis do Silêncio” — leis estaduais que disciplinam a emissão de ruídos e inibem a poluição sonora —, legitimando juridicamente a interdição dos terreiros de Umbanda e de Candomblé, sob a alegação de perturbação do sossego da vizinhança pelos sons dos atabaques. A exemplo dos estados do Rio de Janeiro e Bahia, que, através da polícia, vêm inibindo as manifestações culturais de maneira estritamente repressiva.

Para Vera Malaguti, o delito, ou desvio, não é um fenômeno natural, mas uma construção do sistema de controle (2008, p. 27). Nesse sentido, o processo de criminalização e a prisão mostram-se eficazes meios de controle social de determinadas categorias de indivíduos.

A própria gênese do processo legislativo demonstra que a representação política é voltada para os interesses das classes dominantes, de modo que não é o interesse do público alvo de tutela, mas sim, os interesses das classes que financiam as campanhas eleitorais, daqueles que possuem o trânsito necessário dentro do Parlamento para construir os *lobbies* que levam à aprovação de determinadas leis e, principalmente, por aqueles que detêm o controle dos meios de comunicação (MARTINI, 2007). Assim, pode-se dizer que o referencial da criminalização primária é a manutenção do status quo das classes privilegiadas.

Para Wacquant, os dias atuais mantêm a ideologia medieval de segregação e punição das classes consideradas subalternas, no que ele chama de “[...] armazenamento dos refugos do mercado” (2003, p. 33). A partir de um processo de estigmatização variável ao longo dos séculos — ciganos, judeus, negros, pobres, homossexuais, doentes mentais etc. — tais classes são aquelas consideradas perigosas e, portanto, inimigas, devendo o poder persecutório do Estado se voltar contra elas, de modo a promover a higienização do meio social.

⁴ Censo Demográfico 2010. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_De_mografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/caracteristicas_religio_deficiencia.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2013.

Nos terreiros de Umbanda e Candomblé, o som dos atabaques faz parte do rito religioso, pois acredita-se que os orixás são invocados a partir deste. Ademais, os terreiros desenvolvem atividades culturais com toda a comunidade, como afoxés e danças afro, que têm relação direta com os batuques.

Na impossibilidade de manter os cultos sem a emissão dos sons e batuques, e tendo em vista a ausência dos recursos financeiros para instalar isolamento acústico nos terreiros, o poder público tem determinado a interdição das Casas de Santo como forma de proteger o direito ao silêncio e ao sossego da vizinhança, impedindo a manifestação cultural e religiosa.

O som do batuque faz parte, muitas vezes, de um ritual de cura no candomblé, e mesmo em outros rituais religiosos abre boas perspectivas de discernimento da integração relacional do rito praticado, assim como a dança, a que depende da música.

O batuque é mais um signo essencial da religião, que identifica juntamente com dança, vestimentas e outras ferramentas da identidade divina do orixá.

Sem som, sem música, não existe cerimônia no Candomblé, porque tudo acontece sob a batida de atabaques, agogô e xequerê, que fazem soar o toque durante o ritual e serve, muitas vezes, para a convocação dos deuses.

Essa música sagrada levada por grupos e blocos de rua, principalmente em Salvador, na Bahia, enquanto estão nos terreiros, são tidas como proibidas, mas ganham reconhecimento nas festas populares, sem controle do mesmo Poder Público, que não consegue coibir a força do produto comercial e turístico que a festa de carnaval hoje representa.

Conforme assevera Vera Malaguti, as estratégias de controle social que desembocam no processo de criminalização e de escolha dos criminalizáveis são “[...] uma resposta política às necessidades de ordem que vão mudando no processo de acumulação de capital” (2008, p. 23), de modo que a política criminal está historicamente ligada a essa demanda.

2. CONFLITO ENTRE DIREITOS: CULTURA X SILÊNCIO

A Constituição da República Federativa do Brasil, por meio do seu art. 215, *caput* e §1º, estabelece como obrigação do Estado garantir o pleno exercício dos direitos culturais, apoiando, valorizando e protegendo as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, como meio de garantir acesso às fontes da cultura nacional.

A intenção do legislador constituinte foi, portanto, a de garantir o direito à identidade cultural ao povo brasileiro, cultuando as suas origens e ancestralidades. Desta maneira, preserva-se o direito à memória, resguardando as tradições para as futuras gerações.

Há que se ressaltar que a cultura brasileira é marcada pela alegria, e isso se reflete também na música, como no caso do samba e, nas práticas religiosas, na Umbanda e o Candomblé, oriundas da cultura Yorubá, trazida pelos escravos como uma forma de manter um olhar para sua terra-mãe (África).

A liberdade de crença, de onde decorre o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção aos locais de culto e suas liturgias, são invioláveis, consubstanciando-se em direito fundamental, em forma de cláusula pétrea da Constituição Federal.

Por outro lado, também o direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à qualidade de vida, também é constitucionalmente assegurado. Desta proteção decorre o direito ao silêncio, impondo a obrigação de não poluir o meio ambiente sonoro à toda a comunidade, garantindo assim, o direito difuso à qualidade de vida digna. Poluição sonora é uma questão de saúde pública. Todavia, o claro conflito entre direitos, nos quais não existe uma supremacia *per si* de um diante do outro, ainda que ambos sejam, como são, dotados do mesmo peso axiológico, comunicando-se de maneira horizontal, é conflito aparente, posto que resolvido através do diálogo e da ponderação necessária entre os interesses envolvidos na questão, em cada caso concreto.

O aplicador do direito deve, então, utilizar o meio mais apto e apropriado para dirimir o conflito. Ou seja, deve ser escolhido o meio menos gravoso para o exercício do direito fundamental, observando o benefício e o prejuízo que a limitação do direito pode provocar, evitando o sacrifício total de um em relação ao outro. É necessária uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada um, buscando a harmonia do texto constitucional.

Desta maneira, a interdição dos terreiros de Candomblé e de Umbanda, templos religiosos, não contempla a busca pela harmonia, pois cria uma hierarquia entre direitos que não foi estabelecida pela Constituição, traduzindo-se em medida arbitrária sem amparo legal.

Há que se considerar que a obrigação de suportar uma lesão ao direito ao silêncio em determinados dias e horários (quando há atividade religiosa no terreiro) não pode ser proporcional à lesão provocada pela impossibilidade de praticar uma religião ou crença, ou manter vivas as tradições de um povo através da música e da dança.

É necessária uma limitação do exercício da liberdade de culto para adequação à ordem populacional estabelecida no entorno dos templos, como restrições de horários, por exemplo.

Porém, a interdição destes espaços impossibilita por completo o exercício de um direito fundamental, não podendo traduzir-se como a solução mais benéfica para o conflito.

A interdição é medida repressiva e antidemocrática, e há que ser considerada insuficiente para a resolução do problema, não raras vezes, fato gerador de outros conflitos supervenientes.

3. O PLURALISMO CULTURAL E O RESPEITO À DIFERENÇA

A interdição dos terreiros de Candomblé e Umbanda revela uma problemática de fundo: o etnocentrismo e a intolerância religiosa. Segundo Boaventura de Souza Santos (2007, pag. 21), “[...] se tem uma ideia de que entre várias culturas em um Estado, apenas uma, a que se considera mais desenvolvida, merece ser a cultura oficial”.

Desta maneira, o que vivem hoje os afrodescendentes no Brasil é mais uma consequência do “fardo do homem branco” de levar o desenvolvimento cultural aos povos primitivos, impondo uma cultura europeizada e cristã para toda a população, apesar da legalmente proclamada laicidade do Estado e da “democracia racial” existentes no país.

Defender o pluralismo cultural, neste contexto, é também defender o respeito às tradições culturais dos povos massacrados pela ditadura da cultura de massa ou cultura dominante; é defender o direito à memória, para que os cidadãos jamais se esqueçam de sua origem, pelo que seu povo passou, qual a sua história. A defesa desses direitos é um esforço na garantia de todos os direitos humanos, sob uma nova ótica, a de construção hoje de um mundo melhor para o amanhã.

A atuação do Estado face a esses grupos deve ser orientada no sentido de manter viva a sua própria identidade, pressupondo compreensão de suas formas de ver e conhecer o mundo. Não cabe, portanto, a imposição de uma ordem que não respeite as especificidades de cada comunidade, através de uma legislação distante do caso concreto e de um judiciário impermeável ao conflito.

Não se pode admitir que uma norma que é concebida com o intuito de proteção dos direitos e garantias fundamentais seja utilizada na negação de direitos também fundamentais. O respeito aos locais de culto e à liberdade religiosa está nos pilares de um Estado Laico e Democrático, não podendo, portanto, ser relativizado diante de julgamentos morais a respeito da religião professada.

A Lei do Silêncio, ao ser aplicada exclusivamente com a ação autoritária da interdição de terreiro, silencia mais uma vez a voz da cultura de raiz dos que foram açoitados,

escravizados, desumanizados. Seus atabaques são o meio de ligação com seus ancestrais, com suas divindades e suas culturas, sua memória coletiva.

Desta forma, diante da obrigação internacional de resguardar o patrimônio histórico e cultural, entendemos que o caminho para a solução do conflito entre cultura e silêncio seja a não aplicabilidade das Leis de Silêncio de forma integral nas comunidades tradicionais, criando mecanismos de educação ambiental e informação do valor cultural das manifestações religiosas, para em cada caso concreto, proceder no sentido de reconhecimento e dignificar a cultura popular agregando dados ambientais dantes desconhecidos cientificamente. Em outras palavras, reconhecer exceções relevantes à norma mencionada, de forma que proteja o meio ambiente sem cercear o direito à liberdade religiosa.

Através de medidas dos poderes Executivo e Legislativo, o Estado deve criar uma política de proteção do meio ambiente específica para os locais de cultos religiosos, efetivando o pluriculturalismo e o respeito às diferenças culturais. Vale ressaltar que a luta pela igualdade é também a luta pelo reconhecimento da diferença (SANTOS, 2007, p. 16), devendo o poder público estabelecer discriminações positivas na busca da igualdade material entre os cidadãos.

Não há Estado Democrático fora da laicidade, bem como não o há sem o respeito à diversidade cultural.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e Política Criminal. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, 2008, v.1, n.2, p. 20-39.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

HOBBSBAWM, E. J. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. 3. ed. Rio de Janeiro: 1982.

MARTINI, Márcia. A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes perigosas. *Revista MPMG Jurídico*, ano 3, n.11, 2007, p. 45-47.

NEVES, Paulo Sérgio da C. *Polícia e democracia: desafios à educação em direitos humanos*. Recife: Gajop; Bagaço, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente - contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *La reivención del Estado y el Estado plurinacional*. Cochabamba: CENDA, 2007.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SEÇÃO INTERNACIONAL

IMPARCIALIDAD Y AUTONOMÍA DEL PODER JUDICIAL

INDEPENDENCE, IMPARTIALITY AND AUTONOMY OF THE JUDICIARY BRANCH

Jhaslen Ricardo Ramírez Lemus¹

SUMARIO: I - INTRODUCCIÓN; II - CONTEXTO HISTÓRICO DEL PODER JUDICIAL EN COLOMBIA; III - AUTONOMÍA, IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA; IV - INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO CONCEPTO MARCO; IV.1 - ASPECTO SUBJETIVO; VI.2 - ASPECTO INSTITUCIONAL; VI.3 - ASPECTO MIXTO AUTORREFERENTE; V - CONCLUSIONES; VI - REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMEN: El uso de las categorías de Independencia, Imparcialidad y Autonomía del Poder Judicial resulta nuboso en la literatura académica. Sin embargo, un estudio etimológico demuestra que ello no debe ser así. Por ello se propone su delimitación, desarrollo y fortalecimiento como categorías extremo, valiéndose de un aspecto subjetivo, institucional y mixto autorreferente dentro de la Independencia Judicial en sentido marco.

PALABRAS CLAVE: Independencia Judicial en sentido marco; Independencia; Imparcialidad; Autonomía; Aspecto Subjetivo; Institucional y Mixto Autorreferente.

SUMMARY: I - INTRODUCTION; II - HISTORICAL CONTEXT OF THE JUDICIARY IN COLOMBIA; III - AUTONOMY, IMPARTIALITY AND INDEPENDENCE; IV - JUDICIAL INDEPENDENCE AS A CONCEPT MILESTONE; IV.1 - SUBJECTIVE ASPECT; VI.2 - INSTITUTIONAL ASPECT; VI.3 - SELF-REFERENTIAL MIXED ASPECT; V - CONCLUSIONS; VI - REFERENCES

ABSTRACT: The use of the categories of Independence, Impartiality and Autonomy of the Judiciary is cloudy on academic literature. However, an etymological study shows that this should not be so. We therefore propose its definition, development and strengthening as extreme categories, using a subjective, institutional and mixed self-referential aspect into Judicial Independence in a frame sense.

KEY WORDS: Judicial Independence in a frame sense; Independence; Impartiality; Autonomy; Subjective; Institutional and Mixed Self-referential aspects.

INTRODUCCION

Un Estado de Derecho, y aún más uno con cláusula social como el Colombiano, presupone que el poder judicial cuente con herramientas capaces de blindar su función de

¹ Abogado, Universidad Santo Tomás de Colombia. Especialización procedimiento penal y justicia penal militar, Universidad Militar Nueva Granada de Colombia. Master derecho penal y política criminal, Universidad de Málaga, España. El artículo constituye una reflexión que como auxiliar de investigación en la Universidad Santo Tomás, realizare el autor aproximadamente en 2011.

administrar justicia frente a cualquier factor nocivo. Una confusión o imprecisión en los términos y actores frente a lo que se protege, resulta directamente proporcional al debilitamiento de su labor.

Por ello cobra relevancia la siguiente cuestión, *¿Representan una misma acepción las voces de independencia, autonomía e imparcialidad del poder judicial?*

Los estudios al respecto no siempre son claros en este punto. Dichos conceptos han sido usual e indiscriminadamente condensados en uno mismo: la Independencia. Es por esta razón que no siempre se ha adelantado una labor de delimitación y clasificación. Sin embargo, un estudio etimológico de las palabras tiende la mano para lograr una vía aproximativa a la labor de delimitación, que junto a una propuesta de clasificación recogiendo distintas posturas y estudios, tiende a aportar al debate.

Así el presente escrito se esfuerza por construir una postura clara con dichos términos clave. Qué mejor que empezar por su delimitación y clasificación, pues una mejor y más exacta comprensión de estas categorías conlleva a su fortalecimiento teórico e incluso institucional. No sobra advertir, por tanto, que no se podría defender algo que no se entiende, independiente de la orientación teórica o crítica con la que se quisiera después controvertir.

1. HISTORICAL CONTEXT OF THE JUDICIARY IN COLOMBIA

A continuación se presentará una somera reflexión respecto del contexto político y social dentro del cual se desenvuelve el sistema de Justicia en Colombia, de manera que se dé cuenta de su rango de acción.

Inestabilidad institucional, Colombia desde su independencia, ha implementado una gran cantidad de estructuras e instituciones, varias de estas causadas por cambios de tipo constitucional ya sea de tipo abolicionista o reformista. (Kugler & Rosental, 2000). La situación de Constantes reformas a la Constitución, han trascendido de la mano, constantemente, de las diferentes figuras que, en virtud del régimen presidencialista colombiano, procuran constantemente adelantar reformas, en este sentido Humberto Sierra Porto señaló:

“El frecuente reformismo constitucional genera inestabilidad institucional, inseguridad jurídica y en este sentido hay una cierta precariedad del sistema democrático. Por otra parte puede generar un desarrollo desordenado y en ocasiones incoherente de las políticas de Estado. Es quizá en esta posible disfunción que encuentra mayores fundamentos de conveniencia la tesis del control de vicios de competencia de las reformas constitucionales. Las reformas dirigidas a potenciar una lógica presidencialista y las otras dirigidas a desarrollar una lógica parlamentaria son claro ejemplo del riesgo de incoherencia, e incluso de armonía que puede existir en el constituyente.” (Sierra Humberto, 2010)

La inestabilidad Institucional, además cuenta con factores de carácter territorial y extensivo, pues según el informe del Ministerio de Justicia para los períodos 2012-2013, se ha reconocido la existencia de barreras que existen para el acceso a la justicia, principalmente en las zonas periféricas y rurales, contrarrestado en menor forma por el propio Gobierno Nacional con la fomentación de los Métodos alternativos de solución de Conflictos (Gobierno de Colombia, Ministerio de Justicia, 2013).

Colombia es un país que cuenta con un conflicto armado interno de más de cinco décadas de duración, en el cual son varios los grupos insurgentes que han presentado oposición a los postulados establecidos por gobierno. La existencia de un conflicto armado interno, genera de por sí, inestabilidad en aspecto como gobernabilidad y aplicación de políticas, más aun cuando son varios los actores en conflicto, léase Grupos Guerrilleros, Grupos Paramilitares, Bandas Criminales y la Fuerza Pública Estatal.

Falta de presupuesto, el presupuesto de la rama judicial en Colombia no supera el 0.5% del Producto Interno Bruto Colombiano, igualmente no supera el 2% de participación en el presupuesto general de la Nación, en más de veinte años, el presupuesto de la rama judicial se ha mantenido estable, en relación al PIB y al presupuesto general de la nación lo que ha ocasionado inestabilidad institucional, teniendo en cuenta que la Rama Judicial no ha podido desarrollar en debida forma sus necesidades funcionales, o las ha satisfecho mediante la solicitud de fondos a título de préstamo por parte de bancos multilaterales (BID-BM). (Rama Judicial, 2012)

Los mínimos ingresos que recibe la rama judicial en Colombia, han conllevado a la existencia de varios paros y huelgas por parte de los funcionarios del sector, pues en algunos casos se ha implementado, inclusive, recorte presupuestal y de cargos. Los ingresos que administra la Rama Judicial se originan básicamente en las apropiaciones, multas por cobro coactivo, cauciones efectivas e impuestos de remate, prescripciones de títulos judiciales, rendimientos de depósitos judiciales, inversiones transitorias de los recursos destinados al pago de la construcción, tributaciones especiales de notarías y reasignaciones de recursos por concepto de otorgamientos de escrituras y registro de instrumentos públicos (Consejo Superior de la Judicatura, 2010).

Debilidad en procesos de selección de personal, en Colombia se intentó implementar el sistema de carrera judicial, habida cuenta de la necesidad de diseñar un sistema de méritos que elevase el nivel de aptitudes y competencias de los funcionarios; sin embargo, aún hoy existen funcionarios elegidos provisionalmente, mientras surte efecto el concurso de méritos por carrera. No obstante, esta provisionalidad parece la regla, ya que algunos de estos funcionarios,

cuentan con varios años de ejercicio en el cargo bajo tal condición (Kugler & Rosental, 2000) (Consejo Superior de la Judicatura, 2012).

Legitimidad, el crecimiento del estudio sobre la administración de justicia a nivel académico, se debe a la intensidad de la violencia, al conflicto armado interno y a la corrupción, situaciones atribuibles a un Estado estructuralmente precario, situación que genera impunidad y la necesidad de una intervención Estatal acrecentada para con la administración de justicia, particularmente en el derecho penal (Uprimny, Rodríguez, & García, 2003).

2. AUTONOMÍA, IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

Acudiendo a su etimología, las voces de autonomía, imparcialidad e independencia representan acepciones bien distintas a las usadas comúnmente para referir su relación con el campo judicial. Se hace menester, por tanto, tomar una postura que organice y dé sentido a la proposición general del presente escrito.

En primer término, Autonomía, del griego “*αὐτονομία*” [*αὐτός* –*autós*–sí mismo y *νόμος* –*nomos*– leyes, normas, gobierno, distribución] (Monlau, 1856), tiende a un sentido de lo propio, de leyes propias, normas propias e incluso a una acepción política de gobierno propio.

En segundo lugar, Imparcialidad, con el prefijo en latín *In* que se convierte en *Im* ante *p*, se indica valor negativo o privativo, el cual, junto al bajo latín *partiālis* [*parti*, parte, porción y *ālis*, todo, totalidad (RAE, 2001) conlleva a una acepción de negación o privación de una parte del todo, sin una parte del todo.

Por último, Independencia, con el mismo prefijo en latín *In* que indica valor negativo o privativo, junto al también latín *independēre* [*de*, relación de arriba a abajo y *pendēre*, colgar, pender] (Ibídem) comporta una acepción de negación de estar colgado, negación de pendencia.

Para dejarlo todo claro y sencillo, por Autonomía en el presente estudio debe entenderse ‘*regirse o gobernarse por sí mismo*’, por Imparcial ‘*no tener parte*’ y por Independencia ‘*no depender de otro*’.

No obstante, debe dejarse expresa claridad en el sentido que los significados utilizados como base para el presente estudio representarían, en el mejor y más juicioso de los casos, una revaloración tangencial de lo que hasta el momento se entiende por *Independencia Judicial*. La

diferenciación aquí esbozada clama por un proceso de escisión, producto de la evidente diferencia existente entre *Independencia, Autonomía e Imparcialidad*².

Dicho proceso de escisión (que debe ser marcadamente teórico con innumerables consecuencias prácticas) tan sólo encuentra un pequeño y modestísimo esfuerzo en el presente escrito. Dada su corta extensión y la naturaleza de la formación con que cuenta el autor, la tarea macro queda pendiente.

3. INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO CONCEPTO MARCO

Tomada la Independencia Judicial como un concepto marco, genérico y dotado de capacidad para abarcar ámbitos de autonomía, imparcialidad e independencia propiamente dicha, se puede trabajar en su esquematización.

No ha sido pacífica la postura de diferentes estudios en cuanto a los límites y variables del tema. Las voces de independencia judicial, autonomía judicial, imparcialidad judicial, política judicial, control ciudadano sobre la rama judicial, sistema de argumentación judicial, entre otros; fluctúan constantemente, sin rumbo o conexión fija y en relación directa a la particular visión de cada autor en torno al tema.

En este mismo sentido, tampoco ha existido total consenso en torno a quién debe ser independiente -sea el poder judicial en conjunto, sean los funcionarios judiciales individualmente considerados-, ante quién se es independiente -sea de los poderes ejecutivo y legislativo, o de la sociedad en general- o cuáles son las condiciones institucionales que favorecen o dificultan la independencia judicial - períodos limitados o vitalicios, nominación basada en méritos o en política de los funcionarios, etc. (Linares, 2003; Burgos Silva, 2003; Martínez Alarcón, 2004; Comisión Internacional de Juristas, 2005; Revelo-Rebolledo, 2008)

Dichas posturas disímiles en cuanto a la concepción práctica de la Independencia Judicial llegan incluso a reflejarse en el campo teórico. Algún sector de la academia considera imposible construir una teoría general, válida y aplicable de manera dominante, ya sea para explicar las dificultades de la independencia, o en aras de proponer una mejora de condiciones para su efectivo ejercicio, dado que la Independencia Judicial varía según los niveles y ámbitos de la judicatura, tornándola relativa según el tipo de actores que pueden tener interés y capacidad de influir indebidamente en ella (Burgos Silva, 2003).

²Un esfuerzo similar lo presenta Valdés Sánchez (2003), aunque confundiendo al final todas las variables dentro de independencia judicial, presupuestal, administrativa e ideológica.

Empero, sí existe un mínimo consenso en torno a concebir la Independencia Judicial como parte integrante (y fundamental) de una noción en la que el Estado se conciba como forma de organización del poder político, inspirado por la idea del Estado de Derecho en el que a la par de la separación y equilibrio de poderes políticos se erija una rama judicial independiente de las demás (Aguiló Regla, 2003; Martínez Alarcón, 2004; Revelo Rebolledo, 2008).

A su vez, en términos generales, la Independencia Judicial ha sido tratada como característica negativa, pues se relaciona a la ausencia de indebidas injerencias en la labor de administrar justicia por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, las partes de un proceso, los actores sociales u otros organismos vinculados a la administración de justicia (Linares, 2003; Burgos Silva, 2003)

Ya con algunas posturas expuestas, se consiente cautelosamente con Burgos Silva en cuanto entiende la Independencia Judicial como un armazón de variantes:

“La independencia judicial es el resultado de un proceso complejo donde intervienen los factores formales, que si bien no producen automáticamente independencia, sí son condiciones necesarias que posibilitan su surgimiento. No obstante, la elección de un tipo determinado de arreglo institucional en el anterior sentido, y la eficacia del mismo, están enmarcadas históricamente y condicionadas políticamente”. (Burgos Silva, 2003, pág. 23)

Por esto, la Independencia Judicial puede predicarse tanto de la institución judicial como órgano, como de la persona antropológicamente considerada que se representa en el juez. Dichos extremos de la independencia deben ser complementarios, aunque no siempre ocurre eso en la práctica, pudiendo existir casos donde los jueces gozan de mayores niveles de independencia que la misma rama (Ferejohn, 1999; Burgos Silva, 2003).

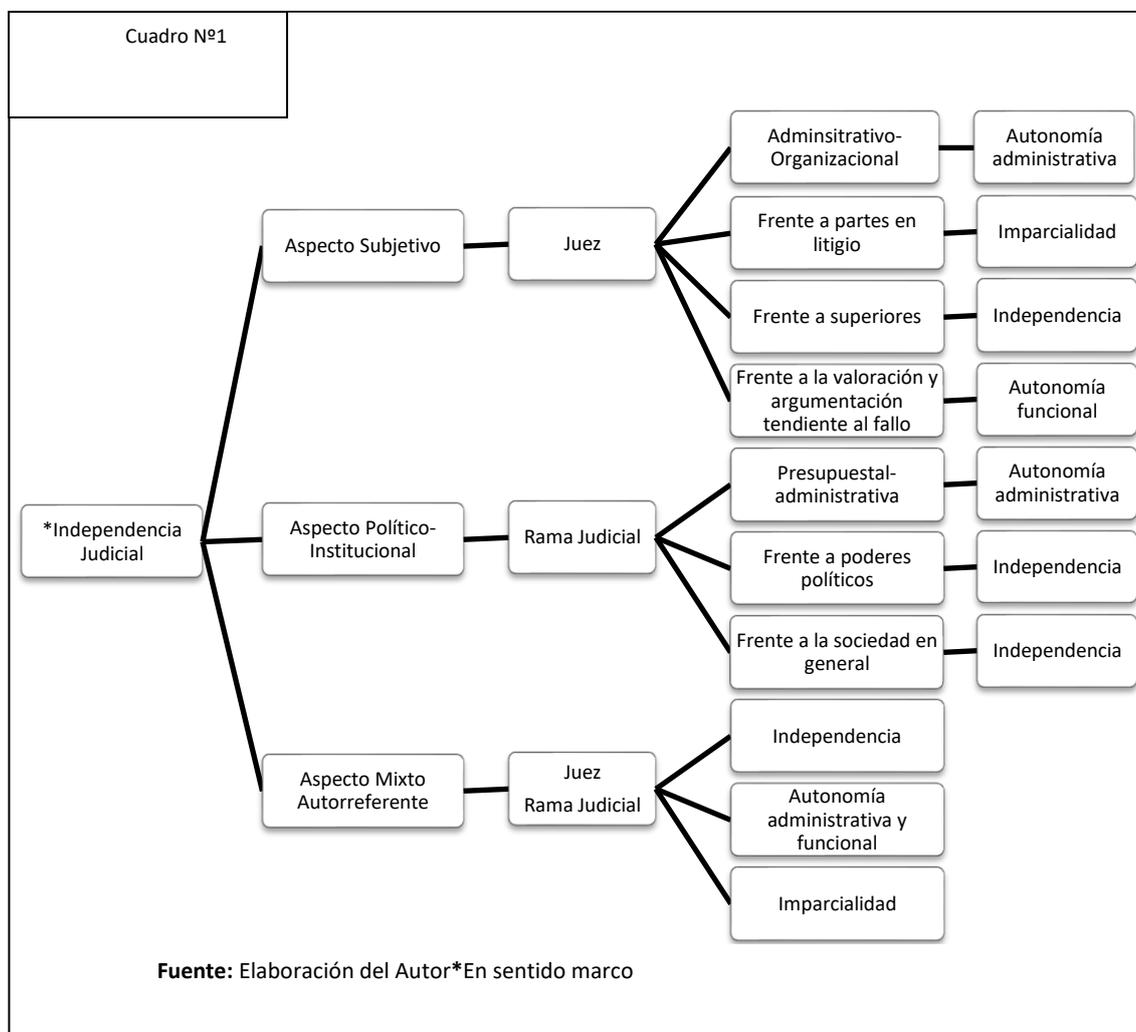
En este mismo sentido, aunque proponiendo una clasificación distinta a la del presente escrito, manifestó Linares:

“(…) resulta más apropiado definir el concepto de independencia judicial de modo que su connotación refiera sólo al juez individual, y no al poder Judicial en su conjunto o a determinados “productos” de la actividad del juez. Ello porque es requisito de un concepto el no contener atributos que se solapen mutuamente, cosa que sucedería si incluimos en un mismo concepto al juez individual, a las decisiones judiciales y al poder judicial en su conjunto (que es, además de otras cosas, el conjunto de jueces individuales”. (2003, págs. 110-111)

En consonancia con las anteriores aseveraciones, en el presente se ofrece un esquema (Cuadro N° 1) con el cual se pretenden delimitar y explicar algunas de las variables más importantes encontradas en distintas posturas académicas frente al concepto de Independencia Judicial. Naturalmente, no se pretende abarcar todos los estudios existentes ni mucho menos

agotarlos en su más extensa expresión, pero se ordenan y clasifican las tendencias generales, adhiriendo, desde luego, la postura propia del autor de este escrito.

En el esquema se proponen tres planos que representan los aspectos más relevantes de la Independencia Judicial como concepto marco. El subjetivo (en cabeza del juez), el político institucional (a cargo de la rama judicial como poder político) y el mixto autorreferente que une a los anteriores frente a su propio papel. Cada uno de dichos planos presenta los escenarios en los cuales debe desempeñarse (o sobre los que se estructura) la labor del Poder Judicial. Consecuentemente y como propósito del presente estudio, dicha clasificación arroja la *característica extremo* que mejor explica cada una de esos escenarios, entre la Imparcialidad, la Autonomía Funcional o Administrativa y la propia Independencia.



3.1. ASPECTO SUBJETIVO

a) *Administrativo-Organizacional*

Si bien es cierto que en Colombia, en cuanto al acceso a la Rama Judicial (con salvedad de las altas corporaciones) se ha venido implementando el modelo de carrera judicial, para que los cargos judiciales, administrativos, asistenciales, profesionales, técnicos, auxiliares y operativos sean primordialmente seleccionados conforme al concurso de méritos y calificación de servicios (Guevara Puentes, 2001), es también evidente que la distribución de algunas tareas en el ámbito interno de cada juzgado reside en la persona del Juez, como cabeza del despacho.

De la mano de aquella precisión, la característica extremo que mejor representa esta situación es la *Autonomía Administrativa*, la cual debe ser entendida como la facultad de '*regir o gobernar por sí mismo*' los aspectos administrativos y organizacionales propios a la labor interna de su despacho. Bien puede tratarse en este punto de tiempos de trabajo, distribución de algunas tareas y similares que estrictamente dependan de su ámbito de organización interna, siempre que no contraríen prerrogativas legales que se sobrepongan.

b) *Frente a partes en litigio*

Una característica inherente al ejercicio de administrar justicia en un Estado de Derecho tiene que ver con la capacidad y deber atinentes al juez de no encontrarse congraciado, influenciado, favorecido o en algún modo relacionado con las partes en litigio.

Como noción de Independencia, a la que algunos han llamado *desvinculación de las partes*(Fiss, 2003), se reclama que el juez no se incline por ninguna de las partes en litigio, ya sea por algún tipo de vínculo relacional, o bien por estar de alguna manera bajo sus ámbitos de control, influencia o mandato.

Este aspecto arroja como característica extremo la idea de *Imparcialidad*, por cuanto se pide al juez '*no tomar parte*' alguna durante el proceso. En ese mismo sentido se expresó la Organización de Naciones Unidas con el segundo principio básico relativo a la independencia de la judicatura:

“Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo” (1985).

Sin embargo, a efectos del esquema propuesto, debe entenderse que el principio anteriormente transcrito posee un triple alcance: el primero como imparcialidad frente a las partes en litigio, el segundo como autonomía en la valoración y argumentación tendiente al fallo

(consonancia con el derecho sin restricción alguna) y el tercero como independencia de la judicatura en cuanto institución política (intrusiones indebidas, presiones, etc.).

Dejado lo anterior en claro, debe señalarse que la imparcialidad se manifiesta, necesariamente, al interior del proceso. En este sentido, la imparcialidad ha sido usualmente entendida desde el juez frente a las partes y el objeto del proceso (Aguiló Regla, 2003), haciendo que dicha noción trastoque con un problema de índole moral y ético, pues parte tanto de la honestidad como de la honorabilidad de cada juez (Naranjo Mesa, 1997).

El bastión con que cuenta el funcionario judicial frente al proceso para presentarse como imparcial es el Derecho previamente establecido. Solamente un modelo de Estado y un orden jurídico claros pueden ofrecer herramientas útiles para que el juez no acuda a la subjetividad o a la arbitrariedad.

Ahora bien, la imparcialidad así entendida puede armonizarse con el principio de igualdad en su más amplia concepción. En torno a este tema se ha generado un intenso debate, pues las interpretaciones o desarrollos que en nombre del principio de igualdad (y afines) se han adelantado, pareciesen atentar contra la imparcialidad del juez. Lastimosamente, no es objeto del presente dilucidar tan interesante debate, baste la siguiente aclaración para que no entre en conflicto con el esquema propuesto.

El juez, al aplicar el principio de igualdad, actúa conforme el Derecho se lo exige y en consonancia con el modelo de Estado que ha plasmado un ordenamiento jurídico determinado. Ello resulta aún más relevante con la contemporánea visión del Estado Social de Derecho en Colombia, donde, como punto central, predica la prevalencia del elemento social sobre los formalismos jurídicos. En cuanto a la igualdad de índole constitucional, ha dicho la Corte Constitucional Colombiana:

“Según jurisprudencia decantada y reiterada de esta Corporación, el principio de igualdad constitucional, consagrado de manera expresa en el artículo 13 de la Carta, impone la obligación a todas las autoridades del Estado de proteger y suministrar el mismo trato a las personas sin distinción de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Lo anterior, sin embargo, no implica que no puedan establecerse diferencias. Ciertamente, el principio de igualdad constitucional no excluye el trato diferenciado. La igualdad así concebida no significa que el legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran colocadas dentro de situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales”. (Sentencia C-171 de 03 de Marzo de 2004. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra)

Mediante tal argumentación, por ejemplo, el Alto Tribunal Colombiano posibilitó el tratamiento diferenciado con base constitucional, aquí algunos de sus argumentos:

“La fórmula clásica según la cual ‘hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual’ debe atemperarse entonces bajo el entendido de que el tratamiento diferenciado para situaciones similares no es en sí mismo violatorio del principio de igualdad y que, por el contrario, un tratamiento idéntico sí podría resultar violatorio de la regla. No obstante, para la doctrina y la jurisprudencia, el hecho de que el legislador pueda establecer tratamientos diferenciados no es garantía suficiente de que los mismos sean legítimos a la luz de los preceptos constitucionales”. (Ibídem)

Resulta entonces válido el límite y aclaración que pretende la referida sentencia, en cuanto que no todo tratamiento diferenciado se armoniza *per se* con el precepto constitucional de igualdad. Además, puntualiza:

“Para establecer la posibilidad de conferir un trato diferente a situaciones fácticas similares no basta con verificar que, en efecto, se trata de supuestos de hecho similares. Para establecer si se amerita ofrecer un trato diferente a situaciones disímiles debe recurrirse a criterios adicionales que permitan hacer una valoración no formal, sino material, del trato diferencial. La jurisprudencia constitucional ha establecido que para que un trato desigual pueda válidamente dispensarse, aquél debe tener como sustento una razón suficiente, esto es, no puede ser arbitrario, y debe estar acorde con un fin legítimo, es decir, debe ser proporcional al mismo”. (Ibíd.)

Por eso, pese a la aplicación interpretativa del principio de igualdad (con la delicadeza y profundidad con que debe adelantarse) la actuación del juez continúa siendo imparcial, pues no es propiamente él quien toma partido por alguna de las partes en litigio. Contrario a lo que podría pensarse, es el ordenamiento jurídico vigente quien le demanda; en contadas ocasiones, un trato diferencial específico. Por esto se habla de un mandato legal-estatal y no de un mero arbitrio del funcionario judicial, pues aquel no hace más que aplicar imparcialmente lo que el Derecho le exige.

Cosa distinta es que alguna de las partes en litigio no esté conforme con dicho acontecer al ver perjudicados sus intereses, pero esto es un problema respecto del horizonte adoptado en un modelo político, económico y/o social vigente, mas no de Independencia Judicial en sentido marco. Aquí el deber de Independencia, traducido en un deber del juez de resolver los casos conforme al derecho y movido por el Derecho (Aguiló Regla, 2003), se mantiene incólume.

Por último, no se pretende ignorar la subjetividad con que en algunos casos se puede aplicar o no un tratamiento igualitario. A pesar de eso, la labor del juez siempre posee un espectro de maniobrabilidad, ¿Qué tan amplio debe ser? Eso depende del ordenamiento político-legal y en algunos casos de los criterios jurisprudenciales, pero baste rescatar que el aspecto de Independencia Judicial marco en cuanto sustrato Subjetivo del juez frente a las partes en litigio, desemboca en una característica extremo de *Imparcialidad*.

c) *Frente a superiores*

La Independencia del juez como sujeto requiere la existencia de todo un sistema de incompatibilidades e inhabilidades, un marco legal claro en materia disciplinaria y un modelo de evaluación que evite tanto como sea posible la intromisión, calificación o destitución discrecional y/o arbitraria por parte de otros jueces, esencialmente sus superiores jerárquicos. En este sentido se puede entender la preocupación de algunos sectores de la academia:

“Si los jueces están en deuda con sus jefes dentro de la jerarquía judicial, y muchas veces hasta les temen, entonces no se puede alcanzar la verdadera independencia judicial. Esto significa que es necesario alejarse de un concepto del poder judicial como algo delegado por los magistrados de la Corte Suprema en sus colegas en los niveles judiciales inferiores”.(Popkin M. , 2003, pág. 179)

Dicho ámbito ha recibido nombres como *autonomía individual* (Fiss, 2003), en cuanto concierne a las relaciones entre colegas o al poder de un juez sobre otro. Sin embargo, más allá de la Autonomía, lo que verdaderamente está en juego es la no dependencia del juez frente a sus superiores jerárquicos o incluso frente a colegas del mismo rango.

Es decir, más que valorarse la actuación del juez con capacidad de gobernarse por sí mismo (Autónomo) se valora única y exclusivamente en cuanto le es posible ‘*no depender*’ de otro colega o superior. Por esta razón, la *característica extremo* de la Independencia en sentido marco, aspecto Subjetivo del juez frente a sus superiores, es la *Independencia* propiamente dicha.

d) Frente a la valoración y argumentación tendiente al fallo

Otro aspecto polémico de la labor del Poder Judicial radica en la valoración de la verdad de los hechos y la argumentación del fallo. Conviene diferenciarle de la Imparcialidad, por cuanto aquí no se predica frente a las partes de un proceso sino en la apreciación y valoración de la prueba, y el método o estilo específico de argumentación a que acude el Juez, por sí mismo, para proferir un fallo conforme a Derecho.

El Juez, frente al fallo, puede acudir a distintos modelos de argumentación judicial, por ejemplo:

“(…) es del caso precisar que existen varios modelos de raciocinio judicial positivista: a) el modelo silogístico de la subsumición [sic] del caso en una norma preestablecida; b) el modelo realista, donde el juez primero decide y luego justifica; c) el modelo de la discreción judicial, que defiende el poder político del juez, y d) el modelo de la respuesta correcta, donde el juez carece de discreción y por tanto de poder político. (Landa, 2003, pág. 303)

Por tales razones, la labor del Juez en cuanto a la argumentación no puede ser reducida a la mera descripción de una norma (premisa mayor) o un caso concreto (premisa menor), porque a pesar que el Juez dice seguir la norma, ésta siempre es de textura abierta, es decir, el

Juez siempre debe decidir entre varias posibilidades y ponderar los valores en juego (Linares, 2003)

La noción de *Autonomía Funcional*, es la *característica extremo* del aspecto subjetivo del Juez frente a la valoración y argumentación tendiente al fallo. En consonancia con el trabajo aquí adelantado, debe entenderse como la capacidad de que goza el Juez para '*regirse por sí mismo*' al momento de valorar los hechos o argumentar sus providencias conforme al ejercicio de su *función* de administrar justicia, siempre bajo los preceptos que el Derecho vigente le dispensa en su ámbito de competencia.

En este mismo sentido se expresó la Corte Constitucional Colombiana:

“La responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados no puede abarcar el campo funcional, esto es el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del derecho, según sus competencias. Por consiguiente, el hecho de proferir una providencia en cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno. (...) El principio democrático de la **autonomía funcional** del juez, hoy expresamente reconocido en la Carta Política, busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos sobre el funcionario que las adopta.” (Sentencia T-249 de 01 de Junio de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara, negrita fuera de texto)

Es por esto que, además de ser la *Autonomía* la característica extremo, debe acentuarse su aspecto *Funcional*, en contraste con el aspecto *Administrativo* de otros planos.

3.2. ASPECTO INSTITUCIONAL

Este escenario, también llamado estructural (Dakolias M. , 1995), busca enmarcar aquellas situaciones en las cuales, más que el papel del Juez individualmente considerado, se analiza la Independencia de la Rama en conjunto.

a) *Presupuestal administrativa:*

Como punto de partida clave, la ya citada declaración de la ONU de 1985 sobre Independencia Judicial, presenta el horizonte a tratar: “*Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones*”. (Principio N° 7)

En este sentido resulta clave la creación de diversos modelos de Consejos de la Magistratura, por ejemplo, el de la Judicatura colombiano, los cuales deberían asumir funciones de administración de recursos y de establecimiento de términos básicos en cuanto a la política y organización de la judicatura (Burgos Silva, 2003).

Esta característica institucional se asocia al reconocimiento y respeto de un presupuesto judicial adecuado tanto por parte del legislativo como del ejecutivo. Dicho presupuesto debería ser gestionado directamente por la rama o por una instancia no perteneciente al ejecutivo, para lo cual es muy importante la labor de los Consejos de la Judicatura (Shetreet, 1985). Consecuentemente, deben establecerse garantías constitucionales y legales de períodos fijos de ejercicio, salarios estables y dignos, una carrera judicial que establezca el sistema de ingreso y ascenso con límites claros sobre la posibilidad de trasladar, cerrar o distribuir juzgados, entre otros aspectos íntimamente relacionados. (González Amuchástegi, 2002; Hammergren, 2002; Burgos Silva, 2003)

Ahora, como producto de respetar y promover dichas garantías: “*Cuando los jueces disfrutan de las salvaguardas de inamovilidad del cargo y de protección contra disminuciones salariales, no deben temer a presiones por parte del público o de políticos poderosos*” (Peretti, 2003, pág. 83). Sea cual sea la causa o producto de dicho respeto, la *característica extremo*, en este aspecto Político-Institucional de la rama judicial frente a su presupuesto y administración, debe denominarse como *Autonomía Administrativa*. Esta debe entenderse como la facultad que posee (o debiese poseer) la Rama Judicial para ‘*regirse y gobernarse por sí misma*’ tanto en temas presupuestales como; verbo y gracia; *Administrativos*.

b) Frente a poderes políticos

El aspecto político del Poder Judicial es uno de los que mayor impacto tiene en el imaginario público y en la teoría del Estado. Entendido por algunos como *insularidad política* (Fiss, 2003), esta noción requiere que la judicatura no dependa de los demás órganos del poder, dígase ejecutivo y legislativo, para garantizar una buena administración de justicia y la consecución de otros tantos valores supremos del Estado de Derecho (Naranjo Mesa, 1997).

En una democracia real, el sistema judicial debería posicionarse, junto al ejecutivo y legislativo, como uno de los tres pilares del gobierno que garantiza la libertad, la justicia y el respeto por el Estado de Derecho (Nagle, 2003). Es por esto que la práctica judicial tiene que fortalecerse, siendo respaldada por el equilibrio de poderes so pena de atentar contra la legitimidad del Poder Judicial, sin el cual el Estado democrático y de Derecho estaría seriamente amenazado (Barbosa, 2003).

La importancia para la teoría del Estado parece estar clara, pues en el desarrollo histórico de los Estados de Derecho se postularon dos ideas fundamentales que permitirían controlar el ejercicio del poder político: la separación de poderes y el principio de legalidad. Así, la Independencia Judicial sería:

“(…) una herramienta encaminada tanto a la realización del principio de separación y equilibrio de poderes, como a la sujeción de las autoridades al derecho. Un poder judicial y unos funcionarios judiciales dependientes de factores distintos al derecho generan una serie de riesgos para la eficacia de los derechos humanos. La JJ, lejos de ser una garantía en sí misma, es un medio encaminado a lograr la eficacia del Estado de derecho, el principio de legalidad, la separación de poderes y la protección de los derechos humanos.”(Revelo-Rebolledo, 2008, págs. 61-62)

Entendida de este modo, como medio para fortalecer garantías políticas del Ciudadano frente al Estado, la Independencia de la Judicatura frente a poderes políticos ha sido resaltada por la Corte Suprema de Justicia Colombiana:

“El principio universal de la independencia judicial, como de todos debe ser conocido y admitido, antes que una prerrogativa o facultad de los jueces, constituye una garantía fundamental de los ciudadanos, que hoy debe ser pregonada y defendida con más vigor que nunca frente a cualquier intento encaminado a cercenarlo o limitarlo (Declaración de Sala Plena de 3 de Agosto de 2007, párrafo 4.)

Incluso existen posturas que encuentran a la Rama Judicial como un garante de resultados en materia de políticas públicas:

“El análisis empírico de Chile y Argentina ha sugerido que un poder judicial independiente y libre de desarrollar los principios del Estado de derecho sin interferencias de las preferencias del ejecutivo o de las amenazas y presiones de los militares, puede ser decisivamente influyente a la hora de determinar los resultados de las políticas públicas” (Skaar, 2003, pág. 284)

Empero, dichas posturas no son plenamente aceptadas por todos los estudios en materia de Independencia Judicial. En efecto, otros sectores opinan que la idea de democracia exige que las garantías constitucionales o de derechos humanos no dependan del poder judicial, pues dicho aspecto corresponde a todos los ciudadanos. Dejar la protección de los derechos a los Jueces, a los que se consideraría superiores o supremos, resultaría elitista y hostil frente a los valores democráticos, máxime en ocasiones en las que utilizan aspectos ideológicos cuando tienen la oportunidad (Peretti, 2003).

El debate resulta interesante, sin embargo, a efectos de no romper los límites del esquema propuesto, debe señalarse que la importancia del análisis de aquellas posturas radica en precisar que frente a poderes políticos la *característica extremo* implica una judicatura que ‘no dependa’ de ningún sector político, es decir, una judicatura que goza de *Independencia*.

c) *Frente a la sociedad en general*

En este ámbito, la garantía de la seguridad personal de los Jueces constituye un requisito de partida para el goce de todos y cada uno de los aspectos anteriormente reseñados. Una judicatura que no cuenta con acompañamiento institucional frente a actores sociales, con su diversa gama de posibilidades, no podrá ser Independiente.

Colombia, como país que sufre en sangre propia y de manera excesivamente prolongada una situación de conflicto armado en gran parte de su extensión territorial, no puede garantizar mínimos de seguridad para sus Jueces en aquellos lugares apartados donde reina el conflicto.

Así, por ejemplo, en una investigación adelantada al respecto, aseveró García Villegas:

“(…) el hecho de que el territorio en el cual trabaja un juez esté dominado, parcial o totalmente, por un actor armado ilegal hace imposible que ese funcionario pueda actuar con el poder y la eficacia que supone su oficio. Hablamos, entonces, de jueces des-institucionalizados, de jueces sin Estado.” (2008, pág. 191)

Entonces, un Poder Judicial que no cuente con el respectivo acompañamiento armónico (que no intromisión) de las instituciones del Estado, frente a diversos actores sociales y/o armados, no podrá ser un Poder Judicial íntegro. El Poder Judicial necesita acompañamiento institucional para lograr administrar justicia, pues no debe existir intromisión ni dependencia alguna de aquellos actores.

Como *característica extremo* del Poder Judicial frente a la sociedad en general, se presenta entonces la *Independencia*, entendida como la situación ideal en que el Poder Judicial no tenga que ‘ *depender de otro ’* ni de ningún actor o sector de la sociedad en general. Empero luego, no significa esto que deba alejarse irracionalmente, pues:

“Un poder distante de la sociedad es un poder en constante amenaza, y la autonomía asegurada por la Constitución al poder judicial de nada servirá si la sociedad no ve en este poder la garantía de sus derechos. (Barbosa, 2003, pág. 436)

Y ese efecto no tiene que desprenderse de la *Independencia* bajo ninguna orientación racionalmente justificada.

3.3 ASPECTO MIXTO AUTORREFERENTE

Un aspecto poco explorado; que no por ello deja de ser sumamente importante, se centra en la forma como los Jueces y la misma Rama concibe su propia labor en consonancia con la idea de *Independencia Judicial* (Burgos Silva, 2003). Una judicatura que históricamente se haya estructurado como un apéndice del poder político encontrará dificultades para defenderse frente a las intromisiones indebidas y carecerá de la seguridad para ser ajena al poder de las otras ramas, o, en concreto, del gobierno de turno.

Esta noción presupone que la Independencia es algo que se gana y se mantiene con la vigilancia de los funcionarios judiciales, los cuales deben convencerse de la importancia de la Independencia Judicial para una democracia que sea capaz de garantizar los derechos de todos los ciudadanos (Popkin M. , 2005). Por estas razones, una judicatura organizada y estructurada más allá de sus intereses corporativos o individuales, logrará erigirse como un Poder Judicial más fuerte e Independiente. Es a partir del conocimiento y convencimiento de cada uno de los aspectos anteriormente desarrollados (Cuadro 1) y sus características extremo de *Autonomía, Imparcialidad e Independencia* propiamente dicha, que la judicatura puede fortalecer, de primera mano, los conceptos, variantes y límites de la Independencia del Poder Judicial en sentido marco. Luego, queda para ella y el conglomerado social en su conjunto, proclamar, practicar y defender de toda amenaza cada uno de esos aspectos.

CONCLUSIONES

El contexto histórico colombiano presenta a la rama judicial como vulnerable a distintos aspectos propios de la fragilidad estatal colombiana en asuntos tales como orden público, déficit presupuestario, elección y conformación de sus funcionarios y en algunos casos, legitimidad.

Utilizar el concepto de Independencia Judicial sin delimitación genera un galimatías que entorpece su integralidad tanto teórica como práctica. En cambio, la Independencia Judicial puede ser utilizada como categoría marco de la cual se desprenden categorías extremo que delimitan y explican mejor su sentido.

Dichas categorías extremas encuentran sustento en su etimología, permitiendo un desarrollo consistente, claro y adecuado. Además, un examen de algunas de las más recurrentes interpretaciones en torno a la Independencia Judicial permite nutrir de sentido cada uno de las variantes arrojadas.

Así, la Imparcialidad, Autonomía e Independencia propiamente dicha se erigen como características extremo que cumplen dicha función y permiten una clasificación más adecuada tanto del aspecto subjetivo, mixto y autorreferente en que puede ser entendida la Independencia Judicial como categoría marco.

Por esta razón, cuando se dice que la Independencia Judicial está en crisis, o que urge una reforma, no se debe acudir de primera mano al cambio de funcionarios judiciales por politización corrupción o ineficiencia, ni tampoco escatimar esfuerzos para fortalecer mecanismos transparentes de selección, permanencia y desvinculación del cargo. Esto es

sumamente importante, sin duda, pero primero deben sentarse las bases de los temas a tratar y con ello se establecería qué es lo que se busca con ellos.

En ese sentido, y como se desarrolló a lo largo del texto, existen otras tantas categorías que deben analizarse cuando se utiliza el concepto marco de Independencia Judicial. Si las bases pueden ser delimitadas correctamente, su fortalecimiento e impacto en la práctica será mucho más coherente.

Por último, hay que ser enfáticos en cuanto el trabajo aquí presentado no constituye una elaboración *in extenso* de las variables que representa el estudio etimológico de las palabras. Queda entonces abierta la puerta a nuevos y más elaborados estudios en la materia, acudiendo a otras fuentes y metodologías para descifrar y esclarecer, aún más, las variantes que representa el ejercicio del Poder Judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiló Regla, J. (2003). De nuevo sobre 'independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica'. En G. Burgos Silva (Ed.), *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Bogotá, Colombia: ILSA.

BALANCE DE LA REFORMA JUDICIAL DEL PERÚ A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. (2003). En C. Landa, & G. B. Silva (Ed.), *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Bogotá, Colombia: ILSA.

Barbosa, C. M. (2003). ALGUNOS ASPECTOS DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL EN BRASIL. En G. Burgos Silva (Ed.), *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Bogotá, Colombia: ILSA.

Burgos Silva, G. (2003). ¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales. En G. Burgos Silva (Ed.), *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* (Primera Edición ed.). Bogotá, Colombia: ILSA.

Colombia. (1991). Secretaria del Senado. Recuperado el 08 de Junio de 2011, de
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr008.html#260

Consejo Superior de la Judicatura. (2010). Gestión de Recursos Rama Judicial . Bogotá.

Dakolias, M. (1995). A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America. *Virginia Journal of International Law*(36), 167-231.

Ferejohn, J. (1999). Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial. Recuperado el 21 de 06 de 2011, de Southern California Law: <http://www-bcf.usc.edu/~usclev/pdf/072303.pdf>

Fiss, O. (2003). El grado adecuado de independencia. En G. Burgos Silva (Ed.), *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Bogotá, Colombia: ILSA.

García Villegas, M. (. (2008). *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado.* Bogotá, Colombia: Siglo del hombre, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer y de John Merck Fund.

Gobierno de Colombia, Ministerio de Justicia. (2013). *Rendición de Cuentas Período 2012-2013.* Colombia.

González Amuchástegi, J. (2002). *Interferencia del poder ejecutivo en el poder judicial. Reforma Legal y Judicial y Control de la Corrupción en América Latina y el Caribe.* Madrid: Disponible en: <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/108559/interferenciaejecutivo2.pdf>.

Guevara Puentes, G. V. (2001). *La Carrera Judicial en Colombia.* Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Juristas, C. I. (Ginebra: 2007). Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de los jueces, abogados y fiscales. Recuperado el 21 de 06 de 2011, de <http://www.icj.org/dwn/database/PGJudges&Lawyers.ESP.pdf>

Kugler, M., & Rosental, H. (2000). División de Poderes: una estimación de la separación institucional de los poderes políticos en Colombia. Fedesarrollo.

KUGLER, M., & ROSENTAL, H. (2000). DIVISION DE PODERES: UNA ESTIMACIÓN DE LA SEPARACIÓN INSTITUCIONAL DE LOS PODERES POLITICOS EN COLOMBIA. FEDESARROLLO.

Linares, S. (2003). La independencia judicial: conceptualización y medición. Política y gobierno 11.

Martínez Alarcón, M. L. (2004). La independencia Judicial (Primera ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Monlau, P. F. (1856). DICCIONARIO ETIMOLÓGICO DE LA LENGUA CASTELLANA (ENSAYO) PRECEDIDO DE UNS RUDIMENTOS DE ETIMOLOGÍA (Digitalizado por Google Tm Disponible en: http://books.google.com.co/books?id=XyITAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=diccionario+etimol%C3%B3gico&hl=es&ei=eQ0ZTvCNKsrL0QGOWPGWBQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCgQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false ed.). Madrid, España: M. Rivanedeyra Salón del prado No. 8.

Nagle, L. S. (2003). LA CENICIENTA DEL GOBIERNO: REFORMA A LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA. En G. Burgos Silva (Ed.), Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo? Bogotá, Colombia: ILSA.

Naranjo Mesa, V. (1997). Teoría constitucional e instituciones políticas (Séptima ed.). Bogotá, Colombia: Temis.

Peretti, T. (2003). Una evaluación normativa del conocimiento científico social sobre la independencia judicial. En G. B. Silva (Ed.), *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* (Primera ed.). Bogotá, Colombia: ILSA.

Popkin, M. (2003). Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa. En G. Burgos Silva (Ed.), *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* (Primera Edición ed.). Bogotá: ILSA.

Popkin, M. (2005). INDEPENDENCIA JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DESARROLLO RETOS PARA LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA Y ESTADOS UNIDOS. *Independencia Judicial, Desarrollo y Democracia*” organizado por la Fundación Esquel y la Coalición Nacional por la Justicia, en Quito, Ecuador el 3 de marzo de 2005., (pág. 9).

RAE, R. A. (2001). *Diccionario de la Lengua Española* (Vigésima Segunda Edición ed.). España.

Rama Judicial. (2012). *Informe al Congreso de la Republica 2011-2012*.

Revelo-Rebolledo, J. (2008). La independencia judicial en tiempos de Uribe. *Pap. Polít. Bogotá* (Colombia), Vol. 13, No. 1, 53-94. Enero-Junio de 2008 Disponible también en: http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=5?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=568 [recuperado 20 Junio de 2011).

Shetreet, S. (1985). *Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary*. (J. D. Shetreet, Ed.) Recuperado el 29 de 06 de 2011, de http://books.google.com/books?id=jEG0KVCu_soC&pg=PA590&lpg=PA590&dq=Judicial+Independence:+New+Conceptual+Dimensions+and+Contemporary+Challenges&source=bl&ots=aDM50WuX4d&sig=gmBSBYSO6Wzg8NVHiLQO5DjPKpg&hl=es&ei=CukNTr-dHofegQfrnNjKDQ&sa=X&oi=book_result&c

Sierra Humberto, P. (2010). *La Problemática de la Justicia en Colombia. Criterios Para su Analisis*. Sexto Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Bogotá.

Skaar, E. (2003). INDEPENDENCIA JUDICIAL Y POLÍTICA DE DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA Y CHILE. En G. Burgos Silva (Ed.), *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Bogotá, Colombia: ILSA.

Unidas, O. d. (celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985). Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

Uprimny, R., Rodríguez, C., & García, M. (2003). *Entre el Protagonismo y la Rutina: Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia*. En L. M. Héctor Fix-Fierro (Ed.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Valdés Sánchez, G. (2003). *Independencia Judicial y Seguridad Jurídica. Ejes de la Convivencia*. Colombia: Uno A-Z Gráficas.

THE “RESPONSIBILITY TO PROTECT” AND THE EUROPEAN UNION

A "RESPONSABILIDADE DE PROTEGER" E A UNIÃO EUROPEIA

Danilo ruggero di bella¹²

SUMMARY: I. INTRODUCTION; – II. BRIEFLY DEFINING THE “RESPONSIBILITY TO PROTECT”; – III. THE LEGAL FRAMEWORK, THE INSTITUTIONS INVOLVED AND THEIR INSTRUMENTS; – IV. RELEVANT STATEMENTS; – V. RELEVANT PRACTICE; – VI. CONCLUDING REMARKS; VII. REFERENCES

ABSTRACT: Ever since its genesis up until its first implementations, the principle of “Responsibility to Protect” (RtoP) has been shaped by the interpretations of International Organizations and their State Members to fit better in their political agenda. At the same time, once International Institutions took into considerations the RtoP, some of their actions and structures have been influenced by the principle itself. The focus of this article is on these mirror relationship and mutual development between the European Union and the RtoP. Finally, it is possible to infer from the outcomes of such relationship the consequences of the interaction between the principle of the RtoP and other Regional Organizations.

KEYWORDS: Responsibility to Protect; RtoP; responsibility to prevent; responsibility to react, responsibility to rebuild; European Union; EU; mutual development between the EU and the RtoP; genocide; war crimes; ethnic cleansing; crimes against humanity; conflict prevention; humanitarian crisis management; post-conflict stabilization.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; - II. RESUMIDAMENTE DEFINIÇÃO DA "RESPONSABILIDADE DE PROTEGER"; - III. O QUADRO JURÍDICO, AS INSTITUIÇÕES ENVOLVIDAS E SEUS INSTRUMENTOS; - IV. DECLARAÇÕES RELEVANTES; - V. PRÁTICA RELEVANTE; - VI. OBSERVAÇÕES FINAIS; VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMO: Desde a sua gênese, até suas primeiras implementações, o princípio da "Responsabilidade de Proteger" (RtoP) foi moldada pelas interpretações das Organizações Internacionais e os seus Estados membros para caber melhor em sua agenda política. Ao mesmo tempo, uma vez que as instituições internacionais levaram em considerações a RtoP, algumas de suas ações e estruturas foram influenciadas pelo próprio princípio. Esta relação especular e este desenvolvimento mútuo entre a União Europeia e a RtoP são o foco deste artigo. Finalmente, é possível inferir a partir dos resultados de tal relação as consequências da interação entre o princípio da Responsabilidade de Proteger e outras Organizações Regionais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade de Proteger; RtoP; a responsabilidade de prevenir; a responsabilidade de reagir; a responsabilidade de reconstruir; União Européia, UE; desenvolvimento mútuo entre a UE e a RTOP; genocídio; crimes de guerra; limpeza

¹Doutor em Direito graduado pela Università degli Studi di Firenze

² I am grateful to Prof. Dr. EVA R. RIETER, who introduced me to the topic in question, and Prof. Dr. ANNALISA CIAMPI, who supported me in the completion of my final dissertation “The Contribution of Regional Organizations to the “Responsibility to Protect”.

étnica; crimes contra a humanidade; a prevenção de conflitos; gestão de crises humanitárias; estabilização pós-conflito.

INTRODUCTION

This paper aims to highlight the liaison between the principle of the Responsibility to Protect (RtoP) and the European Union (EU). Albeit there is no direct evidence manifesting any explicit reference to the RtoP in EU primary law, there are many circumstantial evidences from which the RtoP influence on the EU's recent developments may be inferred. It is also possible to argue that the EU embraces the RtoP doctrine to the fullest, as it is apparent from the amendments brought in by the Lisbon Treaty, which entered into force on December 1, 2009. Conversely, the 2008 Report on the Implementation of the European Security Strategy³ did include a direct reference to RtoP.

This work will first draw the attention on the present relevant legal sources in the light of RtoP implementation, the Institutions, Bodies and Agencies involved and their instruments. It will subsequently take into account the related statements of this International Organization (IO), thereby illustrating its *opinio iuris* on the matter. The aim is to show how “the words [have been turned] into deeds”, borrowing UN Secretary-General Ban Ki-moon's expression; i.e. which cases may be labelled as application of the principles enshrined in the concept of the RtoP. Finally, once all these evidences will be collected, they will corroborate the thesis according to which there exist a mutual development and mirror relationship between the EU and the RtoP: on one hand, the RtoP integrates the progress of the EU external policy, on the other hand the EU contributes to develop the principle of the RtoP by putting it into practice, where it is achievable. The *opinio iuris* and practice of this IO related to the implementation of RtoP and, via its apparatus, its Member States will ultimately back up the thesis of the emergence of the principle in question as a rule of customary international law.

1. BRIEFLY DEFINING THE “RESPONSIBILITY TO PROTECT”

The idea of “Responsibility to Protect” was first conceived in December 2001 by the International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), an independent

* I am grateful to Prof. Dr. EVA R. RIETER, who introduced me to the topic in question, and Prof. Dr. ANNALISA CIAMPI, who supported me in the completion of my final dissertation “The Contribution of Regional Organizations to the “Responsibility to Protect”.

³ It was issued by Javier Solana, the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Police, and it is regarded as a political statement rather than a binding document with a legal status.

commission composed of international experts⁴ appointed to represent different perspectives on the topic of humanitarian intervention, and financed by the Canadian government. The Commission published a report titled “Responsibility to Protect”, combining newly invented norms with pre-existing principles of customary international law and *erga omnes* obligations and creating a momentum underpinning the fact that sovereignty entails responsibility. The aim of the report was to find an alternative to humanitarian intervention, about which there was a bitter international denial, and build a consensus for a consistent response to humanitarian crises by the international community⁵ in order to avoid the failures of the United Nations (UN) occurred in the 1990s, such as the massacre in Srebrenica and the genocide in Rwanda.

According to the concept of RtoP, each State has the primary duty to protect those under its jurisdiction from crimes against humanity, genocide, war crimes and ethnic cleansing and to prevent the incitement of these crimes. If a State manifestly fails to protect its citizens from these crimes – whether because it is unable or unwilling or both to do so -, the international community should step in to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council (UNSC), in accordance with the UN Charter in order to halt and prevent mass atrocities.⁶ The RtoP Report outlines positive obligations for the States (especially for those holding a Permanent Member seat within the UNSC). States should proactively prevent those four crimes, react - if necessary with military intervention - and rebuild. Indeed, the principle of RtoP provides tripartite collective responsibilities.

Under the RtoP, six criteria need to be fulfilled in order to launch a justified military intervention: just cause, right intention, *extrema ratio*, right authority, proportional means and reasonable prospects. The experts, who took part in the work of the ICISS, advocate that the idea of RtoP could make the Security Council work better and more efficiently. They hold that if the majority of Security Council supports an intervention, a Permanent Member of the SC should abstain from using its veto to block the intervention, unless the State concerned has a vital national interest therein. Actually, that was what happened with SC Resolution 1973 (2011) on Libya, which was not vetoed in fact by China and Russia.

In case the Security Council fails to act in a situation of RtoP concern, the ICISS proposes two options, beyond the traditional rule of international law whereby the use of force

⁴ The ICISS was co-chaired by Gareth Evans and Mohamed Sahnoun and its members were: Gisèle Côté-Harper, Lee Hamilton, Michael Ignatieff, Vladimir Lukin, Klaus Naumann, Cyril Ramaphosa, Fidel Ramos, Cornelio Sommaruga, Eduardo Stein, Ramesh Thakur.

⁵ See International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), *The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Responsibility*, International Development Research Centre, 2001.

⁶ See 2005 World Summit Outcome, A/RES/1, Sept 15, 2005

shall be expressly authorized only by the Security Council under Chapter VII⁷: to resort to the UN General Assembly under the “Uniting for Peace”⁸ procedure issuing a decision in favour of action or to rely on a regional or sub-regional organization acting within its geographical boundaries. Both ways would provide with an adequate degree of legitimacy for an intervention.⁹

The RtoP is interlinked with the concept of “Human Security”, which is focused on the protection of individuals and human dignity rather than the protection of the State and its boundaries as “Traditional Security” used to be.¹⁰ In this way RtoP, coupled with Human Security, challenges the sovereignty of those States, whose policies are disrespectful of human rights, by providing the international community for a ground to interfere in their home affairs.

Notwithstanding the fact that the RtoP was formally adopted by the UN General Assembly Resolution 60/1 (2005),¹¹ and its concept incorporates legal obligations with *jus cogens* status, the principle of RtoP is currently regarded as soft law, wherefrom no legally binding obligations come.¹² The fate of the principle will depend on the implementation of the principle itself in current and future situations.¹³ This is why this article will be centred on how a major Regional Organization such as the EU can contribute to turn the RtoP into a principle of customary international law – therefore, binding upon all Nations – by implementing it throughout its Institutions.

⁷ UN Charter Art. 2(4) in conjunction with Art. 42, beside the use of force in self-defence, as set forth in Art.51.

⁸A/RES/377(V)[A-C], Nov. 3, 1950: in this resolution the GA affirms “that if the Security Council, because of lack of unanimity of the permanent members, fails to exercise its primary responsibility for the maintenance of international peace and security in any case where there appears to be a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression, the General Assembly shall consider the matter immediately with a view to making appropriate recommendations to Members for collective measures, including in the case of a breach of the peace or act of aggression the use of armed force when necessary, to maintain or restore international peace and security.” The outcome of such process is not, however, legally binding.

⁹See EVANS GARETH, *The Responsibility to Protect: ending mass atrocity crimes once and for all*, Brookings Institution Press, 2008, pp. 375-391.

¹⁰See AXWORTHY LLOYD, *The Responsibility to Protect, The Promise of stopping mass atrocities in our time*, Oxford University Press, 2011 p. 8.

¹¹ The UN General Assembly Resolution 60/1 (October 25, 2005, paragraphs 138, 139, 140), according to the Court’s reasoning in ICJ, *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (ICJ reports 1996, para. 70), may have a normative value as it provides evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*.

¹²See in this sense AIDAN HEHIR, *The Responsibility to Protect: “Sound and Fury Signifying Nothing”?*, *International Relations SAGE*, 2010, p. 232; WILLIAM M. BURKE, *The Responsibility to Protect, The Promise of stopping mass atrocities in our time*, Oxford University Press, 2011 p. 34; or Sir MICHAEL WOOD, who believes that the RtoP is not even a legal concept as he stated at the 2013 Ljubljana Conference on the “Responsibility to Protect in Theory and Practice”.

¹³See LUCK EDWARD C., *The Responsibility to Protect: the promise of stopping mass atrocities in our time*, Oxford University Press, 2011, p. 85-106.

2. THE LEGAL FRAMEWORK, THE INSTITUTIONS INVOLVED AND THEIR INSTRUMENTS

The main traces among legal provisions of the constituent Treaty proving an eventual influence wielded by the concept of RtoP on the EU can be found in articles 21, 42(1), 43(1) of the Treaty on European Union (TEU) and article 214(1), 214(4), 214(7) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

The guiding principles of the European Union's external action enshrined in art. 21 TEU overlap with the objectives pursued by the principle of the RtoP as it was first conceived by the ICISS. Indeed, the ICISS Report aims to protect individuals and human dignity by triggering an international solidarity¹⁴ to prevent a wide spectrum of calamities affecting Human Security throughout multilateral actions and a forward-looking approach, and art. 21 TEU seems to be exactly on the same page by sharing the same values, taking into account the same causes as sources of threats for international security – such as lack of a democratic systems and sustainable economical developments fit to cope with the rise of authoritarian regimes and tackle poverty, respectively – and promoting global stability through multilateralism and proactive efforts.

The Lisbon Treaty, drafted and signed by the Member States on December 13, 2007, includes a new Section 2 into Chapter 2 of Title V of the TEU, dealing with the Common Security and Defence Policy. What we are interested in this regard is the first paragraphs of articles 42 and 43 TEU, and the timing of this prominent change. Art. 42(1) envisages that the Union shall have civilian and military assets, and makes it possible to employ these means outside its boundaries for peace-keeping, conflict prevention and strengthening international security. What it is immediately evident is that such possibility to react in order to prevent conflictechoesthe preventive approachrequired by theRtoP in the face of looming mass atrocities. Art. 43(1) points out that the tasks referred in art. 42(1) – peacekeeping, conflict prevention, strengthening international security, in the course of which the Union may resort to use civilian and military means – might include joint disarmament operations, humanitarian and rescue tasks, military advice and assistance tasks, conflict prevention and peace-keeping tasks, task of combat forces in crisis management, including peace-making and post-conflict stabilization, and the fight against terrorism. Art. 43 makes clear that the Union's external action shall not only have a preventive dimension but also shall react with peace-making operations,

¹⁴ As ANNE-MARIE SLAUGHTER explained in her work, *Security, Solidarity, and Sovereignty: The Grand Themes of UN Reform*, *Amer. J. Int'l L.* (2005), "this new conception of security rests on solidarity more than self-defence", p. 619.

where the circumstances so required to handle crisis management. Plus, the Union might be entrusted with rebuilding tasks through missions supervising post-conflict scenarios. So, both the implementation of the responsibility to react and rebuild are covered by the EU's external action. If we take into account the fact that these provisions were inserted some years after the wording of the RtoP, it is possible to assume an etiological relationship between the latter, being the cause, and the former, regarded as the effects.

With the entry into force of the Treaty of Lisbon in 2009, a further step forward has been taken in respect of RtoP application by including a new Chapter III on Humanitarian aid in Title III of the TFEU and providing article 214. This provision makes it possible to provide *ad hoc* assistance and relief and protection for people in third countries who are victims of natural or man-made disasters. This can be considered as another clue of the strong resemblances between the ICISS Report and the EU Constituent Treaty, as the Report intended to address both overwhelming natural and man-made catastrophes. Another similarity in tackling threats to individuals is the emphasis on the *ad hoc* assistance, which is meant to be supplied in order to meet the humanitarian need resulting from the different situations, as the ICISS report underlined that means should be carefully tailored to the objectives pursued. Art. 214(4) and art. 214(7) underline the importance of acting in concert with competent International Organizations to ensure the success of humanitarian aid operation, thus sharing the view of the principle of the RtoP on the weight wielded by regional organizations in preventing mass atrocities.

As to the EU Institutions, that calls the shots when it comes to implement these provisions, the last paragraph of art. 21 entrusts the Council, the Commission and the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy (HR) with the task to ensure the consistency between the various areas of the Union's external action and between these and its other policies. Hence, the institutional key actors in the Union's external relations are the Council, the Commission and the HR, and, as far as the implementation of the RtoP via EU institutions is regarded, we shall primarily look up Title V of the TEU, pertaining the Common Foreign and Security Policy (CFSP) and Common Security and Defence Policy (CSDP).¹⁵

As art. 24 TEU stipulates, the CFSP covers all areas of foreign policy and all matters relating to the EU's security. It is to be defined and implemented by the European Council and

¹⁵See BART VAN VOOREN, *A legal-institutional perspective on the European External Action Service, 2010 (Centre for the Law of EU External Relations – CLEER)*, pp. 1-32.

the Council, acting by unanimity unless the Treaties provide otherwise, and it shall be put into effect by the HR. The CSDP is closely interlinked with CFSP, but it differs from the latter since it is elaborated further on security issues. The CSDP represents the Union's tool in order to undertake civilian or military missions, with the purpose to react in the face of humanitarian emergencies in third countries.

The Council is the primary decision-making body of the CFSP and CSDP. According to art. 16 TEU, the Council shall consist of a representative of each Member State at ministerial level, who may commit the government of the Member State in question and cast its vote. Therefore, the Council of Ministers shall meet in different configurations, depending on the matter it is dealing with. As far the CFSP and CSDP are concerned, the standard composition of the Council is that of the Foreign Affairs Council, which carry out policy-making in these fields during the sessions chaired by the HR. The Council takes the necessary decisions in order to implement the CFSP and CSDP, as they are framed by the general guidelines and the strategic lines defined by the European Council.

Moreover, under art. 28(1) TEU, where the international situation required operational action by the Union, the Council shall adopt the duly decisions, which shall provide their objectives, scope, the means to made available to the Union, if necessary their duration, and the conditions for their implementations. Such decisions shall commit all the Member States in the positions they adopt and conducts of their activity.

Pursuant to art. 29 TEU, the Council can also take decisions defining the approach of the Union to a particular matter of geographical or thematic area, and Member States' national policies shall comply with the Union position.

In addition, under art. 33 TEU, the Council appoints, on the proposal of the HR, Special Representatives (EUSRs), mandated with a particular policy issue. By monitoring sensitive situations in troubled countries and regions, the EUSRs might contribute to increase early-warning capacities, which are so essential in discharging the preventive obligations under the principle of RtoP. Currently, there are ten EUSRs working on issues related to Afghanistan, the African Union, Bosnia and Herzegovina, Central Asia, the Horn of Africa, Kosovo, the Middle East Peace Process, the South Caucasus and Georgia, the Southern Mediterranean region as well as Sudan and South Sudan. They support the office of the HR, by endeavouring to strengthen peace, stability and the rule of law in their competent regions.

The Council can, therefore, initiate specific projects and concrete missions where necessary. It is assisted in the decision-making by the Committee of Permanent Representative

(COREPER), which attempts to reach agreements for most reports in advance by supplying actively fruitful inputs.

The Council may act entirely *proprio motu*, without any prior proposal act, in order to take such decisions in the CFSP; conversely decisions in the CSDP are to be adopted on the initiative of the HR or a Member State, under art. 42(4) TEU, except when such decisions concern operational actions involving the use of civilian and military, as derogated by Art. 43(2). As already mentioned, the Council adopts, under art. 31(1) TEU, its decisions by unanimity, which entails a power for all Council Members to veto the decisions of the Council. However, art. 31(2) TEU provides a qualified abstention mechanism, whereby a Council Member may qualify its abstention by making a formal declaration accepting that the proposed decision commits the Union, without being obliged to apply the decision itself. This mechanism avoids that EU external action be curbed by the unanimity rule and its subsequent veto configuration. Such decision-making procedure has some affinities with the shrinking from using veto in the UN Security Council when there is a majority supporting an intervention for human protection purposes, as proposed by the ICISS Report. Moreover, the abstaining Member shall refrain from taking any action conflicting the Union action based on that decision. The affinities with the ICISS Report may increase if we take into consideration that in the four cases enlisted in art. 31(2), where a qualified majority is sufficient to adopt a decision within the Council – in the event of a decision defining a Union action or position on the basis of a decision of the European Council relating to the CFSP, a decision defining a Union action or position on proposal of the HR, a decision implementing an earlier decision defining a Union action or position, a decision on the appointment of a EUSR – a Member State may oppose the adoption of such decision by adducing its vital and stated reasons of national policy as reasons thereof. Indeed, the ICISS report allowed, and at the same time curtailed the UN Permanent Member to resort to veto only where their national interest are involved.

The General Affairs Council, chaired by the representative of the Member State holding the rotating Presidency of the EU, is responsible to prepare and ensure the follow-up to meetings of the European Council.

It is up to The European Council to provide the Union with the necessary impetus for its development by adopting decision by consensus. It is composed of its President, the heads of States or government of the Member States, the President of the Commission and the HR takes part in its work, too. Based on art. 26 TEU it shall identify the Union's strategic interests, determine the objectives of and define general guidelines for the CFSP, as well as, for matters

with defence implications. The European Council elects its own President – who shall not hold a national office – by a qualified majority, for a term of two and half years. The President shall chair the European Council, drive forward its work, and ensure the external representation of the Union on issue concerning its CFSP, without prejudice to the powers of the HR.

The European Council also appoints the HR, acting by a qualified majority and with the agreement of the President of the Commission, and following the same procedure it may end his term of office. Pursuant to art. 18 TEU, the HR is responsible for conducting the Union's CFSP and CSDP, contributing to their development and discharging his office as mandated by the Council. The HR shall chair the Foreign Affairs Council and be one of the Vice-President of the Commission. In cases requiring a rapid response, the HR may convene, on the basis of art. 30(2) TEU, an extraordinary Council within 48 hours or, in an emergency, within a shorter period. The HR has to consult the European Parliament on the main aspects and the basic choices of the CFSP and CSDP, and make sure that the Parliament views are duly taken into consideration. The Parliament is entitled to ask questions to the Council and the HR related to their work in the CFSP and CSDP, and also to make recommendations to them. Moreover, on the basis of art. 314 TFEU the Parliament is requested to authorize in advance all the expenditures within the CFSP by approving the EU annual budget together with the Council, thus exercising budgetary powers in the EU's external action, it has a relevant role to play.

As it is laid down in art. 30 TEU, the European Commission, besides ensuring consistency between the different areas of the EU external action and between these and other EU policies, may support questions, initiatives and proposal filed by the HR to the Council.

In the domain of the CFSP, the Member States are entitled to submit initiatives, proposals, and to refer question to the Council. A Member State may also ask the HR for summoning an extraordinary Council meeting, when a rapid decision is needed to face a topical event. Under art. 32 of TEU, before undertaking any action on the international scene which might affects Union's interests, Member States are bound to consult with one another within the European Council or the Council on any matter of CFSP to determine a common approach. This entails that Member States shall coordinate their international activities in line with a mutual solidarity.

The subsequent institutional implication of the purposes, recalling to some extent the principle of RtoP – set in articles 21, 42, 43 TEU and article 214 TFEU – results into the need to have in place the following operational bodies in order to pursue precisely those purposes:

- The European External Action Service (EEAS): its legal basis is the *Council Decision 2010/427/EU of 26 July 2010 establishing the organisation and functioning of the European External Action Service*. The EEAS is a functionally autonomous body of the Union under the authority of the HR, as set up by Article 27(3) TEU, and supports the HR in fulfilling her mandate to conduct the CFSP of the Union and to ensure the consistency of the Union's external action. In its contribution to the Union's external cooperation programmes, the EEAS shall ensure that the programmes fulfil the objectives for external action as set out in art. 21 TUE. In accordance with Article 27(3) TEU, the EEAS comprises officials from the General Secretariat of the Council and from the Commission, as well as personnel coming from the diplomatic services of the Member States. Moreover, the EEAS comprises also the Civilian Planning and Conduct Capability, the European Union Situation Centre and the European Union Military Staff:- the Civilian Planning and Conduct Capability (CPCC) is the permanent structure responsible for an autonomous operational conduct of civilian CSDP operations. Under the political control and strategic direction of the Political and Security Committee and the authority of the HR, the CPCC is entrusted with the effective planning and conduct of civilian CSDP crisis management operations.

- the European Union Military Staff (EUMS) provides military expertise to EU bodies as directed by the EU Military Committee (EUMC), and performs, mainly, early warning, situation assessment and strategic planning for missions and tasks identified in the European Security Strategy, as it is established in the *Council Decision 2005/395/CFSP of 10 May 2005*. It is composed of military personnel seconded from the Member States acting in an international capacity. Furthermore, it plans, assesses and makes recommendations regarding the concept of crisis management and the general military strategy and implements the decisions of the EUMC. Upon request of the HR or the Political and Security Committee, it may support temporary missions to third countries or international organizations, in order to provide advice and assistance on military aspects of conflict prevention, crisis management and post-conflict stabilization. In crisis management situations, it also contributes to crisis response strategic planning for joint civilian and military operations through the development of strategic options.

- the European Joint Union Situation Centre (SITCEN) is the EU intelligence agency providing the HR and the Council with strategic analysis, early warning, situation monitoring and assessment, notably, focused on counter-terrorism. It is formed by intelligence officers seconded by the Member States, and works as a cell to share classified information among the Member States to strengthen internal security. In this regard, the European Satellite Centre (EUSC), established by Council Joint Action 2001/555/CFSP, is one of the CDSP key institutions by providing the Council with analyses of satellite imagery and collateral data. The European Union Institute for Security Studies (EUISS) also plays an important role in this respect,

being an autonomous agency, whose core mission is to advance a common security culture for the EU by offering a forum to discuss strategic projects within the CFSP, as set in Council Joint Action 2001/554/CFSP, later amended by Council Joint Action 2006/1002/CFSP.

- The Political and Security Committee (PSC) meets at the ambassadorial level, is chaired by a representative of the HR in accordance with *European Council Decision 2009//881/EU of 1st December 2009*, and is entrusted with a threefold function pursuant to art. 38 TEU: to monitor the international situations of interest to CFSP and CDSP, to contribute to the definition of policies by delivering Council; and the most important task is to exercise – under the responsibility of the Council and of the HR – the political control and strategic direction of the crisis management operations referred in art. 43 TEU.

- The European Union Military Committee (EUMC) is the highest military body within the Council, is composed of the Member States' Chiefs of Defence, represented by their military representatives, acting regularly as their deputies. The Chairman of the EUMC is appointed by the Council on the recommendation of the Committee itself. Its legal basis is *Council Decision 2001/79/CFSP*. Its main functions is to exercise military direction of all EU military activities and provide the PSC with military advice and recommendations on all military matters.

- The European Defence Agency (EDA), active in the field of defence capabilities development, research, acquisition and armaments, is responsible for identifying operational requirements, promoting measures to satisfy those requirements, and contributing to identifying and implementing any measure needed to strengthen the industrial and technological base of the European defence sector, as stated in articles 42(3) and 45 TEU, brought in with the Lisbon Treaty.

- The European Commission's Directorate-General for Humanitarian Aid and Civil Protection (ECHO) supplies victims of crisis, armed conflicts, natural and man-made disasters with immediate financial assistance and urgent humanitarian aid, regardless they are inside the EU territory or outside. Its operations aim namely to provide relief and protection for the local population, food aid and assistance to refugees, and to carry out post-crisis rehabilitation actions and civil protection operations, as part of the Union's Civil Protection Mechanism, whose guideline principles are prevention, preparedness and response to crisis. Since the entry into force of the Lisbon Treaty, the EU has been endowed with shared competence in the area of humanitarian aid and, nowadays, is the world's largest international donor of humanitarian aid, by providing, together with its Member States, more than half of official humanitarian aid, according to statistics provided by the Development Cooperation Directorate of the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD).

- The European Instrument for Democracy and Human Rights (EIDHR), established by Regulation 1889/2006 of December 20, 2006, is a valuable financing tool to strengthen respect for human rights and fundamental freedoms in countries where they are at stake. It is deployable without the consent of the third country concerned. It seeks to enhance the role of civil society in promoting democratic reforms, assure the reliability and transparency of democratic elections by making available the means to monitor them, and enhance the rule of law.

-

The provision of such various human rights-conflict prevention-oriented structures set up within the EU may well amount to the evidence of the influence of the principle of RtoP on the EU development following the Lisbon Treaty. As well as, they may amount to the intention of embracing and implementing the principle of the RtoP, as phrased by the ICISS.

3. RELEVANT STATEMENTS

The *European Security Strategy* (ESS)¹⁶ and the *Report on the Implementation of the European Security Strategy* (RIESS)¹⁷ might well be regarded as pivotal statements endorsing the principle of RtoP. The ESS was issued on December 12, 2003 by Javier Solana, then the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy in charge.¹⁸ The ESS acknowledges the progress made by the EU towards a coherent security policy and effective crisis management, and at the same time, it remarks the need to establish a common strategic culture promoting robust and rapid intervention, where necessary. By observing that no country is able to face today's trans-boundary menaces on its own, this document points out the security threats and challenges the EU shall take in duly consideration, sharing a responsibility for the world safety. The key threats identified by the ESS – terrorism, proliferation of weapon of mass destruction, regional conflicts, state failure, organized crime – matches undoubtedly with some of the security priorities addressed by the ICISS Report. Interestingly, the two documents share not only some security challenges, but have in common also the way to confront them, by strengthening multilateralism and the role of regional organizations. Therefore, the intent and the *modus operandi* to oppose those very threats may amount to advocate the principle of RtoP. Since that the ESS was not adopted on the basis of what was then art. 13, its legal status resides

¹⁶ A Secure Europe in a Better World – The European Security Strategy.

¹⁷ Report on the Implementation of the European Security Strategy – Providing Security in a Changing World.

¹⁸ See SVEN BISCOP, *The European Security Strategy - A Global Agenda for Positive Power*, (Ashgate)2005, pp. 92 ff.

in a “quaint legal limbo”¹⁹. None the less, it should be noted that according to the *Annex to Council Decision 2005/395/CFSP of 10 May 2005* the Military Staff shall execute the tasks identified by the ESS.

Although the ESS can be regarded as a political statement rather than a legal basis providing for rights or obligations, it does provide for an *opinio iuris sive necessitatis*, stemming from an influential institution of the EU, and embedding RtoP-inspired standards. Moreover, the *diuturnitas* and *opinio iuris* of any intergovernmental organization, within the limited scope of competence of that organization, might represent the manifestation of the State practice and *opinio iuris* of the Member States involved in the organization²⁰. This means that also intergovernmental organizations participate in the process of establishing customary international law, in the same manner as States.

Javier Solana, acting as the HR, also requested Professor Mary Kaldor to convene an independent international commission on the capabilities the EU would require in order to pursue an effective common security policy. The outcome was a report, entitled *A Human Security Doctrine for Europe*²¹, issued in 2004 by the Study Group on Europe’s Security Capabilities (SGESC). Noting that the key threats, listed by the EES, do not require a purely “hard security” approach, which implies a military deployment, the report highlights the need to implement multidimensional approaches, by leading to the proposal of establishing a “Human Security Response Force”, which should involve a mix of quickly deployable military and civilian capabilities in order to carry out the duties of an effective Human Security policy²². This proposal was turned into facts, indeed, in 2007 the “EU Battlegroups” (EU BGs) became fully operational, consisting of units of 1.500 troops ready to engage in any desired theatre of missions within 15 days. According to the SGESC’s report, Human Security stands for individual freedom from basic insecurities. The report holds genocide, wide-spread or systematic torture, inhuman and degrading treatment, disappearances, slavery, and crimes against humanity and grave violations of the laws of war, massive violations of the right to food, health and housing as intolerable breaches of Human Security. A human security-inspired

¹⁹ HENRI DE WAELE, *Layered Global Player, Legal Dynamics of EU External Relations*, (Springer), 2011, p.58

²⁰ TULLIO TREVES, *Customary International Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (Oxford University Press) 2006, paras 50 ff.

²¹ A Human Security Doctrine for Europe - The Barcelona Report of the Study Group on Europe’s Security Capabilities.

²² Coticchia, Fabrizio (2011, May). “Nuovi approcci alla sicurezza internazionale: Human Security e Securitization, - Le Nuove Relazioni Transatlantiche: Le organizzazioni internazionali e le sfide della sicurezza.” Comitato Atlantico Italiano (CAI). Speech presented at Università degli Studi di Firenze.

policy for the European Union entails that it should actively contribute to the protection of every individual human being affected by those violations mentioned above, irrespectively of where they take place, inside or outside the Union's territory. Somehow, the principles guiding the European Doctrine of Human Security – the primacy of human rights, clear political authority, multilateralism, the bottom-up-approach, regional focus, use of legal instruments, appropriate use of force – reflects the satisfying requirements – just case, right intention, *extrema ratio*, right authority, proportional means and reasonable prospect – needed to invoke an action under the principle of the RtoP, as perceived by the ICISS.

The ESS (2003) and *A Human Security Doctrine for Europe* (2004) likely paved the way for the CFSP and CSDP developments enshrined in the text of the Lisbon Treaty, signed in 2007.

The 2007 *Joint Africa-EU Strategy* adopted by 80 Heads of State and Government from Africa and Europe assured the EU support to enhance African capacities in crisis management, including regional stand-by forces and early warning, and insisted on the ownership and joint responsibility held by the EU and the African Union (AU) to guarantee the respect for human rights, democratic principles and the rule of law, by committing themselves especially to punish the authors of crimes against humanity, war crimes and genocide.

In 2008, the *Report on the Implementation of the European Security Strategy* (RIESS) updates the ESS and seals the bond between the RtoP and the EU with strong references to the principle. Firstly, the RIESS asserts that sovereign governments must take responsibility for the consequences of their actions and have a responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. Secondly, it reiterates the significance of agreement reached at the UN World Summit in 2005 in order to defend core human rights. Thirdly, it affirms that the EU itself holds a shared responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity, given their unacceptable seriousness and feasible spill-over effects. The RIESS recognizes how the achievements of the CFSP and CSDP are the results of a distinctive European approach, build on principles focused on the protection of individuals, leading the EU to become a more credible and effective actor on the international scene.

4. RELEVANT PRACTICE

Since 2003, when it initiated a military operation in the former Yugoslav Republic of Macedonia (fYROM/CONCORDIA), the EU has been committed in more than twenty

missions, civilian and military ones, outside its territory, most of them with the aims of protecting populations from emerging crisis, preventing State failure, strengthening the rule of law, and promoting democracy. In order to send out missions under its flag, the EU relies on the civilian and military capabilities of its Member States, which, under art. 42(3), shall make them available to the Union to implement the CSDP, as defined by the Council. Moreover, the “*Berlin Plus arrangements*” of March 17, 2003 enable the EU to access to NATO’s collective assets for leading crisis management operations, in which NATO as a whole is not engaged. Thus, the EU military operational proficiency is fully assured.

What follows is the analysis of some EU missions, which denote a consistent and comprehensive European external policy increasingly ready to prevent and confront humanitarian challenges, wherever they take place.

Several EU missions might fall within the scope of application of RtoP, in so far such principle requires taking preventive actions at the earliest stage possible of humanitarian emergencies with the minimum use of military force. Precisely, operation CONCORDIA²³ in the first place might be labelled as RtoP implementation with the consent of the State concerned and in a framework of cooperation among regional organizations: the former Yugoslav Republic of Macedonia invited the Union to assume responsibility for the follow-on to the NATO operation “Allied Harmony” in order to provide technical assistance and capacity-building to aid the State in question to fulfil its basic duties owed towards its population.

The missions ARTEMIS²⁴ and EUFOR RD²⁵ Congo send, in 2003 and 2006 respectively, in the Democratic Republic of Congo (DRC) are examples of multilateral fulfilment of RtoP obligations (namely, in the scope of preventing ethnic cleansing): the EU conducted a military operation in the Ituri region in concert with the UN Security Council, that, acting under UN Chapter VII, adopted Resolution 1484 (2003) requesting the deployment of a interim emergency multinational force in Bunia to reinforce the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo (MONUCO), with the purpose to promote the peace process in the country, facing the deadliest civil war in modern Africa, and in particular to facilitate the early establishment of an inclusive transitional government in the Democratic Republic of the Congo. The mission ended on the 1st of September 2003 leading to

²³ Based on *Council Joint Action 2003/92/CFSP of 27 January 2003, on the European Union military operation in the Former Yugoslav Republic of Macedonia.*

²⁴ Based on *Council Joint Action 2003/423/CFSP of 5 June 2003 on the European Union military operation in the Democratic Republic of Congo.*

²⁵ Based on *Council Joint Action 2006/319/CFSP of 27 April 2006 on the European Union military operation in support of the United Nations Organisation Mission in the Democratic Republic of the Congo (MONUC) during the election process.*

a peace deal and in 2006 the EU launched another mission - Operation EUFOR RD Congo – to support the MONUCO in securing the region during the elections in the DRC, as mandated by UN Security Resolution 1671 (2006). However, the peace was ephemeral, since that coup attempts and renewed fighting resumed in the eastern part of the country in 2008 and nowadays the whole Great Lakes Region remains volatile due to ongoing conflicts involving Rwanda, Uganda and the DRC. That is why the EU is remaining actively seized of the matter by establishing, on the request of the DRC government, civilian missions²⁶ that assist the country's reforms process and monitor its unstable situation.

The EUFOR ALTHEA military operation launched on December 2, 2004 in Bosnia and Herzegovina (BiH) is an example of RtoP implementation in the rebuilding phase in order to provide deterrence against any relapse into a conflict, and to contribute to a safe and secure environment in the country. The EUFOR ALTHEA took over from the EU Police Mission in Bosnia, which in turn took over from the UN International Police Force.

Another case of multilateral cooperation, in the scope of reacting to genocide, is the EU civilian-military mission AMIS EU Supporting Action in Darfur, set up by Council Joint Action 2005/557/CFSP of July 18, 2005 with the intent of assisting the enhancement of AMIS II, which was a mission launched by the African Union Peace and Security Council in 2004 in order to ensure the protection of civilians. Few months earlier in a resolution adopted on September 16, 2004, the European Parliament urged the “Sudanese authorities to end impunity and to bring to justice immediately the planners and perpetrators of crimes against humanity, war crimes and human rights violations, which can be construed as tantamount to genocide”. On February 15, 2007 the European Parliament called on “the UN to act in line with its ‘Responsibility to Protect’ doctrine, basing its action on the failure of the Government of Sudan to protect its population in Darfur from war crimes and crimes against humanity, and also its failure to provide humanitarian assistance to the population”. Eventually, on July 31, 2007, the UN Security Council adopted resolution 1769 (2007), authorizing a joint United Nations-African Union peacekeeping operation in Darfur (UNAMID), whose mandate has been extended through July 2013, to address the humanitarian crisis in the western region of Sudan. This shows also how the principle of RtoP can be a compelling leverage for manoeuvring the dialogue among the institutions of different International Organizations towards an action.

²⁶See the EU advisory and assistance mission for security reform in the Democratic Republic of Congo (DRC) ("EUSEC RD CONGO") and EUPOL RD Congo Operation for supporting the reform of the Congolese national police and its interaction with the justice sector.

Moreover, the UN Security Council on September 25, 2007 adopted resolution 1778 (2007) on the situation in Chad, the Central African Republic and the sub-region, whereby emphasized that a proper settlement of the Darfur issue and an improvement of relations between Sudan, Chad and the Central African Republic are the keys to achieve a long-term stability in the region, recalled that the governments of States in question bear primary responsibility for ensuring the security of civilians in their territories, and therefore approved the presence of the United Nations Mission in the Central African Republic and Chad (MINURCAT). At the beginning of 2008, acting in accordance with the mandate set out in the above mentioned UN SC Resolution, the EU sent a military mission – EUFOR Tchad/RCA²⁷ – in eastern Chad and the north-east of the Central African Republic for protecting the civilian population at risk, and supporting the multidimensional presence of MINURCAT. The EU-led military mission came to an end when UN Security Council 1861 (2009) provided MINURCAT with its own military component.

The interlinked RtoP-inspired decisions of the UN Security Council and the EU Council, ensuing to the spill-over effect of the crisis in Darfur, proved that the principle of RtoP itself may have a positive spill-over effect in widening the area of international action to prevent the spread of humanitarian crisis at a broader regional level.

The RtoP-sympathetic active role of the EU Parliament was reaffirmed in its Resolution of March 10, 2011, whereby the MPs urged the “Member States to honour their Responsibility to Protect, in order to save Libyan civilians from large-scale armed attacks”, and spelled out that “no option provided for in the UN Charter can be ruled out...including the possibility of a no-fly zone aimed at preventing the regime from targeting the civilian population.”

The European Union Training Mission for Somalia (EUTM Somalia) might be considered *lato sensu* a RtoP application operation, in so far it aims to strengthen the Somali National Government and the institutions of Somalia, by providing military training to members of the Somali National Armed Force, thus reducing the threats stemming from a failure State, whose issues might trigger humanitarian crisis falling within RtoP scope *stricto sensu*. Indeed, such operation contributes to prevent terrorist groups or organized crime from settling in that State. Terrorism and organized crime give rise to weapons smuggling and human trafficking, hence they undermine the stability of the whole region by violating basic human rights and providing arms to carry on new conflicts, which in turn trigger larger humanitarian

²⁷ Based on *Council Joint Action 2007/677/CFSP of 15 October 2007 on the European Union military operation in the Republic of Chad and in the Central African Republic.*

emergencies. That is why it is necessary to help a failed State to back on its feet with the aim to avoid further crisis, and such approach is perfectly in line with RtoP goals.

The recent EU approach to the Mali situation confirmed the broad EU engagement in the African continent: on February 18, 2013, in response to the call of the Malian authorities and to the UN Security Council Resolution 2071 (2013), the Council launched EUTM Mali, a military mission to contribute to the training of the Malian Armed Forces in order to assist the State's authority in establishing a constitutional and democratic order throughout Malian territory, threatened by international terrorists, jihadists and narco-traffickers in the north, whose presence puts at risk the fragile transition process in the South, already under military threat. The EU is aware that the Malian situation might jeopardize the whole region, as well as the Union's overall safety through the activities of terrorist networks, Al Qaida affiliated, based in the north of Mali. That is why Council's EUTM Mali operation is only part of a more comprehensive approach to secure the Sahel region, which already initiated in March 2011, when the Council welcomed the presentation of the EU Strategy for Security and Development in the Sahel, drafted by the EU External Action Service. This strategy is based on the assumptions that there exists a strong nexus between development and security, and that the complex crisis in the Sahel requires a regional answer. In the light of this Strategy, the Council also sent a civilian CSDP mission "EUCAP SAHEL"²⁸ in July 2012 in order to fight terrorism and organised crime in Niger and abroad.

CONCLUDING REMARKS

As the UN Secretary-General's Special Advisor on the Prevention of Genocide Adama Dieng has argued: "The governments' capacity to prevent genocide pertains to the existence of structures and institutions designed to protect the population and deter genocide...All States have the responsibility to institute structural and operational measures to address the risk factors [leading to genocide], and create societies that are resilient to genocide in which atrocity crimes [e.g. crimes against humanity, war crimes or ethnic cleansing] are unlikely to occur".²⁹ The reforms undertaken by the EU, as well as by other major Regional Organizations, clearly attest the intergovernmental commitment of fulfilling such responsibility.

²⁸ Based on *Council Decision 2012/392/CFSP of 16 July 2012 on the European Union CSDP mission in Niger (EUCAP Sahel Niger)*

²⁹ UN Secretary-General's Special Advisor on the Prevention of Genocide ADAMA DIENG. (2013, April). "Introductory lecture". Responsibility to Protect in Theory and Practice Conference. Speech presented at Ljubljana Law Faculty.

The EU appears as an IO that can contribute to make the RtoP a reality.³⁰ Its institutional developments, over the recent years, have been partially guided by the RtoP itself, as this paper has intended to show: firstly, by recalling the EU primary law provisions – articles 21, 42, 43 TEU and 214 TFUE – with a possible implication in RtoP implementation, then illustrating the organisational consequences in order to apply such provisions, and showing the relevant institutional statements embracing the principle, and in conclusion observing practical cases, that concretely manifest the link between the principle of RtoP and the EU as a global actor.

To summarize, as this article exemplified through the EU, the more Regional Organizations support the principle of the RtoP, the more they benefit from it in terms of strengthening their Institutions, furthering their reciprocal cooperation, and gaining more weight on the international plane. That is because the principle is thought out for exercising collective actions under the banner of a share responsibility ensuing the failure of individual States to avert the occurrence of mass atrocities. As a result, Regional Organizations achieved a greater authority by tacitly performing or manifestly claiming a prominent role in maintaining collective peace and security. Most likely, if we took the rise of the RtoP out of the equation, most of the recent advances on peace and security matters experienced by various Regional Organizations would not take place. Mirrorwise, if Regional Organizations did not carry out the obligations stemming from the principle, the RtoP would hardly rely on such a general consent and *usus* able to generate a rule of customary international law, by definition binding on all Nations.

Now, more than ever, it is the time to delineate persuasive rules able to spur on the response of the international community in the face of large-scale violations of human rights. With this in mind, we can plainly appreciate the significance of the mutually-supportive liaison between Regional Organizations and the principle of RtoP: as the latter influences the former by guiding the institutional developments, the former contribute to the emergence of the latter as international custom by complying with the principle's obligations.

REFERENCES

AIDAN HEHIR, *The Responsibility to Protect: "Sound and Fury Signifying Nothing"?*, International Relations SAGE, 2010, p. 232;

³⁰See BAN KI-MOON, *UN Secretary-General Report: The Role of Regional and Sub-regional Arrangements in Implementing the Responsibility to Protect*, A/65/877, June 27, 2011.

ANNE-MARIE SLAUGHTER, Security, Solidarity, and Sovereignty: The Grand Themes of UN Reform, *Amer. J. Int'l L.* (2005), p. 619.

AXWORTHY LLOYD, *The Responsibility to Protect, The Promise of stopping mass atrocities in our time*, Oxford University Press, 2011 p. 8.

BAN KI-MOON, UN Secretary-General Report: The Role of Regional and Sub-regional Arrangements in Implementing the Responsibility to Protect, *A/65/877*, June 27, 2011.

BART VAN VOOREN, *A legal-institutional perspective on the European External Action Service*, 2010 (Centre for the Law of EU External Relations – CLEER), pp. 1-32.

Council Decision 2012/392/CFSP of 16 July 2012 on the European Union CSDP mission in Niger (EUCAP Sahel Niger)

Council Joint Action 2003/423/CFSP of 5 June 2003 on the European Union military operation in the Democratic Republic of Congo.

Council Joint Action 2003/92/CFSP of 27 January 2003, on the European Union military operation in the Former Yugoslav Republic of Macedonia.

Council Joint Action 2006/319/CFSP of 27 April 2006 on the European Union military operation in support of the United Nations Organisation Mission in the Democratic Republic of the Congo (MONUC) during the election process.

Council Joint Action 2007/677/CFSP of 15 October 2007 on the European Union military operation in the Republic of Chad and in the Central African Republic.

EVANS GARETH, *The Responsibility to Protect: ending mass atrocity crimes once and for all*, Brookings Institution Press, 2008, pp. 375-391.

HENRI DE WAELE, *Layered Global Player, Legal Dynamics of EU External Relations*, (Springer), 2011, p. 58.

International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), *The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Responsibility*, International Development Research Centre, 2001.

JAVIER SOLANA, *A Secure Europe in a Better World – The European Security Strategy*, Brussels, 12 December 2003.

JAVIER SOLANA, *Report on the Implementation of the European Security Strategy*, Brussels, 11 December 2008, S407/08.

LUCK EDWARD C., *The Responsibility to Protect: the promise of stopping mass atrocities in our time*, Oxford University Press, 2011, p. 85-106.

SVEN BISCOP, *The European Security Strategy - A Global Agenda for Positive Power*, (Ashgate) 2005, pp. 92 ff.

The Study Group on Europe's Security Capabilities, *A Human Security Doctrine for Europe - The Barcelona Report*, 2004, pp. 1-36.

TULLIO TREVES, Customary International Law, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (Oxford University Press) 2006, paras 50 ff.

WILLIAM M. BURKE, *The Responsibility to Protect, The Promise of stopping mass atrocities in our time*, Oxford University Press, 2011 p. 34;

World Summit Outcome Document, A/RES/1, September 15, 2005, paragraphs 138-139-140.

