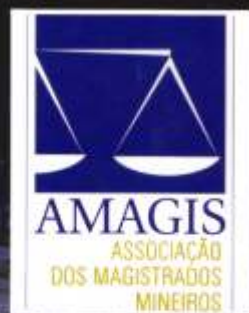


# AMAGIS Jurídica



ISSN 2175-3849. v. 13 - n. 1 (jan.-abr. 2021)



# **AMAGIS JURÍDICA**



**EDITOR**

Richardson Xavier Brant

# **AMAGIS JURÍDICA**

Associação dos Magistrados Mineiros

v. 13, n. 1, jan.-abr. 2021



Belo Horizonte

2021

**REVISTA AMAGIS JURÍDICA**  
**©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS**

**REVISTA AMAGIS JURÍDICA**  
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 13, n. 1, jan.-abr. 2021)

**EDITOR**

Professor Mestre Richardson Xavier Brant

**CONSELHO EDITORIAL**

Professora Doutora Alice de Souza Birchall - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e Faculdade de Direito de Contagem (FDCON) - Belo Horizonte - Minas Gerais, Brasil.

Professora Doutora Cláudia Sofia Oliveira Dias Monge - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Lisboa, Portugal.

Professor Doutor Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires - Buenos Aires, Argentina.

Professor Doutor Fábio da Silva Veiga - Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto - Porto, Portugal.

Professor Doutor José Renato Nalini – Uniregistrat - São Paulo - São Paulo, Brasil.

Professor Doutor Luis Eduardo Rey Vázquez - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata - Corrientes, Argentina.

Professor Doutor Manoel dos Reis Moraes – Escola Judicial Edésio Fernandes (EJEF) e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Belo Horizonte - Minas Gerais, Brasil.

Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto - Porto - Portugal (licenciado das atividades letivas para o exercício do cargo de Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça – a Corte Suprema – de Portugal).

**Organização, padronização e revisão linguística**

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

**Diagramação e editoração gráfica**

Maria Rodrigues Mendes

**Foto da capa:** Rodrigo Albert/TJMG

[www.amagis.com.br](http://www.amagis.com.br)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

Revista Amagis Jurídica. / Associação dos Magistrados Mineiros – vol. 13 n. 1 (jan./abr. 2021) \_\_ Belo Horizonte, MG: Associação de Magistrados Mineiros.

Quadrimestral. 2021.

ISSN 2175-3849

Multilíngue (português/inglês/francês/espanhol/ italiano).

1. Direito - periódicos I. Associação dos Magistrados Mineiros

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada por Helenilza Santana dos Santos  
Bibliotecária CRB 13/871

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	9
--------------------	---

## 1

MEIO AMBIENTE, DIREITOS HUMANOS E  
SUSTENTABILIDADE

<i>Aflaton Castanheira Maluf</i> .....	11
--	----

## 2

EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA PENAL NEGOCIADA A  
TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN MÉXICO  
EVOLUTION OF NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE  
THROUGH THE ABBREVIATED PROCEDURE IN MEXICO

<i>Edgar Athzel Carmona Arias</i> .....	29
---	----

## 3

O DIREITO À CLÁUSULA DE CONSCIÊNCIA NA  
FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA: DEBATE  
SOBRE A NECESSIDADE OU IRRELEVÂNCIA DA  
REGULAMENTAÇÃO LEGAL NA COMUNICAÇÃO DO  
SÉCULO XXI

RIGHT TO THE CONSCIENCE CLAUSE IN FORMING PUBLIC  
OPINION: DEBATE ON THE NEED OR IRRELEVANCE OF ITS  
LEGAL REGULATION IN THE COMMUNICATION OF THE  
21ST CENTURY

*Jesús Sánchez Lorenzo* ..... 71

#### 4

TRABALHO E PROTEÇÃO SOCIAL NA AMÉRICA LATINA  
DEVIDO À CRISE HUMANITÁRIA GERADA PELO  
CORONAVÍRUS

*J. Eduardo López Ahumada* ..... 115

#### 5

PUNITIVISMO Y DEMOCRACIA: LAS “NECESIDADES  
SOCIALES” Y LA “VOLUNTAD POPULAR” COMO  
ARGUMENTOS POLÍTICO-CRIMINALES

*José Manuel Paredes Castañón* ..... 135

#### 6

O DIREITO DE EXECUÇÃO DAS PENAS E A  
CONSTITUIÇÃO: PARA UMA APLICAÇÃO DO DIREITO  
CONSTITUCIONAL PENAL A NORMAS PROCESSUAIS E  
DE EXECUÇÃO DAS PENAS

*Miguel da Câmara Machado* ..... 203

## 7

**A SOCIOLOGIA DO DIREITO COMO VOCAÇÃO:  
ARGUIÇÕES NAS PROVAS DE AGREGAÇÃO DO DOUTOR  
ANTÓNIO MANUEL CARVALHO CASIMIRO FERREIRA,  
DA FACULDADE DE ECONOMIA DA UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA, NA SALA DOS CAPELOS DA UNIVERSIDADE  
DE COIMBRA, NOS DIAS 14 E 15 DE JANEIRO DE 2019**

*Paulo Ferreira da Cunha* ..... 309

## 8

**O MARCO CIVIL DA *INTERNET* E A TUTELA  
CONSUMERISTA NO AMBIENTE VIRTUAL**

*Ricardo Maurício Freire Soares e George de Araújo Santos* ..... 323

## 9

**A TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS E O SOCIALISMO  
ATUALIZADO DE HONNETH: CRÍTICA E CONTRAPONTO  
AO NEOLIBERALISMO**

*Richardson Xavier Brant* ..... 357

## 10

**O SISTEMA DE JUSTIÇA INTERNA DAS NAÇÕES UNIDAS  
E AS GARANTIAS DE DEFESA DOS FUNCIONÁRIOS  
INTERNACIONAIS**

*Teresa Bravo* ..... 403





# APRESENTAÇÃO

Os momentos de crise são os que mais se abrem às oportunidades. A concentração e o foco trazidos pelo recolhimento indicam o melhor caminho. As palavras “crise”, “crítica” e “cutelo” têm a mesma origem: aquilo que vai até o coração. E, do coração, emergem vibrações que levam ao encontro de soluções para o enfrentamento dos desafios.

Ao assumir o encargo de Editor desta conceituada *Revista Amagis Jurídica*, há um misto de satisfação, temor em razão da responsabilidade e, sobretudo, pretensão de contrapartida sem medir esforços.

O que devo assumir é a condição de quem se empenhará, atento à envergadura do desafio, para a boa continuidade de um veículo científico já reconhecido.

Exige-se um conjunto de adaptações, para atender aos reclamos atuais. O momento é de buscar um aperfeiçoamento. Os novos tempos têm mudado os conceitos de uma Revista científica. As regras da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) vêm passando por alterações desde a criação do órgão, em 1951. Especialmente nas últimas três décadas, houve praticamente uma transformação, uma nova forma, também para aproveitar as inovações da informática e as vantagens das mídias eletrônicas.

Para acompanhar as normas mais atualizadas da CAPES, a *Revista Amagis Jurídica* passará por alguns ajustes. Um deles, a composição de um Conselho Editorial exógeno. O outro é a perio-

dicidade. Outro, ainda, consiste em ampliar o espaço geográfico dos textos.

A Revista poderia continuar sendo semestral. Mas, nos tempos atuais, o desejável, para atender às novas normas, é que haja a publicação de, no mínimo, trinta artigos científicos por ano.

Por ser o Direito mutável e atualizável de forma constante, mostrou-se apropriado tornar esta publicação quadrimestral. A partir deste número, serão três publicações por ano. Desta forma, é mais fácil de contemplar artigos científicos com temas mais atualizados do que ter que esperar meio ano para vir a lume novo exemplar.

Não haverá modificação extraordinária na *Revista Amagis Jurídica*. Até mesmo porque a manutenção do padrão já alcançado é um compromisso que enaltece o trabalho anterior e respeita o histórico êxito dos fundadores e primeiros Editores. Marcam também o renovado compromisso de coerência e comprometimento com a pesquisa científica.

Neste número, há alguns textos de autores internacionais, o que valoriza os textos antes publicados, e os que virão a ser publicados nesta *Revista Amagis Jurídica*.

Registro um agradecimento aos autores, e a todos que contribuíram para esta edição, especialmente à Diretoria da Amagis pela esclarecida compreensão da relevância na preservação do caráter científico desta Revista.

Montes Claros, Outono de 2021

**Richardson Xavier Brant**  
**Editor**

---

# 1

## MEIO AMBIENTE, DIREITOS HUMANOS E SUSTENTABILIDADE<sup>1</sup>

### ENVIRONMENT, HUMAN RIGHTS AND SUSTAINABILITY

*Aflaton Castanheira Maluf<sup>2</sup>*

#### RESUMO

Essa pesquisa tem como objetivo demonstrar a simbiose entre meio ambiente, Direitos Humanos e sustentabilidade. Pensar em sustentabilidade é pensar em Direitos Humanos. Portanto, os defensores e praticantes da sustentabilidade materializam Direitos Humanos. Os Direitos Humanos são universais e indivisíveis. Isto expõe uma incongruência no plano da ortodoxa organização econômica, social e política da nossa sociedade, em termos mundiais. O clássico modelo capitalista é conflitante com os Direitos Humanos. O modelo econômico deve evoluir para ações pró-Direitos Fundamentais. Os Direitos Humanos têm como missão subverter esta lógica na medida em que todos os seres humanos – e por extensão, demais seres vivos – sobre a face da Terra são portadores deles. O direito a um meio ambiente saudável, está neste rol fundamental de direitos que se possui.

**Palavras-Chave:** Meio Ambiente, Direitos Humanos, Sustentabilidade.

---

<sup>1</sup> Agradecimentos especiais ao Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bisawu.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela FADISP. Mestrando em Direito Ambiental pela ESDHC.  
e-mail: aflaton@bol.com.br

## ABSTRACT

This research aims to demonstrate the symbiosis between the environment, human rights and sustainability. Thinking about sustainability is thinking about human rights. Therefore, advocates and practitioners of sustainability embody human rights. Human rights are universal and indivisible. This exposes an incongruity in the plan of the orthodox economic, social and political organization of our society, in world terms. The classic capitalist model conflicts with human rights. The economic model must evolve towards fundamental rights actions. Human rights have as their mission to subvert this logic insofar as all human beings - and by extension, other living beings - on the face of the Earth are carriers of them. The right to a healthy environment is in this fundamental role of rights that we have.

**Keywords:** Environment, Human Rights, Sustainability.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Direitos Fundamentais nas Constituições Latino-Americanas. 3 Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade no Brasileira. 4 Considerações Finais. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Retroagindo historicamente, como ponto de partida – dois ou três milênios – chegando até a contemporaneidade, pode-se afirmar que hodiernamente, a humanidade tem experimentado grandes avanços, especialmente nos últimos séculos, rumo à conquista de direitos e liberdades individuais e coletivas. Esse processo, ocorreu de forma paulatina no curso da história, sendo acelerado após o séc. XX.

Nota-se que o processo de grandes transformações mundiais, nos últimos séculos, vem sendo mais evidentes e céleres no campo científico e tecnológico (cite-se com exemplo a nanotecnologia). Inobstante os avanços tecnológicos, a dominação ou sobreposição do capitalismo segue refletindo de forma nociva na qualidade de vida dos cidadãos. E, sobretudo, nas demais formas de vida. Esse antagonismo vem perdurando de forma mais visível desde o séc. XIX.

Com efeito, os alarmantes desequilíbrios ecológicos ocorridos (em nível mundial), estão colocando em risco a sobrevivência e ameaçando a preservação das espécies em geral, sobretudo a humana, em vista de suas ações e omissões que levam a uma gradual *extinção ambiental*. Em determinados pontos de vista, está-se diante de um retrocesso nos direitos fundamentais historicamente conquistados.

Resta evidente o predomínio dos interesses econômicos, indígenas ou endógenos e alienígenas ou exógenos, sobre o direito à qualidade de vida individual e social, cujos modos de vida indicam que o caminho escolhido leva a uma progressiva ruína. Dessa forma, resta comprometida, inclusive, a sobrevivência humana e do próprio planeta, que abriga os recursos naturais fundamentais; base de sustentação das formas de vida em geral.

Em tempos de ações globais e continentais, não se pode descurar que as questões devem ser projetadas, obviamente, partindo de um início menor (uma base), para se chegar a algo maior. As questões ambientais conectadas aos Direitos Humanos, somente são devidamente compreendidas através do individual para o coletivo, ou, dizendo melhor: individual + coletivo. Daí a máxima ambientalista: *agindo localmente, pensando globalmente*. Portanto, vale repetir, o terreno propício aos instrumentos destinados aos Direitos Humanos e ambientais desconhecem fronteiras físicas e políticas.

Sob essa óptica, pode-se afirmar que o Brasil está integrado ao território denominado América do Sul, que por sua vez possui grande identidade histórica com a denominada América Latina (América Central e Caribe). A expressão “América Latina” (em castelhano: *Latinoamérica*; em francês: *Amérique latine*) compreende uma região de países das Américas, especialmente do Sul, Central e região Caribenha, incluindo o México, na América do Norte.

Em tais países, falam-se oficialmente idiomas derivados do latim: *castellano*, *português* e *francês*. Essa *terminologia* – latino-américa – vem sendo utilizada desde a primeira metade do séc.

XIX (de origem histórica controversa), a fim de identificar países americanos onde se falam idiomas de origem romana; ao reverso de outros países do continente norte-americano, que adotaram línguas anglo-saxônicas.

Essa macrorregião americana, atualmente, compreende 20 países soberanos e independentes: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. Em complemento necessário, existem Departamentos, Estados ou Territórios *não soberanos*, que estão compreendidos na América Latina<sup>3</sup>. Vale salientar que a presente investigação ater-se-á aos países soberanos e suas Constituições.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/1988), determina em seu artigo 4.º, parágrafo único: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”. De forma semelhante ao dispositivo brasileiro (parágrafo único do art. 4.º da CRFB/1988), podem ser citadas como exemplos: as Constituições boliviana, de 2009, art. 265<sup>4</sup>; colombiana, de 1991, art. 227<sup>5</sup>; equato-

<sup>3</sup> Se mencionan además los territorios que harían parte de América Latina según la connotación literal del término (territorios donde se hablan lenguas romances): las provincias de Quebec y Nuevo Brunswick en Canadá; los estados de Luisiana, Florida, California, Texas, Arizona y Nuevo México en Estados Unidos más Puerto Rico una de las dependencias estadounidenses; y los territorios franceses de Guyana Francesa, Clipperton, Guadalupe, Martinica, San Bartolomé, San Martín y San Pedro y Miquelón. Disponível em: <[https://es.wikipedia.org/wiki/América\\_Latina](https://es.wikipedia.org/wiki/América_Latina)>. Acesso em: 15 out. 2018.

<sup>4</sup> **Art. 265.** I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 139-143).

<sup>5</sup> **Art. 227.** El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para

riana, de 2008, art. 423<sup>6</sup>; nicaraguense, de 1987, art. 9.<sup>07</sup>; e venezue-

---

conformar una comunidad latino-americana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 573).

<sup>6</sup> **Art. 423.** La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a: 1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado. 2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria. 3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad. 4. Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales. 5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio. 6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región. 7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 794-795).

<sup>7</sup> **Art. 9.º** Nicaragua defiende firmemente la unidad centroamericana, apoya y promueve todos los esfuerzos para lograr la integración política y económica y la cooperación en América Central, así como los esfuerzos por establecer y preservar la paz en la región. Nicaragua aspira a la unidad de los pueblos de América Latina y el Caribe, inspirada en los ideales unitarios de Bolívar y Sandino. En consecuencia, participará con los demás países centroamericanos y latinoamericanos en la creación o elección de los organismos necesarios para tales fines. Este principio se regulará por la legislación y los tratados respectivos (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010c, p. 568).



lana, de 2009, art. 153<sup>8</sup>.

Na leitura dos referidos textos constitucionais – bem mais amplos e abrangentes que o dispositivo nacional correspondente – nota-se clara intenção do estabelecimento de uma *comunidade supranacional*, incluindo a possibilidade de auferir cidadania latino-americana (e caribenha).

Em complemento, existem diversos diplomas internacionais que introduziram em seus textos, o tema proposto nessa pesquisa. Vale citar como exemplos: Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada pela ONU, em 1948: “**Artigo 28.**<sup>o</sup> Toda a pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem capaz de tornar plenamente efectivos os direitos e as liberdades enunciadas na presente Declaração.” Na mesma linha, encontra-se o **Preâmbulo** da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>9</sup>, firmada em San Jose, Costa Rica, em 1969. Nesse sentido, explicam Eduardo Ferrer

<sup>8</sup> **Artículo 153.** La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 508-509).

<sup>9</sup> Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 10 out. 2018.

Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller (2014, p. 41)

Es así que con el devenir de los años, la labor de la Corte Interamericana la ha ido convirtiendo poco a poco en un tribunal encargado de crear las bases jurídicas de convivencia mínima en el continente, el llamado *ius constitutionale commune*, basado en el respeto y garantía irrestrictas de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana y los otros tratados que complementan el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El Preámbulo puede tener eventualmente un rol importante en la interpretación y aplicación de la Convención, toda vez que se erige como la base a partir de la cual fueron enmarcados los derechos establecidos en la Convención. Así entendido, el Preámbulo de la CADH está dotado de sentido jurídico pues orienta, realiza y se interrelaciona con los derechos, y es el hilo conductor que armoniza, integra y dota de plena razonabilidad al ordenamiento interamericano.

Considerando esses fatores globalizantes e globalizados, o presente artigo fará uma breve abordagem constitucional sobre o processo de afirmação dos Direitos Humanos no contexto da América Latina. Buscar-se-á demonstrar o ***reconhecimento constitucional*** – especialmente o aspecto formal, dos textos constitucionais latino-americanos – dos direitos de caráter econômico, social, cultural e ambiental, em decorrência do progresso econômico alcançado pela humanidade na contemporaneidade e a necessidade de conscientização quanto à preservação de um ambiente sustentável como condição vital para a sobrevivência da humanidade e demais formas de vida, bem como dos recursos naturais em geral.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), firmada em 1948, que as Constituições mundiais se

preocupam em inserir em seus textos, questões conectadas aos direitos fundamentais. Revele-se que as Constituições estrangeiras da América Latina, incluindo a região arquipelágica caribenha, situada entre as três Américas, empreenderam vários dispositivos – nas Cartas de cada País – para as questões internacionais, sobremaneira importantes.

As investigações serão celebradas de forma exemplificativa, com destaque aos dispositivos constitucionais expressos ou mais evidentes, em vista do tema delimitado: *Direitos Fundamentais* compreendidos dentro das espécies, *meio ambiente*, *Direitos Humanos* e *sustentabilidade*. Ater-se-á mais ao aspecto formal dos textos. Entenda-se, aqui, nessa investigação, o *direito internacional* de base comunitária, continental ou regional.

A Carta boliviana, de 2009, deixa bem clarividente: “**Artículo 13.** I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.” (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 54). No aspecto econômico e/ou capitalista, a Carta boliviana não descuroou da sustentabilidade: “**Artículo 311.** [...] 3. La industrialización de los recursos naturales para superar la dependencia de la exportación de materias primas y lograr una economía de base productiva, en el marco del desarrollo sostenible, en armonía con la naturaleza.” (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 98).

A Constituição boliviana, de 2009, pode ser considerada, ao menos no aspecto formal, um “plus” ambientalista, quando comparada a Carta brasileira, de 1988. Nesse sentido, a título exemplificativo desse “nível acima” que atingiu a Constituição boliviana, revele-se o bem ambiental “água”, compreendido no texto boliviano, em sua concepção fundamental: “**Artículo 373.** I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida,

en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, [...] diversidad y sustentabilidad (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 189-190).

Por fim, a Constituição boliviana, de 2009, instituiu o *Tribunal Agroambiental* (Artículo 189), para fins de proteção dos recursos naturais e das espécies em geral, incluindo fauna e flora (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 118). Dessa forma, compreendeu-se a necessidade de integração entre as questões agrárias e ambientais.

**Artículo 189.** Son atribuciones del Tribunal Agroambiental, además de las señaladas por la ley: 1. Resolver los recursos de casación y nulidad en las acciones reales agrarias, forestales, ambientales, de aguas, derechos de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, hídricos, forestales y de la biodiversidad; demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medio ambiente; y demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales.

A Carta equatoriana, de 2008, segue na mesma linha da boliviana de 2009, ou seja, comparada a Carta brasileira de 1988, seu texto se encontra em nível superior (ou mais amplo), assim compreendido no plano dos direitos ambientais econômicos.

**Art. 385.** El sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, en el marco del respeto al ambiente, la naturaleza, la vida, las culturas y la soberanía, tendrá como finalidad: 1. Generar, adaptar y difundir conocimientos científicos y tecnológicos. 2. Recuperar, fortalecer y potenciar los saberes ancestrales. 3. Desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del buen vivir (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 356).

Destaque-se a Constituição da Guatemala, de 1985, que estabelece a superioridade dos Direitos Humanos supranacionais, quando incorporados ao ordenamento jurídico interno: “**Art. 46.** Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.” (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010c, p. 252).

A busca de uma comunidade supranacional mereceu destaque na Constituição do Paraguai, de 1992, em seu artigo 145, assim: “**Artículo 145.** La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantiza la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.” (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010b, p. 193).

A República Dominicana, pela sua Constituição de 2010, trouxe para o texto constitucional a importância da simbiose entre meio ambiente, direitos humanos e sustentabilidade.

**Artículo 218.** Crecimiento sostenible. La iniciativa privada es libre. El Estado procurará, junto al sector privado, un crecimiento equilibrado y sostenido de la economía, con estabilidad de precios, tendente al pleno empleo y al incremento del bienestar social, mediante utilización racional de los recursos disponibles, la formación permanente de los recursos humanos y el desarrollo científico y tecnológico (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010e, p. 650).

Revele-se que Cuba, pela sua Constituição de 1985, ainda que tenha adotado o regime socialista por décadas – em franco decréscimo mundial hodiernamente – também explicitou a questão econômica conectada a sustentabilidade e a proteção ambiental:

**Artículo 27.** El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer mas racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política. Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010d, p. 335).

Compreende-se que a *ordem constitucional econômica* de cada país está sendo idealizada a favor das questões fundamentais. É o que se vê nos textos constitucionais citados anteriormente. A visão estanque que aponta para as atividades econômicas que são sempre nefastas aos Direitos Humanos e ao meio ambiente, deve ser substituída pela visão integradora em que a ordem econômica se insere como parte integrante de uma logística favorável aos Direitos Fundamentais. Tem-se como exemplo a Constituição do Paraguai, de 1992, artigo 145, já transcrito.

As Constituições da América Latina, no aspecto formal dos textos, estão em franca evolução a favor das questões que orbitam em torno dos Direitos Fundamentais. Notadamente, o *direitos humanos*, o *meio ambiente* e a *sustentabilidade*. Pode-se afirmar que essa “trilogia” somente será realizada e devidamente materializada se for compreendida de forma indissociável. Torna-se fundamental, com base nos preceitos constitucionais retrocitados, a proposição de um *modelo de Código Ambiental* (incluindo preceitos destinados aos direitos humanos e sustentabilidade) para a América Latina.

### **3 DIREITOS HUMANOS, MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE NO BRASILEIRA**

O Brasil compreende o maior país (em dimensão territorial) e o mais populoso das Américas do Sul e Central. Sua Constituição

em vigor, já com mais de 30 anos – é de 5 de outubro de 1088 –, é a *terceira em longevidade*. Só perde – em tempo de vigência – para a Carta Imperial de 1824 (65 anos, pois teve vigência até 1891) e a primeira Carta Republicana de 1891 (43 anos, por ter tido vigência até 1934).

Note-se que o Brasil, até o momento, conta com sete Constituições, incluindo a atual, de 1988. A Constituição Imperial nasceu em 1824. A primeira da era republicana, em 1891. No século XX, tiveram vigências as Constituições de 1934, 1937, 1946, e 1967-1969. E, desde 5 de outubro de 1988, a atual Constituição da República Federativa do Brasil está em vigor.

A história mostra uma instabilidade constitucional brasileira quanto ao século XX, se se considerar que entre 1934 e 1988, foram quatro Constituições. Com dois adicionais comentários: a primeira Constituição elaborada no século XX teve vigência apenas de 1934 a 1937. E a Constituição de 1967 está sendo considerada como apenas uma, mas em 1969 uma Emenda Constitucional deu nova redação a todo o texto, levando muitos autores a inserir o texto constitucional de 1969 como sendo uma outra Constituição na história brasileira.

Embora haja um histórico de instabilidade constitucional no século XX, o fim do referido século e – ao menos – até o momento, a Constituição em vigor indica uma sequência de estabilidade considerada, para os padrões brasileiros, razoavelmente duradora. Inclusive com manutenção dos Direitos Constitucionais de forma intocável, pois não tem havido sequer Emenda Constitucional alterando o texto da Constituição em vigor em matéria de segurança dos principais direitos dos brasileiros. Além disso, há cláusulas pétreas, intocáveis, não reformáveis. Fato que aumenta a estabilidade dos Direitos Constitucionais e, por consequência, da própria Constituição.

No plano dos Direitos Humanos, houve grande evolução, no aspecto formal do atual texto constitucional brasileiro. Certamente,

a longevidade da Carta brasileira (em comparação as anteriores, citadas anteriormente), caminha para a manutenção da estabilização do Estado de Direito. Esta expressão na Constituição brasileira de 1988, aparece de forma explícita em relação aos Direitos Humanos, assim: “Art. 4.º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos.”.

A base principiológica da prevalência dos Direitos Humanos – no plano interno e externo ou internacional – compreende um dos maiores vetores da Constituição Nacional de 1988. Nesse contexto, esclarece a Professora Flávia Piovesan (2013, p. 325): “O princípio da prevalência dos Direitos Humanos – inédito na história constitucional brasileira – atesta o crescente processo de internacionalização dos direitos humanos e seu reflexo imediato, a humanização do direito internacional.”.

Em complemento, a favor da indissociabilidade entre direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade, a Carta Nacional de 1988 completa: “**Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”.

Nesse sentido expressa Milaré (2009, p. 151): “As Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam com a proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nelas, nem mesmo uma vez foi empregada a expressão meio ambiente, dando a revelar total inadvertência ou, até, despreocupação com o próprio espaço que vivemos.” Portanto, a Carta Brasileira de 1988 compreende evidente avanço, em relação as anteriores, no plano dos direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. Com relação a sustentabilidade, segue Milaré (2009, p. 77-79):



A construção de uma sociedade sustentável deve assentar-se numa clara estratégia mundial que pode, resumidamente, ser exposta através dos seguintes princípios: 1) respeitar e cuidar da comunidade dos seres vivos: [...] 2) Melhorar a qualidade de vida humana: [...] 3) Conservar a vitalidade e a diversidade do planeta Terra: 4) Minimizar o esgotamento de recursos não-renováveis: [...] 5) Permanecer no limite da capacidade de suporte do planeta terra: [...] 6) Modificar atitudes e práticas pessoais: [...] 7) Permitir que as comunidades cuidem de seu próprio meio ambiente: [...] 8) Gerar uma estrutura nacional para a integração de desenvolvimento e conservação: [...] 9) Constituir uma aliança global: [...].

As questões nacionais/constitucionais e internacionais, conectadas a essa trilogia indissociável, *direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade*, encontram-se bem esclarecidas na Constituição brasileira de 1988. Essa *simbiose* não foi descurada por Vital Moreira e Carla Marcelino Gomes:

Nos anos 80, uma categoria adicional de direitos humanos obteve reconhecimento, ou seja, o direito à paz e à segurança, o direito ao desenvolvimento e o direito a um ambiente saudável. Estes direitos fornecem o quadro necessário ao gozo de todos os outros direitos. Porém, não há condicionalidade, no sentido de que uma categoria constitua uma condição prévia para a outra. A terceira categoria é designada por direitos de solidariedade, uma vez que implicam cooperação internacional e aspiram à construção da comunidade. Os direitos humanos devem ser distinguidos dos “direitos dos animais” e dos “direitos da Terra”, propagados por alguns grupos (MOREIRA; GOMES, 2012, p. 54-55).

Nessas condições, portanto, os “direitos humanos ambientais” devem ser vistos e revistos sempre no sentido de sua manutenção e ampliação no cenário nacional e internacional (especialmente para o Brasil, sob o aspecto das Américas). Revele-se que as questões ambientais projetam-se para “*além dos direitos humanos*”,

tendo em vista que suas concepções ecocêntrica ou biocêntrica visam à proteção de todas as formas de vida, humanas e não humanas. Ou seja, proteção dos recursos naturais, animais, vegetais, etc. Em outras palavras, o Direito Ambiental cerra fileiras a favor do patrimônio ambiental material e imaterial, de forma micro ou macro, individual ou coletiva.

A ordem constitucional econômica brasileira, caminha no mesmo sentido das Cartas Constitucionais das Américas, citadas anteriormente. Está expresso na Constituição brasileira de 1988:

**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Por suposto, sobretudo no aspecto formal do texto da Constituição Nacional de 1988, resta evidente que a ordem econômica deve ser operacionalizada e materializada a favor dos *direitos humanos*, do *meio ambiente* e da *sustentabilidade*. Sob o aspecto puramente *capitalista*, pode-se afirmar que produtos e serviços sustentáveis são muito bem-vistos no mercado nacional e internacional, além de produzirem rendas aos empreendedores que seguem as premissas ambientalistas.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em fecho, restou evidenciado nessa pesquisa/investigação, a importância do tema e sua conexão direta com as Constituições dos diversos países americanos do Sul, Central e do Norte, incluindo os países caribenhos, região marítima entre as três Américas. No aspecto formal dos textos constitucionais, pode-se afirmar que as

perspectivas são alvissareiras. Logicamente, deve-se compreender que a questão vai além dos textos, indicando a necessidade de políticas públicas nacionais, bem como ações internacionais coordenadas. Não se trata de modismo, Direitos Humanos, meio ambiente e sustentabilidade compreendem questões históricas e mundiais.

No plano econômico, não é somente importante defender os Direitos Humanos, meio ambiente e sustentabilidade – lembrando que referidos preceitos programáticos estão devidamente previstos nas várias Constituições citadas anteriormente – bem como é preciso operar um conceito fundamental, já previsto nos textos constitucionais: o Estado tecnológico ambiental, que deve operar sobretudo com base nos princípios bioéticos e do biodireito. Esse Estado de direitos fundamentais – especialmente ambientais – deve operar a favor dos seres vivos (humanos e não humanos) bem como dos recursos naturais e da proteção das formas de vida em geral. Auguram-se tais avanços.

A busca do estado ambiental, em sentido amplo – englobando a ordem social, econômica, de políticas públicas e comunitária – deve ser uma referência direcionadora a favor de uma nova cidadania emergente: a cidadania global ambiental, típica desse séc. XXI. É certo que existem contradições, avanços e recuos, mas se deve resgatar a utopia de que as sociedades nacional e internacional podem construir um futuro melhor com suas próprias forças. Porém, sempre de mãos dadas com os Direitos Humanos, meio ambiente e sustentabilidade.

Deve-se libertar dos grilhões do capitalismo ortodoxo, resumindo a possibilidade de existência social das pessoas a simples consumidores de uma sociedade que deseja vender ou comercializar tudo, inclusive “felicidade”.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

CANOTILLO, José Joaquim Gomes et al (Coord.). **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; PELAYO MÖLLER, Carlos María. Preámbulo. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (Coord.). **Convención americana sobre derechos humanos comentada**. Bogotá: Suprema Corte de Justicia de la Nación; Fundación Konrad Adenauer; Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014. p. 29-41.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino. (Coord.). **Comprender os direitos humanos**: manual de educação para os direitos humanos. Coimbra: Ius Gentium Conimbrigae / Centro de Direitos Humanos, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), 2012.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro (Org.). **Constituições da América Latina e Caribe**. v. I. Brasília: FUNAG, 2010a.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro (Org.). **Constituições da América Latina e Caribe**. v. II. Brasília: FUNAG, 2010b.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro (Org.). **Constituições da América Latina e Caribe**. v. III. Brasília: FUNAG, 2010c.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro (Org.). **Constituições da América Latina e Caribe**. v. IV. Brasília:

FUNAG, 2010d.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro (Org.). **Constituições da América Latina e Caribe**. v. V. Brasília: FUNAG, 2010e.

PIOVESAN, Flávia. Comentários ao art. 4º, inciso II. In: CANOTILLO, José Joaquim Gomes et al (Coord.). **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 320-333.

STEINER, Christian; URIBE, Patricia (Coord.). **Convención americana sobre derechos humanos comentada**. Bogotá: Suprema Corte de Justicia de la Nación; Fundación Konrad Adenauer; Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014.

VÍQUES, Fernando Castillo; LOAIZA, Olman Rodríguez; RODRÍGUEZ, Graciela Arguedas (Coord.). **Convención americana sobre derechos humanos**: anotada y concordada com la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica: Corte Suprema de Justicia / Escuela Judicial, 2013.

*Recebido em: 23/1/2021*

*Aprovado em: 14/4/2021*

---

# 2

## EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA PENAL NEGOCIADA A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN MÉXICO

### EVOLUTION OF NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE THROUGH THE ABBREVIATED PROCEDURE IN MEXICO

*Edgar Athzel Carmona Arias<sup>1</sup>*

#### RESUMEN

En el presente artículo haremos un análisis integral de la regulación que existe sobre el tema de estudio emanada de los tres poderes. Iniciando con el poder legislativo, llevaremos a cabo el análisis de la figura del procedimiento abreviado desde la concepción establecida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como en las leyes reglamentarias. Por el lado del poder judicial, analizaremos los criterios jurisprudenciales que hasta el día de la elaboración de la presente investigación existen. Para concluir,

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SIN. Miembro del Centro Interamericano de Investigación en Derechos Humanos CIIDHLEX.AC. e-mail: edgar.carmonaari@uaem.edu.mx

se hará un análisis de los lineamientos emitidos por el ejecutivo, lineamientos que deben ser observados por las procuradurías de justicia o fiscalías, respecto a la aplicación y criterios que deben observar los fiscales o agentes del ministerio público, al resolver una controversia penal por la vía de la negociación penal a través del procedimiento abreviado.

**Palabras clave:** Procedimiento abreviado. Negociación penal. Criterios contradictorios.

## ABSTRACT

In the present article we will make an integral analysis of the regulation that exists on the subject of study emanating from the three powers. Starting with the legislative power, we will carry out the analysis of the figure of the abbreviated procedure from the conception established in the Political Constitution of the Mexican United States as well as in the regulatory laws. On the side of the judiciary, we will analyze the jurisprudential criteria that exist until the day of the elaboration of the present investigation. To conclude, there will be an analysis of the guidelines issued by the executive, guidelines that should be observed by the prosecutors of justice or prosecutors, regarding the application and criteria to be observed by prosecutors or public prosecutors, when resolving a criminal controversy through criminal negotiation through the abbreviated procedure.

**Keywords:** Abbreviated procedure. Criminal negotiation. Contradictory criteria.

## RESUMO

No presente artigo, faremos uma análise integral do regulamento que existe sobre o tema de estudo que emana dos três poderes. A partir do Poder Legislativo, realizaremos a análise da figura do procedimento abreviado a partir da concepção estabelecida na Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, bem como nas leis reguladoras. Do lado do Judiciário, analisaremos os critérios jurisprudenciais existentes até o dia da elaboração da presente investigação. Para concluir, haverá uma análise das diretrizes emitidas pelo Executivo, diretrizes que devem ser observadas pelos Promotores de Justiça ou Promotores, quanto à aplicação e critérios

a serem observados pelos Promotores ou Promotores Públicos, ao resolver uma controvérsia criminal por meio de processos penais. Negociação através do procedimento abreviado.

**Palavras-chave:** Procedimento abreviado. Negociação criminal. Critérios contraditórios.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 El Procedimiento Abreviado en la Legislación. 3 Análisis Jurisprudencial del Procedimiento Abreviado en el Sistema Jurídico Penal Mexicano. 4 La Justicia Penal Negociada Desde la Óptica del Poder Ejecutivo. 5 Conclusión. Bibliografía.

## 1 INTRODUCCIÓN

El objetivo de llevar a cabo el presente artículo a través de la estructura y metodología planteada, es con el fin de exponer ampliamente el problema de investigación, consistente fundamentalmente en exhibir las fallas estructurales en la regulación, aplicación e incluso entendimiento teórico del procedimiento abreviado y su naturaleza jurídica. Veremos cómo han ido evolucionando los criterios jurisprudenciales en esta materia, sin embargo, aún existen diversos criterios contradictorios, esto es, no existe certeza jurídica que garantice la correcta aplicación del procedimiento abreviado; con lo que sostenemos, se violan derechos humanos a las partes intervinientes en los procesos penales que optan por esta vía anticipada de solución del conflicto.

Si bien es cierto, han habido avances significativos en la comprensión y aplicación del procedimiento abreviado, también lo es que aún se encuentra en una etapa de desarrollo precaria y falta una amplia regulación al respecto. Podemos afirmar que desde el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el entendimiento de dicha figura es muy pobre por parte de los ministros, exceptuando al ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz, quien consideramos cuenta con la mayor preparación teórica doctrinaria.



Si bien es cierto que la naturaleza jurídica del procedimiento abreviado tiene una connotación distinta y más amplia de lo que es una definición o conceptualización, resulta necesario y oportuno iniciar dando una definición teórica para efecto de ir contrastando cómo ha ido evolucionando y se ha ido desarrollando dicha institución en el contexto jurídico mexicano. Así, tenemos que:

El procedimiento penal abreviado consiste en la tramitación sumaria de la causa penal, en la cual concurre la voluntad del imputado en la aceptación de los hechos punibles, evitándose así la celebración de juicio oral. Las negociaciones previas que deben preceder la conformidad del ministerio público en este proceso, evidencian el carácter puramente acusatorio del sistema procesal, en el cual el ministerio público puede disponer libremente del contenido fáctico de la acusación. En tal caso, para el imputado los efectos de su colaboración no sólo se circunscriben a la pena a imponer, sino que también se evita la aplicación de medidas cautelares, incluida la prisión preventiva (INOA LAZALA, 2010, p. 55-ss).

Sin embargo, pese a la importancia, complejidad y multiplicidad de objetivos que se persiguen con la implementación y aplicación del procedimiento abreviado, a diferencia de lo que sucede con la reforma constitucional, en el objeto del proceso, el procedimiento abreviado brilla por su ausencia en la legislación secundaria (HIDALGO MURILLO, 2012, p. 16-17).

## **2 EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN LA LEGISLACIÓN**

En el ordenamiento jurídico nacional mexicano, el procedimiento abreviado se encuentra regulado desde el nivel constitucional y en el Código que rige para todo el país; el llamado Código Nacional de Procedimientos Penales CNPP. Sin embargo, es de destacar que en ninguno de estos dos cuerpos normativos se establece una definición de lo que es el procedimiento abreviado. No obstante lo anterior, en las próximas líneas analizaremos desde la perspectiva

legislativa, las cuestiones más importantes que se tienen dentro de esta figura jurídica en el sistema mexicano. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala respecto al procedimiento abreviado en su artículo 20 fracción VII que:

Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculgado cuando acepte su responsabilidad [...].

En este sentido, es de destacar tres cuestiones fundamentales para la procedencia del procedimiento abreviado, ya que son algunas de las que más polémica y confusión han causado tanto a nivel doctrinario como en la práctica y jurisprudencia. La primera de ellas consiste en que en la constitución se habla del reconocimiento por parte del imputado, no de una confesión, y así es reiterado por la jurisprudencia (Procedimiento abreviado. Su aceptación por el imputado no implica que deberá considerársele confeso (Legislación del Estado de México, 2015). La segunda cuestión es la referente a la frase “participación en el delito” ya que a nuestro juicio, en esta frase se está haciendo un prejuicio de la existencia de un delito cuando sabemos que a esta aseveración únicamente se puede llegar a través del dictado de una sentencia de juicio oral.

El tercer punto consiste en la frase “medios de convicción suficientes para corroborar la imputación” la cual en este caso consideramos muy acertada. Aunque al inicio de la aplicación del sistema acusatorio generó mucha controversia y confusión, ya que se confundía la mencionada expresión con una plena comprobación del delito y responsabilidad del imputado. Por último, la expresión “aceptación de responsabilidad” de la cual destacamos que esta no debe ser equiparada con la culpabilidad ya que esta última deriva de

la figura jurídica conocida como “confesión”, la cual no tiene lugar dentro del procedimiento abreviado.

El procedimiento abreviado, en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) legalmente es considerado como una forma de terminación anticipada (véase, artículo 185). Se encuentra regulado en el título I, capítulo IV, artículos 201 al 207. Aquí, de lo más destacable que podemos mencionar es que en el artículo 201, fracción III, b) se establece la renuncia expresa al juicio oral, como requisito de procedencia del procedimiento abreviado. Con lo cual nos hacemos la siguiente pregunta, ¿con esto se abre la posibilidad y asimismo es legal la renuncia a los derechos constitucionales?

Lo anterior es así, ya que la mayoría de los principios del nuevo sistema de justicia y del debido proceso legal, en sí, se desenvuelven en la audiencia de juicio oral; como lo son: la contradicción, inmediatez, oralidad, el derecho de ofrecer y desahogar pruebas y oponerse de las pruebas en su contra y el derecho a ser juzgado por un juez imparcial. Con lo cual, de facto, se pierde sino la totalidad, sí gran parte de su observancia a la hora de optar por esta forma de terminación anticipada mediante la renuncia al derecho que se tiene a un juicio oral.

Es por ello que hay quienes consideran que con la implementación del procedimiento abreviado “se pagará un alto costo, esto es, la destrucción de los principios y de los valores que hasta hoy, eran cimiento de nuestro proceso penal” (ZAMORA PIERCE, 2014, p. 87).

Dentro de la regulación del procedimiento abreviado en el Código Nacional de Procedimientos Penales, podemos destacar que éste tiene lugar a solicitud del Ministerio Público, sin hacer referencia de la posibilidad de ser solicitado al mismo Ministerio Público por parte del imputado o su defensor, con intervención de la víctima u ofendido, posibilidad que consideramos debiera ser expresa. Por

otro lado, el lapso de procedencia comprendido en el artículo 202 de mismo CNPP es “después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral”. Dentro del mismo artículo se establece un acuerdo que deberá de ser emitido por el procurador para efecto de solicitar la pena.

Respecto de la sentencia, es importante destacar que “no podrá imponerse una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado [...]” de acuerdo a lo establecido en el artículo 206 del mencionado Código, de lo cual se entiende que el Juez a la hora de aceptar la tramitación del procedimiento abreviado, deberá aceptar la pena solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el imputado, entendiéndose que en ningún caso podrá imponer una pena no sólo mayor, sino que tampoco menor.

Así como que “el juez deberá fijar el monto de la reparación del daño, [...]” con lo cual tampoco estamos de acuerdo, ya que la exigencia del procedimiento abreviado de que las partes, a través de un acuerdo, determinen las consecuencias del hecho imputado, debe ser también uno de los puntos de acuerdo de las partes. En este rubro hacemos énfasis en la víctima u ofendido, quien deberá ser consultado en este punto de acuerdo.

No queremos concluir este apartado sin antes hacer referencia a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada<sup>2</sup>, misma que no debemos olvidar que no es de reciente creación, ya que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996 y, sin embargo, ya en esta ley se establece una forma de colaboración con la justicia a través de una forma de negociación penal, no únicamente

<sup>2</sup> La negociación penal en este rubro resulta particularmente importante si tenemos en cuenta que en este tipo de casos que generalmente resultan ser muy complejos y con varios acusados, permite a los fiscales a obtener información privilegiada crítica sobre las redes delictivas. “in complex, multi-defendant cases, it helps prosecutors obtain critical insider information about criminal networks.” (TURNER, 2017, p. 219-246, traducción propia).

para el imputado de alguno de los delito más graves, como lo son los delitos en materia de delincuencia organizada. Este tipo de negociación se establece también para aquellos que ni siquiera tienen abierta una investigación en su contra; o para quien teniendo abierta una investigación en su contra, aún no se le haya hecho formalmente una imputación; o por el contrario, incluso está abierta la posibilidad de que una persona que ya cuenta con una sentencia ejecutoriada, pueda llevar a cabo una negociación de la misma, bajo los términos y condiciones que se establecen en el artículo 35 de la citada ley federal.

De la lectura del artículo anterior, se deduce la posibilidad de negociar la imputación o los cargos, las “posibles pruebas” o “antecedentes de investigación” (al no ser tomadas en cuenta en su contra) la pena, e incluso, como ya lo mencionamos, la sentencia “firme” que tenga en su contra quien colabora con la justicia, o sentencia que ya, de hecho, este cumpliendo.

Es por lo anterior que vamos más allá, ya que consideramos que el acuerdo suscrito por las partes para la procedencia del procedimiento abreviado, si no debiera, sí pudiera ir más allá de la determinación de la pena, alcanzando incluso, como sucede en otros países, al acuerdo en la forma de ejecutar dicha pena. Acordando la improcedencia o la forma en que pudieran proceder los beneficios y subrogados tales como los beneficios preliberacionales y sanciones no privativas de la libertad; entre los que tenemos: la libertad condicionada, la libertad anticipada, la sustitución y suspensión temporal de las penas, la preliberación por criterios de política penitenciaria y las sanciones y medidas penales no privativas de la libertad (MÉXICO, 2016, art. 136 y ss.). Así, podemos concluir que:

[...] pese a que en el procedimiento en estudio existe una predisposición del imputado de participar en el mismo, no se abandona su carácter de juicio, puesto que dentro de éste se discute la licitud de los datos de prueba, la clasificación legal que hace la fiscalía de los hechos imputados, el empleo de la

fórmula de la disminución de la pena solicitada, la procedencia de la condena condicional o de algún sustitutivo penal, entre otros [...] (BARRÓN DÍAZ, 2016, p. 49).

Esto último, a diferencia de lo que sucede en otros países, aún no es objeto de negociación en el caso mexicano, sin embargo, estamos seguros que en un futuro también así se realizará en nuestro país. Así, como ya se ha referido en diversas ocasiones y sostenido por diversos autores, se pretende que el procedimiento abreviado sea la vía por la cual se resuelva el 95% de casos, para que los mismos no lleguen a la etapa de juicio oral (ZAMORA PIERCE, 2014, p. 63).

Actualmente, esta situación ha permanecido meramente en la teoría, ya que en la práctica la resolución de las causas penales a través del procedimiento abreviado son mínimas, debido a dos principales razones; la primera es por su desconocimiento; la segunda se debe a que la ley limita las diversas formas de su procedencia, esto es, es una figura muy reducida respecto a sus homologas en Colombia y Estados Unidos. La reforma constitucional al artículo 20, pero principalmente al 17 ha concebido al sistema de justicia penal, en tres diferentes posiciones que toma el Estado frente a los conflictos sociales:

1. “El Estado no interviene porque las conductas se limitan a cuestiones subjetivas o no perjudican bienes sociales útiles.
2. La intervención del Estado se mantiene de forma subsidiaria debido a que la relevancia jurídica de los conflictos pueden ser resueltos directamente por los involucrados en el conflicto.
3. El Estado interviene obligadamente dado que en el conflicto resulta ser de alto impacto para el orden público y jurídico (delitos graves) (VASCONCELOS MÉNDEZ, 2012, p. 200).

A continuación, analizaremos la forma en la cual otra parte del poder público, como lo es el Poder Judicial, ha concebido aplicar, e incluso ha desarrollado al procedimiento abreviado, a través de su facultad de interpretación.

### **3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL MEXICANO**

Consideramos que no únicamente el legislador mexicano ha sido desconocedor de la figura jurídica del procedimiento abreviado y por ende errático en la forma de legislarlo en su momento, en las legislaciones locales que iniciaron con la implementación del sistema acusatorio en diversos Estados de la República, sino también el legislador federal en la implementación del procedimiento abreviado a nivel nacional con el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En la misma situación se encuentra el intérprete de la ley a través de la jurisprudencia, a la hora de resolver las controversias que llegan a su consideración. En las próximas líneas, realizaremos un análisis de la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación, no únicamente respecto a las codificaciones procesales penales locales del sistema acusatorio, sino también la emitida bajo la regulación del CNPP.

Uno de los primeros y principales problemas que surgen a la hora de aplicar el procedimiento abreviado, consiste en el choque de dos principios aplicables al sistema procesal penal. Por un lado tenemos al llamado principio de legalidad, el cual rige desde el sistema anterior a la reforma de 2008, y por otro lado, al principio o criterio de oportunidad, el cual llegó a nuestro sistema penal con la citada reforma (HUERTAS DÍAZ, 2018).

Uno de los primeros criterios emitidos al respecto surgió de un asunto seguido bajo la jurisdicción de la legislación de Chihuahua, el cual se resolvió en el 2010 y se estableció que debido a que en

los artículos 14, 20, apartado A, fracciones II, VII, VIII y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) “se tutela la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal” (principio de legalidad), y “se otorga al Juez la facultad exclusiva de desahogar audiencias, valorar las pruebas, imponer las penas y determinar su modificación y duración” (Procedimiento abreviado. El hecho de que el inculpado opte por esta forma especial de terminación anticipada, admita los hechos que se le atribuyen y esté de acuerdo con la cantidad que el ministerio público precisó en su acusación por concepto de reparac, 2015), además, se establece que “el Juez de Garantía” –hoy Juez de Control–:

puede [...], valorar las pruebas y concretar la imposición de dicha sanción pecuniaria, toda vez que no puede quedar despojado de esa facultad que constitucionalmente le ha sido dada y que se encuentra obligado a cumplir, aplicando la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, en estricto apego a los principios fundamentales de objetividad y deber de decidir, así como de fundamentación y motivación, según los artículos 17 a 20 de la Constitución Federal (Procedimiento abreviado. El juez de garantía puede, sin excederse del monto que conformó la imputación, valorar las pruebas y concretar la imposición de la reparación del daño, aun cuando el activo, al admitir el hecho que se le atribuye, haya estado de a, 2010).

De esta forma, nos damos cuenta que en la jurisprudencia se habla de una valoración de pruebas en una etapa previa a la audiencia de juicio oral, cuando sabemos que es precisamente en audiencia de juicio oral, la única etapa en la cual se desahogan y valoran pruebas, propiamente dicho. Sin embargo, lo peor no termina ahí. Una tesis emitida con posterioridad a la citada en el párrafo anterior, fue más allá y se estableció que dentro del procedimiento abreviado,<sup>3</sup> el juzgador está obligado a valorar –no algunos “datos de prueba”–

<sup>3</sup> Regulado en el artículo 601 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León.



sino “la totalidad de las pruebas que existan en la causa penal al dictar la sentencia respectiva,” aunque más adelante en la misma tesis se establezca que lo que se valora son “elementos de prueba” y se continúa diciendo que tal valoración se realiza “a efecto de que precise con cuáles acreditó el hecho probado y si éste materializó el ilícito, así como la plena responsabilidad del inculpado.” (Procedimiento abreviado. Su tramitación no exime al juzgador de la obligación de valorar la totalidad de las pruebas que existan en la causa penal al dictar la sentencia respectiva (Legislación del Estado de Nuevo León, 2013). Pero esta no es la única jurisprudencia que en “cumplimiento” del artículo 16 constitucional confunde la “fundamentación y motivación” de todo acto de autoridad con la “valoración de pruebas, comprobación de la existencia del delito y la plena responsabilidad del imputado” en una sentencia de procedimiento abreviado. También podemos hacer referencia a la que al rubro señala:

Sentencia condenatoria emitida oralmente en la audiencia que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la resolución dictada en el procedimiento abreviado. Aun cuando el imputado haya aceptado su participación en el hecho delictivo, aquélla debe fundarse y motivarse independientemente de que la resolución escrita cumpla con esa exigencia constitucional (2013).

Además de la obligación de emitir, nuevamente, “un juicio de valoración de los datos de prueba”. En esta resolución se tocan dos nuevos temas de relevancia teórica y práctica al hacer referencia a la “aceptación por parte del imputado” de su “participación en el hecho” y la “posibilidad de que se emita una resolución absolutoria”, lo cual retomaremos más adelante, pero asimismo, se vuelve a insistir en el error –producto del desconocimiento de la institución del procedimiento abreviado– de la “acreditación de la existencia del hecho delictuoso y la certeza de que el imputado lo cometió” (Procedimiento abreviado. El hecho de que el inculpado opte por

esta forma especial de terminación anticipada, admita los hechos que se le atribuyen y esté de acuerdo con la cantidad que el ministerio público precisó en su acusación por concepto de reparac, 2015).<sup>4</sup>

No sería sino hasta un año cuatro meses después de emitida la tesis citada en el párrafo anterior, que el poder judicial a través de sus criterios jurisprudenciales daría un significativo avance en cuanto a la comprensión del objeto y naturaleza jurídica del procedimiento abreviado, al establecer que dentro de éste, la “aceptación” por parte del imputado no implica que los “datos de prueba” recabados “deban tener valor probatorio preponderante o sean jurídicamente correctos”; nótese que a nuestra consideración nuevamente se vuelve a emplear correctamente el término “dato de prueba” en lugar de “prueba” en sí misma.

Sin embargo, pese al ya mencionado avance, también consideramos que en esta misma tesis se ejemplifica claramente una nueva problemática en cuanto a ciertas definiciones terminológicas, como lo son: “aceptación”, “reconocimiento” y “admisión”, mismas que son utilizadas indistintamente, cuando en la realidad cada una de ellas tiene un significado propio.

Pero el problema no termina ahí, nuevamente vemos que el Juez constitucional utiliza erróneamente los términos, al establecer la expresión “[...] si el imputado reconoce ante la autoridad judicial su participación en el delito” ya que sabemos que para hablar de “delito” éste debe ser determinado como tal, por el Juez de juicio oral, después de haberse comprobado en esta misma audiencia los elementos del tipo penal, situación que de forma involuntaria es rectificada en líneas más adelante, al hablarse de la “existencia de

<sup>4</sup> Respecto a la “fundamentación y motivación de los actos de autoridad” en el mismo sentido se exige en, (Procedimiento abreviado. Su aceptación no implica que los datos de prueba recabados en la investigación (dictámenes periciales) deban tener valor probatorio preponderante o sean jurídicamente correctos (Legislación del Estado de México, 2014).

medios de convicción suficientes para corroborar la imputación.” (Procedimiento abreviado. Su aceptación no implica que los datos de prueba recabados en la investigación (dictámenes periciales) deban tener valor probatorio preponderante o sean jurídicamente correctos (Legislación del Estado de México, 2014).

En el mismo sentido, consideramos correcta la terminología utilizada por el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México –citada en la misma tesis– al hablar, de una admisión por parte del imputado de “el hecho atribuido en la acusación” así como el de una aceptación a “ser juzgado con los antecedentes recabados en la investigación” (véase, Artículos 388, 390 y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México). En el mismo contexto de utilización de forma indistinta de los términos, además de los ya mencionados, tenemos al de “acusación e imputación” (Procedimiento abreviado. Su aceptación no implica que las autoridades ministeriales y judiciales estén exentas de fundar y motivar la resolución en que se dicta o que ante la inadvertencia o complacencia del defensor o del inculpado con la acusación, ésta, 2014).

De igual forma, en el mismo año 2014 volvemos a ver avances en cuanto a la comprensión de la naturaleza jurídica del procedimiento abreviado por parte del órgano jurisdiccional, al resolver que dentro del procedimiento abreviado no hay rendición de pruebas, sin embargo, sí se pueden considerar “*los actos que obren en la carpeta de investigación*” y los “datos de prueba” –como lo son los peritajes– para el dictado de una sentencia equiparable a la penalidad establecida en el Código Penal para el delito imputado, a quien se somete a esta solución alterna, incluso se enfatiza esta posibilidad al señalar que “máxime si de autos no se aprecia que se haya inconformado –el imputado– de tal circunstancia o se hubiera objetado la mencionada pericial” (Procedimiento abreviado. Al ser

un mecanismo alternativo de solución de conflictos que el inculcado elige, es legal que el juez de control, con base en el dictamen de valuación del objeto material del robo que se le imputa, le imponga alguna de las sanciones, 2014).

Continuando con la evolución jurisprudencial, podemos ahora hacer referencia a una tesis ya del 2016, específica del procedimiento abreviado establecido en la fracción VII constitucional, en la cual consideramos que ahora sí, en definitiva se entiende por parte del órgano jurisdiccional que dentro de este procedimientos, de ninguna forma se hace “un ejercicio de valoración probatoria por parte del juzgador para tener por demostrada la acusación formulada por el Ministerio Público”, el Juez de Control debe limitarse a “determinar si la acusación contra el imputado contiene lógica argumentativa, a partir de corroborar que existan suficientes medios de convicción que la sustenten” (Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

En ese sentido, dentro de la misma tesis se remata señalando que “de no considerarse así, no tendría sentido contar con un procedimiento abreviado, pues éste se convertiría en un juicio oral un tanto simplificado, otorgándole la misma carga al juzgador de valorar los datos de prueba para comprobar la acusación y premiando al imputado con el beneficio de penas disminuidas.” Lo anterior es reiterado mediante tesis del mismo año 2016 al establecerse que “no podrá ser materia de cuestionamiento constitucional, en el referido juicio de amparo directo, la acreditación del delito y la responsabilidad penal del acusado, ni la exigibilidad de valoración de pruebas, pues ello no tiene aplicación en dicha forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio.” (Procedimiento abreviado.

Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

Continuando con el estudio analítico reflexivo de los criterios establecidos acerca del procedimiento abreviado y a través de la misma metodología; veremos cómo ha ido evolucionando la concepción del órgano jurisdiccional respecto de los acuerdos celebrados por las partes, a efecto de poner fin al procedimiento penal a través de la forma alternativa consistente en el procedimiento abreviado.

Así, tenemos que en un primer criterio derivado de la legislación de Chihuahua y publicado en el 2014, la autoridad judicial, nuevamente en contra de la naturaleza jurídica del procedimiento abreviado, determinó que el Juez no tienen la obligación jurídica de imponer la pena pactada mediante acuerdo de las partes, a efecto de acceder a un procedimiento abreviado, sino que peor aún, concluyó que las partes ni siquiera tienen el derecho a pactar la pena a imponerse en la controversia materia del procedimiento abreviado.

Incluso se estableció que de ser así, la limitante del Juez de imponer una pena mayor a la “pactada” así como la posibilidad precisamente de “pactar la pena” debería de tenerse la redacción siguiente: “No podrá imponer una pena superior a la pactada por el Ministerio Público y el imputado.” En efecto, coincidimos con el hecho de que no se pueda imponer una pena superior a la llámese “pactada” o “solicitada por el agente del Ministerio Público” ya que el pactar, acordar, consensuar o negociar la pena, es uno de los elementos esenciales del procedimiento abreviado, a excepción de los casos de aceptación lisa y llana, como sucede en la llamada *plea of guilty* del sistema norteamericana o el allanamiento o aceptación de los cargos en el sistema colombiano.

Tan es así, que el principal exponente a nivel mundial de esta forma de impartición de justicia como lo son los Estados Unidos, llaman a esta figura jurídica “*plea bargaining*” lo cual se traduce como “negociación penal”.<sup>5</sup> De igual forma, de los primeros criterios establecidos por el juzgador, se desprende la posibilidad de que él mismo imponga en la sentencia del procedimiento abreviado, una pena inferior a la solicitada por el fiscal, cuando el Juez “analice”:

[...] las circunstancias que garanticen el principio de proporcionalidad entre la acción típica llevada por el imputado y la pena que corresponda al ilícito de que se trata, pues es ahí donde el juzgador puede variar la pena objeto del acuerdo en aras de resguardar el mencionado principio, siempre que no exceda de la propuesta por el Ministerio Público, pues ésta representa una garantía efectiva para el imputado desde el inicio del procedimiento. Ello es así, en tanto que el citado artículo 426, incluso prevé la posibilidad de que pueda dictar una sentencia absolutoria, lo que de suyo revela que es la participación del Juez en aras de mejorar su situación, lo que puede influir en la determinación tomada por la fiscalía y el imputado (Procedimiento abreviado. La circunstancia de que el inculcado acepte la propuesta del ministerio público de instaurarlo, admita su culpabilidad en el hecho que le atribuye y la aplicación de una pena reducida hasta en un tercio de la mínima señalada, 2016).

De lo anterior, volvemos a deducir el desconocimiento del órgano jurisdiccional en la figura que estamos analizando, toda vez que se insiste en la valoración por parte del juez de la “acción típica llevada por el imputado y la pena que corresponde al ilícito de que se trata”, en esta ocasión bajo el argumento de garantizar el “principio de proporcionalidad”, lo que implicaría un perjuicio de los elementos

<sup>5</sup> La facultad-posibilidad de negociar o pactar la pena aplicable en la sentencia derivada de un procedimiento abreviado fue reconocida con posterioridad por el órgano jurisdiccional. Véase (Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

típicos del delito y la probable responsabilidad del imputado por parte de un Juez y en una instancia en que esto es improcedente, esto, cuando ya fue hartamente mencionado que este ejercicio y función jurisdiccional únicamente le está facultado al Juez de juicio oral una vez abierta esta instancia.<sup>6</sup>

Pero el yerro establecido en esta tesis va más allá, debido a que se establece que el Juez que conoce del trámite del procedimiento abreviado está facultado para imponer una pena más baja de la propuesta por el agente del Ministerio Público, toda vez que de la legislación adjetiva penal local analizada se desprende la posibilidad del dictado de una sentencia absolutoria. La existencia de esta posibilidad deriva de la improcedencia del procedimiento abreviado por cuestiones de forma, más no del análisis del fondo del asunto, por lo que es erróneo asumir la facultad del juzgador de imponer una sentencia menor a la solicitada por el fiscal en aras de velar por el principio de proporcionalidad, ya que el hacer esto restaría certeza jurídica a la institución del procedimiento abreviado, como en un criterio posterior fue reconocido (Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente

---

<sup>6</sup> Si queremos enfatizar que la posibilidad de una sentencia absolutoria derivada de un procedimiento abreviado debe ser muy limitada y excepcional, toda vez que incluso cuando se violen u omitan requisitos de procedencia de esta figura jurídica, por defecto, la determinación del antes llamado juez de garantías, hoy juez de control, debe consistir ya sea en la de reposición del trámite del procedimiento abreviado o la improcedencia de éste y la continuación del trámite del asunto a través de la vía ordinaria consistente en el juicio oral. El pronunciamiento en este sentido fue establecido como directriz para el dictado de la sentencia de amparo. Véase, (Procedimiento abreviado. El juez de control, previo a ordenar su tramitación, debe cerciorarse de que el imputado otorgó libre y voluntariamente su consentimiento para que se llevara a cabo su apertura y que está consciente de sus alcances y consecuencias, 2015). Sin embargo, nosotros consideramos que dicha determinación debe ser observada por la autoridad judicial en instancias previas. De no ser así, se le restaría certeza jurídica al procedimiento abreviado y se le podrían violar derechos a víctimas y ofendidos como lo son, el de acceso a la justicia y la reparación del daño, o incluso principios del procedimiento acusatorio como lo es el de procurar el delito no quede impune.

en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

Existe gran controversia acerca de la constitucionalidad del procedimiento abreviado. Para muchos autores el procedimiento abreviado resulta inconstitucional debido a que contraviene muchos principios establecidos para el procedimiento acusatorio y sobre todo para los establecidos, en particular, en la audiencia de juicio oral. Nosotros no estamos de acuerdo con tal afirmación, siempre y cuando se sigan puntualmente las reglas establecidas para la procedencia y tramitación del procedimiento abreviado.

Es cierto que en este apartado hemos lanzado un gran número de críticas a las determinaciones adoptadas por el órgano jurisdiccional a través de su jurisprudencia, sin embargo, en esta ocasión consideramos que la interpretación realizada de forma indirecta respecto a la constitucionalidad del procedimiento abreviado ha sido la acertada, en el entendido de que al tramitarse a través de la observancia plena de los lineamientos que lo regulan, se estaría salvaguardando el derecho humano al debido proceso (Procedimiento abreviado. Aun cuando el inculpado solicite su apertura y admita el hecho que le atribuye el ministerio público, si el juez de control no verifica, previo a ordenar su tramitación, que aquél conoció puntual y plenamente en qué consistió la a, 2015).

Algunos de los referenciados lineamientos que deben ser plenamente observados y comprobados por el juez de control a efecto de salvaguardar ese derecho humano al debido proceso, podemos mencionar que el imputado “otorgue su consentimiento, de manera libre, voluntaria y plenamente consciente de su decisión; por lo que es necesario, sin pretender que la audiencia correspondiente se convierta en una cátedra, que el Juez de control explique y describa detenidamente, evitando tecnicismos jurídicos



en su lenguaje, el entorno en el que se encuentra el imputado;” a efecto de que se corrobore que aquel “conoce y está plenamente consciente de su determinación (de someterse a un procedimiento abreviado)” (Procedimiento abreviado. El juez de control, previo a ordenar su tramitación, debe cerciorarse de que el imputado otorgó libre y voluntariamente su consentimiento para que se llevara a cabo su apertura y que está consciente de sus alcances y consecuencias, 2015).

Otro tema que consideramos de suma relevancia cuando hablamos del procedimiento abreviado es el de la procedencia o no, o la aplicación o no, de un sustitutivo penal a que pueda tener acceso una persona que ha recibido una sentencia –reducida– a través de un procedimiento abreviado. Como veremos en los próximos capítulos, estos temas, en particular el de la aplicación de un subrogado penal, resulta ser de los más estudiados y relevantes en otros sistemas jurídicos. En la actualidad, en el joven sistema acusatorio mexicano esto apenas y es mencionado.

Tan es así, que en el primer año de vigencia del sistema acusatorio en todo el territorio nacional, no ha habido pronunciamiento alguno por parte del órgano jurisdiccional a través de su jurisprudencia; sin embargo, antes de la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales se dieron –aunque muy pocos– pronunciamientos al respecto en Códigos Procesales Penales en materia de procedimiento acusatorio de un par de entidades federativas.

Así, de lo más relevante que tenemos al día de hoy por cuanto a los efectos de una sentencia condenatoria consistente en pena de prisión producto de un procedimiento abreviado, tenemos que una ley sustantiva penal puede expresamente prohibir “la procedencia de los beneficios o de los sustitutivos penales [...]” así como “la suspensión de la pena de prisión” (véase, artículo 69 del Código Penal del Estado de México) cuando se trate de delitos así determinados

por el legislador, o por alguna circunstancia particular como lo es la reincidencia o habitualidad o simplemente la tentativa de cometer algunos de estos delitos (Robo con violencia. Si se dicta sentencia condenatoria en el procedimiento abreviado por dicho ilícito, únicamente debe reducirse la pena mínima prevista en un tercio, sin que proceda la concesión de beneficios, sustitutivos ni la suspensión de la pena de, 2015). Por lo tanto, se adoptó el criterio de que es legal que se resuelva por parte de la autoridad competente únicamente la aplicación de una pena reducida producto del procedimiento abreviado pero “con exclusión de cualquier otro beneficio” (Robo de vehículo con violencia (procedimiento abreviado). Dicho delito sólo permite condenar al inculpado con la pena mínima, pero no el otorgamiento de algún beneficio (interpretación del artículo 389, párrafos cuarto y quinto, del Código de Procedimientos, 2014).

En sentido contrario, en todos los demás casos en que no existe este tipo de restricciones o condiciones, resulta procedente la convivencia de dos o más beneficios a que puede acceder un imputado que acepta someterse a un procedimiento abreviado, como lo es una pena reducida más el beneficio de una libertad condicionada o libertad anticipada. Lo anterior, podría en no pocos casos generar falta de certeza jurídica para la víctima u ofendido que decide no oponerse a la tramitación del asunto a través del procedimiento abreviado, respecto de la pena que de hecho cumplirá el sujeto activo del delito.

La posibilidad de coexistencia de beneficios en un mismo asunto se encontraba ya establecida en la legislación sustantiva penal estatal con relación al sistema acusatorio, cuando haya “confesión espontánea, lisa y llana” por un lado y por el otro cuando se realice el “pago espontáneo del monto de la reparación del daño y se constriña a delitos patrimoniales” como se desprende del artículo 58 del Código Penal del Estado de México y así avalado mediante

tesis aislada (Reducción de la pena. Los beneficios establecidos en el artículo 58, párrafos segundo y tercero, del Código Penal del Estado de México, pueden coexistir en un mismo asunto, cuando se colman las exigencias que cada uno establece, 2016). Sin embargo, en el mismo artículo 58 se identifica un problema que trasciende al actual sistema acusatorio regulado por el CNPP vigente en todo el país. Nos referimos específicamente al segundo párrafo de dicho artículo, que a la letra dice:

[...] Si el inculpado al rendir su declaración en la audiencia de juicio confiesa espontánea, lisa y llanamente los hechos que se le imputan, el juzgador reducirá en un tercio la pena que le correspondería conforme a este Código. Este beneficio no se aplicará a quien se sujete al procedimiento abreviado.

Así, en la legislación del Estado de México se distingue entre una “confesión espontánea, lisa y llana” que acarrea el beneficio de una reducción determinada en un tercio de la pena aplicable, y el reconocimiento de la responsabilidad a través de un procedimiento abreviado. Esto es, se reconoce la existencia de dos figuras jurídicas distintas que tienen como finalidad la terminación anticipada del proceso y ambos con beneficios en la sentencia, aunque dichos beneficios son distintos. Sin embargo, en la legislación actual vigente no se encuentra establecida tal distinción, teniéndose definido únicamente al procedimiento abreviado en forma genérica, lo cual a nuestro juicio es una situación que dará lugar a múltiples problemas y falta de certeza jurídica.

Como lo analizaremos más adelante, esta situación está resuelta puntualmente tanto en la legislación colombiana al determinar por un lado lo que es una negociación penal consistente en un acuerdo entre el fiscal y el imputado, y por el otro, un allanamiento en el cual existe únicamente reconocimiento de la responsabilidad a cambio de

una pena más favorable. De igual forma, en el sistema anglosajón se diferencia entre una negociación penal “*plea bargaining*” y un mero allanamiento a los cargos “*plea of guilty*”, también a cambio de una pena más favorable, situación que no se ha definido en el sistema mexicano.

Una referencia al tema de los subrogados penales cuando se llega a la sentencia condenatoria través de un procedimiento abreviado, que se hace en la jurisprudencia, como ya lo mencionamos, fue hecha con base en la legislación del Estado de México, más no sobre lo que se establece en el hoy vigente Código Nacional de Procedimientos Penales. La jurisprudencia señala que en caso de sentencia condenatoria existe “la posibilidad o no, de la concesión de algún beneficio o sustitutivo penal, en caso de resultar penalmente responsable, de acuerdo con el delito que se le imputa,” (Procedimiento abreviado. El juez de control, previo a ordenar su tramitación, debe cerciorarse de que el imputado otorgó libre y voluntariamente su consentimiento para que se llevara a cabo su apertura y que está consciente de sus alcances y consecuencias, 2015) es decir, en este caso se decide el abrir o ampliar la posibilidad de la modificación de la forma de ejecución real de la pena.

Así, una problemática más que adelantamos en el actual sistema jurídico consiste en la convivencia de múltiples beneficios para el imputado que se someta al procedimiento abreviado, no al momento del dictado de la sentencia, sino al momento de la ejecución de la misma, al querer acceder al beneficio de condena condicional, como ya se dio el caso en el Estado de Chihuahua, cuando en su legislación local ya se aplicaba el sistema acusatorio (Recurso de apelación en el nuevo sistema de justicia penal en el Estado de Chihuahua. Si el inculpado optó por el procedimiento abreviado y al interponerlo contra la sentencia definitiva, manifestó expresamente que lo hacía única y exclusivamente contra l, 2015), lo

que nuevamente daría lugar a la multicitada falta de certeza jurídica respecto de la pena que de hecho cumpla el imputado que se someta a un procedimiento abreviado.

Otra problemática existente se da a la hora de retractarse o impugnar la sentencia del procedimiento abreviado, por parte del imputado. El procedimiento abreviado se resuelve ante la vía judicial, al ser aprobado por el Juez y dicha resolución, es decir, la sentencia producto del procedimiento abreviado tiene el mismo efecto coercitivo que una sentencia de juicio oral.

Esto es así, ya que incluso está establecido no sólo en el CNPP sino desde la legislación en materia de procedimiento acusatorio de las entidades federativas, como es el caso de la legislación del Estado de Zacatecas, que una vez llevado a cabo el trámite del procedimiento abreviado con los requisitos establecidos en la ley, resulta improcedente el retractarse a la procedencia de esta vía, así como a la admisión de los hechos que le atribuye el fiscal en su acusación “porque ello equivale a una retractación o desconocimiento que vulnera los principios de contradicción e igualdad consagrados en el artículo 4 del código mencionado” (Procedimiento abreviado. Si el imputado admite el hecho que le atribuye el ministerio público en su escrito de acusación, así como los datos que integran la carpeta de investigación, no es factible que en una fase posterior los desconozca, porque ello equ, 2016).

Sin embargo, si bien es cierto que no está permitida la retractación al procedimiento abreviado, caso contrario sucede a la hora de la impugnación de la sentencia dictada en él. Lo anterior tan es así, que la apelación de esta resolución abarca incluso el acuerdo presentado por las partes para la tramitación del procedimiento abreviado, así como los agravios y la propia sentencia independientemente de que si esta es condenatoria o absolutoria (Procedimiento abreviado. La delimitación de la litis en el recurso

de apelación interpuesto contra una sentencia dictada en aquél, no sólo abarca los agravios expresados, sino también el acuerdo de las partes respecto de la aplicación del derecho por el j, 2015).

En este tipo de impugnaciones, la *litis* se centra únicamente en cuestiones de forma, esto es, que la tramitación del procedimiento abreviado haya cumplido con las formalidades legales de procedencia. En sentido contrario, ni en la apelación, ni en la tramitación del juicio de amparo directo procede el estudio del fondo del asunto consistente en la comprobación del tipo penal y la plena responsabilidad del imputado (Procedimiento abreviado en el juicio oral. Su aceptación expresa por el imputado con las formalidades legales, impide el análisis en el juicio de amparo directo de la acreditación del delito y la responsabilidad penal (Legislación del Estado de México, 2012).

De no considerarse así, no existirá firmeza en lo acordado con el acusado respecto a la aceptación de su participación en el delito a partir de los datos de prueba recabados durante la investigación y, menos aún, seguridad jurídica para la víctima u ofendido del delito, quien espera que, de acuerdo con el daño inicialmente aceptado por el acusado, obtenga una reparación proporcional a la afectación que le generó la comisión del delito (Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

Otro tema que ha generado mucha confusión, polémica y controversia en relación al procedimiento abreviado, lo es el referente a la diferenciación entre lo establecido en la constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales como requisito de procedencia de este medio de terminación anticipada, consistente en la “admisión”, “aceptación” o “reconocimiento” (véase, Artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos) por parte del inculpado de su participación en el delito, de la responsabilidad o culpabilidad por parte del imputado con la “confesión”. En un primer criterio emitido por el poder judicial se ha establecido puntualmente que la aceptación por parte del imputado de ninguna manera es equivalente a una confesión. En ese mismo sentido se ha establecido que la confesión:

es la declaración voluntaria realizada por una persona penalmente imputable ante autoridad competente, y con las formalidades legalmente exigidas, sobre hechos propios constitutivos de delito, que importa el reconocimiento de la propia culpabilidad derivada de su actuar; de lo que se concluye que, para considerar la existencia de una confesión, el dicho del inculpado debe comprender la admisión de que el delito existe, y el reconocimiento de que participó en su ejecución, con la concreción de todos sus elementos típicos [...] (Aun cuando con posterioridad se invoque alguna excluyente del ilícito o de la responsabilidad, o bien, una atenuante)... aspectos que no se satisfacen, con la única circunstancia de que el imputado acepte ser juzgado conforme a las reglas del procedimiento abreviado (Procedimiento abreviado. Su aceptación por el imputado no implica que deberá considerársele confeso (Legislación del Estado de México, 2015).

Mientras que la aceptación se da como requisito de procedencia del procedimiento abreviado y “debe realizarse forzosamente ante la autoridad judicial, con las reglas del sistema procesal penal acusatorio y bajo los términos en que lo haya especificado el Ministerio Público en su escrito de acusación, es decir, en las modalidades y con la calificación jurídica establecida en el escrito correspondiente, la cual, aceptada en sus términos, no admite objeciones o variantes...”. Es el término “aceptación” (Procedimiento abreviado. La aceptación total del imputado de la acusación, en los términos en que la formula la fiscalía o el ministerio público, tiene una consecuencia jurídica trascendental (Legislación del Estado de Durango, 2016), el que

consideramos el más adecuado para identificar a este elemento de procedencia del procedimiento abreviado.

Por cuanto a lo que es “aceptado”, la situación es más compleja y sigue causando controversias. Consideramos que para el caso mexicano ni la legislación, ni la jurisprudencia así como la doctrina han dado solución a este problema de forma puntual, ya que indistintamente se sigue utilizando una gran diversidad de términos que consideramos que en esencia son diferentes, como lo es la aceptación: “de los hechos”, “del delito”, “de la responsabilidad”, “la acusación”, “la participación en el delito” y de “la imputación”.

Nosotros consideramos que el término más adecuado ya que engloba todas y cada una de esas definiciones de forma general es el de “la aceptación de los cargos”, como se utiliza en los más avanzados sistemas jurídicos, como lo son el colombiano y sobre todo el norteamericano. Inclusive más adelante, el poder judicial ha hecho un esfuerzo de interpretación en este rubro al identificar las diferencias jurídicas existentes entre la confesión y el reconocimiento o aceptación del hecho tipificado como delito en la ley penal, al señalar que:

La “confesión” y la “aceptación” se dan en niveles distintos, la “confesión” constituye un indicio que alcanza el rango de prueba plena cuando se corrobora por otros elementos de convicción, la “aceptación” del inculpado de su responsabilidad no constituye una prueba ni un dato de prueba [...]. En efecto, la “confesión” del inculpado no tiene otra finalidad que la de reconocer su participación en la comisión del delito imputado; mientras que la “aceptación” voluntaria de la participación, se hace con el objetivo específico de terminar en forma anticipada el proceso penal; que se tramite en el procedimiento referido, y se disfrute de los beneficios legales que procedan, tales como la obtención de penas menos estrictas [...]. (Procedimiento abreviado. Diferencias jurídicas entre los conceptos “confesión” conforme al sistema procesal penal tradicional mixto/escrito, y “reconocimiento” o “aceptación” del hecho señalado en la ley como delito, acorde al sistema procesal penal acusa, 2016).



Incluso se ha hecho énfasis en una de esas diferencias entre reconocimiento y confesión, nos referimos a la importancia del corroborar a través de medios de convicción este reconocimiento por parte del imputado como requisito esencial de procedencia del procedimiento abreviado a través de medios de convicción suficientes e idóneos, sin que ello implique –como sucedía por desconocimiento del sistema acusatorio e incluso en muchos casos aún sigue sucediendo–

que deba realizarse un ejercicio de valoración probatoria por parte del juzgador para tener por demostrada la acusación formulada por el Ministerio Público [...] es decir, que la aceptación del acusado de su participación en la comisión del delito no sea el único dato de prueba, sino que está relacionada con otros que le dan congruencia a las razones de la acusación (Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

Como ya lo comentamos, la imposición del sistema acusatorio en nuestro sistema de justicia penal, generó gran confusión entre los operadores jurídicos y evidenció el desconocimiento de la naturaleza jurídica de la novedosa institución conocida como procedimiento abreviado. Esta problemática alcanzó incluso al Juez de amparo. En los inicios de la práctica del sistema acusatorio en México a través de las leyes locales en la materia se llegó a determinar que contra el recurso de revisión interpuesto en contra de la sentencia del procedimiento abreviado “es improcedente el juicio de amparo directo y procedente la vía indirecta, al tratarse de un acto dictado después de concluido el juicio” (Amparo directo. Es improcedente contra el fallo que resuelve el recurso de revisión previsto en el artículo 429 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, al tratarse de un acto dictado después de concluido el juicio que hace procedente, 2011). Ello con relación a la legislación

procesal penal en materia de sistema acusatorio para el Estado de Morelos.

Aunque por otro lado, con relación a la legislación también en materia de procedimiento acusatorio pero esta vez para el Estado de México se determinó que el medio de impugnación idóneo para interponer contra de la sentencia emitida en el procedimiento abreviado lo era el recurso de apelación (Sentencia emitida en el procedimiento abreviado. Previo a la promoción del amparo en su contra debe interponerse el recurso de apelación previsto en el artículo 409 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, 2015), de lo cual se deduce que una vez recurrida la sentencia dictada en el procedimiento abreviado a través del recurso de apelación, a la postre, en su caso, el medio de control constitucional procedente a diferencia de lo determinado para el caso del Estado de Morelos, para el Estado de México lo sería el juicio de amparo directo.

Lo cual se corrobora en criterios posteriores, en los cuales es de destacar que incluso antes del amparo –amparo directo– “no podrán ser materia de impugnación por parte del quejoso ni de análisis en la ejecutoria respectiva, los temas relativos a la acreditación del delito y la plena responsabilidad, ya que previamente fueron aceptados expresamente por el imputado al someterse al referido procedimiento abreviado” (Procedimiento abreviado en el juicio oral. Su aceptación expresa por el imputado con las formalidades legales, impide el análisis en el juicio de amparo directo de la acreditación del delito y la responsabilidad penal (Legislación del Estado de México, 2012). Tampoco será objeto de impugnación la exigencia de valorar pruebas, porque ellas únicamente se desahogan y valoran en audiencia de juicio oral. Al día de hoy se ha resuelto y sacado de toda duda que contra la sentencia definitiva derivada del procedimiento abreviado procede el juicio de amparo directo. Asimismo, se ha reiterado que:

[...] sólo podrá ser objeto de cuestionamiento la violación al cumplimiento de los presupuestos jurídicos fundamentales para la procedencia de esa forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio, lo cual comprende el análisis de la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción invocados por el Ministerio Público en la acusación. Así como, de ser el caso, la imposición de penas que sean contrarias a la ley, por ser distintas o mayores a las solicitadas por el Representante Social y aceptadas por el acusado; además de la fijación del monto de la reparación del daño [...] (Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

En tal sentido, todas las actuaciones realizadas por un Juez del sistema mixto o tradicional cuando debieron ser competencia del Juez del sistema adversarial, deben ser declaradas insubsistentes, así, se ha establecido por la Corte, por ejemplo, que:

el Juez del sistema tradicional carece de facultades para resolver la situación jurídica del quejoso bajo las reglas del citado proceso, pues éstas no empatan con el diverso penal mixto; máxime que, como quedó asentado, los Jueces que intervienen en las diversas etapas del nuevo sistema son diferentes. De modo que, el Tribunal Colegiado de Circuito que conozca del recurso de revisión respectivo debe enderezar los efectos de la concesión de amparo para que el Juez de la causa deje insubsistente el auto de plazo constitucional y devuelva los autos al Ministerio Público investigador para que actúe conforme a las facultades inherentes del procedimiento penal acusatorio (Proceso penal acusatorio. Si el juez de distrito al conocer del auto de formal prisión estima que los hechos materia de análisis son competencia del juez del sistema adversarial, la concesión del amparo no puede ser para que el juzgador del proceso mixto, 2016).

## 4 LA JUSTICIA PENAL NEGOCIADA DESDE LA ÓPTICA DEL PODER EJECUTIVO

Desde el ámbito del poder ejecutivo también se va configurando la aplicación del procedimiento abreviado debido a las facultades que tiene para expedir reglamentos, facultad que no únicamente está establecida a nivel constitucional (artículos 21 y 102, Apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (artículos 2, 3, 9, 10, 15 y 16), así como en su Reglamento (artículos 5, 7, 10 y 11), sino también a partir de la ley reglamentaria del propio procedimiento abreviado como se establece en el último párrafo del artículo 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales.<sup>7</sup>

En efecto, esos acuerdos por parte del ejecutivo se enfocan en la forma en que en cada caso, el fiscal solicitará la pena de acuerdo a las características del caso concreto. Se establecen básicamente dos procedimientos; el primero, para delitos cuya pena media aritmética de prisión aplicable no exceda de cinco años, siempre que el vinculado a proceso no haya sido previamente condenado por un delito doloso. En esta primera hipótesis se manejan, a su vez, dos rangos de reducción de la pena; el primero, de una reducción de hasta un 50% de la pena mínima cuando se trate de un delito doloso; el segundo, de una reducción de hasta dos terceras partes de la pena mínima para el caso de los delitos culposos.

La segunda hipótesis, a consideración del Ministerio Público, es aplicable tanto para la hipótesis anterior como para todos los demás casos incluidos los que sean considerados como graves o cuya pena media aritmética de prisión exceda de cinco años. En este

---

<sup>7</sup> A la letra dice: “El Ministerio Público al solicitar la pena en los términos previstos en el presente artículo, deberá observar el Acuerdo que al efecto emita el Procurador”. Artículo 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

caso, los rangos de reducción de la pena también se dividen en dos. El primero, de hasta un tercio de la mínima para los casos de delito doloso; el segundo es de hasta la mitad de la mínima para el caso de delitos culposos. Pese a esta determinación de pena a solicitar establecida en el Código Adjetivo, el ejecutivo a través de su órgano correspondiente ha establecido un acuerdo y unos lineamientos para la solicitud de la pena por parte de sus agentes, en un procedimiento abreviado, que es lo que analizaremos a continuación.

El Acuerdo a/017/15 por el que se Establecen los Criterios Generales y el Procedimiento que Deberán Observar los Agentes del Ministerio Público de la Federación, para solicitar la Pena en el Procedimiento Abreviado (Procuraduría General de la República, 2015) y por consiguiente obligatorio para el Ministerio Público de la federación, señala en su apartado denominado “Considerando”, los rangos de reducción de la pena establecidos en el artículo 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales y establece los mismos rangos. Asimismo, se centra básicamente en “variables” o “criterios generales” a considerar para una mayor o menor reducción de la pena a solicitar. Una de las más destacadas se encuentra en el tercer punto de acuerdo, el cual excluye la primera hipótesis de la segunda de reducción de penas, establecidas en el artículo 202 de CNPP; sin embargo, los rangos de reducción de la pena siguen siendo los mismos. Los acuerdos cuarto y quinto, que a la letra dicen:

CUARTO. El Ministerio Público de la Federación, dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en los artículos segundo y tercero del presente Acuerdo, para determinar la pena que solicitará que se imponga en la aplicación de un procedimiento abreviado, deberá tomar en consideración los siguientes criterios:

- I. La gravedad de la conducta típica y antijurídica, con base en el valor del bien jurídico, el grado de afectación, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, así como por la forma de intervención del imputado;
- II. El grado de culpabilidad, con base en las circunstancias y

características del hecho, la posibilidad de comportarse de manera distinta y de haber respetado la norma jurídica quebrantada, así como los motivos que lo llevaron a cometerlo; la edad, el nivel educativo, sus costumbres, las condiciones sociales y culturales; el vínculo de parentesco, relación o amistad que guarde con la víctima u ofendido y demás circunstancias especiales del imputado, víctima u ofendido, y

III. Los usos y costumbres, en caso de que el imputado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena.

QUINTO. Asimismo, para la reducción de pena a imponer deberá tomar en consideración, los siguientes criterios:

I. Menor reducción si el imputado ha sido condenado por delito doloso en el fuero federal o local;

II. Menor reducción si el delito amerita prisión preventiva oficiosa, y

III. Mayor reducción si el imputado aportó información que colaboró de forma eficaz a evitar la comisión de otro delito o en la investigación de otros imputados o delitos.

Asimismo, el Ministerio Público podrá solicitar una mayor reducción si la apertura del procedimiento abreviado se realiza en el periodo más próximo a la emisión del auto de vinculación a proceso y menor, en caso de que ésta se realice en el momento más próximo al dictado del auto de apertura a juicio.

Estos dos puntos de acuerdo, son los que consideramos más relevantes por distintas razones, entre ellas, debido a que los criterios que en ellos se establecen son los mismos que en el sistema penal anterior a la reforma debían observar los juzgadores a la hora de emitir una sentencia condenatoria, ahora, en el actual sistema de justicia vemos que este ejercicio valorativo o de ponderación debe ser observado por el órgano acusador a la hora de solicitar una pena dentro del procedimiento abreviado, situación que resulta por demás polémica y controversial. Con lo anterior no queremos decir que estemos en desacuerdo con dicha determinación.

Por otro lado tenemos que la evolución que va teniendo el procedimiento abreviado, como lo hemos sostenido a lo largo de la presente investigación, se va asemejando a lo que se tiene en

sistemas más avanzados como lo es el colombiano el cual a su vez va adoptando características del sistema anglosajón. Asimismo, tenemos a los puntos sexto y décimo, los cuales, respectivamente, establecen la verificación del pago o garantía de “la reparación del daño a la víctima u ofendido” y la aplicabilidad de todas las disposiciones contenidas en el acuerdo para el caso de las personas jurídicas.

Por último, también queremos destacar que en este acuerdo, a diferencia de lo que sí sucede en otros países, no diferencia la reducción de la pena cuando exista flagrancia que cuando no la hay, ni hace mención o abre la posibilidad de negociar o acordar otras cuestiones diversas a la pena aplicable *per se*, como lo serían las pruebas, los cargos o delitos imputados y la forma de ejecución de las penas.

A diferencia de los acuerdos analizados *supra*, los cuales son de aplicación obligatoria para los agentes del ministerio público de la federación, los lineamientos emitidos por la conferencia nacional de procuración de justicia a través de su secretaría técnica “tienen la finalidad de ser criterios orientadores para que las procuradurías o fiscalías de cada una de las entidades federativas emitan su normatividad correspondiente” (Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, 2016) para su observación por parte de los fiscales o agente del ministerio público de las entidades en la persecución de los delitos del fuero común.

Los mismos, como su nombre lo indica, son lineamientos para regular la aplicación de los criterios de oportunidad, como género, lo cual no viene contemplado en el Acuerdo a/017/15; y la determinación de la pena a solicitar por parte del ministerio público en la tramitación de un procedimiento abreviado, como especie de los criterios de oportunidad. Por todo lo demás, no existen mayores diferencias con lo establecido en el Acuerdo a/017/15, por lo que no habría mucho más que comentar al respecto.

## 5 CONCLUSIÓN

Como pudimos ver a lo largo del presente artículo, del análisis de la regulación que existe sobre el procedimiento abreviado mexicano, del cual se deriva la negociación penal, introducida con la reforma constitucional de 2008 con la que se incorpora el llamado sistema acusatorio, trajo consigo la problemática de la aplicación de una figura jurídica novedosa de terminación anticipada del procedimiento penal.

A lo largo de la utilización del procedimiento abreviado se han ido teniendo avances y retrocesos en su regulación desde las tres esferas del poder público, como lo son: el poder ejecutivo, a través de acuerdos y lineamientos; el poder legislativo, a través de la reforma constitucional en la materia *per se*, tanto a nivel nacional con el Código Nacional de Procedimientos Penales, como en las jurisdicciones estatales, y; el poder judicial, a través de sus criterios jurisprudenciales. De lo anterior, vimos que si bien es cierto, en términos generales ha habido más avances por cuanto a la comprensión de la naturaleza jurídica del procedimiento abreviado, de su aplicación y regulación, también lo es que aún hay mucho que avanzar.

Únicamente por mencionar algunos ejemplos de lo que hace falta incorporar, definir y sobretodo regular respecto del procedimiento abreviado tenemos: la distinción de lo que es una negociación penal, en la cual debe haber un consenso entre las partes y lo que es una aceptación de forma unilateral de participación en el probable hecho punible así como la responsabilidad del mismo; la negociación no únicamente de la pena, sino también, de los cargos; el delito o delitos imputados; sus calificativas, agravantes o atenuantes; las pruebas; la forma de ejecución de la sentencia; así como una combinación de todos estos elementos.



## BIBLIOGRAFÍA

AMPARO DIRECTO. Es improcedente contra el fallo que resuelve el recurso de revisión previsto en el artículo 429 del Código de procedimientos penales del Estado de Morelos, al tratarse de un acto dictado después de concluido el juicio que hace procedente, Tesis: XVIII.2o.17 P (9a.) (Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito Octubre de 2011).

BARRÓN DÍAZ, Genaro. **Análisis sobre la conveniencia de limitar los beneficios en el procedimiento abreviado en materia penal, a nivel constitucional.** Ciudad Universitaria, Ciudad de México, México: UNAM, 2016.

HIDALGO MURILLO, José Daniel. **El juicio oral abreviado.** México: Porrúa / Universidad Panamericana, 2012.

HUERTAS DÍAZ, Omar. **Principio de legalidad penal y justicia transicional en Colombia: legalidad estricta o legalidad flexible.** Bogotá: Ibáñez, 2018.

INOA LAZALA, Orlidy. **El principio de oportunidad como manifestación de mínima intervención en el proceso penal acusatorio.** Santo Domingo, D.N. (República Dominicana): Escuela Nacional del Ministerio Público, Secretaría Pro-Témpore Red de Capacitación del Ministerio Público Iberoamericano, 2010.

MÉXICO. Conferencia Nacional de Procuración de Justicia. Lineamientos por los que se Establecen los Criterios Generales y el Procedimiento para la Aplicación de los Criterios de Oportunidad y de la Determinación de la Pena que el Ministerio Público Solicitará al Juez de Control en la Aplicación del Procedimient. Lineamientos por los que se Establecen los Criterios Generales y el Procedimiento para la Aplicación de los Criterios de Oportunidad y de la Determinación de la Pena que el Ministerio Público Solicitará al Juez de Control en la Aplicación del Procedimient. **Diario Oficial de la Federación.** Ciudad de México, México, 9 de Febrero de 2016.

MÉXICO. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. **Diario Oficial de la Federación**. Ciudad de México, México, 17 de noviembre de 1996.

MÉXICO. Ley Nacional de Ejecución Penal. **Diario Oficial de la Federación**. Ciudad de México, México, 16 de junio de 2016.

MÉXICO. Procuraduría General de la República. Acuerdo a/017/15 Acuerdo por el que se Establecen los Criterios Generales y el Procedimiento que Deberán Observar los Agentes del Ministerio Público de la Federación, para Solicitar la Pena en el Procedimiento Abrevia. Acuerdo a/017/15 Acuerdo por el que se Establecen los Criterios Generales y el Procedimiento que Deberán Observar los Agentes del Ministerio Público de la Federación, para Solicitar la Pena en el Procedimiento Abrevia. **Diario Oficial de la Federación**. Ciudad de México, México, 23 de Febrero de 2015.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Al ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos que el inculpaado elige, es legal que el juez de control, con base en el dictamen de valuación del objeto material del robo que se le imputa, le imponga alguna de las sanciones, Tesis: II.3o.P.30 P (10a.) (Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito 4 de Abril de 2014).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Aun cuando el inculpaado solicite su apertura y admita el hecho que le atribuye el ministerio público, si el juez de control no verifica, previo a ordenar su tramitación, que aquél conoció puntual y plenamente en qué consistió la a, Tesis: II.1o.P. J/2 (10a.) (Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito 27 de Marzo de 2015).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, Tesis: 1a. CCXII/2016 (10a.) (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 19 de Agosto de 2016).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Diferencias jurídicas entre los conceptos “confesión” conforme al sistema procesal penal tradicional mixto/escrito, y “reconocimiento” o “aceptación” del hecho señalado en la ley como delito, acorde al sistema procesal penal acusa, Tesis: 1a. CCIX/2016 (10a.) (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 19 de Agosto de 2016).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. El hecho de que el inculgado opte por esta forma especial de terminación anticipada, admita los hechos que se le atribuyen y esté de acuerdo con la cantidad que el ministerio público precisó en su acusación por concepto de reparac, Tesis: XVII.1o.P.A. J/11(10a.) (Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito Diciembre de 2015).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. El juez de control, previo a ordenar su tramitación, debe cerciorarse de que el imputado otorgó libre y voluntariamente su consentimiento para que se llevara a cabo su apertura y que está consciente de sus alcances y consecuencias, Tesis: II.1o.P. J/3 (10a.) (Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito 27 de Marzo de 2015).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. El juez de garantía puede, sin excederse del monto que conformó la imputación, valorar las pruebas y concretar la imposición de la reparación del daño, aun cuando el activo, al admitir el hecho que se le atribuye, haya estado de a, Tesis: XVII.1o.P.A.57 P (Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito Julio de 2010).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. La aceptación total del imputado de la acusación, en los términos en que la formula la fiscalía o el ministerio público, tiene una consecuencia jurídica trascendental (Legislación del Estado de Durango), Tesis: 1a. CCXI/2016 (10a.) (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 19 de Agosto de 2016).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. La circunstancia de que el inculpado acepte la propuesta del ministerio público de instaurarlo, admita su culpabilidad en el hecho que le atribuye y la aplicación de una pena reducida hasta en un tercio de la mínima señalada, Tesis: XXIII.4 P (10a.) (Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito 29 de Enero de 2016).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. La delimitación de la litis en el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia dictada en aquél, no sólo abarca los agravios expresados, sino también el acuerdo de las partes respecto de la aplicación del derecho por el j, Tesis: XVII.1o. P.A. J/6 (10a.) (Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito 10 de Abril de 2015).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Si el imputado admite el hecho que le atribuye el ministerio público en su escrito de acusación, así como los datos que integran la carpeta de investigación, no es factible que en una fase posterior los desconozca, porque ello equ, Tesis: XXIII.5 P (10a.) (Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito 29 de Enero de 2016).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su aceptación no implica que las autoridades ministeriales y judiciales estén exentas de fundar y motivar la resolución en que se dicta o que ante la inadvertencia o complacencia del defensor o del inculpado con la acusación, ésta, Tesis: II.1o.2 P (10a.) (Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito Septiembre de 2014).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su aceptación no implica que los datos de prueba recabados en la investigación (dictámenes periciales) deban tener valor probatorio preponderante o sean jurídicamente correctos (legislación del estado de México), Tesis: II.1o.14 P (10a.) (Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito Octubre de 2014).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su aceptación por el imputado no implica que deberá considerársele confeso (Legislación del Estado de México), Tesis: II.1o.20 P (10a.) (Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mayo de 2015).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su aceptación por el imputado no implica que deberá considerársele confeso (Legislación del Estado de México), Tesis: II.1o.20 P (10a.) (Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito 22 de Mayo de 2015).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su tramitación no exige al juzgador de la obligación de valorar la totalidad de las pruebas que existan en la causa penal al dictar la sentencia respectiva (Legislación del Estado de Nuevo León), Tesis: IV.2o.P.5 P (10a.) (Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito Abril de 2013).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN EL JUICIO ORAL. Su aceptación expresa por el imputado con las formalidades legales, impide el análisis en el juicio de amparo directo de la acreditación del delito y la responsabilidad penal (Legislación del Estado de México), Tesis: XXI. (VII Región) 1 P (9a.) (Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Séptima Región Abril de 2012).

PROCESO PENAL ACUSATORIO. Si el juez de distrito al conocer del auto de formal prisión estima que los hechos materia de análisis son competencia del juez del sistema adversarial, la concesión del amparo no puede ser para que el juzgador del proceso mixto, Tesis: I.5o.P.46 P (10a.) (Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito 3 de Julio de 2016).

RECURSO de apelación en el nuevo sistema de justicia penal en el Estado de Chihuahua. Si el inculcado optó por el procedimiento abreviado y al interponerlo contra la sentencia definitiva, manifestó expresamente que lo hacía única y exclusivamente contra l, Tesis: XVII.1o.P.A.23 P (10a.) (Primer Tribunal Colegiado en Materias

Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito 8 de Octubre de 2015).

REDUCCIÓN DE LA PENA. Los beneficios establecidos en el artículo 58, párrafos segundo y tercero, del Código Penal del Estado de México, pueden coexistir en un mismo asunto, cuando se colman las exigencias que cada uno establece., Tesis: II.1o.34 P (10a.) (Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito 15 de Julio de 2016).

ROBO CON VIOLENCIA. Si se dicta sentencia condenatoria en el procedimiento abreviado por dicho ilícito, únicamente debe reducirse la pena mínima prevista en un tercio, sin que proceda la concesión de beneficios, sustitutivos ni la suspensión de la pena de, Tesis: II.1o.P. J/1 (10a.) (Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito 13 de Febrero de 2015).

ROBO DE VEHÍCULO CON VIOLENCIA (procedimiento abreviado). Dicho delito sólo permite condenar al inculpado con la pena mínima, pero no el otorgamiento de algún beneficio (interpretación del artículo 389, párrafos cuarto y quinto, del código de procedimient, Tesis: II.3o.P.27 P (10a.) (Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito 4 de Abril de 2014).

SENTENCIA condenatoria emitida oralmente en la audiencia que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la resolución dictada en el procedimiento abreviado. Aun cuando el imputado haya aceptado su participación en el hecho delictivo, aquélla debe, Tesis: II.2o.P.25 P (10a.) (Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito Junio de 2013).

SENTENCIA emitida en el procedimiento abreviado. Previo a la promoción del amparo en su contra debe interponerse el recurso de apelación previsto en el artículo 409 del código de procedimientos penales para el Estado de México, Tesis: II.1o.13 P (10a.) (Primer

Tribunal Colegiado del Segundo Circuito 9 de Enero de 2015).

TURNER, Jenia Iontcheva. Plea bargaining and international criminal justice. En: **University of The Pacific Law Review**, v. 48, n. 2, p. 219-246, 2017.

VASCONCELOS MÉNDEZ, R. **Principio de oportunidad y salidas alternativas en el nuevo proceso penal mexicano**. Ciudad de México: Flores, 2012

ZAMORA PIERCE, Jesús. **Juicio oral: utopía y realidad**. Ciudad de México: Porrúa, 2014.

*Recebido em: 5/2/2020*  
*Aprovado em: 26/3/2021*

---

# 3

## O DIREITO À CLÁUSULA DE CONSCIÊNCIA NA FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA: DEBATE SOBRE A NECESSIDADE OU IRRELEVÂNCIA DA REGULAMENTAÇÃO LEGAL NA COMUNICAÇÃO DO SÉCULO XXI

### RIGHT TO THE CONSCIENCE CLAUSE IN FORMING PUBLIC OPINION: DEBATE ON THE NEED OR IRRELEVANCE OF ITS LEGAL REGULATION IN THE COMMUNICATION OF THE 21ST CENTURY

*Jesús Sánchez Lorenzo<sup>1e2</sup>*

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Constitucional na Universidad Internacional de Valencia (VIU). Professor tutor nos cursos de Licenciatura em Direito e Licenciatura em Ciências Jurídicas das Administrações Públicas da UNED no Centro Associado do Sul de Madri. Doutor em União Europeia (Doctor of Laws, LL.D.). Mestrado em Direitos Fundamentais, especialização em Liberdades de Informação. Licenciado em Direito, na especialidade de Direito Constitucional, pela UNED. Correo electrónico: [jesus.sanchez.lorenzo.pro@gmail.com](mailto:jesus.sanchez.lorenzo.pro@gmail.com)

<sup>2</sup> Todas as citações do texto são traduzidas dos originais pelo autor.



## RESUMO

A cláusula de consciência garante a independência do jornalismo contra o mercantilismo da mídia. É um direito que a Constituição espanhola contém como fundamental para o que o seu exercício esteja diretamente sob a égide da Norma Suprema. Os direitos fundamentais, a própria Constituição diz, podem ser legalmente desenvolvidos. Mas, isso não significa que (1) é de cumprimento obrigatório e (2) que eles não têm efeito jurídico até que conste isto de uma lei. Os direitos fundamentais têm efeito por mandato constitucional prevendo a entidade de defesa deles diretamente aos Tribunais. O direito à cláusula de consciência foi legalizado quase vinte anos após a entrada em vigor da Constituição. A questão é se a legalização do direito à cláusula de consciência é relevante. Para aqueles diretamente afetados – jornalistas – pode-se concluir que nenhuma é a relevância, já que na comunicação do século XXI parece que a relevância da liberdade de imprensa para a formação de uma opinião pública livre é limitado pela mídia assim que companhias, onde os jornalistas são meros trabalhadores. Portanto, aceitam que o exercício da cláusula é um problema para o seu desenvolvimento profissional e social, em vez de um meio de defender sua independência.

**Palavras-chave:** Cláusula de consciência. Democracia. Direito à informação. Liberdade de expressão. Opinião pública livre. Meios de comunicação. Jornalismo.

## ABSTRACT

The conscience clause guarantees the independence of journalism from the mercantilism of the media. It is a right that the Spanish Constitution collects as fundamental, so that its exercise is directly under the protection of the Supreme Rule. Fundamental rights, says the Constitution, can be developed legally but that does not mean that (1) it is mandatory and (2) they do not have juridical effect until a law says it. Fundamental rights have effect by constitutional mandate in anticipating their defense entity directly by the Courts. The right to the conscience clause is legalized almost twenty years after the entry into force of the Constitution. The question is whether the legalization of the right to the coincidence clause has relevancy. For those who are directly affected, journalists, it can be concluded that none because in the communication of the twenty-first century it seems that the relevancy of freedom of press for the formation

of free public opinion is restricted by the media as companies, where journalists are mere workers. Therefore, they accept that the exercise of the clause is a problem for their professional and social development instead of being a means to defend their independence.

**Keywords:** Conscience clause. Democracy. Right to information. Freedom of expression. Free public opinion. Media. Journalism.

**SUMÁRIO:** 1 Como Título Introdutório: da Liberdade de Pensamento ao Direito a Informação Assim que Fundamentos do Sistema Democrático. 2 Metodologia. 3 Lei Orgânica 2/1997, de 19 de junho, sobre a Cláusula de Consciência. 4 A Necessidade de Definir a Cláusula de Consciência como Direito-Garantia do Processo Informativo. 5 Titulares do Direito à Cláusula de Consciência. 5.1 Titulares do Direito à Cláusula de Consciência. 5.1.1 O Conceito de Jornalista. 5.2 Titular Passivo do Direito à Cláusula de Consciência. 6 Objeto do Direito à Cláusula de Consciência. 7 Procedimento para o Exercício da Cláusula de Consciência. 8 Discussão sobre a Prática do Direito à Cláusula de Consciência. 9 Conclusões. Referências.

## 1 COMO TÍTULO INTRODUTÓRIO: DA LIBERDADE DE PENSAMENTO AO DIREITO A INFORMAÇÃO ASSIM QUE FUNDAMENTOS DO SISTEMA DEMOCRÁTICO

Dado o papel importante que os jornalistas<sup>3</sup> mostram como intermediários no processo da livre comunicação social, precisa ser justificado que especialmente sejam aqueles dotados dos direitos ao sigilo profissional e à cláusula de consciência<sup>4</sup>, dando-lhes caráter de prerrogativa. E, assim, destacam-se do restante dos trabalhadores. Esta é a interpretação que faz o Tribunal Constitucional da Constituição espanhola. O que significa que vai além das declarações

<sup>3</sup> Com a palavra jornalista é feita referência neste trabalho a todos os profissionais da informação, independentemente do meio físico (radação, câmera, microfone, etc.) utilizado para informar. Remissão para 5.1.1.

<sup>4</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional espanhol (STC) 6/1981, de 16 de março.

da liberdade de expressão e do direito à informação, pois dá direitos ao sigilo profissional e de cláusula consciente aos jornalistas para garantir a sua independência, bem como contra as pressões dos poderes públicos. E também, poderiam enfrentar pressão interna da empresa na e para a qual trabalham. Explica Molas (2009, p. 318) que dentro o “direito tradicional e geral de liberdade de expressão” é desenvolvido e configurado independentemente de outros direitos também reconhecidos pelo artigo 20 da Constituição:

[...] (d) Para garantir o direito à liberdade de informação não só contra a interferência dos poderes públicos, mas também contra os indivíduos (singularmente na frente da direção ou propriedade dos meios de comunicação de massa) os subsídios da Constituição para os repórteres o direito da cláusula de consciência e o direito ao sigilo profissional (MOLAS, 2009, p. 318-319).

A Jurisprudência Constitucional considera que a efetiva implementação dos direitos reconhecidos pela Constituição, diretamente, não dependem da aprovação de uma lei que irá desenvolvê-los<sup>5</sup>. Nos termos do artigo 53,2 da Constituição espanhola, estes direitos podem ser exigidos ante os Tribunais através de procedimentos baseados nos princípios da preferência e brevidade e, se for o caso, ante o Tribunal Constitucional através do Recurso de Amparo.

Tanto o direito ao sigilo profissional e à cláusula de consciência estão previstos no texto constitucional como um mandato – “irrelevante, redundante e incompleta,” nas palavras de Javier Pérez Royo (*apud* ESCOBAR ROCA, 1995, p. 228) – que o legislador tem que enfrentar para o reconhecimento do livre exercício das funções

<sup>5</sup> “Devemos nos perguntar: o desenvolvimento legislativo desse preceito [sobre a cláusula da consciência e o sigilo profissional] é necessário para a plena vigência da nova ordem constitucional? Ou, ao contrário, a ausência de regulamentação é indiferente, positiva ou estritamente necessária?” (LINDE PANIAGUA; VIDAL BELTRÁN, 2007, p. 180) (tradução nossa).

dos informantes<sup>6</sup>. No entanto, só a cláusula de consciência foi desenvolvida legislativamente pela lei orgânica pertinente, que aqui está sendo tratada: a Lei Orgânica 2/1997, de 19 de junho, regulamentadora da cláusula de consciência dos profissionais da informação.

Neste ponto, antes de continuar, não se pode ignorar certos pontos negativos da liberdade de informação, da doutrina de Martínez Morán (2008, p. 218-219), quando diz que “na era da globalização, o papel dos meios de comunicação é fundamental” de modo que para muitas pessoas não existe nenhuma realidade mais do que mostrado através deles. Esses meios de comunicação estão representados por grandes empresas que pertencem, por sua vez, a outras estruturas empresariais de outros setores econômicos diferentes da comunicação, problema este “relacionado com a cláusula de consciência” (TORRES DEL MORAL, 2009a, p. 681) e melhorado pela inovação e desenvolvimento tecnológico, além de (ou melhor, em vez de) informar a sociedade. Cientes da circunstância de que para a muitas pessoas o que existe é o que é noticiado – e exatamente como é noticiado – nos meios de comunicação, eles se apropriaram das informações, ou as manipulam, para ter acesso ao poder econômico e sociopolítico, dedicando-se a vendê-la<sup>7</sup> de tal forma que, com ela, eles são capazes de influenciar na opinião pública *livre*.

É por isso que nas sociedades democráticas liberais é muitas vezes referido este setor como o Quarto Poder, é tido como um poder sem qualquer controle democrático. A imprensa já não se limita a refletir a opinião pública, de acordo com Pausewang (*apud* TORRES

<sup>6</sup> “Em efeito, o artigo 20 reconhece a existência de direitos porque isso é expressamente estabelecido, direitos que, no entanto, devido à sua difícil articulação ordena sejam regulados; o que não significa que não sejam eficazes a partir da entrada em vigor do texto constitucional” (LINDE PANIAGUA; VIDAL BELTRÁN, 2007, p. 183) (tradução nossa).

<sup>7</sup> “A notícia é essencialmente uma mercadoria, para a qual a digitalização dotou de uma onipresença extraordinária que fez dela um produto tão circulante e múltiplo quanto o dinheiro” (VIDAL BENEYTO, 2008) (tradução nossa).

DEL MORAL, 2009a, p. 680) “só é imaginável como grande empresa econômica”, que pode criar essa mesma opinião pública, proporcionando quase todas as informações com que esta (opinião pública) conta a qualquer momento, sendo a imprensa a geradora da “corrente generalizada” (*mainstream*).

A Resolução 1003 (1993) sobre a Ética do Jornalismo<sup>8</sup> foi aprovada por unanimidade em 1.º de julho do mesmo ano, 1993. Nesta Resolução, a assembleia parlamentar do Conselho da Europa, em uma tentativa de combinar o aspecto social e o negócio dos meios de comunicação, reflete no artigo 11 seu entender que as empresas de informação devem ser consideradas como empresas socioeconômicas especiais cujos objetivos devem ser limitados pela condição de fazer possível um direito fundamental.

A informação não é propriedade de jornalistas ou dos meios de comunicação para negociar, mas um direito fundamental dos cidadãos, inerentes à pessoa, que faz aos provedores de imprensa prestadores de um serviço público legitimado para fazer efetivo e real o direito fundamental à informação. Direito que deve ser sem a interferência dos poderes públicos, políticos ou econômicos (LINDE PANIAGUA; VIDAL BELTRÁN, 2007, p. 187 e ss.). A informação é essencial para a vida social-democrática de um estado de direito, sendo o mecanismo que torna possível a participação dos cidadãos nos assuntos públicos e dando origem a uma opinião pública livre, resultado do pluralismo de todo Estado democrático que, por sua vez, serve como um contrapeso para o sistema e seus poderes.<sup>9</sup>

Explica Molas (2009), sobre a liberdade de expressão (em sentido lato, incluindo o direito concreto para informar e receber

<sup>8</sup> PDF descarregável no sítio da Federación de Sindicatos de Periodistas (FeSP) [Federação dos Sindicatos dos Jornalistas].

<sup>9</sup> “Antisséptico imprescindível” é o adjetivo que utiliza Rodríguez-Zapata (1996, p. 221) para definir a importância da imprensa livre y plural em uma sociedade democrática.

informações que concebe a Constituição espanhola):

Está configurado como um direito central no sistema político democrático, não só por causa da posição que ele ocupou na gênese dos Direitos Humanos e sobre o surgimento do constitucionalismo, mas porque constitui um pressuposto indispensável para o exercício de outros direitos e, em particular, para tornar possível um sistema democrático representativo. Sem liberdade de expressão na esfera pública, esta deixaria de ser o espaço onde os indivíduos contribuam como cidadãos para a determinação dos problemas comuns, deixaria de ser um expressivo espaço de debate público na Sociedade e, por conseguinte, haveria nenhuma uma opinião pública livremente formada (MOLAS, 2009, p. 317).

Então, para que a atividade jornalística cumpra a função social que a opinião pública lhe credencia, tem que ser desenvolvida sob os *princípios*, os mesmos que *atenuam* o direito à cláusula de consciência, conforme explicado a seguir.

Carrillo López (1997, p. 188-192) define muito bem a finalidade da lei sobre a cláusula de consciência quando, no mesmo ano da aprovação da referida obra (1997), escreve um artigo intitulado “Lei orgânica da cláusula de consciência: uma garantia atenuada do direito à informação”. A atenuação da garantia é facilitada por a autorregulação dos meios de comunicação (DESANTES GUANTER, 1973), através de padrões éticos endossados pelos meios de comunicação ou pelas regras próprias de elaboração interna de imprensa que está sujeita ao exercício do direito da cláusula de consciência, conforme definido na lei quando fala dos *princípios éticos da comunicação*. Princípios que não atendem, não os tornam jurídicos. Portanto, são reduzidos e, assim, *atenuam-se*, o efeito jurídico preeminente que é devido à própria Constituição.

Navas Castillo e Torres del Moral (2009, p. 29-30) remetem a todos a reclamar da liberdade de imprensa que Milton relata em

seu *Areopagitica* quando, em 1644, opinava que “a liberdade de conhecer, expressar e discutir livremente, em conformidade com a minha consciência” devia se encontrar acima de todas as outras liberdades.

A expressão “Liberdade de pensamento” se encontra “desprovida de significado, se não é derivada na manifestação livre dessa opinião através da palavra, a escrita e a imprensa” (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 2009, p. 415). Por esta razão, no primeiro constitucionalismo, liberdade de expressão surge como resultado inevitável pela reivindicação da dita liberdade de pensamento.

É definida, assim, a liberdade de expressão, nas Constituições do século XIX e até a Segunda Guerra Mundial, como liberdade-autonomia, que defende ao homem no livre desenvolvimento da sua personalidade frente às interferências que ilegitimamente o Estado acredita poder empreender, por exemplo, através da censura prévia de todas as opiniões. É naquele momento (em 1859) quando John Stuart Mill expressa sua ideia de que “a pior ofensa desta espécie que pode ser feita é estigmatizar aqueles que sustentam a opinião contrária” (MILL, 1984, p. 121-122). Desta forma, apenas se legitimava o Parlamento para estabelecer limites na tal liberdade. Ou seja, a pessoa, como indivíduo, é estabelecida como uma figura proeminente contra a sociedade e sua representação no Estado.

Após a segunda guerra mundial, abre-se um novo período no constitucionalismo histórico e considera a liberdade de expressão como um elemento muito influente na sociedade, de tal forma que ele estabelece uma ligação direta entre a informação emitida e recebida, seu impacto sobre a massa social, muito mobilizada politicamente, e na formação da opinião pública. Com a nova situação que surgiu após a guerra, com uma sociedade mais consciente, política e socialmente, o Estado deixa sua postura abstencionista e passa para garantir, pela própria existência do Estado democrático, o pluralismo

da informação, considerado essencial e imprescindível na formação da opinião pública livre. A ponto de ser espelho do pluralismo político e social inegavelmente existente.

O conceito de direito à informação surge, de um lado, tal como o direito de informar (de expressar) de todos os cidadãos e, em particular, dos jornalistas e, em segundo lugar, como o direito de ser informado (de acesso a informações verazes) de todos.

Desta forma, o direito à informação atinge o papel relevante que tem dado que é através da transmissão de mensagens de fatos ou opiniões como é possível informar a todos os cidadãos. Isso gera debate sobre assuntos públicos de diferentes pontos de vista, permitindo o nascimento livre da opinião pública que, por sua vez, torna efetiva a participação política essencialmente manifestada na crítica e fiscalização social dos governantes. E, além disso e em última instância, sua aprovação ou rejeição nas urnas. Portanto, a atividade informativa não pode (não deve) ser entendida como uma mercadoria, comunicar informações verazes desenvolve esse interesse público que se acha impregnada em tal atividade.

Voltaire (1992, p. 120) defendia o papel do jornalismo no avanço da sociedade e seus membros afirmando que a imprensa tenha dado “oportunidade de examinar os fatos para que eles pudessem ser mais tarde discutidos pelos contemporâneos”, concluindo que até então “não havia autenticidade.”.

A primeira vez que a liberdade de expressão é formulada como direito à informação é feito na Declaração Universal dos Direitos Humanos para reconhecer que aquela inclui o direito “para investigar e receber informações e opiniões e expandir-lhas sem limitação ou as fronteiras, por qualquer meio de expressão.” (artigo 19).

O artigo 10 da Convenção de Roma para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais faz ecos da



liberdade de expressão estabelecendo que esta “inclui liberdade de opinião e a liberdade de receber ou comunicar informações ou ideias sem que possa haver interferência das autoridades públicas e independentemente de fronteiras”.

Além disso, em nível nacional, a Constituição espanhola de 1978 reconhece a liberdade de comunicação em um sentido amplo (GARCÍA GUERRERO, 2007). O Tribunal Constitucional espanhol tem assinalado que o artigo 20 da Norma Fundamental garante não só a existência de direitos subjetivos, mas também a própria existência duma comunicação pública livre<sup>10</sup>. No entanto, esta liberdade de comunicação em um sentido amplo<sup>11</sup> que o artigo 20 da Constituição contempla, materializa-se em uma série de direitos específicos como resultado de várias ordens de circunstâncias e foi estendido a todos os tipos de atividades, não só pelo poder constituinte mas também pela jurisprudência constitucional.

Entre esses direitos específicos, está o direito da cláusula de consciência dos informantes<sup>12</sup>. Recolhido (juntamente com o direito ao sigilo profissional) no artigo 20,1 “d”, da Constituição (primeira na Europa em constitucionalizá-lo) (GARCÍA GARCÍA, 2016, p. 133-151; FUENTE-COBO; GARCÍA-AVILÉS, 2014, p. 189-207), tem como objetivo principal garantir o exercício do direito à livre comunicação pública por parte de profissionais das comunicações, bem como que seja o direito de informação em sua vertente ativa como na liberdade de expressão.

Ao contrário das Constituições do ambiente democrático próximo, dos Textos Internacionais e também o constitucionalismo

---

<sup>10</sup> Acórdãos do Tribunal Constitucional espanhol (SSTC) 74/1982, de 7 de dezembro; 6/1988, de 21 de janeiro; 104/1986, de 17 de julho.

<sup>11</sup> Direito a uma comunicação livre, reconhecido e protegido, com caráter geral, diz Rubio Llorente, citado por García Guerrero (2007, p. 361).

<sup>12</sup> A cláusula de consciência, internacionalmente, é reconhecida “como princípio ético e fundamental da prática jornalística” (LÓPEZ TALAVERA; BARROSO ASENJO, 2009, p. 124).

espanhol passado, onde o direito à informação é referido como um aspecto concreto da liberdade de expressão, a Constituição atual prega uma concepção dual em comparação com o direito genérico de expressão. Na alínea “a” do artigo 20.1, a Norma Fundamental reconhece o direito “para expressar e difundir livremente pensamentos, ideias e opiniões através da palavra, escrita ou qualquer outro meio de reprodução” e na alínea “d”, o direito “comunicar ou receber livremente informações verazes por qualquer meio de difusão”.

É por isso que Navas Castillo (2009, p. 97) diz que são “dois direitos autônomos com conteúdo próprio e identificável.”

Embora rapidamente tenha formado sua jurisprudência, no Princípio 4 de Acórdão de 6 de março de 1981, em uma das suas primeiras respostas, o Tribunal Constitucional argumentou que o direito à informação só pode ser considerado “como uma simples aplicação concreta da liberdade de expressão”. Dois anos mais tarde, após o Acórdão 105/1983, em um pronunciamento isolado, estabeleceria a autonomia de ambos os direitos, o que é consolidado no Acórdão de 21 de janeiro de 1988, onde se assenta a doutrina atual no sentido de que a “liberdade de expressão tem como objetivo pensamentos, ideias e opiniões [...] as crenças e juízos de valor” enquanto o direito à informação é “sobre fatos, ou, talvez mais restrito, sobre aqueles fatos que podem ser considerados notícias.”<sup>13</sup>

Mesmo com essa inicial divergência de conceitos, note-se que há uma conexão estreita entre ambos os direitos. Isso é refletido nas deliberações do Tribunal Constitucional quando o Princípio 15 da mencionada Sentença destaca a dificuldade quando se trata de distingui-los por sua “vocação para a formação de uma opinião” desde que “nos casos reais que a vida oferece, não é sempre fácil de

<sup>13</sup> STC 6/1988, de 21 de janeiro, Princípio 5. “O Tribunal Constitucional insistir  em diferenciar uma liberdade de outra com base no cont duo da mensagem, porque entende que não é o mesmo situar-se em uma suposição de liberdade de expressão como em liberdade de informação” (cf. CASTILLO CÓRDOVA, 2006, p. 57; RODRIGUEZ, p. 513 y ss.).

separar a expressão de pensamentos, ideias e opiniões da rigorosa comunicação de informação”.

E isso porque a expressão requer um modo frequente quanto à “narração dos fatos e, por outro lado, a comunicação de fatos ou notícias não está nunca em um estádio ou pódio quimicamente puro. E quase sempre inclui algum elemento avaliativo”<sup>14</sup>.

Em casos que podem aparecer misturados elementos de um e outro significado, e a fim de qualificar tais pressupostos e lhes encaixar no parágrafo relevante do artigo 20, aconselhou o Tribunal assistir “ao elemento que aparece preponderante”.

É evidente, portanto, que entre a liberdade de expressão e o direito à informação é notável uma “direta e íntima conexão” que não impede que “cada um possui nuances peculiares que modulam seu respectivo tratamento jurídico, evitando confusão entre eles, indistintamente.” (STC 165/1987, de 27 de outubro, Princípio 10).

## 2 METODOLOGIA

Resultado de uma pesquisa teórica, principalmente, este trabalho é um artigo de reflexão. Para fazer isso, é usado o método teórico de análise, síntese, indução e dedução dado que é mais adequado e apropriado para levar até o conhecimento necessário e às respostas necessárias consideradas como objeto da pesquisa.

Com formato de pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial, nacional e internacional, são analisados recursos disponíveis em imprensa impressa e virtual, inegavelmente recursos essenciais hoje.

<sup>14</sup> “Esta diferenciação entre juízos de valor e informação sobre fatos, nem sempre é fácil de estabelecer e que, muitas vezes, são confundidos com os outros porque seus limites são imprecisos” (ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 89) (tradução nossa).

São revistos os elementos subjetivos, objetivos e processuais que identificam o direito fundamental à cláusula de consciência em matéria de liberdade de informação a fim de reconhecê-lo. Com a ênfase de que se deve excluir a interferência, a tendência cada vez mais intervencionista, dos Estados democráticos no exercício das liberdades públicas e direitos fundamentais coletados nas Constituições. Especialmente em relação às liberdades de expressão e informação, e observando-se, portanto, a eficiência legal que as Normas Fundamentais implantam *per se*.

### **3 LEI ORGÂNICA 2/1997, DE 19 DE JUNHO, SOBRE A CLÁUSULA DE CONSCIÊNCIA**

O *corpus iuris lege* é bem curta (ver anexo). Consiste de três artigos, uma única cláusula de revogação e uma única final.

Em termos gerais, pode-se dizer que a cláusula de consciência é uma figura jurídica que autoriza ao jornalista a rescindir o contrato de trabalho com a editora, recebendo a correspondente compensação por ser demitido sem justa causa, em certos momentos em que considerem que desafiou sua liberdade ideológica por isso. Chegaram a esta conclusão Pérez Royo (*apud* ESCOBAR ROCA, 1995, p. 228) e Carrillo López (1993, p. 128), o qual o considerava “um autodespido remunerado”, antes da promulgação da lei. Está, portanto, intimamente ligada ao campo do Direito do Trabalho, como se verá, embora essa não seja a área a ser tratada nesta análise, mas o Constitucional.

O que importa aqui é que a cláusula de consciência é baseada sobre a importância do direito à informação como elemento-base da opinião pública livre e que, em última instância, vem do jogo democrático.

A cláusula de consciência é pensada do ponto de vista que considera o jornalista como a parte mais fraca na relação empresa-

-profissional, como um contrapeso para o poder editorial, porque se este pode demitir o jornalista por violar os princípios editoriais, este tem que ter capacidade de compensá-lo em benefício de seus próprios princípios no caso que eles estão subavaliados.

De qualquer forma, hoje, quando um jornalista é contratado por um meio de comunicação, já sabe de antemão quais são os princípios editoriais para defender, assumindo-os como seus próprios na assinatura do contrato correspondente, deixando *a priori* cortado esse direito à cláusula de consciência. Ou seja, parece que só poderia alterar a linha de conduta em caso de uma mudança na direção editorial, não em si mesmo para a consciência do jornalista. A mudança na consciência é entendida como um ataque aos princípios editoriais. Então, é realmente eficaz e eficiente a cláusula de consciência, tendo em conta que se os valores da empresa jornalística são que move o contrato de trabalho, o jornalista parece condenado a assumir ou sair *voluntariamente* para a rua? Seria possível permanecer nessa posição empregatícia sem aceitar essas mudanças? Aí, sim, vai seria antepor a consciência do jornalista em torno da liberdade de informação sobre os meios de comunicação e seu direito empresarial ao lucro, e até mesmo ao direito de propriedade sobre as informações que a imprensa acha que tem, contra o referido pelos próprios códigos de ética da profissão jornalística.

#### **4 A NECESSIDADE DE DEFINIR A CLÁUSULA DE CONSCIÊNCIA COMO DIREITO-GARANTIA DO PROCESSO INFORMATIVO**

A cláusula de consciência é não só um direito subjetivo, também uma garantia de uma formação de opinião pública livre. Assim, é refletida no primeiro Acórdão que interpreta a Lei Orgânica sobre a cláusula de consciência em 1997, que foi o STC 225/2002, de 9 de dezembro, Princípio 4.

Deste modo, define o Tribunal Constitucional o direito à cláusula de consciência dos informantes, reconhecido constitucionalmente e desenvolvido na Lei, com ênfase especial para garantir a independência profissional do informante no exercício de seu direito a informar que o artigo 20.1, “d” da Constituição reconhece (para todos) com o objetivo de assegurar a formação de uma opinião pública livre. O que, nas palavras de Torres del Moral (2009b, p. 147), “é um resultado ou um precipitado de elementos muito diferentes, entre os quais temos de incorporar o livre exercício de outras liberdades que tornam possível, ao mesmo tempo, o exercício das liberdades de informação.”.

O Tribunal Constitucional pretende, com essa identificação, afastar a ideia de um direito-privilégio dado pela Lei exclusivamente aos trabalhadores da informação. Durante todo o Acórdão, a mais Alta Instância recorda que não é um direito fundamental reforçado, ou, como já foi dito, de um direito-privilégio:

Embora a jurisprudência constitucional tenha reconhecido como titulares da liberdade de informação para a mídia, jornalistas, bem como qualquer outra pessoa que facilita a notícia veraz de um fato e a coletividade como receptora daquela (por todas, SSTC 6/1981, 1983/105, 168/1986, 165/1987, 1988/6, 176/1995, 4/1996), disse que a proteção constitucional do direito “atinge seu nível máximo quando as liberdades exercidas pelos profissionais da informação através do veículo institucionalizado para formação da opinião pública que é a imprensa entendida no seu mais amplo sentido” (STC165/1987, reiterada em SSTC 105/1990 e 176/1995, entre outras). *Afirmção de que em nenhuma maneira é significou que profissionais de informação tiveram um direito fundamental reforçado em relação a outros cidadãos*; mas apenas que, quando estão sujeitos a maiores riscos no exercício de suas liberdades de expressão e informação, eles precisavam e desfrutavam de proteção específica. Proteção que se vincula diretamente com o reconhecimento a esses profissionais do direito à cláusula de consciência e sigilo profissional para assegurar o exercício de sua liberdade fundamental de informação (STC 6/1981). (STC 225/2002, de 9 de dezembro, Princípio 2. “d”). (grifo nosso, tradução nossa).

No entanto, não conseguiu, visto do ponto de vista do trabalho, em oposição aos trabalhadores de outros ramos e do ponto de vista constitucional. Por exemplo, um representante sindical de qualquer empresa pode se abrigar à cláusula de consciência quando exerce seu direito de informar a outros colegas, não necessariamente dentro de seu centro de trabalho, ou a empresa o muda de posição ou até de companhia, mesmo dentro do próprio grupo empresarial? (LILLO PÉREZ, 2005, p. 206-207). Ou, pelo contrário, um trabalhador que informa a seu representante sindical está sujeito ao *mobbing*<sup>15</sup>, pode exercer a cláusula de consciência? Parece ser que somente na via judicial e pela jurisdição do trabalho, não a via constitucional em amparo. E o servidor público que é obrigado a informar ao público em geral sobre um assunto que mina a sua própria moralidade, religião ou ideologia, pode reivindicar para si a cláusula?

Todas estas situações são limitadas na tarefa informativa-comunicativa, mas não são profissionais da informação, são pontualmente informantes exercendo o direito a informar dados a todos, sendo a informação um direito universalmente garantida pela Constituição ao cidadão. Portanto, não pode ser considerado que o direito à cláusula de consciência (e ao sigilo profissional, que é recolhido na mesma linha do artigo 20.1. “d”, da Norma Fundamental) é exclusivo de profissionais da informação.

Mas, certamente, a Lei é feita dessa maneira, e, por isso a necessidade do Tribunal Constitucional de não defini-la como não somente um direito subjetivo.

No entanto, a ênfase que faz com que o Alto Tribunal sobre o não-privilegio considera que os jornalistas devem ser protegidos especificamente porque eles assumem mais riscos no desempenho de sua função profissional, justificando a necessidade de um equilíbrio

---

<sup>15</sup> O anglicismo é usado para definir o assédio moral e emocional no local de trabalho, que ataca diretamente a dignidade humana.

de interesse entre a independência do presente e o fim lucrativo das empresas de comunicação social (ver o mesmo Princípio 2. “d”, acima transcrito).

## **5 TITULARES DO DIREITO À CLÁUSULA DE CONSCIÊNCIA**

### **5.1 TITULARES DO DIREITO À CLÁUSULA DE CONSCIÊNCIA**

O artigo 1º da Lei determina o sujeito ativo da lei, o jornalista individual, embora não defina dessa forma dada à falta de consenso para estabelecer um conceito único, como se verá no próximo capítulo, mas tomando a ambígua definição oferecida pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão de 16 de março de 1981 (Princípio 4) que define como “aqueles que fazem profissão da expressão de notícias e opiniões e são atores destacados no processo da livre comunicação social”. Assim, os trabalhadores do mesmo meio que não servem a propósitos informativos se excluem, o que não impede que outros serviços sejam levados em conta:

Na transmissão de notícias não só são as palavras que desempenham um papel essencial, mas tanto ou mais as imagens, fotografias, apresentações gráficas ou de composição que contribuem igualmente para a descrição do fato, para realçar certos aspectos dele, para alcançar uma abordagem ideologicamente determinado ou para fornecê-lo com maior ou menor relevância dependendo dos interesses do meio de comunicação, tarefas todas elas onde a autonomia e criatividade próprias com quem o profissional opera devem ser considerados para concluir que se encontram exercendo o seu direito de transmitir informações (STC 199/1999, de 8 de novembro, Princípio jurídico 4). (tradução nossa)

A Lei considera constitucionalmente concedido esse direito aos “profissionais da informação”, sem exceção. No entanto, no artigo 2.1, “a”, illogicamente, restringe esse direito àqueles que



têm uma “ligação laboral”. Dada à irracional limitação, parte da doutrina acredita que se deve considerar a interpretação coerente da norma em que o direito é dirigido a todos os que têm uma ligação de trabalho, deve ser só essa vinculação o único e limitador motivo do exercício da cláusula de consciência (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 2009, p. 445).

Não se entende, no entanto, que o sujeito ativo do direito à cláusula de consciência seja exclusivamente o profissional da informação, porque a Constituição não faz tal distinção. Lembre-se que a Norma Fundamental instrui o legislador regulamentar ambos os direitos por meio da lei (que, de acordo com o artigo 81.1, tem que ser orgânica, como a que aqui se trata) mas tal não impede a aplicação do cerceio ou vedação de direitos, ou o ato de conceder privilégios. É verdade que é difícil encontrar casos em que se pode fazer uso de tais direitos fora da profissão jornalística, mas a falta de casuística não é motivo, necessário nem suficiente, para tal limitação. Por acaso o restante dos profissionais, fora da área da comunicação social, podem exercer estes direitos diretamente sem a necessidade de desenvolvimento legislativo?

Assim, deve ser extensível a estimativa de Pérez Royo (*apud* FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 1994, p. 278), e de aqueles que temem de uma legislação específica, de que o reconhecimento constitucional é suficiente pelo fato de que o destino de cada um está nas mãos dos Tribunais, que terão de ponderar se tais direitos realmente têm sido alegados de forma adequada.

Deve ser essa a resposta para não entrar numa situação de discriminação por razões profissionais, que não só violam o direito à igualdade no artigo 14, como também violaria a igualdade como um dos pilares fundamentais da Espanha como Estado democrático e social (e também de direito). É dizer: um dos valores superiores que inspira o sistema jurídico do Estado espanhol.

### 1.1.1 O CONCEITO DE JORNALISTA

Jornalista é um conceito amplamente reconhecido em todas as áreas, exceto a legal. Não há um conceito legal. Portanto, antes de analisar o titular ativo do direito da cláusula de consciência à qual faz referência a Lei, deve ser enquadrar o ambiente de debate jurídico a este conceito.

O Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola define o vocábulo “jornalista” em dois significados, respectivamente, como “pessoa legalmente autorizada a exercer o jornalismo” e como “pessoa profissionalmente envolvida em um jornal ou em um meio audiovisual para tarefas literárias ou gráficas de informação ou criação de opinião”. Como se pode observar, deve-se começar fixando a informação de que não existe na lei espanhola atual definição jurídica alguma quanto a ser um jornalista. Esta circunstância leva a ter que necessariamente elucidar quem pode exercer tal atividade, sob quais condições e o que são as consequências que surgem da atividade jornalística.

Uma referência à lei pré-constitucional é necessária para essa finalidade. Nela foi definido o jornalista em sintonia com o primeiro dos significados. A jurisprudência constitucional, porém, está em maior consonância com o segundo significado.

A Constituição espanhola configura a liberdade de informação como liberdade pública reconhecida e protegida universalmente, ou seja, para todos os cidadãos. Mas, para aqueles que exercem a liberdade acima mencionada, especialmente irá reconhecê-los e garantir os direitos para a cláusula de consciência e de segredo profissional. Não marca, assim, um conceito coletivo e abrangente a todos os profissionais, mas, com base nas condições próprias da profissão, concede ao jornalista o privilégio, pelo exercício mesmo de tal liberdade.

Como visto na seção anterior, a Lei Orgânica que rege a cláusula de consciência, em seu artigo 1º, estabelece que “a cláusula de

consciência é um direito constitucional dos profissionais da informação”. Portanto, legislativamente, nem é encontrado uma definição de jornalista.

Conforme observado acima, a lei pré-constitucional, implicitamente revogada pela Constituição, definiu a figura do jornalista. O Decreto 744/1967, de 13 de abril, regulador do Estatuto da Profissão Jornalística, que desenvolveu a Lei de Imprensa de 1966, traz no seu primeiro artigo que:

São jornalistas:

- a) aqueles que são inscritos no Registro Oficial dos Jornalistas na data da promulgação deste Decreto;
- b) graduados em Ciência da Informação – Seção de Jornalismo – uma vez registrados na Federação Nacional das Associações de Imprensa ou no Registro Oficial de Jornalistas.

Como pode se observar, “o Estado franquista [do ditador Franco] estabeleceu um controle direto e preciso sobre os profissionais praticando trabalho informativo, tão perigoso para um regime autocrático” (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 2009, p. 423), ao exigir um título acadêmico das escolas de jornalismo concreto legalmente reconhecido e a correspondente registo no registro.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional não abordou a questão diretamente. Embora em 1985 o *Parlament* [Parlamento da região autônoma de Catalunha] aprovou a Lei 22/1985, de 8 de novembro, que criou o *Col·legi de Peridistes de Catalunya* [Ordem dos Jornalistas da Catalunha] e a possibilidade de interposição de um recurso (Ação Direta de Inconstitucionalidade) por parte do Defensor do Povo<sup>16</sup>. Finalmente, o mesmo Parlamento catalão

<sup>16</sup> Nota do Editor: no Brasil, embora a nomenclatura tenha equivalência aos integrantes da “Defensoria Pública”, a função do “Defensor del Pueblo” espanhol é equiparada à do Procurador-Geral da República. Inclusive, pelo poder de interpor Ação Direta de Inconstitucionalidade.

reformou a norma através da Lei 1/1988, de 26 de fevereiro, pelo qual foi retirado o recurso mencionado.

Enquanto vários preceitos foram objeto de impugnação, o que aqui interessa (na abordagem de uma definição de jornalista) é a Primeira Disposição Transitória, que declarou<sup>17</sup>:

Jornalistas registrados no Registro Profissional da Federação das Associações de Imprensa Espanhola que são filiados às Associações de Imprensa na Catalunha se tornarão membros da Associação Profissional de Jornalistas da Catalunha, mesmo se eles não satisfizerem os requisitos de qualificação estabelecidos pelo artigo 2.º.

A imposição de diplomação em Curso Superior de Comunicação, e a filiação a uma entidade de classe, que finalmente foram estabelecidas, na reforma, como atos voluntários, eram, sem dúvida, inconstitucionais. Especialmente, após a interpretação universalista do Tribunal Constitucional, que sustenta se deve concluir que “a mesma liberdade não deve ser reconhecida em igualdade de condições para aqueles que ostentam igual qualidade profissional, pois os direitos da personalidade pertencem a todos, sem ser subordinados às características do quem os exercem” embora reconhecida uma certa preferência para profissionais da informação (STC 165/1987, de 27 de outubro, Princípio 10).

O Tribunal Constitucional tem definido os jornalistas usando *três critérios de identificação* (bastante aproximados, isso sim, e que não devem necessariamente ocorrer um mesmo tempo dos outros<sup>18</sup>)

<sup>17</sup> Preceito que impôs o requisito de certificação.

<sup>18</sup> Repórteres *free-lance* (autônomos) são definidos pela sua liberalidade ao trabalhar, sendo definidos como jornalistas baseados nos dois primeiros critérios que serão vistos – a profissionalidade – que requer apenas uma relação contratual, não necessariamente trabalhista, para que haja remuneração pela realização de funções enquadradas no processo de informação.

Rosado Iglesias (2009, p. 360) não faz uma interpretação rígida para não excluir

para distingui-los dos outros sujeitos também titulares destas liberdades, exercidas ora a qualquer momento, ora mesmo através de um meio de comunicação (colaboradores de opinião ou autores de cartas ao Diretor, por exemplo): em relação ao profissionalismo, à realização de tarefas informativas e à existência de uma relação de dependência.

O critério de profissionalismo é usado pelo Alto Tribunal em inúmeras ocasiões (SSTC 30/1982, de 1 de junho; 168/1986, de 22 de dezembro; a já citada 165/1987, de 27 de outubro; 6/1988, de 21 de janeiro). No entanto, não oferece uma definição descritiva da profissão com certo grau de segurança até que, em 1995, o Tribunal definiu os jornalistas como aqueles que “prestam um trabalho regular pago, profissional, nos meios de comunicação” (STC 175/1995, de 5 de dezembro, Princípio 2).

O Tribunal Constitucional, no primeiro Acórdão que diretamente aborda a cláusula de consciência dos informadores, faz menção ao critério de identificação de realização de tarefas informativas (STC 199/1999, de 8 de novembro, Princípio 4). Nesta Sentença, são separados os trabalhadores de um meio de comunicação dependendo da tarefa realizada<sup>19</sup>, negando a proteção para um profissional da seção de diagramação (*design*) que nada tem

---

esses repórteres autônomos. Encontra o fator determinante em que o informante realiza a atividade informacional como de costume, em troca de uma retribuição que não precisa necessariamente ser identificada com o salário, o que seria recebido se fosse incorporado à imprensa com a qual colabora.

No mesmo sentido, Fernández-Miranda Compoamor (1990, p. 120) e Carrillo López (1993, p. 204-205) veem o jornalista como o profissional que se dedica a obter e elaborar informações para difundi-lo por quaisquer meios habituais ou periodicamente em troca de uma retribuição, fazendo desta atividade a sua profissão.

<sup>19</sup> Em contraste, por exemplo, a Bolívia, cuja Nova Constituição Política do Estado “reconhece a cláusula de consciência dos trabalhadores da informação [...] com a mais ampla proteção de sua legitimidade em favor de qualquer indivíduo que dedique seu trabalho na informação, sem limitação pela sua função” (BAMBA CHAVARRIA, 2011, p. 6).

a ver com elaboração de textos jornalísticos ficando, portanto, além da cláusula de consciência alegada para a liquidação unilateral da relação contratual com a imprensa.

De acordo com a resolução, a natureza jurídica e finalidade da cláusula protege somente aos trabalhadores de um meio de comunicação que realizam tarefas informativas, ou seja, aqueles que exercem a liberdade de informação e, assim, realizam “um trabalho que formam e influenciam a criação de opinião na sociedade”, diz Bamba Chavarria (2011, p. 4), também incluindo fotógrafos e cinegrafistas e todos aqueles cujo trabalho se reveste de um conteúdo informativo. É que os trabalhadores dos meios de comunicação, fora da linha da redação e informação direta, dificilmente terão a sua ética ou independência laboral afetadas como resultado de uma mudança na linha editorial do meio de comunicação.

O último dos critérios designados destaca o exercício da cláusula de consciência, uma vez que a principal consequência resultante é o treinamento do trabalhador para se demitir, unilateralmente, da relação preexistente que o liga aos meios de comunicação. Portanto, parece lógico que só aqueles que mantêm uma relação contratual de emprego podem exercer o direito a essa cláusula, excluindo profissionais da informação liberais. No entanto, a relação de dependência também pode ser justificada em uma relação de negócios, tendo em conta a figura do TRADE (sigla de “trabalhador autônomo dependente”) (CAPODIFERRO CUBERO, 2015, p. 232-233).

Desta indefinição da palavra “jornalista” surgem duas correntes doutrinárias que, basicamente estão tentando, é a universalização do exercício da liberdade de informação, contra e a favor, incluindo o reconhecimento e a garantia dos direitos decorrentes do exercício jornalístico de caráter informativo, e as cláusulas de consciência e de sigilo profissional.

A primeira corrente, defensora de um (in)determinado controle, entende que para reconhecer ao jornalista as prerrogativas constitucionais sobre o direito à informação dos demais “informantes”, a formação acadêmica específica e registro no órgão de classe devem ser obrigatórios. Além disso, como resultado, tem que ter tipificado o crime de exercício ilegal da profissão para punir aqueles que exercem a profissão sem as qualificações exigidas. Seria uma medida que tornaria as disposições inconstitucionais para o exercício da profissão jornalística, como pode ser visto, sem esquecer que uma tentativa já foi feita (fútil, dada à duvidosa constitucionalidade da exigência dos requisitos da graduação na área e da filiação ao Sindicato dos Jornalistas) para concretizar esta doutrina pelo Parlamento catalão.

Os motivos alegados são, em primeiro lugar, a complexidade técnica das informações e dos meios de comunicação que fazem como essencial uma especialização de uma Faculdade criada para a área de conhecimento específico da comunicação. Em segundo lugar, como consequência, em parte, da ausência dessa especificidade, a possibilidade da própria empresa de comunicação decidir quem são os jornalistas e quem não o são, além de as próprias empresa decidir por *autorizar* determinadas pessoas – as que as empresas admitirem como sendo jornalistas – a exercer os direitos fundamentais específicos da cláusula de consciência (e sigilo). E, por sua vez, terem a liberdade de informação.

Quer dizer: é menos ruim algum controle administrativo do que o controle econômico-empresarial.

No entanto, esse controle prévio colide frontalmente com a universalidade do direito à liberdade de informação. Além disso, é ato de censura prévia explicitamente proibida pelo artigo 20.2 da Constituição espanhola para o exercício dos direitos de todos – todos – como enumerados no artigo 20.1.

A segunda tese doutrinária, em favor da universalização do exercício da liberdade de informação, vem defendida de setores

acadêmicos de outras escolas (de Direito, por exemplo) e pelos próprios meios de comunicação (como pregam os partidários do licenciamento e associação à Ordem, Associação ou Sindicato). Esta corrente entende que o direito de informar é um direito dos cidadãos, que não deve exigir qualquer pré-requisito. Deve ser deixado para o mercado a condição de autorregulador quanto à seleção de profissionais. Porque são estes modelos liberais (autorregulação), dizem, os que mais bem funcionam, como no Reino Unido<sup>20</sup>.

Visto isto, não está claro se deve seguir sem exigir quaisquer requisitos ou se alguns requisitos<sup>21</sup>, mas sim que deve ser repensando qual melhor cenário, porque não pode é deixar todo o dano para a concreção das responsabilidades *a posteriori*, seja civil, penal ou qualquer outro, já que os danos podem ser irreparáveis. Há que levar em consideração que, nos termos do artigo 81.1 da Constituição, é possível desenvolver o exercício dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, respeitando, isso sim, seu conteúdo essencial, que deve servir como um estímulo para uma boa autorregulação dos meios de comunicação.

Como já dito, não existe norma, na Espanha, para regular o acesso à profissão, sendo a referência do Tribunal Constitucional a mais aproximada a uma definição de profissional da informação quando diz que são “aqueles que fazem profissão da transmissão de notícias e opiniões” ligados a uma empresa de comunicação por

---

<sup>20</sup> Opinião do jornal El País coletada em 23 de outubro de 2005 por ocasião da Proposta de Lei apresentada pela Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya em 2004 sobre o Estatuto do Jornalista Profissional contida no editorial intitulado “Jornalistas”.

<sup>21</sup> Toma-se o exemplo dos advogados. Têm a obrigação de se cadastrar para o desenvolvimento da prática profissional, sendo assim sua conduta, sua liberdade, afinal, sujeita a algumas regras, a um código deontológico. Mas, não apenas esse código é o que *limita* sua liberdade, mas, no exercício da liberdade de expressão, deve atuar com decoro e respeito às instituições (Juizes e Tribunais). Nem tudo vale a pena. Não se pode deixar de refletir sobre a existência, de alguma forma, de censura prévia ao exercício da liberdade de informação jurisdicional, que é restringida pelas considerações de sigilo sumário adequado estabelecido, no entanto, pelos órgãos judiciais.



qualquer meio de contrato, laboral, mercantil ou civil (STC 6/1981, datada de 6 de março, Princípio 4).

## 5.2 TITULAR PASSIVO DO DIREITO À CLÁUSULA DE CONSCIÊNCIA

De outro lado se encontra o que pode ser chamado de titular passivo, ou sujeito passivo, que é a empresa com a qual o jornalista mantém essa relação jurídica, exigida por Lei. Lei que não detalha a sua natureza, podendo esta ser laboral, mercantil ou civil, salvo a interpretação restritiva e ilógica do termo mencionado “ligação laboral”. Simplesmente, é quem interfere nas condições de trabalho dos informantes e que permitem que eles possam exercer o direito da cláusula de consciência. Mas, não que não é de interesse para este trabalho.

## 6 OBJETO DO DIREITO À CLÁUSULA DE CONSCIÊNCIA

O bem jurídico protegido pelo direito, fundamentalmente, é a independência do profissional no desempenho de sua função comunicativa-informativa, essencial em e para o Estado democrático. A reivindicação do direito da cláusula de consciência é basicamente para garantir essa independência. Modo de comunicação é um critério única e exclusivamente limitado aos princípios éticos profissionais e às regras de publicação do meio de comunicação a que o jornalista está sujeito quando exerce seu trabalho. Isso evita a apropriação da informação, que é um bem comum de todos os cidadãos. Esta é a configuração da cláusula de consciência, não apenas como um direito subjetivo do profissional, mas também como “uma garantia de uma formação de opinião pública livre” (STC 225/2202, de 9 de dezembro), conforme observado no epígrafe 4 (*A necessidade de definir a cláusula de consciência como direito-garantia do processo informativo*).

A cláusula de consciência é “a faculdade que assiste ao profissional da informação para não executar trabalhos que se opõem ao seu código de ética”, define Rodriguez (2014, p. 526), o que significa garantir sua “independência profissional fazendo frente á empresa onde ele trabalha”. Mas, acrescenta, a legislação deve proteger esse direito impedindo “que do exercício da cláusula de consciência possa derivar prejuízo ou qualquer sanção”.

Portanto, não é para um mero direito de natureza individual. Mas, colocando-o em relação à liberdade de informação, como uma base da opinião pública livre, seu exercício e garantia ultrapassam o próprio jornalista: é canalizada para a proteção mesma do Estado como sistema democrático.

Por sua parte, o objeto da cláusula de consciência cai na mudança que faz o ataque à ética profissional e pessoal, do jornalista, à sua independência. A Lei se refere a esta mudança em duas formas, uma no artigo 2.1, “a” e o outro na alínea “b” do mesmo artigo.

O ponto “a”, por um lado, distingue dois tipos de alterações que são causa justificada para o exercício desse direito. Em primeiro lugar, a modificação na orientação informativa, ou seja, a matéria que, até esse momento, o meio de comunicação foi dedicado. Em segundo, a modificação na linha ideológica ou princípios editoriais da empresa, que foram aceitos pelo trabalhador quando se vinculou à empresa e sob os quais ele produziu a informação. Estas mudanças têm que ser substanciais, referindo-se, assim, à variação da linha mantida capaz de ser percebida não só pelo jornalista, mas também pela redação e pelo público.

A causa de tais modificações é independente do direito à cláusula. É o mesmo que mudassem os acionistas. Mencionado direito à cláusula de consciência está sujeito à ética e os princípios do próprio jornalista. Portanto, se a mudança de propriedade do meio de comunicação empregador não altera a linha editorial, a cláusula não é exigível em conceito de liberdade de consciência.

Por outro lado, alínea “b” também permite exercer o direito da cláusula de consciência quando ocorre a transferência para um outro meio do mesmo grupo empresarial e há uma “quebra de patente com a orientação profissional do informante”, salvando a lógica mobilidade dos trabalhadores no âmbito do plano de negócios. Esta transferência está intimamente relacionada às circunstâncias prescritas no parágrafo antecessor, “a”, porque a ruptura é uma variação na matéria informativa ou na linha ideológica em relação ao meio anterior, aonde o profissional trabalhou. Igualmente, as consequências das modificações devem ser patentes para a redação e o público.

O que afirma esta segunda seção é “defender ao jornalista de possíveis secretas e arbitrarias sanções que o afastem do seu trabalho habitual, envolvendo um ataque em sua dignidade profissional no sentido de restringir sua legítima aspiração para reforçar uma linha profissional” (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 2009, p. 447), que notado acima sobre *mobbing*.

O exercício da cláusula de consciência pelo profissional da informação faz uma reparação dos danos causados em forma de compensação, bem acordado contratualmente, bem estabelecido pela Lei, como se estivesse em um caso de demissão sem justa causa por parte da empresa de comunicação (art. 2.2). Além, é claro, do término do contrato, ora laboral, ora mercantil, ou de outra natureza jurídica diferente.

Mas, há um outro tipo de objeto, doutrinariamente muito discutido: a mesma preparação de informações, contrariamente estas aos princípios éticos. Neste caso, o profissional da informação recusa dela participar sob a cláusula de consciência, para que não possa, ou não deva, ser punido por essa recusa. Assim o apanha o artigo 3º da Lei.

A maioria doutrinária acredita que esta suposição se mantém à margem do direito constitucional à cláusula, como um novo direito de configuração legal e, portanto, com uma “garantia atenuada e

não mais intensa para o informante e para o direito à informação.” (CARRILO LÓPEZ, 1997, p. 191).

Do outro lado, aqueles que dizem que é gravada em uma Lei intitulada “da cláusula de consciência” por que todos os casos ali recolhidos fazem parte dela. No entanto, embora a posição doutrinária é minoritária nesta interpretação, o Tribunal Constitucional é a que estabeleceu no Acórdão 199/1999, de 8 de novembro:

Não é ocioso de resenhar que a Lei Orgânica 2/1997, depois de configurar a cláusula de consciência, no desenvolvimento da CE<sup>[22]</sup>, como um direito para os profissionais da informação que visa garantir a independência no exercício das suas funções (art. 1.º) reconhece-lhes a possibilidade de se recusar a participar na elaboração de informações contrárias aos princípios éticos de comunicação (art. 3.º), bem como, nos termos dessa cláusula, o direito de solicitar a cessação da sua relação jurídica com a empresa de comunicação na qual trabalham quando no meio de comunicação que lhes ligava laboralmente há uma alteração substancial<sup>[23]</sup> da linha ideológica ou da orientação das informações. (Princípio 3).

E no Acórdão 225/2002, de 9 de dezembro:

Neste duplo significado, o direito à cláusula de consciência entra a “garantir o modo de exercício da liberdade fundamental de informação”, em relação à qual aquele tem um caráter instrumental: a) no direito subjetivo do profissional da informação, o direito da cláusula de consciência protege a liberdade ideológica, o direito de opinião e a ética profissional do jornalista [...]. (Princípio 4).

---

<sup>22</sup> Constituição espanhola.

<sup>23</sup> “[...] qual qualifica o elemento subjetivo em sua avaliação. Isto significa, na opinião da doutrina, que deve ser uma modificação objetiva e reiterada, isto é, apreciável como evidente e indubitada pela maioria dos escritos do meio de comunicação e pela opinião pública e persistente no tempo.” (CAPODIFERRO CUBERO, 2015, p. 236) (tradução nossa).

## 7 PROCEDIMENTO PARA O EXERCÍCIO DA CLÁUSULA DE CONSCIÊNCIA

Nada diz a lei sobre o procedimento a ser seguido para o exercício do direito à cláusula de consciência. Foi a jurisprudência do Tribunal Constitucional que o configurou ao longo do tempo.

Doutrina que atualmente segue a Alta Corte caiu no – já mencionado várias vezes – Acórdão 225/2002, de 9 de dezembro, em que se considerou que a dúvida interpretativa sobre o procedimento para o exercício do direito, essa “não pode conduzir em limitações que o tornam impraticável, impedem além do que é razoável ou expropriam da proteção necessária”. O que faz deixar aberta a reivindicação bidirecional para o exercício do direito da cláusula de consciência, de um lado que até então estava prevista em conformidade com o Estatuto dos Trabalhadores – que expôs mais tarde – e o *autodespedimento* (que diz Carrillo López), antes da decisão do Tribunal:

Excluir a possibilidade da cessação com antecedência na prestação do trabalho, ou seja, forçando ao profissional, suposta a mudança substancial na linha ideológica do meio de comunicação, de permanecer lá até a resolução judicial extintiva, implica já aceitar a violação do direito fundamental, mesmo que seja uma medida transitória durante o desenvolvimento do processo, que é constitucionalmente inaceitável [...] a cláusula de consciência é não só um direito subjetivo, também uma garantia para a formação de uma opinião pública livre [...] a permanência do profissional na empresa demandada, durante o processo, pode causar uma aparência enganosa para as pessoas que recebem as informações. De toda essa aparência deriva que os interesses constitucionalmente protegidos reivindicam a viabilidade, mesmo não sendo expressamente prevista no artigo 2.1 da Lei Orgânica 2/1997, de uma decisão unilateral do profissional da informação de extinguir a relação jurídica com a possibilidade de posterior pedido de indemnização. Esta possibilidade, obviamente, tem o risco de o Acórdão entender inexistente a invocada causa, com as consequências negativas deste derivado. (Princípio 4).

A rota existente antes da prevista pela Sentença de 2002, mesmo estando já em vigor a Lei que regulamenta a cláusula de consciência dos profissionais da informação, é baseada no direito comum dos trabalhadores. Os Tribunais aplicavam o artigo 50 do Estatuto dos Trabalhadores, que contempla a rescisão do contrato de emprego pelo trabalhador de forma voluntária e com direito de compensação, como se fosse um dispensa sem justa causa quando “as mudanças substanciais realizadas nas condições de trabalho [...] redundem no comprometimento da dignidade do trabalhador”. Lógico. Esta linha de jurisprudência exigia, quanto aos demais trabalhadores, a permanência no trabalho até a decisão do Tribunal pertinente.

Em resumo, a interpretação que da Lei faz o Tribunal Constitucional inclui a dupla capacidade de rescindir o contrato (trabalhista, comercial ou qualquer outra natureza jurídica) do profissional da informação no exercício do direito da cláusula de consciência, ou seguindo o procedimento judicial habitual, que dá segurança<sup>24</sup> ante uma estimativa negativa, ou unilateralmente solicitando a compensação correspondente depois, *a posteriori*.

## 8 DISCUSSÃO SOBRE A PRÁTICA DO DIREITO À CLÁUSULA DE CONSCIÊNCIA

Há uma grande distância entre a visão dogmática da cláusula de consciência e sua práxis. Enquanto ambos concordam que o

---

<sup>24</sup> Talvez não seja mais trabalho, porque, como Iñaki Gabilondo disse em 1.º de junho de 1994 no Congresso durante o debate sobre a tramitação da Lei sobre a cláusula da consciência, a cumplicidade entre a mídia e os jornalistas é quebrada após o processo judicial, quem se aproveita da cláusula de consciência “não pode ser apenado, mas uma atividade que é montada com base na cumplicidade, com base na comunhão em um certo tipo de objetivo, ninguém pode impedir que perdida do desgastada essa comunicação da cumplicidade, inicie um novo tempo para aquele jornalista em que já, sem o olhar atento do legislador que o protegeu, com certeza começa a viver um tempo diferente para ele”. In: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (01/06/1994), Comisión constitucional.

exercício deste direito preserva a independência dos profissionais no exercício das suas funções, estes praticamente não fizeram uso dele.

Submissão aos valores éticos estabelecidos pelos meios de comunicação, escondendo-se atrás do *autocontrole*, é típico do mundo jornalístico<sup>25</sup>. O jornalista quer a todo custo manter seu posto, “hoje muito valor é necessário para invocar a cláusula de consciência” (LÓPEZ TALAVERA; BARROSO ASENJO, 2009, p. 128), esquecendo até mesmo os seus direitos mais básicos. Isto é o que pode ser entendido hoje como *uma perda de valores*, não já sociais, que também porque estão ligados intimamente, se não pessoais, pelo menos na esfera mais íntima do ser humano como tal. Personalidade e outros valores que nascem da dignidade humana são assim restritos.

Também não se deve esquecer que a imprensa, ilegitimamente, cria espécie de *listas negras* sobre aqueles profissionais que poderiam criar problemas para as empresas de comunicação por defender seus valores e direitos, que é *de fato* uma limitação extralegal, antinatural e inconstitucional estabelecido unilateralmente pelas empresas jornalísticas.

---

<sup>25</sup> É isso que os jornalistas Miguel Ángel Aguilar e Iñaki Gabilondo (acima mencionados), assim como os demais que apareceram no Congresso por ocasião da redação da Lei, concluíram perguntando a si mesmos se não estariam permitindo uma espécie de escravidão ao jornalista permitindo que sejam as próprias empresas jornalísticas que decidem o que é moralmente aceitável no exercício da liberdade de imprensa, sem contar com os sujeitos detentores de tal liberdade de tal forma que ela deve ser aceita sem mais delongas.

O primeiro questionou se “é o *playground* de mídia, o mercado de trabalho e o pulso moral dos profissionais quanto a tais invocações? O requerente pode esperar para encontrar trabalho mais tarde em alguma outra empresa de informação? Seus escrúpulos ou princípios serão mais bem acomodados em qualquer outro bastão de um fã, nas hastes de um fã da imprensa que sofre de hemiplegia – digo, o fã –, e só é colocado à direita?” E advertiu que a cláusula de consciência provoca um repúdio generalizado das empresas, sendo a submissão e a docilidade o valor crescente como caminho para a prosperidade, econômica e profissional. In: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (01/06/1994), Comisión constitucional.

Perante tudo isto e mais as circunstâncias que poderiam ser pedras no caminho profissional (social e pessoal) do jornalista, ele decide renegar aos seus direitos. Como Fernández-Miranda Campoamor (2009, p. 145) fez bem em resumir assim:

Dificuldades em alcançar a estabilidade e promoção profissional não favorecem a independência e podem se tornar em papel molhado as reivindicações há muito tidas como necessárias por parte dos profissionais e que, finalmente, tornam-se apenas os direitos exercidos pelos mais bem conceituados e mimados pelo público e, conseqüentemente, pelos meios de comunicação.

É desta forma que fica de longa distância a posição doutrinária da prática dos informantes. Da prática, sim, porque teoricamente as posições são semelhantes, se não é o mesmo. Ambas compartilham a defesa da independência, mas os informantes vêm os postulados irrealizáveis.

De acordo com as reflexões kantianas, a imprensa não deve superar o fim para que elas servem. Nem, claro, em uma demonstração de ser considerado o Quarto Poder, como se disse no início, substituir os órgãos políticos legítimos constitucional ou legalmente. Mas, tendo em conta, principalmente, a concentração dos meios de comunicação em grandes empresas (cerceando, assim, o pluralismo existente numa democracia e, conseqüentemente, a diversidade de opiniões) e a predominância de rentabilidade econômica dessas empresas em comparação com o serviço público, faz com que se fale mais não de opinião pública (relegada a encontros ou, mais, manifestações, embora neste momento eles pudessem se incluir dentro de uma imprensa social institucionalizada como é a internet, as nomeadas redes sociais como se viu na “primavera árabe”<sup>26</sup>), mas

<sup>26</sup> Foi assim chamada uma série de protestos em vários países do Norte da África em favor da democracia e contra regimes corruptos e autoritários nascidos de nacionalismos árabes que, facilitados e reconhecidos pelas democracias ocidentais, surgiram entre as décadas de 1950 e 1970, após as respectivas descolonizações, e que impediram a oposição política.



de *opinião publicada* (TORRES DEL MORAL, 2009b, p. 145). Isto é o que aparece diariamente na imprensa institucionalizada clássica (jornal, rádio e televisão) e moderno (internet, embora este tenha seus variantes internos) e que depende dos mercados. Desta forma, a opinião publicada oferece pouca confiabilidade como uma fonte de informações, fazendo o público a ser mais cético sobre o processo de comunicação, aonde entra em jogo o papel dos profissionais que, como observado, é espartilhado<sup>27</sup> por seu próprio bem-estar, desrespeitando, assim, os próprios códigos de ética que regem a profissão como veículo independente de transmissão de informações.

É interessante como desde sua própria galeria no decano da imprensa espanhola, o jornal diário ABC, seu Diretor, o jornalista José Antonio Zarzalejos, *olha o umbigo* do jornalismo mais atual (não com a bênção da imprensa, porque ele teve que sair pouco depois desse meio, mas por sua situação profissional, cara referência do profissionalismo jornalístico), colocando em causa por influência do que o mercado, e os meios especificamente, têm no que deveriam ser a independência e a objetividade informativa, qualidade das notícias, finalmente e após:

O destinatário do trabalho intelectual – assim se pode definir um jornal de qualidade – não é o mercado, mas a sociedade. O mercado está em sobreposição em relação à sociedade. Somos nós, os jornalistas – com editores profissionais e não com “*businessmen* que não preocupam se a notícia é verdadeira, importante ou valioso, mas só atraente”, de acordo com o referido Kapuscinski<sup>28</sup> – que nós devemos recusar mudar a

<sup>27</sup> Nota do Editor: no original, o autor escreve “encorsetado” (derivado de “corset”), e a condição traduzida de “espartilhado” é uma figura de linguagem que remete a estar quase que amarrado dentro de um espartilho – cinta que se usa para apertar, muito firmemente, a cintura.

<sup>28</sup> Nota do Editor. O jornalista Zarzalejos faz referência ao jornalista biellorosso Ryszard Kapuściński (falecido na Polônia, aonde trabalhava, em 2007), e que discursou em 2004 (o que desapontou o então Primeiro-Ministro inglês Tony Blair) ao receber o Prêmio Príncipe de Astúrias, dizendo que “junto a la palabra *journalist* funciona la expresión *media worker*. Y viceversa. Un *media worker*

natureza de nossa função. O mercado exige altas audiências e rentabilidade [...]; a sociedade, referências solventes e discussões de princípios, critérios e valores. O mercado quer diversão, mórbida, escabrosidades – o que é chamado *atratividade* informativa –, mas a sociedade exige respeito para os processos de reflexão, a preservação das liberdades individuais e coletivas e a vindicação de um sistema de coexistência com direito, se for o caso, de tédio, à rotina democrática, tão saudável, por outro lado, para a estabilidade global. A *espetacularização* da notícia – que é o que exige o mercado, mas a sociedade não – repetidamente sugere um material com o objetivo de transformá-lo em uma verdade: que os jornalistas fazemos parte de um circo do qual são esperadas emoções e sensações fortes e um serviço permanente à visceralidades cidadãs, mas não rigor, imparcialidade ou responsabilidade.

[...] Denuncia Kapuscinski – volto a ele – para argumentar que “o perigo é que a mídia – convertida em um verdadeiro poder – não mais se dedicar exclusivamente à informação para definir um objetivo mais ambicioso: criar realidade”.<sup>29</sup>

É possível, portanto, concluir afirmando que é imposta no jornalismo, como em outros muitos campos profissionais, a lei do mercado, impulsionada não pelo mercado em si, mas pelos grandes meios de comunicação, grandes empresas cujo objetivo final não é tanto servir à sociedade como um meio para a formação de uma opinião pública livre que representa o arco-íris pluralista da democracia, mas o lucro econômico que permitirá criar a opinião pública a fim de controlar os poderes para benefício próprio. É o que define Torres del Moral (2009b, p. 143) como *mediacracia*.

---

puede ser hoy presentador de telediario, mañana portavoz del gobierno, pasado mañana corredor de bolsa y al cabo de dos días convertirse en director de una fábrica o de una multinacional petrolera. [...] Este trabajo no tiene nada que ver con conceptos como deber social u obligación ética. Lo suyo es vender un producto, como cualquier otro trabajador de servicios, que constituye la parte de león –y cada vez más numerosa– de las profesiones existentes en el mundo desarrollado”.

<sup>29</sup> Artigo de opinião “Os jornalistas, ‘feras selvagens’”, no Jornal ABC, de 17 de junho de 2007, como Diretor.

## 9 CONCLUSÕES

Apesar da tentativa constitucional de assegurar a independência profissional dos informantes, não se pode esquecer que o jornalismo atual é submetido a um processo contraditório tal que cada extremidade pretende se impor. E que o termo “meio de comunicação social” se torna um ideal utópico, dificilmente atingível. Tudo isto num quadro de universalização da necessidade para obter informações o mais urgentemente possível, porque essas notícias devem alcançar seus destinatários o quanto antes – inclusive, antes dos demais meios de comunicação.

O jornalismo, como empresa informativa, responde a uma lógica comercial e competitiva que pretende vender as informações como produto para o maior número de pessoas, por que as grandes manchetes e o espetacular têm precedência. Como a função social de informar à opinião pública, o jornalismo deveria perseguir a objetividade e a independência, para as quais existe uma corrente deontológica buscando uma informação rigorosa e de qualidade, baseada na honestidade profissional e na responsabilidade.

A lei, como tal, é um instrumento cuja finalidade é um pouco duvidosa. O texto constitucional é obrigatório para todos como norma superior do ordenamento jurídico. Isto deve ser suficiente, e geral para todos.

Há também um reconhecimento, pelo Estado democrático, da sociedade e dos próprios profissionais envolvidos no campo da comunicação, dos códigos de ética jornalísticos, de domínio interno e supranacional. Então, por que não é suficiente com isto? Ou por que a aceitação de tais códigos, bem como a própria criação de suas normas éticas de autorregulamentação, são uma mera máscara para a galeria democrática, atrás da qual se escondem práticas nada saudáveis? Ainda que não quanto a uma relação hierárquica apropriada

trabalhador-empregador, mas como uma pessoa em sua capacidade como tal. Por que se esvazia o conteúdo, portanto, de qualquer instituição derivada dos meios de comunicação, como poderiam ser liberdade – acima de tudo –, igualdade, justiça e pluralismo, valores fundamentais do Estado democrático, se este Estado não é capaz de garantir as liberdades e direitos dos seus cidadãos? E, o que é mais importante: estaria desamparado o direito da cláusula de consciência sem um desenvolvimento jurídico? Não seria exercido pelos titulares do direito?

É assim que, dada à imprecisão do sujeito ativo do direito pela doutrina, pelos próprios envolvidos e pela jurisprudência e a falta de estudos do caso no seu exercício, é muito difícil acabar com algo mais do que acreditar no profissionalismo do informador.

Por um lado, essa indefinição subjetiva do que é ser jornalista, ou melhor, a generalização e extensão, que o Tribunal Constitucional decide sobre o direito à cláusula a “todos os operadores de informações”. E determina que existe, e não é pouco, intrusão profissional. Por outro lado, a especificidade da Lei, que desenvolve a garantia de um direito constitucionalmente atribuído a todos, sem exceção. E, apesar de uma tentativa de remover todas as dúvidas sobre sua legitimidade para insistir na necessidade de “proteção especial do jornalista” a favor da formação de uma verdadeira opinião pública livre, resulta evidente que se trata de encobrir o privilégio de certos profissionais pelo fato de sê-lo, embaçando os conceitos de pilares do próprio Estado social e democrático de direito.

No entanto, as tentativas foram inúteis devido ao medo de represálias, seja profissional, pessoal, e mesmo social, pelo mercado da informação, deixa mais marca no profissionalismo – a garantia da carreira, do emprego – dos jornalistas do que se conhecer como um bom informante.

## REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. **El derecho al honor y las libertades de información y expresión**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

BAMBA CHAVARRIA, Juan Carlos. El derecho profesional a la cláusula de conciencia periodística: apuntes de regulación en Europa y América Latina. In: Derecom, n.º 7, septiembre-noviembre, 2011. Disponible em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3734505.pdf>>.

CAPODIFERRO CUBERO, Daniel. Problemas y contradicciones de la regulación de la cláusula de conciencia periodística. In: Revista de Derecho Político, Madrid, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), n.º 94, p. 219-252, septiembre-diciembre 2015. Disponible em: <<https://ddd.uab.cat/record/170621>>.

CARRILLO LÓPEZ, Marc. **La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas**. Madrid: Civitas, 1993.

CARRILLO LÓPEZ, Marc. La ley orgánica de la cláusula de conciencia: una garantía atenuada del derecho a la información. In: Cuadernos de Derecho Público, n.º 2, p. 177-193, 1997. Disponible em: <<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=470&path%5B%5D=525>>.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. **Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

COL.LEGI DE PERIODISTES DE CATALUNYA. Disponible em: <<http://www.periodistes.org/ca/home/colegi/presentacio/antecedents-i-historia.html>>.

DESANTES GUANTER, José María. **El autocontrol de la actividad informativa**. Madrid: Edicusa, 1973.

DIARIO EL PAÍS. Periodistas (Editorial), Madrid, 23 de octubre de 2005.

ESCOBAR ROCA, Guillermo. La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. In: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 22, p. 227-234, septiembre-diciembre 1995.

ESPAÑA. Congreso de los Diputados. Comisión Constitucional. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Madrid, año 1994, V Legislatura, núm. 226, 1.º de junio de 1994. Disponible em: <[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L5/CONG/DS/CO/CO\\_226.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/DS/CO/CO_226.PDF)>.

ESPAÑA. Constitución (1978). La Constitución Española. Disponible em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>.

ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado. Madrid, Disponible em: <<http://www.boe.es/legislacion/>>.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Buscador de Jurisprudencia. Disponible em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/>>.

FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE PERIODISTAS. Barcelona. Disponible em: <<http://www.fesp.org/>>.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. **El secreto profesional de los informadores**. Madrid: Tecnos, 1990.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Carmen. El derecho a la cláusula de conciencia de los informadores. In: TORRES DEL MORAL, Antonio (Director). **Libertades informativas**. Madrid: Colex, 2009. p. 415-458.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Carmen. La protección legal de la integridad profesional del informador. In: **Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED**, Madrid, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), n.º 7, 1994.

FUENTE-COBO, Carmen; GARCÍA-AVILÉS, José Alberto. La aplicación de la cláusula de conciencia de los periodistas en España: problemas y limitaciones de un modelo incompleto. In: Cuadernos.info, Santiago (Chile), Ed. Facultad de Comunicaciones, Pontificia Universidad Católica de Chile, n.º 35, p. 189-207, 2014. Disponible em: <<http://www.cuadernos.info/index.php/CDI/article/view/cdi.35.548>>.

GARCÍA GARCÍA, Javier. La cláusula de conciencia en el nuevo ecosistema de los medios de información y la comunicación. In: Derecom, n.º 20, p. 133-151, 2016. Disponible em: <<http://www.derecom.com/secciones/articulos-de-fondo/item/96-la-clausula-de-conciencia-en-el-nuevo-ecosistema-de-los-medios-de-informacion-y-la-comunicacion>>.

GARCÍA GUERRERO, José Luis. Una visión de la libertad de comunicación desde la perspectiva de las diferencias entre la libertad de expresión, en sentido estricto, y la libertad de información. In: **Teoría y Realidad Constitucional**, n.º 20, Madrid, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2º semestre, 2007. 359-399.

LILLO PÉREZ, Enrique. Algunas cuestiones actuales sobre los derechos constitucionales en la relación laboral. In: SALINAS MOLINA, Fernando; MOLINER TAMBORERO, Gonzalo. (Directores). **La protección de derechos fundamentales en el orden social**. Madrid: CGPJ, 2005.

LINDE PANIAGUA, Enrique; VIDAL BELTRÁN, José María. **Derecho audiovisual**. Madrid: Colex, 2007.

LÓPEZ TALAVERA, María del Mar; BARROSO ASENJO, Porfirio. La cláusula de conciencia en los códigos de ética periodística: análisis comparativo. In: **Signo y Pensamiento**, nº 55, v. XXVIII, p. 124-135, julio-diciembre 2009. Disponível em: <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/view/4507>>.

MARTÍNEZ MORÁN, Narciso. Mundialización y universalización de los derechos humanos. In: CASTRO CID, Benito de; MARTÍNEZ MORÁN, Narciso (Coord.). **18 lecciones de filosofía del derecho**. Madrid: Universitas, 2008.

MILL, John Stuart. **Sobre la libertad**. Tradução de Pablo Azcárate. Madrid: Alianza, 1984.

MOLAS, Isidre. **Derecho constitucional**. Madrid: Tecnos, 2009.

NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>.

NAVAS CASTILLO, Florentina. Libertad de expresión y derecho a la información. In: TORRES DEL MORAL, Antonio (Director). **Libertades informativas**. Madrid: Colex, 2009. p. 89-110.

NAVAS CASTILLO, Florentina; TORRES DEL MORAL, Antonio. Encuadramiento terminológico y evolución histórica de las libertades informativas. In: TORRES DEL MORAL, Antonio (Director). **Libertades informativas**. Madrid: Colex, 2009. p. 15-70.

NOTICIAS JURÍDICAS. Madrid, Ed. Grupo Wolters Kluwer España. Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/](http://noticias.juridicas.com/base_datos/)>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Disponível em: <<http://dle.rae.es/?w=diccionario>>.



RODRIGUEZ, Ángel. Libertades públicas (I): la libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación. In: **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Tecnos, 2014. p. 504-536.

RODRIGUEZ-ZAPATA, Jorge. Teoría y práctica del derecho constitucional. Madrid: Tecnos, 1996.

ROSADO IGLESIAS, Gema. El estatuto jurídico de los profesionales de la información. In: TORRES DEL MORAL, Antonio (Director). **Libertades informativas**. Madrid: Colex, 2009. p. 347-396.

TORRES DEL MORAL, Antonio. El instituto jurídico de la opinión pública libre. In: TORRES DEL MORAL, Antonio (Director). **Libertades informativas**. Madrid: Colex, 2009b. p. 135-158.

TORRES DEL MORAL, Antonio. Los medios de comunicación social: introducción. In: TORRES DEL MORAL, Antonio (Director). **Libertades informativas**. Madrid: Colex, 2009a, p. 673-686.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Council of Europe. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Strasbourg (Francia), 2 de octubre de 2013. Disponible em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)>.

VIDAL BENEYTO, José. Entre el negocio y los derechos humanos. In: **Diario El País**, Madrid, 9 de junio de 2008.

VOLTAIRE. **Le sottisier**. Aix-en-Provence: Alinea, 1992. In: LE GARS, Yves (Org.). Coll. L'Intemporel.

ZARZALEJOS, José Antonio. Los periodistas, “bestias salvajes”. In: **Diario ABC**, 17 de junio de 2007.

## ANEXO

### *LEI ORGÂNICA 2/1997, DE 19 DE JUNHO, SOBRE A CLÁUSULA DE CONSCIÊNCIA [Traduzido]*

#### Artigo 1.º

*A cláusula de consciência é um direito constitucional dos profissionais da informação que visa assegurar a independência no desempenho da sua função profissional.*

#### Artigo 2.º

*1. Sob a cláusula da consciência os profissionais da informação têm o direito de solicitar a cessação da sua relação jurídica com a empresa de mídia em que trabalhar:*

- a) Quando no meio de uma comunicação que ligava do trabalho há uma alteração substancial da linha ideológica ou remessa de informações.*
- b) Quando a empresa movê-los para um outro meio do mesmo grupo envolvendo uma clara ruptura com a orientação profissional do informador por gênero ou linha.*

*2. O exercício deste direito irá resultar em uma compensação, que não deve ser menor do que o acordado contratualmente, ou, na sua falta, o estabelecido por lei para a demissão injusta.*

#### Artigo 3.º

*Profissionais da informação podem declinar, por conseguinte, a participar na elaboração de informações contrárias aos princípios éticos da comunicação, sem que possa levar a sanção ou prejuízo.*

Disposição revogatória única

*São revogadas todas as disposições que contraria o disposto nesta Lei Orgânica.*

Disposição final única

*A presente Lei entra em vigor no dia seguinte a sua publicação no boletim oficial do estado.*

*Recebido em: 26/12/2020*

*Aprovado em: 21/2/2021*

---

# 4

## TRABALHO E PROTEÇÃO SOCIAL NA AMÉRICA LATINA DEVIDO À CRISE HUMANITÁRIA GERADA PELO CORONAVÍRUS

*J. Eduardo López Ahumada<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A Pandêmica Covid-19 Em uma Situação Econômica: Incerteza. 3 Trabalho, Proteção Social e Crise Humanitária: as Indicações da OIT. 4 Os Principais Desafios Internacionais da Crise Global no Mundo do Trabalho. 5 Reflexões sobre a Situação da América Latina Diante da Crise Social e Humanitária. 6 Crise de Saúde Global e Exclusão Social na América Latina. Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

A crise do Covid-19 está levando a uma situação sem precedentes que irá transformar o nosso modelo de convivência social e a base do nosso Estado Social. Estamos observando como as respostas dos Estados são díspares diante de um desafio global,

---

<sup>1</sup> Pesquisador principal da linha de pesquisa em Relações Laborais e Proteção Social do Instituto Universitário de Pesquisa em Estudos Latino-Americanos da Universidade de Alcalá (IELAT). Pesquisador do IELAT nas áreas de Direito e Relações Trabalhistas e Proteção Social. Professor de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universidade de Alcalá (Madrid, Espanha). Acadêmico Correspondente da Academia Real de Jurisprudência e Legislação da Espanha. Diretor da Revista de Estudos Latino-Americanos de Relações Trabalhistas e Proteção Social, editado por Cinca, SA (ISSN- 2445-0472).

que se traduz em uma pandemia histórica, como consequência da rápida e intensa disseminação do Covid-19. Estamos diante de uma pandemia que está causando efeitos significativos nos mercados de trabalho, no sistema de relações de trabalho e na aplicação dos instrumentos básicos da Previdência Social.

## **2 A PANDÊMICA COVID-19 EM UMA SITUAÇÃO ECONÔMICA: INCERTEZA**

Atualmente, estamos diante de uma situação incerta, que não estava prevista na época, e que está sendo tentada pelos poderes públicos com base nos poderes soberanos dos Estados. Como indicamos, estamos diante de uma pandemia, que estamos assimilando inesperadamente e sem experiência anterior. Do ponto de vista econômico, essa situação está dando origem a uma economia paralisada, que chegou a quebrar nossas vidas programadas. Houve uma ruptura com nosso modelo de desenvolvimento, baseado na competitividade e no desenvolvimento econômico insensível. Com isso, entendemos uma concepção enraizada no tempo, que exagera a economia e coloca o mercado acima do papel central da pessoa.

As consequências da pandemia paralisaram a atividade econômica e seus efeitos são especialmente visíveis no trabalho das pessoas. Mais uma vez, deve-se notar que a crise do coronavírus passou a questionar nosso modelo de economia, muitas vezes insensível aos aspectos sociais e éticos ligados ao trabalho das pessoas. A crise no Covid-19 vai transformar o nosso modelo de convivência social e a base do nosso Estado Social. Estamos vendo como as respostas dos estados são díspares a um desafio global, que se traduz em uma pandemia histórica, como consequência da rápida e intensa disseminação do vírus que está nos afetando<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Por esse motivo, insiste em formular uma abordagem para a situação, que pressupõe uma resposta reativa ao *status quo*, na medida em que a política deve estar a serviço da situação em um contexto certamente excepcional. Vid. VALLESPÍN, 2020, folhas 1.

Sem dúvida, esta é uma situação incerta, que ninguém previa na época, e que estamos tentando assimilar, dando respostas a partir da perspectiva da soberania dos estados-nação. Uma situação de pandemia de saúde está sendo enfrentada, cuja resposta está sendo precipitada e sobrecarregada por eventos. A situação exige medidas de compensação diante de uma economia paralisada, que rompeu a dinâmica das relações comerciais e trabalhistas, sofrendo de competitividade e desenvolvimento econômico.

No caso da Espanha, já havia informações de referência disponíveis sobre as experiências da China e da Itália, mas em nosso país, como aconteceu em outros países como Estados Unidos, Brasil, México ou Reino Unido, demorou muito tempo em reagir, apesar de já conhecer os efeitos da doença nas pessoas, na convivência social e nas relações socioeconômicas. Apesar disso, devemos enfatizar, como uma ideia geral essencial, que a resposta não pode recair única e exclusivamente sobre os estados nacionais. De fato, é necessária a conjunção da comunidade internacional, avançando em medidas coordenadas de proteção social, no campo do trabalho e da saúde pública, para atender a esta pandemia global.

Do ponto de vista econômico, a situação nos remete a um contexto atual adverso e a um futuro altamente incerto. As consequências futuras da crise serão profundas e terão um alto custo, dadas as consequências e a magnitude da epidemia que excede as previsões iniciais<sup>3</sup>. A crise do coronavírus mostrou que a globalização não funcionou e que sua ação deve ser reformulada em um mundo global. Isso requer um novo papel proativo para

<sup>3</sup> Nesse sentido, foi indicado que a atual pandemia tem um caráter extraordinário, mas não se deve esquecer que se enquadra nas previsões científicas. Do ponto de vista da sua natureza extraordinária, a crise tem afetado o “normal funcionamento da economia mundial e da sociedade como um todo, mas por seu potencial para quebrar uma maneira de fazer, pensar e sendo que para a maioria parte da história se teve como premissas a exploração, transferência e marginalização de pessoas vulneráveis.” (Vid. VAN HO, 2020, apartado 9). Nessa perspectiva, o autor sustenta a necessidade de remover os atuais modelos de operação da economia e dos mercados, bem como enfrentar uma reorientação drástica das políticas legislativas.

os estados nacionais e maior coordenação da ação institucional por organizações internacionais. Portanto, a resposta não deve ser reativa, mas proativa.

Por outro lado, a atual crise global também precisa da ajuda dos mercados. Esses mercados devem agora ser solidários, acima de tudo, do ponto de vista da ajuda e da promoção de crédito para os Estados e para o próprio sistema econômico. Nesse sentido, e em relação à ajuda aos Estados, é necessária a assistência das organizações internacionais competentes no assunto, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial.

Por parte dos Estados nacionais, a situação atual exige uma mudança drástica na orientação das políticas orçamentárias, e novas medidas e benefícios fiscais devem ser considerados. É necessária uma orientação dos gastos públicos para o fortalecimento dos sistemas de saúde, fornecendo a garantia de acesso à população a renda vital, bem como o incentivo econômico para alcançar a necessária reativação econômica. Por esse motivo, é especialmente importante avançar nos aspectos sociais, promovendo um contexto que permita uma recuperação sustentável, sem descuidar a inclusão social dos grupos mais desfavorecidos por essa crise humanitária.

Recentemente, tivemos algumas experiências no combate à crise financeira de 2008. No entanto, a situação atual é totalmente diferente e exigirá novas medidas econômicas e sociais. Essas medidas não devem negligenciar as variáveis essenciais de uma política social no local de trabalho e proteção social. Referimo-nos especialmente a medidas para proteger os trabalhadores no trabalho, a promoção da atividade econômica e do emprego após a crise, a proteção do emprego existente e, principalmente, o atendimento às pessoas mais vulneráveis. Especificamente, deve-se notar que a situação exige a implantação de medidas especiais para proteger a saúde e a segurança no trabalho, a fim de proteger os trabalhadores que atualmente prestam serviços, especialmente no que diz respeito ao pessoal de saúde, bem como àqueles que eles fornecem serviços essenciais.

Obviamente, são grupos de primeira atenção porque seu regime de atividades laborais não pode ser interrompido e estão mais expostos a situações de contágio no trabalho e incapacidade temporária no trabalho.

Tudo isso implica a necessidade de implantar institucionalmente um conjunto de medidas destinadas a proteger o emprego, juntamente com subsídios financeiros e fiscais, especialmente voltados para pequenas e médias empresas. Do ponto de vista da proteção social, a situação criará uma pressão incomum nos sistemas públicos de previdência social. A situação atual deve ser tratada com ajustes específicos nos sistemas de seguridade social, prestando atenção especial à cobertura e adaptação da proteção social a um momento excepcional de crise humanitária.

### **3 TRABALHO, PROTEÇÃO SOCIAL E CRISE HUMANITÁRIA: AS INDICAÇÕES DA OIT**

A pandemia paralisou a atividade econômica e seus efeitos são especialmente visíveis no trabalho das pessoas. Mais uma vez, deve-se notar que a crise do coronavírus passou a questionar nosso modelo de economia, muitas vezes insensível aos aspectos sociais e éticos ligados ao trabalho das pessoas. De fato, o vírus chegou a demonstrar a fragilidade de um sistema econômico, que em muitos casos é artificial e desconectado da própria realidade social. É uma crise, que não pode ser tratada como uma mera situação de apoio a uma situação econômica adversa, pois não estamos enfrentando uma situação humanitária. Esta situação é, certamente equivaleria a recorrer às ações desenvolvidas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Certamente, a OIT tem um papel especial nessa situação de emergência e possui instrumentos para desenvolver políticas trabalhistas e sociais adequadas para combater a pandemia. Em geral, temos os instrumentos internacionais básicos – convenções e recomen-



dações<sup>4</sup> – que marcam um importante caminho a seguir em relação ao trabalho decente e à justiça social, bem como ao recurso a códigos de conduta, guias e manuais para a interpretação das normas internacionais do trabalho. Precisamente agora, nesta situação de emergência, a OIT deve concentrar sua ação no fornecimento de respostas e taxas de tratamento para uma situação certamente complexa.

A OIT considera que pelo menos entre 8,8 e 35 milhões de pessoas em breve estarão em uma situação de pobreza no mundo inteiro. Essa declaração foi feita em um relatório institucional de 18 de março de 2020. É um relatório de acompanhamento, que monitora a situação atual e é atualizado progressivamente. Em geral, argumenta-se que a crise atual poderia aumentar profundamente o desemprego de uma perspectiva global. Nesse sentido, são consideradas diferentes variáveis, que se referem a diferentes cenários formulados sob a forma de hipóteses sobre os efeitos sociais do Covid-19.

Esta situação, sem dúvida, afetará o crescimento econômico mundial. Consequentemente, essas estimativas preveem um aumento drástico no desemprego global entre 5,3 milhões, em um cenário mais prudente. Em vez disso, a referida previsão piora, chegando a 25 milhões na hipótese mais pessimista, que leva em conta sua projeção em uma população básica de 188 milhões em 2019. Essa situação de grande perda de empregos já está levando a grandes perdas de renda para trabalhadores<sup>5</sup>. Isso se deve a reduções salariais, perda de empregos ou situações ligadas ao acesso a benefícios sociais ou

---

<sup>4</sup> De fato, as normas internacionais do trabalho têm seu potencial especial em uma situação de pandemia com efeitos trabalhistas e sociais. O direito internacional oferece uma estrutura geral de eficácia, que mostra o caminho a seguir do ponto de vista do trabalho decente. Esses padrões oferecem às pessoas que estão trabalhando, ou em situação de necessidade, proteção mínima em uma situação de emergência drástica. Esta situação dificilmente pode ser assimilada e enfrentada sem mecanismos sociais compensatórios.

<sup>5</sup> Em geral, considera-se que as perdas econômicas se movem entre aproximadamente US \$ 860 bilhões e US \$ 3,4 trilhões no final de 2020. Sem dúvida, o efeito direto dessa situação se traduz em uma queda drástica no consumo de bens e serviços. Obviamente, a crise social terá um efeito direto sobre a crise dos negócios em um cenário econômico adverso.

subsídios econômicos em caso de necessidade.

Diante dessa situação, Guy Ryder, Diretor-Geral da Organização Internacional do Trabalho, enfatizou que a pandemia de coronavírus não é apenas uma crise de saúde, mas também se apresenta como uma crise de natureza social e econômica (RYDER, 2020)<sup>6</sup>. De fato, o sistema econômico tem sido vulnerável aos efeitos da propagação do vírus. Precisamente, uma das prioridades é a atenção iminente aos grupos sociais mais vulneráveis em relação às consequências econômicas da pandemia. Precisamente, a OIT defendeu a adoção de medidas urgentes, implementadas em larga escala e de maneira coordenada<sup>7</sup>.

Tais medidas devem ter como objetivo essencial a proteção dos trabalhadores no trabalho, a promoção da economia, a defesa do emprego, a preservação dos empregos atuais e a garantia de renda mínima de subsistência.

Sem dúvida, estamos enfrentando uma meta altamente ambiciosa, que envolve a expansão da proteção e o apoio resolutivo ao emprego. Especificamente, essas soluções levam à suspensão de contratos de trabalho, reduções temporárias no horário de trabalho, uso de férias pagas antecipadamente e uma ampla implantação de subsídios econômicos para pessoas em situação de exclusão social. Tudo isso combinado com o desenvolvimento de ajuda financeira, bem como mecanismos de redução de impostos voltados para microempresas e pequenas e médias empresas.

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, vale destacar a projeção da ação multilateral como meio de combate internacional contra a crise do coronavírus. Precisamente, podemos destacar os primeiros trabalhos realizados na extraordinária Cúpula virtual do G20 sobre a resposta ao Covid-19, realizada em 26 de março, em uma primeira tentativa internacional de lançar uma resposta conjunta e coordenada à crise da saúde.

<sup>7</sup> Obviamente, estamos diante de uma situação excepcional que deve ser enfrentada com medidas de apoio de todos os tipos. Neste sentido, a OIT refere-se ao desenvolvimento de medidas de emergência em grande escala, que deve ser coordenada, baseada em três pilares: “trabalhadores protegem no lugar de trabalho, estimular a economia e o emprego, sustentar empregos de trabalho e renda” (SERVAIS, 2020).

## **4 OS PRINCIPAIS DESAFIOS INTERNACIONAIS DA CRISE GLOBAL NO MUNDO DO TRABALHO**

A pandemia não é apenas uma crise de saúde, mas os efeitos sociais e econômicos são extremamente intensos e complexos. As consequências dessa crise serão observadas ao longo do tempo e a intensidade de seus efeitos deverá ser analisada progressivamente, aplicando novas medidas de natureza econômica, proteção ao emprego e atividade produtiva. A OIT estima que até 25 milhões de pessoas possam perder o emprego, resultando em uma perda de renda para os trabalhadores que podem chegar a três milhões e quatrocentos mil dólares. Certamente, estima-se que o Irã provavelmente variando com o passar do tempo e até mesmo suas consequências podem ser maiores.

No entanto, o que podemos afirmar é que nossos sistemas de relações de trabalho não estavam preparados para uma situação como essa, pois as empresas precisam interromper suas atividades, independentemente do tamanho ou do escopo normal da atividade produtiva. Os efeitos são evidentes, começando com a redução do tempo de trabalho, a suspensão de contratos ou até a demissão de funcionários por motivos de força maior ou de negócios. São medidas aplicadas quando o trabalho remoto não se mostra como uma possível forma de benefício no emprego, o que permite conciliar situações de confinamento profissional com o desenvolvimento do trabalho.

Da mesma forma, deve ser dada atenção especial à proteção da continuidade das empresas, como uma medida destinada a salvar empregos gerados anteriormente no futuro e impedir o recurso automático a demissões durante a epidemia. Esse objetivo é essencial, especialmente em um contexto de total incerteza e que nos é apresentado com esperança como uma situação conjuntural.

O problema é exatamente quanto tempo essa situação temporária vai durar e que efeitos ela terá sobre nossa economia e o mercado de trabalho. Em relação à proteção do tecido industrial,

e especificamente das empresas, o uso de políticas fiscais é especialmente importante.

Essas políticas permitem conter temporariamente os custos dos negócios, bem como enfrentar em breve um programa de investimento público para gerar um ciclo expansionista de criação de atividade econômica<sup>8</sup>. De fato, essas seriam medidas adequadas para evitar a projeção de uma recessão temida, que sem as medidas públicas necessárias levaria a uma situação prolongada de crise econômica ao longo do tempo.

Do ponto de vista das pessoas que trabalham, não há dúvida de que as medidas de proteção ao trabalho devem ser especialmente promovidas. Trabalhadores de serviços essenciais devem ser efetivamente protegidos, como o pessoal de saúde (serviços essenciais ou necessários), trabalhadores dos transportes, as comunicações, suprimentos, etc. Esses grupos têm em comum suas atividades diárias. Esses trabalhadores prestam serviços em benefício da comunidade e arriscam sua própria saúde e, em muitos casos, suas vidas. Medidas para evitar riscos ocupacionais que afetam a saúde dos trabalhadores são essenciais. É um novo contexto para a aplicação do dever de prevenção do empregador.

Certamente, a situação surpreendeu o gerenciamento excepcional da política de prevenção de riscos ocupacionais, que levou à aplicação de novos equipamentos de proteção individual, através de máscaras, luvas de proteção, medidas higiênicas excepcionais, sistemas respiratórios, etc. Em geral, a OIT recomenda a adoção de medidas especiais de informação para trabalhos de risco e isso de acordo

---

<sup>8</sup> São necessárias medidas institucionais de proteção e estímulo econômico, como forma de garantir o tecido empresarial e a renda econômica dos trabalhadores. Nesse objetivo, deve estar presente o diálogo social com os agentes sociais, organizações empresariais e sindicais, que, por consenso, buscam as medidas mais adequadas para proteger pessoas e empresas. Isso também protege os trabalhos. Essas medidas envolvem o recurso a novos subsídios e ajuda, bem como o acesso ao crédito oficial para empresas e trabalhadores independentes, facilitando o apoio financeiro às empresas por meio do sistema bancário.

com as atividades de trabalho realizadas<sup>9</sup>. Sem dúvida, as obrigações de limpeza e desinfecção dos espaços de trabalho foram intensificadas, bem como a ventilação desses locais. Como na Argentina e no Brasil, é a suspensão planejada da exigência de reconhecimentos médicos, ou como no Chile, que permitiu que as possibilidades de afastamento do trabalho em casos de risco grave e iminente.

Certamente, a defesa dos empregos e do emprego gerado assume um papel especial. O recurso a suspensões de contratos de trabalho por motivos de força maior se torna a medida ideal, sempre acompanhada de mecanismos de proteção social em virtude do desemprego ou de subsídios econômicos de bem-estar em caso de necessidade. Da mesma forma, outra linha de defesa do trabalho se manifesta através da limitação do uso da demissão, seja na sua versão mais rígida, proibindo demissões ou com fórmulas mais flexíveis, apenando economicamente o uso das mesmas.

Nesta perspectiva, e dentro da OIT, faz especialmente sentido o uso da Convenção da OIT (n.º 158), 1982. Este instrumento internacional ordena o regime internacional para a aplicação do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Em geral, prevê-se que a relação de emprego de um trabalhador não seja encerrada “a menos que haja justa causa relacionada à sua capacidade ou conduta ou com base nas necessidades operacionais da empresa, estabelecimento ou serviço”. Sob essa perspectiva, os trabalhadores devem ter um período de aviso prévio razoável ou, em vez disso, uma remuneração adequada, exceto nos casos em que a rescisão for devida a uma violação grave do funcionário.

De qualquer forma, e para os propósitos da situação atual, é importante destacar que a Convenção 158 contempla que a ausência temporária do trabalho por motivos de doença ou por lesão não deve constituir uma causa justificada de demissão (artigos 4 a 6 e 11).

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, considere o seguinte estudo institucional: ILO, 2020.

Da mesma forma, o teletrabalho, que não foi amplamente divulgado, permitiu soluções concretas em certas áreas. Sem dúvida, o teletrabalho permite que certos trabalhadores continuem trabalhando sem expor sua saúde e, por sua vez, é apresentado como uma fórmula que garante que as empresas mantenham sua atividade durante a crise. No entanto, essa forma de teletrabalho também deve levar em conta a nova situação atual gerada pelo confinamento de pessoas e, portanto, deve permitir a possibilidade de chegar a um consenso sobre a aplicação do teletrabalho, mantendo um equilíbrio adequado entre trabalho e responsabilidades familiares tendentes ao cuidado de crianças, doentes e idosos que vivem na casa da família.

A situação de pandemia piorou a situação de pobreza em muitas camadas da sociedade e, assim, gerou novas situações de exclusão social, derivadas da desigualdade diante da exposição a crises. Certamente, a luta contra a pobreza se manifesta como um objetivo essencial em um Estado Social e é evidente diante dessa crise como um obstáculo efetivo à prosperidade da sociedade. Sem dúvida, tudo isso exigirá de nossos poderes públicos novas políticas sociais que tentem reverter a situação nos próximos anos. São necessárias medidas de apoio social para os mais desfavorecidos, diante dos efeitos da epidemia e de suas consequências econômicas.

A OIT recorda em seu relatório que o desenvolvimento de uma política fiscal e monetária adequada é essencial, promovendo empréstimos e ajuda financeira nos setores sociais mais afetados pela crise. O perigo de uma crise humanitária, trabalhista e social é o aumento da desigualdade, que afeta desproporcionalmente certos segmentos da sociedade. Isto afeta particularmente os – assim chamados – trabalhadores precários, bem como aqueles grupos que são mais difíceis de acesso ao mercado de trabalho (jovens, trabalhadores idosos, as mulheres e migrantes).

Do ponto de vista da proteção social, vale destacar o aumento sem precedentes no uso da proteção ao desemprego, ainda que sob a

forma de desemprego temporário. Esta situação supõe um alto custo para o financiamento dos sistemas públicos de previdência social. A proteção do desemprego é essencial para garantir que as pessoas cheguem ao fim do mês com renda suficiente para sobreviver, o que será especialmente importante para os trabalhadores mais vulneráveis<sup>10</sup>.

Isso teria que ter uma resposta paralela para funcionários de conta própria, assim como para funcionários de meio período ou para aqueles que prestam seus serviços com contratos temporários. De qualquer forma, era uma solução que não estava disponível para todos os trabalhadores e para todos os sistemas de seguridade social.

Precisamente antes da epidemia de coronavírus, era uma proteção ainda na fase de expansão e cobertura adequada para os trabalhadores. Estima-se que antes da crise, apenas um em cada cinco trabalhadores no mundo tivesse acesso à proteção do desemprego.

Por fim, deve-se sublinhar que a OIT enfatizou a necessidade de enfrentar a situação institucionalmente em virtude do diálogo social. Nesta situação, o entendimento é imprescindível. É essencial manter um diálogo social ativo entre autoridades governamentais, associações empresariais e sindicais. Além disso, esse diálogo deve ocorrer dentro da empresa, onde deve haver compreensão e flexibilidade entre empregadores e representantes dos trabalhadores. Tudo isso supõe um contexto ideal que permite aumentar a confiança e se manifesta como um suporte necessário na atual crise.

## **5 REFLEXÕES SOBRE A SITUAÇÃO DA AMÉRICA LATINA DIANTE DA CRISE SOCIAL E HUMANITÁRIA**

Neste estudo, devemos nos referir à situação na América Latina, sendo o eixo essencial de nossas investigações e, devido, sem

<sup>10</sup> Certamente, a conexão entre trabalhadores vulneráveis, pobreza e situações de necessidade é uma variável que certamente é bem conhecida e é especialmente evidente em situações de crise econômica. Vid. RODGERS, 2013; GOMÉZ; ISORNI; SABER, 2000; e BENENCIA; QUARANTA, 2006, p. 83-114.

dúvida, às implicações econômicas e sociais de uma pandemia global. A crise humanitária gerada pelo coronavírus chega ao continente americano com um atraso e, portanto, possui uma certa margem de ação para não incorrer nos erros anteriores de outros estados. Esses países tiveram que reagir antes à situação de alarme de saúde. Na melhor das hipóteses, estima-se que a economia da América Latina e do Caribe possa contrair cerca de 5%, assumindo um aumento nas camadas pobres da sociedade, ultrapassando um total de mais de duzentos milhões de pessoas pobres<sup>11</sup>.

Essa crise humanitária pode dar origem a mais de vinte milhões de pessoas vivendo em extrema pobreza na América Latina, o que aumentaria o grande grupo socialmente excluído antes da crise<sup>12</sup>. Sem dúvida, esse é um fato devastador, sendo um efeito direto da queda da atividade econômica. Essa desaceleração econômica levará à perda maciça de empregos e à redução geral de renda.

Por se tratar de uma crise humanitária, seus efeitos serão mais intensos para as pessoas, afetando o modelo de convivência social e o modelo do estado de bem-estar social. Na América Latina, o coronavírus afetará especialmente os países da região, pois estava em uma situação de recuperação tímida. A pandemia está em uma situação fraca e sensível do ponto de vista da economia. Tudo isso ocorreu em um cenário de paralisia das cadeias globais de troca de bens e serviços. Isso se junta ao colapso total do turismo, que está retendo uma importante fonte de renda para os países latino-americanos. Espera-se que a situação volte em 2021, que agora é considerado o ano de recuperação econômica.

Especialmente a América Latina está enfrentando uma crise profunda e pode significar um declínio econômico-social sem

---

<sup>11</sup> Em geral, esta situação pode supor uma queda da renda de vinte por cento no cálculo anual. Isso afetará o aumento da pobreza, que pode atingir cerca de duzentos milhões de pessoas, em certos sistemas públicos de saúde precários.

<sup>12</sup> De fato, do ponto de vista da proteção do trabalho e da seguridade social, o grande problema é o retrocesso já conquistado no campo da luta contra a pobreza e a desigualdade. Vid. PINHEIRO, 2020.



precedentes. É uma crise emergente, cujas consequências serão maiores que os efeitos derivados do exterior e que requer importantes medidas de política fiscal para tentar limitar a crise econômica. É uma crise que atinge a região no pior momento, com o risco de perder a parte do progresso alcançado nos últimos anos. Sem dúvida, na América Latina é mais difícil programar uma hibernação controlada da economia, devido à real dependência externa.

A crise ocorre em uma região onde o problema da sustentabilidade da interrupção da atividade econômica e do confinamento de pessoas na América Latina é muito mais difícil devido às altas participações da economia informal<sup>13</sup>. De fato, a situação afeta especialmente a América Latina, onde o confinamento vive em clara oposição ao desenvolvimento da economia informal nas ruas. Em muitos países, 60 ou 70%, ou mesmo 80% da população, depende do desenvolvimento do setor informal, que em muitos casos nem sequer é registrado adequadamente<sup>14</sup>.

Diante dessa situação, a CEPAL, a organização visível da ONU para o desenvolvimento econômico do continente, está comprometida com a renda básica para a integração social. Isso certamente implica um alto custo econômico, embora daria origem a uma situação de segurança econômica para a população em um momento de grande incerteza. Neste contexto, a renda básica aprovada em muitos países

---

<sup>13</sup> Nos países que optaram por medidas para isolar as pessoas, deve-se notar que os cidadãos optaram por observá-las, registrando uma evidente falta de mobilidade dos cidadãos nas principais cidades da América Latina. Em suma, houve uma parcela reduzida da população que continua a sair às ruas por razões ligadas à busca de algum tipo de subsistência na economia informal.

<sup>14</sup> Na América Latina, a pobreza atinge um grau notável, apesar das melhorias econômicas e sociais experimentadas nas últimas décadas, que permitiram a contenção dos índices da economia informal. O setor informal evita até calcular a renda das pessoas de acordo com variáveis seguras e objetivas. Isso certamente seria positivo para determinar políticas de ajuda e subsídios econômicos em situações de crise humanitária, como a que estamos passando e que devem ser adotadas pelos chamados Estados Sociais.

latino-americanos como o Brasil, Argentina ou Colômbia, sendo esta uma medida temporária e necessária para a atenção às situações de necessidade são enquadrados às pessoas.

Obviamente, na América Latina estão em causa os mecanismos de compensação institucional para as pessoas mais vulneráveis. Todos os países entraram progressivamente em uma situação de quarentena, como aconteceu no Equador<sup>15</sup> ou no Peru, que foram os primeiros países a adotar esse tipo de medidas. Posteriormente, a medida foi estendida à Argentina, Brasil, Colômbia, Panamá e outros, resultando no isolamento de milhões de cidadãos na América Latina, como recurso preventivo para conter a pandemia causada pela crise humanitária do coronavírus.

Esta situação entrou em erupção repentinamente, precisamente como consequência dos efeitos anteriores, que ocorreram em países como Itália e Espanha. Esses países chegaram a marcar os passos a seguir, dada a dificuldade de controlar a pandemia.

## **6 CRISE DE SAÚDE GLOBAL E EXCLUSÃO SOCIAL NA AMÉRICA LATINA**

A situação atual supõe uma crise de saúde global, acompanhada pela muito temida crise econômica, com um impacto que não vimos até agora. Nesta situação, a doença será letal antes que as camadas da sociedade sejam excluídas do sistema de saúde. Isso afeta os grupos mais vulneráveis, que não têm cobertura universal de saúde pública. Por esse motivo, a presença do Estado nacional é cada vez mais importante neste momento, reafirmando a devida proteção

---

<sup>15</sup>O que aconteceu em Guayaquil é certamente significativo. Guayaquil foi o epicentro da pandemia no Equador e um prelúdio para a situação na América Latina e no Caribe. É uma cidade em que se estima que quase vinte por cento da população viva na pobreza, com alta presença de indigenismo. Sem dúvida, isso dificulta que essas pessoas se protejam e se salvem de uma situação de crise humanitária, além da proteção pública eficaz.

da saúde dos cidadãos<sup>16</sup>.

Sem dúvida, essa situação reafirmará ainda mais os grandes desafios da desigualdade e da justiça social na região, observando como a doença afeta grupos informais, indigenismo, famílias numerosas, idosos, etc. Em geral, essa situação de emergência de saúde afeta todos aqueles que não têm acesso material possível aos serviços de saúde. Sem dúvida, tudo isso é um grande desafio, que questionará o verdadeiro papel dos estados da região e diante do grande desafio de superar o intenso modelo de desenvolvimento introduzido pelos postulados do individualismo neoliberal.

Na América Latina, os gastos sociais representam uma média de 20% do produto interno bruto da região. Em suma, a situação de alarme de saúde está forçando todos os estados a escolherem o caminho dos subsídios para os segmentos mais vulneráveis da população, com medidas sem precedentes na América Latina. Essas são decisões que veremos se são suficientes ou não, e se serão prorrogadas, tanto do ponto de vista da proteção quanto dos grupos afetados. Estamos, portanto, diante de um novo desafio que exige mais proteção e bem-estar social.

Em geral, podemos destacar as importantes medidas econômicas implementadas no Chile e no Peru. No caso do Peru, foi aprovado um importante plano econômico para enfrentar os efeitos econômicos da quarentena, com importantes subsídios econômicos para pessoas vulneráveis e com ajuda especial para trabalhadores informais e autônomos.

Deve-se lembrar que, no Peru, por exemplo, a cota de informalidade atinge uma taxa de 65%. A ação de subsídio pode atingir

---

<sup>16</sup> Sem dúvida, o desafio é a luta contra a vulnerabilidade, que atinge cotas desproporcionais, se as compararmos com o continente europeu. Tudo isso coexiste com a luta pela necessidade de proporcionar bem-estar social a uma parcela desproporcional da população, por exemplo, os casos do Brasil, México ou Argentina. Essa situação gera uma resposta díspar, tendo em vista as diferentes capacidades financeiras dos Estados, certamente desiguais e baseadas em suas próprias possibilidades de proteção e assistência social.

aproximadamente dois milhões e meio de pessoas. Muitas dessas medidas foram possíveis devido a anos de disciplina fiscal no Peru, o que permitiu ter capacidade financeira para enfrentar esse desafio prontamente<sup>17</sup>. De fato, nem todos os Estados serão capazes de responder com a mesma intensidade a um desafio comum como esse. O problema está na capacidade das finanças públicas do ponto de vista fiscal. Trata-se de atrair mecanismos especiais de informação para adotar medidas amplas e tudo isso orientado para a busca de sustentabilidade econômica e social no curto e médio prazo.

Da mesma forma, é necessária uma maior cota de solidariedade, buscando um novo consenso. A ideia é buscar uma solução melhor que permita à economia latino-americana procurar uma posição ideal para corrigir a distribuição de renda e garantir a igualdade de oportunidades.

Uma pandemia global requer ação comunitária, isto é, atenção coordenada do ponto de vista internacional. Sem dúvida, esta é a melhor maneira de atrair recursos, meios e avanços científicos em uma situação de combate à pandemia. Tudo isso é enquadrado em um contexto em que um trabalho subsequente de reconstrução social também deve ser assegurado. Não há dúvida de que será necessário preservar o modelo de convivência social, pois isso moldará o próximo mercado e permitirá o reinício da economia. Nessa perspectiva, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial são praticamente as únicas instituições que estão fornecendo fundos e linhas de crédito aos países em desenvolvimento<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> No Peru, a Resolução Ministerial n.º 039-2020, do Ministério da Saúde, aprovou o “Plano Nacional de Preparação e Resposta contra o risco da introdução do COVID-19”, com o objetivo de reduzir o impacto na saúde, social e econômico da crise. O exemplo do Peru, que aplicou como alternativa certas medidas que facilitam o trabalho, e isso forma uma fórmula alternativa, facilitando o trabalho remoto ou outras formas de trabalho que reduzem a exposição ao vírus (SÁNCHEZ CASTRO, 2020).

<sup>18</sup> Como a CEPAL indicou, a integração regional é fundamental para enfrentar os desafios da crise. Isto significa avançar na superação das diferenças políticas e, é claro, a chave será em ajuda que pode implementar o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial.

Da mesma forma, o desenvolvimento de mecanismos de integração regional é extremamente importante, que é precisamente o verdadeiro calcanhar de Aquiles da região.

Devido a razões de divisão política e ausência de diálogo e entendimento entre nações<sup>19</sup>.

Estamos diante de um caminho que certamente não é viável em muitas partes do continente americano, mas não há dúvida sobre a eficácia dessa política. Em alguns casos, essas soluções coordenadas são de grande importância. Nesse sentido, podemos destacar o exemplo do Mercosul, que aprovou um fundo de emergência para combater a crise do coronavírus, alocado no Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM). Trata-se de um auxílio no valor de dezesseis milhões, destinado exclusivamente a combater a pandemia de coronavírus. Isso supõe uma estratégia coordenada com os estados da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. É uma opção institucional que melhora a capacidade de resposta nacional à situação de emergência sanitária.

Da mesma forma, a CEPAL insistiu na necessidade de reformar a globalização quando a pandemia de Covid-19 for superada. Tudo com o objetivo de alcançar uma evolução em direção a um modelo de desenvolvimento mais sustentável e inclusivo.

De fato, a desigualdade e a exclusão social já são uma doença endêmica na região. Essa situação de crise aumentará a desigualdade, agora com maior intensidade diante de uma situação frágil de especialidade. Essa situação de fraqueza é vista mais profundamente na América Latina, onde o declínio econômico terá efeitos multiplicadores.

---

<sup>19</sup> Certamente, a situação de crise da saúde gera uma polarização política na América Latina, juntamente com a recessão econômica. Esta situação afetará o sistema político, que nos últimos tempos se moveu timidamente para uma maior presença da democracia. A situação atual não é a melhor hora e nos coloca em um novo contexto para políticas autoritárias. Em 2008, a crise financeira não é comparável e esta crise humanitária e de saúde nos leva a uma economia de guerra, afetando as pessoas e seu bem-estar social.

De fato, a crise de saúde, econômico e bem-estar irá fortalecer na América Latina, que vai trazer uma revisão completa do modelo de estado de bem-estar.

Sem dúvida, essa crise deve abrir um debate na região sobre a necessidade de buscar novos modelos de desenvolvimento sustentável, buscando o aumento da igualdade de oportunidades e da coesão social. É necessária uma mudança de direção, como uma medida que permita que futuras crises humanitárias como essas sejam melhor tratadas.

Tudo isso deve seguir as etapas dos objetivos de desenvolvimento sustentável, na Agenda 2020, que, embora não seja uma panaceia, seus dezessete objetivos de desenvolvimento são uma maneira importante de enfrentar os novos desafios que apresentam os riscos atuais.

## REFERÊNCIAS

BENENCIA, Roberto; QUARANTA, Germán. Mercado de trabajo y relaciones sociales: la conformación de trabajadores agrícolas vulnerables. In: **Sociología del Trabajo**, Madrid, Ed. Universidad Complutense de Madrid, núm. 58, p. 83-114, 2006.

GOMÉZ, María Rosa; ISORNI, María E.; SABER, Graciela. Vulnerables: trabajo y condiciones de vida. In: **Trabajo y sociedad**: indagaciones sobre el empleo, la cultura y las prácticas políticas en sociedades segmentadas. Santiago del Estero (Argentina), núm. 2, 2000.

ILO – INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION. Monitor 1<sup>st</sup> Edition. COVID-19 and the world of work: impact and policy responses. 18 de março de 2020. Disponível em: <[bit.ly/3a5ckqG](https://bit.ly/3a5ckqG)>. Acesso em: 18 março 2020.

PINHEIRO, Vinícius. América Latina y el empleo en tiempos del COVID-19. In: OIT. Ginebra (Suíça), 27 de março de 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2Vhi7E6>>. Acesso em: 20 abril 2020.

RODGERS, Lisa. Trabajadores vulnerables, trabajo precario y las justificaciones para el derecho del trabajo: un estudio comparado. In: **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, Modena (Itália), Ed. ADAPT University Press, v. 1, núm. 1, jan.-mar. 2013.

RYDER, Guy. Declaração Institucional da OIT, de 27 de março de 2020.

SÁNCHEZ CASTRO, Ivonne. Medidas legales adoptadas en el ámbito laboral peruano debido al COVID-19. In: Cielo Laboral. Disponível em: <<https://bit.ly/2UWrWZi>>. Acesso em: 21 abril 2020.

SERVAIS, Jean-Michel. El Covid-19 ¿Qué nos dice la OIT? Disponível em: <[www.cielolaboral.com](http://www.cielolaboral.com)>. Acesso em: 17 abril 2020.

VALLESPÍN, Fernando. El futuro ya está aquí. Em: **El País**, Madrid, 5 de abril de 2020.

VAN HO, Tara. International Economic Law and COVID-19. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2Xu8hlo>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

*Recebido em: 21/12/2020*

*Aprovado em: 17/2/2021*

---

# 5

## PUNITIVISMO Y DEMOCRACIA: LAS “NECESIDADES SOCIALES” Y LA “VOLUNTAD POPULAR” COMO ARGUMENTOS POLÍTICO-CRIMINALES

*José Manuel Paredes Castañón<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** 1 El Penalista y el Diputado. 2 El Problema: Racionalidad Político-Criminal y Autoridad. 3 Basarse en la Realidad. 4 ¿Gobernanza a través del Delito? 5 Crítica de las (Seudo-) Explicaciones Funcionales. 6 Las Políticas Criminales como Políticas Públicas: la Gobernanza de la Desviación Social y de la Seguridad. 7 Políticas Criminales: Discursos y Praxis. 8 El Discurso Político-Criminal Punitivista. 9 Mitos y Falsedades. 10 Cómo se Construye (Socialmente) el Punitivismo. 10.1 Atención Pública a las Cuestiones Criminales. 10.2 Politización: Grados. 10.3 Ambivalencia y Sesgos en la Opinión Ciudadana. 10.4 Miedo al Delito. 10.5. El Papel de los Medios de Comunicación. 10.6 La Industria Cultural. 10.7 La Constitución de la “Opinión Pública”. 10.8 Discontinuidades entre los Aspectos

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de León (1993). Licenciado en Derecho por la Universidad de León (1988). Becario de investigación M.E.C. (1989-1992). Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de León (1992-1996). Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo (1996-1999). Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Ourense (1997-1999). Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de León (1999-2003). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco (2003-2008). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo (desde 2008). Correo electrónico: [paredesmanuel@uniovi.es](mailto:paredesmanuel@uniovi.es).



Simbólicos y los Operativos. 10.9 Los Grupos de Presión. 10.10 Iniciativas Punitivistas. 10.11 Pánicos Morales. 10.12 Electoralismo en las Cuestiones Criminales. 10.13 Contra los Conspiranoicos. 11 ¿“Democracia en Acción”? 12 el Punitivismo y los Expertos: ¿Populismo Punitivo? 13 Crítica del Discurso Tecnocrático. 14 Cuestiones De Justicia. 14.1 Soberanía Popular y Deberes Morales (de Justicia). 14.2 El Poder Soberano (Constituyente) y el Poder Legislativo. 14.3 Un Diseño Institucional que Favorezca la Justicia. 15 Cuestiones de Racionalidad Instrumental. 15.1 Racionalización del Procedimiento de Elaboración de Políticas Públicas y del Procedimiento Legislativo (y Pre-Legislativo). 15.2 Agencias Reguladoras Independientes. 15.3 Expansión de la Discrecionalidad. Bibliografía.

## 1 EL PENALISTA Y EL DIPUTADO

Comenzaré mi exposición planteando una situación concreta, perfectamente realista<sup>2</sup>: con ocasión de que el gobierno de turno impulse en las Cortes Generales una enésima reforma del Código Penal, agravando –por ejemplo– las penas de los delitos de abusos sexuales a menores, un penalista español y un diputado de la mayoría parlamentaria participan en un coloquio en cualquier medio de comunicación. El penalista, muy crítico con la reforma, aduce que las nuevas penas propuestas son, de una parte, completamente innecesarias e inútiles, a la luz de las características criminológicas de la delincuencia sexual contra menores; y que, además, dada su extensión, resultan notoriamente desproporcionadas, por excesivas.

Frente a estos argumentos, el diputado de la mayoría replica que existe un estado generalizado en la opinión pública (reflejado en artículos publicados en los medios de comunicación, en iniciativas de recogida de firmas de asociaciones de víctimas, en cartas y mensajes de apoyo de diversas asociaciones y entidades llegados a

<sup>2</sup> De hecho, es una versión simplificada de mi participación en un debate acerca de la reforma de 2010 del CP español (puede escucharse aquí: <<http://josemanuelparedes.blogspot.com.es/2010/03/debate-en-punto-radio-sobre-la-reforma.html>>).

la Cámara) favorable al incremento de penas que se propone; y que, además, existe un amplio consenso entre la mayoría de los grupos parlamentarios (sólo algunos pocos diputados de la izquierda no participan del mismo) para impulsar la reforma propuesta.

Sin duda, los dos intervinientes en el coloquio relatado aportan argumentos para justificar (o negar la justificación) de la reforma legislativa propuesta. Pero es obvio que la naturaleza de los argumentos de cada uno de ellos es completamente diferente. Así, mientras que el penalista crítico argumenta en torno al contenido de la norma jurídica propuesta, para criticarlo, a la luz de ciertos criterios de valoración (que reputa indiscutibles), el político argumenta de un modo distinto: no entra a discutir el contenido de la norma, sino que aduce que la misma –y su contenido– gozan de un generalizado respaldo; en concreto, del respaldo de aquellos agentes (opinión pública, votantes, partidos políticos) cuyo consentimiento constituye la fuente de la legitimidad política de las decisiones adoptadas por los órganos del Estado.

De este modo, las dos clases de argumentos difícilmente se encuentran: uno argumenta que el contenido de la norma ha de valorarse negativamente, a la luz de ciertos criterios de valoración que no deben ser discutidos; el otro, que la misma resulta políticamente legítima, por lo que hay buenas razones para aceptarla y para obedecerla, *con independencia de su contenido*.

## **2 EL PROBLEMA: RACIONALIDAD POLÍTICO-CRIMINAL Y AUTORIDAD**

La cuestión que se suscita en este ejemplo, y sobre la que va a versar mi trabajo, es justamente la de la relación entre “voluntad popular” y racionalidad político-criminal. El de la tensión, pues, que existe entre los dos términos (que fueron puestos ya en relación –y contrapuestos– en el conocido adagio de Thomas Hobbes,

“Auctoritas, non veritas facit legem”<sup>3</sup> (HOBBS, 1989, p. 231-233).

El problema puede ser presentado en términos puramente teóricos, de filosofía política y de teoría de la justicia: como el de los pesos respectivos, y comparativos, que deben tener la legitimidad de origen (*auctoritas*) y la racionalidad del contenido (*veritas*) en la factura de la ley penal<sup>4</sup> y en su valoración<sup>5</sup>. O bien puede plantearse

<sup>3</sup> La expresión exacta, en realidad, no figura en esta edición, que es traducción de la versión original inglesa, sino que aparecía en la versión latina posterior de la obra, de 1668. Sea como sea, en las páginas que indico se expone la teoría positivista acerca del Derecho que se sintetiza en el adagio.

<sup>4</sup> En puridad, política criminal y contenido de la ley penal no pueden ser identificadas en absoluto, pues ni todas las leyes penales son leyes sustantivas (hay también normas procesales, penitenciarias, etc.); ni todas las acciones de gobernanza política de la desviación social se llevan a cabo a través de leyes (existen igualmente las vías de hecho policiales, políticas promocionales, estrategias educativas, propagandísticas, preventivas, etc.); ni, en fin, es posible prescindir del momento de la aplicación (de la ley o de cualquier otra praxis política), que plantea problemas diferentes, y adicionales, al del diseño de las políticas. No obstante, señalando de antemano esta salvedad, en este trabajo me concentraré en el caso –acaso el paradigmático– de la creación de leyes penales sustantivas: de la creación o supresión de delitos y de la imposición de penas a tales delitos.

<sup>5</sup> Si se me permite ubicar el presente trabajo dentro de mi línea de investigación sobre política criminal, se trata de que en Paredes Castañón (2013) me concentré exclusivamente en las cuestiones de índole normativa, para elaborar una teoría (pura) de la racionalidad político-criminal: de cuándo el contenido de las leyes penales está justificado (tanto desde el punto de vista moral como desde el instrumental). Ahora bien, es evidente que ninguna praxis política –y tampoco la político-criminal– es un ejercicio puro de racionalidad, sino que conlleva también grandes dosis de pura decisión, de ejercicio del poder. Por ello, una visión realista de las políticas criminales realmente existentes exige examinar cómo los argumentos de racionalidad se insertan efectivamente (bien o mal) en los procesos reales de toma de decisiones propios del sistema político. (No se trata, pues, de ser tan “realistas” como para prescindir por completo de las razones en el análisis del proceso político, pues eso no sería realismo, sino pura ceguera teórica –y cinismo práctico.) De manera que lo que ha de surgir, en una visión de conjunto, es un cuadro complejo, y también ambiguo: en el que las razones (la racionalidad político-criminal) se entrechocan con los intereses, con las pasiones y con el azar (al modo en el que ya Niccolò Machiavelli magistralmente expuso: Maquiavelo (1971, *passim*, esp. cap. XXV, p. 201 ss.); Maquiavelo (1987, lib. II, cap. 1, p. 181 ss.), para dar lugar a decisiones políticas (político-criminales). Sin que cada uno de tales factores tenga un peso predeterminado, predecible o constante sobre el resultado final: eso es la política (la política real), y de ello debemos ser conscientes, y dar cuenta, en nuestras reflexiones.

desde una perspectiva más práctica, como un problema de diseño institucional: cómo lograr que el proceso legislativo permita – primero– y favorezca –además– que las leyes penales que en él se creen contengan las suficientes dosis de representatividad (de la soberanía popular) y de racionalidad (vale decir: de justicia, de eficiencia y de eficacia de la acción represiva del Estado), puesto que ambos elementos parecen imprescindibles para que la ley resulte aceptable<sup>6</sup>.

### 3 BASARSE EN LA REALIDAD

Conviene, sin embargo, antes de dejarse arrastrar a la discusión de índole normativa<sup>7</sup> (a la que volveré al final), dar un paso atrás, para echar un vistazo sobre la realidad: sobre la verdadera realidad, quiero decir, de cómo se definen las políticas criminales y el contenido de las leyes penales. Una realidad verdadera que incluye tanto los hechos (acerca de la delincuencia, del delito y del sistema penal) que están científicamente verificados como las creencias sobre esos mismos tópicos que no resisten ningún análisis serio, pero que, no obstante, por ser ampliamente compartidas, poseen efectos causales también reales. Una realidad verdadera que incluye, pues, ambos elementos (los discursos y la realidad empírica), pero que distingue entre ellos y no los pone al mismo nivel.

Pienso que este vistazo sobre lo que está pasando realmente servirá para que, luego, podamos encarar el debate normativo con mayor tranquilidad. Para disolver muchos falsos dilemas,

---

<sup>6</sup> Sin el primer elemento, la ley resultará extraña a la comunidad de los destinatarios, dudosamente legítima y raramente eficaz. Pero sin el segundo, su aplicación resultará injusta y poco eficiente; o, a veces, directamente imposible, deviniendo la ley ineficaz.

<sup>7</sup> Sobre cuestiones como: ¿cuánta democracia es deseable en el diseño de las políticas criminales?, ¿qué papel deben tener los criterios de racionalidad –tanto moral como instrumental– en la definición de las políticas criminales?, o ¿cuál ha de ser el peso respectivo de los “expertos” y de los “representantes del pueblo” en dicha definición?

que –contra lo que se suele pensar– verdaderamente no lo son, o poseen una solución fácil. Porque adelanto ya cuál será mi tesis: que se puede y se debe transitar por ese delgado filo de la navaja, entre el voluntarismo puro (*vox populi, vox dei*), que abocaría a la irracionalidad de la ley, y el racionalismo puro, que conduce a una tecnocracia de las peores (de aquellas en las que el poder se otorga a sedicentes expertos que, en realidad, luego revelan no serlo tanto, pero entretanto han suprimido la igualdad efectiva de todas las voces). Que, en definitiva, la cuestión es de equilibrio: de determinar un punto en el que sea posible garantizar que las leyes posean suficiente legitimidad de origen, pero también suficiente racionalidad por lo que hace a su contenido.

#### **4 ¿GOBERNANZA A TRAVÉS DEL DELITO?**

Si de encarar la realidad se trata, entonces creo que conviene comenzar por la descripción (interpretación) más radical que alcanzo a ver de dicha realidad: se trata de la tesis de que la referencia al delito y al Derecho Penal se han convertido, en (algunas de) las sociedades contemporáneas, en piezas esenciales de una estrategia de gobernanza (KOOIMAN, 2003), p. 4), la gobernanza a través del delito. Tal es la tesis que, como es conocido, mantiene Jonathan Simon (2011, p. 13 ss.), en un libro reciente, al menos para el caso de los Estados Unidos de América: que sería posible identificar toda una estrategia conservadora de gobernanza, que emplearía el delito como herramienta ideológica principal para imponer modos de poder y de dominación sobre la sociedad.

En tales condiciones, por supuesto, los debates acerca de la racionalidad de la ley penal carecerían de sentido (de sentido práctico, quiero decir): en tanto que herramientas de poder y de dominación, las políticas criminales punitivistas estarían impulsadas por unos intereses ideológicos tan fuertes (en sublimar, merced a la concentración de la atención en las cuestiones criminales, problemas

sociales más profundos y conflictivos) que resultaría casi imposible imaginar que una apelación a la racionalidad pudiera hacerles mella.

Por supuesto, siempre es posible hallar algunos datos empíricos que puedan servir de apoyo, en alguna medida, a una interpretación tan totalizadora y radical como la acabada de exponer. La cuestión, me parece, es si la avalan en una medida suficiente; o si, por el contrario, la evidencia empírica resulta claramente insuficiente, por lo que la tesis en cuestión es más una interpretación de la realidad social sin fundamento empírico que una teoría social propiamente dicha<sup>8</sup>. En mi opinión, lo que ocurre es que no la avalan. O, en otros términos, que existen interpretaciones alternativas mucho más convincentes, por ser más consistentes con los datos empíricos y por estar dotadas de mayor capacidad explicativa y predictiva.

(Si se quiere formular así: sólo deberíamos volvernos hacia una explicación tan radical y totalizadora si no fuésemos capaces de elaborar explicaciones alternativas, más modestas, y también más convincentes. Veremos que, a mi entender, tales explicaciones alternativas, más modestas y mejores, sí que existen.)

---

<sup>8</sup> Sin ánimo de desviarme tampoco hacia cuestiones epistemológicas, me parece evidente que existe una diferencia (que tal vez sea tan sólo de grado, pero muy intensa, y muy relevante en la práctica) entre diversas clases de proposiciones acerca de la realidad social: entre aquellas que, sobre la base de conceptos claramente definidos y a partir de una evidencia empírica suficiente, proponen interpretaciones de la realidad susceptibles de ser criticadas por sus fundamentos (sus definiciones de conceptos y la solidez de la evidencia empírica en la que pretenden apoyarse) y/o falsadas por el fracaso de sus explicaciones y de sus predicciones; y aquellas otras, en cambio, que (aunque pretendan apoyarse en algunos datos empíricos) no son susceptibles de tal crítica o de tal falsación. Dónde haya que colocar la frontera entre unas y otras es cuestión distinta, y más difícil, sobre la que no me considero capacitado para pronunciarme ahora mismo con solvencia suficiente. Cfr., al respecto, por todos, Castro Nogueira; Castro Nogueira; Navarro, 2005, *passim*, esp. p. 173 ss.

## 5 CRÍTICA DE LAS (SEUDO-)EXPLICACIONES FUNCIONALES

En mi opinión, son dos los defectos en los que se incurre cuando se pretende interpretar las políticas criminales punitivistas como una estrategia integrada de gobernanza. En primer lugar, creo que –como luego intentaré demostrar– en esta formulación se están entremezclando y confundiendo el plano de los discursos acerca de la realidad (lo que se dice) con el de la realidad empírica (lo que se hace).

En segundo lugar, pienso que esta interpretación sobrevalora con mucho el papel social que cumplen las políticas criminales. Una cosa es decir que el diseño y aplicación de políticas criminales pueda contribuir –en alguna medida– a que la gobernanza de los fenómenos de desviación social, en una sociedad dada, resulte más o menos justa y racional. Y otra muy distinta es afirmar que el diseño y aplicación de políticas criminales es la esencia de dicha gobernanza. La primera afirmación es, me parece, indiscutible: en una misma sociedad, en un mismo régimen político (con las mismas condiciones, pues, de injusticia, de dominación y de democracia real), unas y otras políticas criminales pueden agravar el sesgo clasista, sexista, racista, etc. de las políticas públicas, o bien aminorarlo.

Sin embargo, la otra afirmación, más fuerte, de que el diseño y aplicación de políticas criminales constituye la esencia dicha gobernanza (y que, por consiguiente, lo que se haga o no haga en materia de políticas criminales –en su diseño y en su aplicación– determina de manera predominante el tratamiento que la desviación social va a recibir en una sociedad dada), me parece profundamente errónea. Pues creo, por el contrario, que es preciso distinguir (so pena de equivocarse en el diagnóstico) entre dos niveles diferentes en el análisis de cómo se gobiernan los fenómenos de desviación social: está, de una parte, la cuestión de la estructuración del campo de acción de la gobernanza; y está, de otra, la de qué políticas públicas se desarrollan dentro de dicho campo de acción.

En efecto, es importante ser conscientes de que, cuando empezamos a discutir acerca de políticas criminales (que, en suma, no son sino políticas públicas), el campo de acción sobre el que ellas van a actuar en su caso ya ha sido previamente estructurado: ya se ha determinado qué conductas son conductas desviadas y cuáles no; ya se ha establecido quiénes son los sujetos desviados; ya se ha fijado el grado de tolerancia que debe existir hacia la desviación social y, en general, la estrategia para gobernarla (para mantener sus *outputs* bajo control).

Todo esto no se discute generalmente cuando discutimos acerca de políticas criminales, porque, si discutiésemos esto, estaríamos discutiendo sobre otra política, la política radical, constituyente (en el sentido de Carl Schmitt)<sup>9</sup>: las relaciones de poder y de dominación, quién fija las normas sociales y quién no, cómo se reparten los recursos, quién forma parte de la comunidad, etc.<sup>10</sup>.

En definitiva, las políticas criminales son (si las tomamos en el más amplio sentido de la expresión: esto es, como una combinación de proclamaciones teóricas y de aplicaciones prácticas) dispositivos (de gobierno). Un dispositivo es, según Michel Foucault, una combinación de discursos, recursos, decisiones, normas, tecnologías y estrategias de acción. Esto es, una combinación de saber y de poder, orientada hacia el gobierno de determinadas realidades<sup>11</sup>. Pero cuáles sean esas realidades (cómo se identifica la materia sobre la

---

<sup>9</sup> Schmitt (1991, cap. 3, p. 58 ss.) Vid., más recientemente, Rancière (1996, p. 41-54).

<sup>10</sup> Puede discutirse a veces alguna cuestión, secundaria (en este sentido): ¿en qué casos castigamos al ladrón, o al “pervertido”, y en cuáles no? ¿con qué pena? Mas nunca la central (¿por qué le consideramos ladrón o pervertido?), que ya habrá quedado previamente establecida, antes de empezar a discutir sobre política criminal.

<sup>11</sup> Cfr. Foucault (1985, p. 128-132); Deleuze (1990, p. 155-161); Deleuze (1995, *passim*); Agamben (2015, p. 9-11, 20-22). Gobernar una realidad es –como también apunta Foucault– estructurar el campo en el que las acciones (aquí, las acciones desviadas) pueden producirse, así como las consecuencias que las mismas van a tener.



que las políticas criminales pueden actuar) y cuáles las decisiones estratégicas básicas para gobernarlas, son ambas cuestiones (decisiones, plasmadas en la realidad –en repartos de poderes, recursos e identidades) que hay que reputar previas.

Si esto es así, entonces pienso que fracasan aquellas interpretaciones de las políticas criminales punitivistas que las explican exclusiva o principalmente en términos de su funcionalidad para el control social en sociedades desiguales, dominadas e injustas<sup>12</sup>. Y fracasan, según creo, por exceso de ambición.

Primero, porque (como con demasiada frecuencia ocurre con las explicaciones pretendidamente funcionales en ciencias sociales) se construye la tesis de manera que se vuelve de imposible falsación; y, por consiguiente, inaceptable como proposición científica, descriptiva, acerca de la realidad. En efecto, una explicación funcional es aquella en la que un fenómeno  $F$ , dentro de un sistema dado  $S$ , no es explicado a partir de sus causas (por ejemplo: “ $F_1$  ocurrió porque antes ocurrió  $F_0$ ”), sino a partir de las consecuencias que objetivamente –esto es, intencionalmente o no– produce para otros elementos de un sistema (“ $F_1$  ocurrió porque beneficia a  $E$  ( $E \hat{I} S$ )”) (MERTON, 2002, p. 94-95).

Así, un determinado (sub)sistema normativo –aquí, un determinado estado del Derecho Penal– en un determinado momento del tiempo se explicaría, no por aquellos factores antecedentes que lo han causado, sino por las consecuencias que produce para algún otro elemento del sistema más amplio, el sistema social. De este modo, el Derecho Penal punitivista se explicaría por sus consecuencias para algún otro elemento del sistema social del capitalismo “posfordista”, “neoliberal”, “posmoderno”,... (las etiquetas varían). Pero, para que

<sup>12</sup> He mencionado ya el caso de Jonathan Simon, pero podría añadir también los casos de Stuart Hall et al. (1978, p. 218 ss.), de Loïc Wacquant (2001; 2010a; 2010b), de Alessandro de Giorgi (2005; 2006) y de David Garland (2005). Y, en España, el de José Ángel Brandariz García (2007; 2014). La matriz metodológica de la que parten es, obviamente, Rusche y Kirchheimer (1984, esp. p. 1-5).

la premisa de la vinculación funcional entre Derecho y sociedad constituya una explicación científica, y no una afirmación metafísica, es preciso que no se limite a proclamar que “ $F_x$  existe porque beneficia a E”, ya que esto no es más que una pseudo-explicación<sup>13</sup>.

Por el contrario, para que una proposición como la anterior pueda ser aceptada como objeto de discusión científica es necesario que la misma sea desarrollada a través de explicaciones que, en último extremo, sean de orden causal y que justifiquen la explicación funcional (ejemplo: “ $F_x$  existe porque beneficia a E. E lleva a cabo las acciones  $A_p, A_2, \dots, A_n$ , para favorecer que los fenómenos que tienen lugar sean preferentemente de aquellos que le benefician. Por lo tanto, es más probable que surja  $F_x$ , beneficioso para S, que  $F_y$ , perjudicial para él”) (ELSTER, 1994, p. 161-162; ELSTER, 1996, p. 102-103; ELSTER, 2007, p. 14; MERTON, 2002, p. 127; CASTRO NOGUEIRA; CASTRO NOGUEIRA, NAVARRO 2005, p. 215 ss.). Y justamente esto (la explicitación de los mecanismos causales a través de los cuales estarían conectados el –pretendido– beneficio para el capitalismo y el surgimiento y desarrollo de las políticas criminales punitivistas) es lo que suele faltar en estas interpretaciones. Volviendo las, a mi entender, inservibles.

Pero es que además, en segundo lugar, si nos tomamos en serio la explicación funcional de las políticas criminales punitivistas, esto es, si intentamos determinar el concreto proceso causal a través del cual se pasaría de los intereses del capitalismo hasta las políticas criminales punitivistas, lo que hallaremos será una evidencia empírica más bien escasa, poco terminante e insuficiente como prueba de dicha conexión.

Hasta el punto de que es posible pensar que, en dichas interpretaciones, se está confundiendo la existencia de correlación

<sup>13</sup> Una explicación “seudo-teleológica”, como ha explicado Von Wright (1979, p. 81-83, 108): ¿por qué ha de existir todo aquello que beneficia a E? ¿a través de qué caminos alguien provoca que  $F_x$  llegue a existir para proporcionar un beneficio a E? Si esto no se aclara, no existe verdadera explicación.

(entre determinadas transformaciones sociales del capitalismo y el desarrollo de ciertas versiones contemporáneas del punitivismo) con la existencia de causalidad entre ambos fenómenos, y que se está cometiendo así la conocida falacia “*cum hoc ergo propter hoc*”<sup>14</sup>.

En efecto, lo cierto es que el punitivismo contemporáneo no afecta por igual a diferentes sociedades, sistemas políticos y ordenamientos jurídicos que son todos ellos “capitalistas”, “posfordistas” “neoliberales”, “posmodernos”, etc. Ni tampoco, por lo demás, todas las formas de punitivismo contemporáneo son idénticas<sup>15</sup>. ¿Dónde hallaremos entonces la base empírica para poder predicar la existencia de una conexión causal –y, por ende, la justificación de la explicación funcional– con algún fundamento?

Creo, por lo tanto, que las (seudo-)explicaciones funcionales de las políticas criminales punitivistas carecen de potencia explicativa. Que confunden la existencia de un contexto y de factores favorecedores con una conexión de causalidad férrea, que hasta ahora no ha podido ser demostrada. Y que, por consiguiente, si queremos discutir en serio sobre punitivismo, apoyándonos en una comprensión adecuada de la realidad de la que hablamos, necesitamos apoyarnos en una teoría social de perfiles más finos: en proposiciones que no pretendan correlacionar causalmente macro-fenómenos (como “las políticas criminales punitivistas” y “el capitalismo contemporáneo”), sino más bien fenómenos sociales de nivel medio y micro-social.

---

<sup>14</sup> En el mismo sentido, O’Malley (2016, *passim*).

<sup>15</sup> Para la evidencia empírica referida, cfr. el importante estudio comparativo de Green (2008, p. 53 ss.), con ulteriores referencias.

## 6 LAS POLÍTICAS CRIMINALES COMO POLÍTICAS PÚBLICAS: LA GOBERNANZA DE LA DESVIACIÓN SOCIAL Y DE LA SEGURIDAD

En este sentido, creo que dicho análisis más fino debe comenzar por recuperar la idea que más arriba ya he apuntado: la de que las políticas criminales –tanto las buenas como las malas, las punitivistas y las que no lo son tanto– operan siempre sobre un espacio de gubernamentalidad<sup>16</sup> previamente configurado, dentro del cual actúan: actúan definiendo ciertas conductas y a ciertos sujetos como objeto de intervención estatal (definiendo delitos, estados peligrosos, etc.) y estableciendo ciertas acciones estatales frente a ellas y contra ellos (estableciendo penas, medidas de seguridad, otras sanciones, medidas cautelares, potestades administrativas de control, facultades policiales de actuación, etc.).

Pero las políticas criminales no son las que determinan de forma principal sobre qué espacios de la vida social va a intervenir el Estado mediante la represión, y sobre cuáles no (GARLAND, 1999, p. 16 ss.). De hecho, de tales asuntos prácticamente ni se ocupan. (A lo sumo, se ocupan de algún caso marginal, mas nunca del núcleo de la cuestión.)<sup>17</sup> Tales decisiones vienen ya, cuando de política

<sup>16</sup> Por emplear el término (“*gouvernementalité*”) acuñado por Michel Foucault (1999, p. 188 ss.; 2008), p. 107 ss.), y que ha obtenido un éxito innegable, como concepto para describir esa estructuración de los espacios de acción social a la que me refería más arriba: cfr. Dean (1999, p. 9-20. (Recientemente, Vila Viñas, 2014, p. 16, 47, n. 25, lo ha traducido como “*governabilidad*”).

<sup>17</sup> Es importante, en efecto, ser conscientes de que, aunque (especialmente) los juristas y otros cultivadores de la discusión político-criminal solemos dedicar atención a la pregunta de por qué ciertos bienes jurídicos merecen protección, ciertas conductas prohibición y ciertas penas están justificadas, en realidad nuestra labor es principalmente apologética (yo mismo, en Paredes Castañón (2013), me he dedicado a tal esfuerzo); esto es (al igual que ocurre en teología), de defensa intelectual de una “verdad” –de una normatividad– que nos es “dada”, pre-configurada por “la sociedad” (por las interacciones sociales y por las relaciones sociales de poder). Y sólo en algunos casos marginales (en términos cuantitativos, aunque puedan resultar cualitativamente relevantes) la discusión político-criminal puede alterar esa normatividad. Podemos, sí, cuando hablamos sobre política criminal, discutir –por ejemplo– si el exhibicionismo debe o no

criminal hablamos, predeterminadas (precisamente: por el régimen de gubernamentalidad que se haya impuesto).

En mi opinión, es esencial que comprendamos esto: que la determinación de qué sea (y qué no sea) materia propia para las políticas criminales (para el diseño y para la aplicación de sus acciones de gobernanza), y qué no, es también una selección, de entre diferentes alternativas imaginables; pero que no es objeto de debate (salvo, como decía, en relación con algún caso secundario o límite) dentro de la política criminal misma. Lo que sea, pues, un problema de desviación social y, además, visto desde la perspectiva de la gobernanza de la sociedad, un problema de seguridad, no se determina con argumentos político-criminales<sup>18</sup>.

Una sola observación deberá bastar para demostrar la importancia de mantener constantemente en mente esta advertencia: señala John Braithwaite que (contra lo que las interpretaciones seudo-funcionales de las políticas criminales punitivistas, arriba expuestas y criticadas, vendrían a sostener), en realidad, en el marco del capitalismo neoliberal no existe una estrategia única de control social a través de medios jurídicos, sino que hay varias. Así, al lado de la dirigida a los desviados más pobres, de la dirigida a

---

ser delito, o si debe serlo la posesión de pornografía. Pero lo que no podemos (con sentido) es cuestionar el concepto mismo de perversión sexual. Podemos, sí, discutir si la pena de muerte es o no una sanción justificable. Pero lo que no podemos (con sentido) es cuestionar la idea misma de pena como respuesta a la desviación. Podemos, pues, discutir acerca de los límites que resulta racional imponer a esas acciones de gobernanza (represiva) de la desviación social que son –entre otras– la prohibición y la sanción. Pero lo que no podemos, en el debate político-criminal, discutir sobre la esencia y legitimidad de las acciones mismas y acerca de su aplicación a ciertas formas de comportamiento. Y es que tales cuestionamientos serían ya otra cosa: un debate político radical, constituyente, una crítica cultural, una reflexión antropológica o filosófica,... En cualquier caso, no política criminal.

<sup>18</sup> Se determina por interacciones sociales (que implican siempre relaciones de poder) y por marcos culturales de interpretación de tales interacciones. En cualquier caso, de la cuestión de la desviación social como fenómeno social (y de la seguridad en tanto que el mismo fenómeno social cuando es interpretado desde el punto de vista de la gobernanza) no me ocuparé más aquí.

los disidentes políticos y de la dirigida a las personas migrantes (mediante variadas combinaciones de actuación policial, legislación penal, otras sanciones, etc.), hay otra que va dirigida a la regulación de la actividad económica<sup>19</sup>.

Esta última estrategia de control social formal no se lleva a cabo, de hecho (esto es: digan lo que digan los códigos), principalmente a través del Derecho sancionador, sino más bien a través del desarrollo de las instituciones reguladoras: agencias reguladoras, normativa reguladora, códigos e instituciones de autorregulación, etc. (BRAITHWAITE, 2000, p. 224-227; BRAITHWAITE, 2003, p. 10-14; BRAITHWAITE, 2008, p. 64 ss.; BRAITHWAITE; DRAHOS, 2000, p. 7 ss.). Es decir, que solamente ciertos fenómenos de desviación social son considerados “merecedores” de la represión: definidos, por lo tanto, como problemas de seguridad. Otras formas de desviación, en cambio, son objeto (principalmente) de regulación, no de represión<sup>20</sup>. (Y, por consiguiente, quedan fuera de la consideración en las discusiones político-criminales.)

Por lo demás, ocurre que ni siquiera aquellas interacciones sociales que son definidas como problemas de seguridad quedan por completo a cargo de las agencias encargadas de diseñar y aplicar las políticas criminales, sino que, en los estados contemporáneos, una parte importante de las gobernanzas sobre las mismas es atribuida a otras organizaciones (empresas, organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales, etc.) o grupos sociales (profesionales, comunidades, etc.)<sup>21</sup>. Quedando, otra vez, en buena medida fuera del

<sup>19</sup> Y, añado yo, hay al menos otra más, dirigida a los individuos (en principio) bien integrados socialmente: piénsese, si no, por ejemplo, en las estrategias de control social de los conductores imprudentes.

<sup>20</sup> En términos conceptuales, la diferencia entre una y otra clase de estrategia de control social estriba en si el objetivo es primariamente crear estructuras de incentivos y de motivaciones que promuevan la conducta conformista y desincentiven la desviada (regulación); o si, por el contrario, el objetivo principal es la inocuización del sujeto desviado (represión).

<sup>21</sup> Johnston; Shearing (2003, p. 66-73, 75 ss., 121-122, 123-125); Shearing; Wood (2011, p. 27-48). Piénsese, por ejemplo, en lo que ocurre con una parte significativa

debate político-criminal.

Diversas consecuencias, tanto teóricas como prácticas, pueden ser extraídas a partir de las anteriores consideraciones<sup>22</sup>. Aquí y ahora, nos interesan más las consecuencias en el terreno práctico. Y es que, si las políticas criminales poseen, en virtud de lo que se ha expuesto, un ámbito de relevancia limitado, también limitado deberá ser el terreno en el que tenga lugar la confrontación entre racionalidad político-criminal y “soberanía popular”. Veremos luego en qué se concreta dicha limitación.

## 7 POLÍTICAS CRIMINALES: DISCURSOS Y PRAXIS

Por el momento, quiero, no obstante, regresar a la descripción de la realidad. Una descripción que, como más arriba señalé, tiene que incluir tanto las realidades materiales (la praxis de cómo se elaboran y se aplican las políticas criminales reales) como los discursos que los diversos agentes sociopolíticos elaboran y propagan acerca de dichas cuestiones.

Pero una descripción que (a diferencia de lo que he dicho que ocurre generalmente en las explicaciones pseudo-funcionales del populismo punitivo) no confunda los discursos con las realidades materiales: que no acepte, pues, por su valor nominal los discursos que circulan por la sociedad acerca de cuestiones penales, sino que mantenga el saludable escepticismo y espíritu crítico que cualquier científico social debe adoptar como actitud metodológica, cuando se dedica a escuchar el modo en el que los sujetos participantes en una

---

de los problemas (definidos como) de seguridad en internet: que están a cargo de agencias de gobiernos extranjeros (del gobierno norteamericano), de empresas privadas, de las propias comunidades de internautas,...

<sup>22</sup> Desde el punto de vista teórico, permite centrar adecuadamente las discusiones sobre la metodología y la teoría de la argumentación que afectan a la discusión político-criminal. Y distinguir este género del discurso práctico de otros, tanto prácticos (de los debates constituyentes, por ejemplo) como teóricos (de los discursos de la Antropología, de la Sociología, etc.).

determinada práctica social (aquí, las prácticas político-criminales) se describen a sí mismos, a sus acciones y al entorno en el que actúan.

En efecto, parece evidente que, hablando en términos generales, no es posible dar por efectivamente realizado en la vida social real todo aquello que los agentes proclaman como su intención. Mucho menos, desde luego, en un ámbito tan mediado por el engaño y la seducción (por la propaganda, en suma) como es el de la política. Y, sin embargo, no es infrecuente que (seguramente horrorizados por los disparates que tienen que escuchar –aturdidos, pues, ellos también, por la propaganda) muchos críticos de las políticas criminales punitivistas tomen por políticas efectivas lo que no son más que declaraciones de intenciones, expresiones emocionales o incluso expresiones propagandísticas completamente vacuas.

La investigación criminológica nos muestra, en cambio, que existen profundas discrepancias entre los discursos que predominan en el debate político partidista y ante la opinión pública (*politics*) y las praxis político-criminales efectivas (*policy*) que son diseñadas y aplicadas (muchas veces, incluso, por parte de los mismos líderes políticos, fiscales o responsables policiales que en el debate político declaran otras intenciones).

Y que existe un elevado nivel de aislamiento entre el primer momento y el segundo, de manera que la praxis político-criminal es, por razones tanto estructurales (la organización de la justicia penal, las regulaciones legales, las limitaciones presupuestarias, etc.) como culturales (las culturas organizativas y profesionales de los operadores del sistema penal), mucho más resistente al cambio –también al cambio punitivista– de lo que podría pensarse.

Y, en fin, que, incluso cuando se intenta aplicar aquello que se prometió (más penas, “mano dura”, “cumplimiento efectivo”, etc.), las circunstancias políticas y los obstáculos estructurales y culturales rara vez permiten otra cosa que algunos magros resultados, debido a



la falta de constancia, de recursos, de estrategia, de apoyo político, a la resistencia burocrática, a la resistencia social... (SCHEINGOLD, 1984, p. 83-86; GREEN, 2008, p. 93-94).

Todo esto, por supuesto, no quiere decir que los discursos punitivistas resulten, cuando no son aplicados efectivamente en su momento, inanes, que no produzcan efecto alguno. Al contrario, producen cuando menos un efecto muy importante: ir transformando, lenta, pero (si no son combatidos, mediante una propaganda política contraria) indefectiblemente, la cultura política.

Creando así las condiciones para que, en el medio plazo, las resistencias de la praxis político-criminal a los objetivos punitivistas se vea erosionada, y dicha praxis sea también verdaderamente transformada (GREEN, 2008, p. 83-90). No obstante, mientras tanto, mientras ese fatal momento llega<sup>23</sup>, deberíamos seguir siendo capaces de distinguir entre lo que se dice que se va a hacer y lo que luego se hace realmente.

## 8 EL DISCURSO POLÍTICO-CRIMINAL PUNITIVISTA

¿Qué es lo que se dice? Si intentamos presentar una descripción más o menos completa del discurso punitivista como ideología, creo que podríamos hacerlo a partir de las siguientes piezas (que pueden identificarse en discursos políticos, mensajes de los medios de comunicación y contenidos elaborados y difundidos por la industria cultural):

- el delito por antonomasia (para el que hay que diseñar las políticas criminales) es el delito callejero y violento (ZIMRING, 1996, p. 245-246; BECKETT; SASSON, 2004, p. 45 ss., 75-77; SIMON, 2011, p. 127-147);

<sup>23</sup> O no: la política criminal es objeto de una de las “guerras culturales” más persistentes entre –principalmente– “conservadores” y “liberales”, y en la que todos los bandos se emplean a fondo. Por lo que no está en absoluto garantizado quién vaya a tener éxito en cada ocasión.

- el delincuente por antonomasia (para el que hay que diseñar las políticas criminales) es un depredador violento (SCHEINGOLD, 1984, p. 6-7; BECKETT; SASSON, 2004, p. 75-77), completamente extraño a nosotros (miembros de la comunidad) (SCHEINGOLD, 1984, p. 6-60; BECKETT; SASSON, 2004, p. 75-77; SIMON, 2011, p. 263), a quienes aterroriza y a quienes está acechando, a la espera de su oportunidad;
- el delito admite una explicación fundamentalmente volitiva: el delincuente lo es principalmente porque decide serlo (SCHEINGOLD, 1984, p. 60; SCHEINGOLD, 1991, p. 18-23; SASSON, 1995, p. 13-14, 29 ss.; BECKETT, 1997, p. 33 ss.);
- el castigo al delincuente está siempre moralmente justificado (SCHEINGOLD, 1984, p. 60);
- además, el castigo al delincuente, si se aplica en la medida adecuada, es efectivo para impedir que delinca (o vuelva a delinquir) (SCHEINGOLD, 1984, p. 60);
- la víctima del delito es característicamente inocente, indefensa, sin voz (ZIMRING, 1996, p. 246; SIMON, 2011, p. 110);
- todos somos víctimas potenciales: si no de hecho, al menos sí por nuestra capacidad de empatía, para ponernos en su lugar. Las víctimas merecen toda nuestra solidaridad (SCHEINGOLD, 1984, p.41-43; BECKETT, 1997, p. 26-27; SIMON, 2011, p. 151-152);
- el Derecho Penal es un juego de suma cero: lo que se da al delincuente se le quita a la víctima (ZIMRING, 1996), p. 254; SIMON, 2011, p. 141);
- la falta de atención a los deseos y necesidades de la víctima son síntomas de la ineficacia del Estado, que deben ser

combatidos (SASSON, 1995, p. 38 ss.; ROBERTS; HOUGH, 2005, p. 29 ss.; SIMON, 2011, p. 151, 159 ss.);

- el buen líder político es el que se atribuye la condición de defensor de las víctimas (SIMON, 2011, p. 109-111);
- el buen líder político es un acusador, un fiscal (SIMON, 2011, p. 53 ss.);
- un buen líder político es “duro con el crimen”: cuanto más duro, mejor líder. (Aunque, claro, compitiendo por ser más duro, siempre hay alguien que logra aparecer como más duro que uno mismo...) (ZIMRING, 1996, p. 103-106; BECKETT, 1997, p. 31 ss.; BECKETT; SASSON, 2004, p. 45 ss.);
- si la represión penal no funciona, es por la ineficacia del Estado (y de sus funcionarios). Si estos se esforzaran más... (SCHEINGOLD, 1984, p. 64-68; SASSON, 1995, p. 38 ss.; BECKETT, 1997, p. 49-52; ROBERTS; HOUGH, 2005, p. 37-40; SIMON, 2011, p. 159 ss.);
- sería deseable que la “ conmoción social ” ocasionada por el delito fuese un criterio a tener en cuenta a la hora de adoptar aquellas decisiones que son discrecionales, tanto por parte de la policía y de la fiscalía como en sede judicial y en sede penitenciaria. Los casos penales deberían, pues, ser examinados y resueltos a la luz del efecto colectivo (estabilizador, tranquilizador –para la comunidad–, resarcitorio –para la víctima) que se supone que dicha solución posee; y no en virtud de sus propios méritos (SCHEINGOLD, 1991, p. 122-123; ZIMRING; HAWKINS; KAMIN, 2001, p. 167-168; SIMON, 2011, p. 162 ss.);
- el máximo de justicia consiste en equiparar lo más que sea posible la pena conminada en abstracto con la pena impuesta en concreto. Y ésta, a su vez, con la pena efectivamente cumplida (ZIMRING; Johnson, 2006, p. 273; ZIMRING; HAWKINS; KAMIN, 2001, p. 112-115). Hay que acabar,

pues, con los sustitutivos penales y con los beneficios penitenciarios (ZIMRING, 1996, p. 254; ROBERTS; HOUGH, 2005, p. 102-105; ZIMRING; JOHNSON, 2006, p. 276; SIMON, 2011, p. 223 ss.);

- la cárcel es el vertedero donde van a parar los desechos de la sociedad. Porque es lo único que se puede hacer con los delincuentes: apartarlos, para que no sean peligrosos (ROBERTS; HOUGH, 2005, p. 95-100; SIMON, 2011, p. 214-222).

## 9 MITOS Y FALSEDADES

Imagino que no es necesario detenerse mucho a destacar la cantidad de falsedades y de mitos que acabo de exponer. Conviene, no obstante, recordarlo:

- la ley –tampoco la ley penal– nunca posee un objetivo unitario y coherente, sino que se crea más bien por un procedimiento paralelo al de las colchas hechas de retales: un cúmulo de finalidades diferentes, y aun contradictorias, acaban por dar lugar, a través de los procedimientos formales de la legislación, a normas con un determinado contenido (aquí, prohibitivo y sancionador) (WALDRON, 2005, p. 85 ss., 143 ss.). Buscarles una interpretación teleológica unificada es antes una ficción interpretativa que una deducción a partir de la realidad. Por lo tanto, la ley tampoco es nunca el medio idóneo para realizar una política punitivista coherente y a largo plazo;
- en términos cualitativos, existe una distancia generalmente muy grande entre las características y necesidades de las víctimas reales de los delitos (BECKETT, 1997, p. 26, 82-83; SIMON, 2011, p. 111), quienes dicen representarlas (o representar sus derechos) (SIMON, 2011, p. 111-112) y los estereotipos de víctimas con los que operan los legisladores a la hora de “legislar en favor de las víctimas”

(SCHEINGOLD, 1984, p. 77-79; BECKETT; SASSON, 2004, p. 48 ss.; SIMON, 2011, p. 127 ss.). Y, en términos cuantitativos, la tasa real de victimización es mucho más baja que la tasa percibida (SCHEINGOLD, 1984, p. 42-43; BECKETT, 1997, p. 15-26; BECKETT; SASSON, 2004, p. 104-111; SIMON, 2011, p. 151-153);

- existe una selectividad notoria en la actuación legislativa, en relación con ciertas categorías de delitos y ciertos estereotipos de delincuentes, claramente sobrerrepresentados en la actividad legislativa, en comparación con su representatividad estadística (ZIMRING, 1996, p. 250; BECKETT; SASSON, 2004, p. 75-77; SIMON, 2011, p. 110.);
- no existe ninguna conexión demostrada entre la evolución de las políticas criminales y la evolución de la criminalidad. (Sí que la hay, en cambio, entre la evolución de las políticas criminales y la evolución de la tasa de encarcelamiento. Pero no entre la evolución de la tasa de encarcelamiento y la de la criminalidad, que fluctúan independientemente la una de la otra.) (BECKETT, 1997, p. 14-27; DAVEY, 1998, p. 34-35; BECKETT; SASSON, 2004, *passim*; ROEDER; EISEN; BOWLING, 2015, *passim*, esp. p. 79);
- tampoco existe una conexión coherente entre las declaraciones de intenciones político-criminales que se formular por parte de los líderes políticos y las prácticas efectivas que tienen lugar en el sistema penal (SCHEINGOLD, 1984, p. 83-86; SCHEINGOLD, 1991, p. 181-190.);
- una parte importante de la explicación de los delitos, así como de la evolución de las tasas de delincuencia, tiene que ver con factores estructurales, no con decisiones individuales;
- la cultura organizativa de las fuerzas policiales da preeminencia al principio de autoridad, a la discrecionalidad del agente y a su control sobre la calle, frente a la prevención

y persecución de delitos (SCHEINGOLD, 1984, p. 95 ss.; SCHEINGOLD, 1991, p. 73 ss.);

- la cultura organizativa del sistema judicial da preeminencia a los factores de seguridad jurídica y de apego a la tradición interpretativa antes que a la eficacia o a la justicia en el caso concreto (SCHEINGOLD, 1984, p. 148 ss.; SCHEINGOLD, 1991, p. 119 ss.);
- la cultura organizativa del sistema penitenciario da preeminencia al control del régimen penitenciario sobre el tratamiento y los objetivos resocializadores.

Siendo esto así, es decir, existiendo un contraste tan grande entre lo que podríamos llamar el discurso de la “política criminal *folk*” (de sentido común –punitivista) y la evidencia científica acerca de los efectos verdaderos de las políticas criminales realmente existentes, entonces es preciso plantearse dos cuestiones. Una primera de índole explicativa: ¿cómo se origina este contraste? Y otra de naturaleza normativa: ¿cuál debe ser la salida más razonable (o menos mala) a esta indeseable situación de disociación entre los discursos y la realidad?

## 10 CÓMO SE CONSTRUYE (SOCIALMENTE) EL PUNITIVISMO

Si comenzamos por la primera de las cuestiones, la explicativa, a estas alturas tenemos ya evidencia empírica suficiente para construir un modelo bastante fiable de cómo tiene lugar la construcción del discurso punitivista “de sentido común”<sup>24</sup>, así como

<sup>24</sup> Roberts, Stalans, Indermaur y hough (2003, p. 4-5), señalan que la característica del punitivismo contemporáneo –“populismo punitivo”– es la desconexión (sobre la base de una doble pretensión, de estar haciendo aquello que dicta el sentido común y de gozar, por ello, del apoyo de la mayoría de la población) entre la política criminal propuesta (en el discurso) y cualquier consideración (no sólo de justicia, sino sobre todo) de racionalidad instrumental.

de por qué dicho discurso tiene serias dificultades para penetrar en las prácticas reales de la justicia penal (al menos, a corto plazo, mientras no es capaz de transformar las culturas profesionales de los agentes del sistema penal). Expuesto en sus líneas generales, dicho modelo sería como sigue:

### 10.1 ATENCIÓN PÚBLICA A LAS CUESTIONES CRIMINALES

Las cuestiones criminales reciben un nivel de atención constante por parte de la ciudadanía muy reducido. No obstante, se los considera importantes, de manera que la atención potencial, una vez que el tema es suscitado, es muy alta (SCHEINGOLD, 1984, p. 44-45).

### 10.2 POLITIZACIÓN: GRADOS

La politización de las cuestiones criminales puede producirse en distintos grados:

- como una preocupación extendida, pero subyacente;
- como un tema de debate abierto en la agenda institucional;
- como propuestas específicas de reforma;
- en el caso extremo, como condición para apoyar o no a un candidato a un cargo (SCHEINGOLD, 1991, p. 31).

### 10.3 AMBIVALENCIA Y SESGOS EN LA OPINIÓN CIUDADANA

La opinión ciudadana sobre sobre las cuestiones criminales y sobre la justicia penal es siempre ambivalente (BECKETT, 1997, p. 26; BECKETT; SASSON, 2004, p. 121-128; ROWAN, 2011, p. 48). Pues, al tiempo que opera efectivamente, el mito de la ineficacia y lenidad de la justicia penal, compiten con él otros mitos (como los de la redención, de los derechos, de la injusticia social, etc.), también

populares<sup>25</sup>.

Y, además, tampoco es uniforme, sino que está condicionada, además, en parte por el género, la etnia, la clase social, el nivel sociocultural, la edad y el lugar de residencia de quien opina (SCHEINGOLD, 1984, p. 47-48; SCHEINGOLD, 1991, p. 55 ss.; BECKETT; SASSON, 2004, p. 125-128; KESSLER, 2009, p. 142 ss.; ROWAN, 2011, p. 52.).

#### 10.4 MIEDO AL DELITO

El miedo al delito no es generalizado, a nivel personal (aunque esta afirmación ha de ser matizada, en función del género, edad y barrio de cada persona). Pero sí lo es la preocupación por el delito como problema social.

La experiencia de la victimización es antes simbólica (vicaria) que directa (SCHEINGOLD, 1984, p. 42-43; BECKETT, 1997, p. 62-63; BECKETT; SASSON, 2004, p. 107, 117-119; SURETTE, 2011, p. 24-27; ZULOAGA LOJO, 2014, p. 21-23).

#### 10.5. EL PAPEL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Los medios de comunicación y la industria cultural son los principales mecanismos a través de los cuales se difunde entre la ciudadanía el discurso punitivista (SCHEINGOLD, 1984, p. 42-43; SASSON, 1995, p. 151-152; BECKETT, 1997, p. 62 ss.; ROBERTS; STALANS; INDERMAUR; HOUGH, 2003, p. 76 ss.; BECKETT; SASSON, 2004, p. 73 ss.; SOTO NAVARRO, 2005, p. 125-127; GREEN, 2008, p. 117 ss.; GOODE; BEN-YEHUDA, 2009, p. 88 ss.; VARONA; GABARRÓN, 2015, p. 36-41. Y ocurre que, en ellos:

---

<sup>25</sup> Scheingold (1984, p. 64-65); Sasson, (1995, p. 55 ss.); Roberts y Hough (2005, p. 74-76, 95-96). Para el caso español, puede verse, entre otros, Varona Gómez (2009, p. 18 ss.); Asociación (2015).



- en términos cuantitativos, se da una cobertura desproporcionada a la delincuencia (BECKETT; SASSON, 2004, p. 72-75; PRATT, 2007, p. 68-69; ZULOAGA LOJO, 2014, p. 54-56, 69-78, 119-130);
- en términos cualitativos, se cubren principalmente los delitos más infrecuentes; los delitos cometidos por extraños; los delitos cometidos por miembros de ciertas etnias y clases; los delitos cometidos contra ciertas víctimas (no representativas) (HALL; CRITCHER; JEFFERSON; CLARKE; ROBERTS, 1978, p. 60, 67-68; ERICSON; BARANEK; CHAN, 1991, p. 250; BECKETT; SASSON, 2004, p. 75-77; SOTO NAVARRO, 2005, p. 126; PRATT, 2007, p. 69-70; SURETTE, 2011, p. 42-43, 54-55, 55-57; VARONA GÓMEZ, 2011, p. 23-25; JEWKES, 2015, p. 50-51, 63-64, 282-29);
- los delitos se cubren de forma episódica, no temática (BECKETT; SASSON, 2004, p. 77-78; SURETTE, 2011, p. 183; JEWKES, 2015, p. 64-66);
- se emplean estereotipos (étnicos, de clase, de género) (ERICSON; BARANEK; CHAN, 1991, p. 109; BECKETT; SASSON, 2004, p. 76-77; MAYR; MACHIN, 2012, p. 37-50, 66-76);
- se simplifican regularmente (presentando cursos causales sencillos y monocausales y atribuibles a factores claramente identificables e individualizables) problemas político-criminales que en realidad son complejos y se encuentran inmersos en dinámicas multicausales (ERICSON; BARANEK; CHAN, 1991, p. 168-175; GREEN, 2008, p. 169-179; SURETTE, 2011, p. 182, 184-187; JEWKES, 2015, p. 51-55);
- la información e interpretación se apoya fundamentalmente en fuentes del sistema penal mismo (HALL; CRITCHER; JEFFERSON; CLARKE; ROBERTS, 1978, p. 57; ERICSON; BARANEK; CHAN, 1991, p. 252-254;

BECKETT; SASSON, 2004, p. 80-81; SOTO NAVARRO, 2005, p. 126-127);

- predominan ciertos marcos cognitivos sobre otros: en concreto, en el caso de los discursos dirigidos a las masas (no así en editoriales o artículos de fondo), los marcos cognitivos que Sasson denomina “marco del sistema penal fracasado” (hay delincuencia porque el sistema penal no sabe tratarla adecuadamente) y “marco de la fractura del pacto social” (hay delincuencia porque ya no se respetan las normas como antes) (ERICSON; BARANEK; CHAN, 1991, p. 268 ss.; SASSON, 1995, p. 29 ss., 55 ss., 161-162; KESSLER, 2009, p. 115-121; SURETTE, 2011, p. 37-42).

## 10.6 LA INDUSTRIA CULTURAL

Además, en el caso concreto de la industria cultural (especialmente, la parte de ésta más orientada hacia un público de masas: literatura con vocación más comercial, cine, televisión, etc.), existe amplia evidencia de que: a) el crimen está sobrerrepresentado; b) el policía aparece habitualmente como el héroe; y c) el crimen violento aparece como el paradigma del delito (BECKETT; SASSON, 2004, p. 81-96; SURETTE, 2011, p. 86 ss.; JEWKES, 2015, p. 170-175).

Está demostrado que el público más expuesto a la información (sesgada) acepta con mayor facilidad una percepción alterada de la realidad criminológica, y la concepción de que hay que ser “duros con el crimen” (BECKETT; SASSON, 2004, p. 97-100; GREEN, 2008, p. 135-137; SURETTE, 2011, p. 191).

## 10.7 LA CONSTITUCIÓN DE LA “OPINIÓN PÚBLICA”

Los sujetos crean su opinión (la opinión pública se crea) recurriendo a marcos cognitivos para explicar los fenómenos sociales.

Los sujetos recurren principalmente a aquellos marcos cognitivos que les resultan más fácilmente disponibles, accesibles. Para ello, hay tres clases de recursos disponibles: “sabiduría popular” (esto es, la tradición cultural asentada), experiencias personales, discursos de los medios e industria cultural.

El grado de disponibilidad de dichos recursos y de los marcos cognitivos correspondientes depende de: constantes culturales, la clase social, la etnia, el lugar de residencia (campo o/ ciudad, en qué barrio,...), inserción familiar, medios de comunicación accesibles, tipo de consumo cultural. La elección de un marco deriva de una combinación de intereses (en autoubicarse), de interacción con los demás y de proyección de obsesiones culturales (GAMSON, 1992, p. 115 ss.; SASSON, 1995, p. 129-146).

Cuáles sean los recursos disponibles, y cuál la combinación de ellos que dé lugar a la opinión pública, es algo que depende en buena medida (cuando, como es el caso de los países occidentales desarrollados, las constricciones estructurales son similares) de la cultura política hegemónica en cada sociedad: grado de competitividad política (o de consensualismo), competitividad entre los medios de comunicación y tipología de su público, etc. (SAVELSBERG, 1994, p. 921-937; DAVEY, 1998, p. 47 ss., 94-97; GREEN, 2008, p. 77 ss.; LACEY, 2008, p. 1-112; BARKER, 2009, *passim*; GOTTSCHALK, 2015, p. 163 ss.).

## 10.8 DISCONTINUIDADES ENTRE LOS ASPECTOS SIMBÓLICOS Y LOS OPERATIVOS

Existe una ventaja evidente en la explicación volitiva desde el punto de vista político (de la política simbólica: *politics*): permite presentar una visión simplificada del problema de la delincuencia y de sus posibles soluciones, el mito del crimen y el castigo. Sin embargo, esta ventaja desaparece cuando se pasa de lo simbólico

a lo operativo (a la *policy*): en este ámbito, las complejidades y ambivalencias de la evidencia criminológica recobran su relevancia (para el profesional, encargado de aplicar políticas criminales) (SCHEINGOLD, 1991, p. 181 ss.).

## 10.9 LOS GRUPOS DE PRESIÓN

Los únicos que prestan una atención constante a las cuestiones criminales son determinados lobbies: sindicatos policiales, empresas de seguridad privada, asociaciones de comerciantes, movimientos sociales... (HALL; CRITCHER; JEFFERSON; CLARKE; ROBERTS, 1978, p. 38 ss.; SCHEINGOLD, 1984, p. 83; SCHEINGOLD, 1991, p. 55-62; BECKETT, 1997, p. 93-95, 97-101). Son los elaboradores de demandas, los empresarios morales (que lanzan iniciativas para cambiar las políticas criminales existentes) (BECKER, 1961, p. 147 ss.; SOTO NAVARRO, 2005, p. 126-127; GREEN, 2008, p. 204 ss.; GOODE; BEN-YEHUDA, 2009), p. 121-127).

## 10.10 INICIATIVAS PUNITIVISTAS

Los intentos de politizar las cuestiones criminales suele proceder de esos sectores específicos. Suelen ser resistidos, en principio, por los operadores del sistema penal, y con frecuencia también por las élites políticas. E igualmente, en el caso de que existan, por aquellos grupos sociales temerosos de convertirse en víctimas de la política de “dureza con el crimen”: minorías étnicas, sexuales, etc. (siempre que sean políticamente relevantes) (SCHEINGOLD, 1991, p. 62-65; PRATT, 2007, p. 147-149).

## 10.11 PÁNICOS MORALES

El “pánico moral” es el mecanismo (ideológico) a través del cual la atención de la ciudadanía es concentrada, en un determinado

momento, sobre una cierta tipología de víctima, de delito y de delincuente<sup>26</sup>. El pánico moral es un fenómeno social generalizado de miedo (emocionalmente cargado) a la amenaza constituida (supuestamente) por la conducta de ciertos sujetos desviados<sup>27</sup>.

Los elementos del pánico moral son, pues, la existencia de una preocupación (emocionalmente cargada); la personificación del problema en ciertos sujetos (“*folk devils*”), estereotípicos, en los que se concentra la hostilidad; la existencia de un consenso generalizado acerca de la existencia de un auténtico problema y de que “hay que hacer algo” para solucionarlo; la desproporción de la reacción (en atención a la gravedad real del problema); y la volatilidad del miedo.

El pánico moral constituye, pues, un mecanismo ideológico: un mecanismo de desviación de ansiedades, de problemas reales graves e irresolubles, hacia problemas (inexistentes, o reales, pero menores) simples (simplificados: identificándolos con un grupo de sujetos desviados).

La secuencia causal a través de la cual tienen lugar los pánicos morales parece ser la siguiente:

existencia de determinadas ansiedades sociales (ambiente social que lo propicia);

---

<sup>26</sup> Pero no sólo: como señalan Pratt (2007, p. 116-123) y Waiton (2008, p. 1 ss.), progresivamente los pánicos morales se han extendido a conductas no delictivas sino simplemente consideradas “antisociales”: mendicidad, inmigración, vandalismo juvenil, grafiti... Con lo cual las estrategias de gobernanza de los problemas de la seguridad tienden progresivamente a extenderse más allá del ámbito del Derecho Penal (aunque, en realidad, siempre han ido más allá, en momentos de pánico moral ello resulta aún más notorio).

<sup>27</sup> Los momentos (percibidos como) de crisis son, en efecto, aquellos en los que las constricciones estructurales y culturales que habitualmente existen para la acción política parecen desaparecer, o al menos perder relevancia: son aquellos momentos en los que el impulso a la actuación político-criminal resulta más probable (GREEN, 2008, p. 90-94). (Aunque, una vez finalizada la crisis, las cosas vuelven a su cauce, y la acción político-criminal –aun la populista– se vuelve, otra vez, dificultosa, incierta.) En todo caso, por supuesto, qué sea o no un momento de crisis desde el punto de vista político-criminal depende de cómo se perciba la realidad...

existencia de un grupo de interés que lo promueve;

los líderes sociales, detentadores del poder filtran el pánico, amplificándolo o reprimiéndolo;

los medios son la herramienta con la que se construye el discurso del pánico moral (se pone el tema en la agenda)<sup>28</sup>: se construye una “realidad” (falsa, pero) verosímil. Lo suficientemente alejada de la experiencia inmediata del público como para poder ser creída, pero lo suficiente próxima a dicha experiencia para aprovechar sus ansiedades;

el papel de la ciudadanía es el de la reacción populista: frente a los desviados (los –supuestos– responsables de la amenaza), y/o frente a “la élite” (que “no hace nada” para evitar el –supuesto– mal), o frente a los dos. Porque tanto unos como otros pueden llegar a ser considerados los “verdaderos” responsables de la amenaza (GOODE; BEN-YEHUDA, 2009, p. 57-58, 129 ss.).

## 10.12 ELECTORALISMO EN LAS CUESTIONES CRIMINALES

En este contexto, la tentación de emplear las cuestiones criminales y la política criminal como armas de propaganda política es grande (SCHEINGOLD, 1984, p. 75-76).

No hacen falta elevadas tasas de delincuencia para que la cuestión criminal se politice. Los incrementos en la delincuencia pueden “echar a rodar la bola”, provocar el inicio de la cadena causal. Pero, luego, el camino que siga el proceso resultará ya independiente de la evolución de la delincuencia (BECKETT, 1997, p. 23-26).

El incremento (o pretendido incremento) de la delincuencia es presentado a través de ejemplos particulares, especialmente horribles y llamativos (siempre de crimen callejero: depredadores extraños actuando sobre personas decentes). Con ello, el caso

<sup>28</sup> McCombs (2006, *passim*); Surette (2011, p. 189-190); Jewkes (2015, p. 84-89). Para el caso español, cfr. García Arán et al (2008).

anecdótico es convertido, ante los ojos del público, en la categoría usual de crimen. Este es el escenario que genera el miedo al delito (BECKETT; SASSON, 2004, p. 75-76).

El aprovechamiento político de la delincuencia se limita a aprovechar este contexto social: se trata, pues, de una conducta meramente oportunista (que, sin embargo, puede reforzar el proceso) (SCHEINGOLD, 1984, p. 79-83; ZIMRING, 1996, p. 251-253). Una conducta oportunista que, sin embargo, puede ser sincera (puede que el político esté convencido de que hay un problema con la delincuencia, que debe ser afrontado), o bien puramente cínica (si el político sabe que no hay tal problema, pero, a pesar de ello, decide aprovecharse del ambiente social favorable) (ZULOAGA LOJO, 2014, p. 95 ss.).

Utilizar electoralmente el delito es una tentación constante: al público le preocupa, por lo que es fácil alcanzar audiencia y apoyos; el mito del crimen y el castigo proporciona una propuesta clara y simple que plantear; y la coartada de la lucha contra el crimen vuelve a la opinión pública más permisiva con el uso (y abuso) de dinero y autoridad por parte del político.

Una vez lanzado el tema de la delincuencia en el ámbito de la lucha electoral, no es probable que ningún político se atreva a plantear propuestas alternativas a las que dicta el mito, pues sería extremadamente arriesgado para él (SCHEINGOLD, 1984, p. 76).

En el discurso electoralista sobre el crimen, los malos son los jueces; los buenos, los policías. (Las víctimas aparecen siempre tan sólo en el trasfondo.) (SCHEINGOLD, 1984, p. 78-79).

### 10.13 CONTRA LOS CONSPIRANOICOS

En realidad, las oleadas de campañas punitivistas no obedecen a una estrategia común, sino a una confluencia de estrategias: los medios, con su búsqueda de público; los políticos, en

su búsqueda de votos; las agencias del sistema penal, en su búsqueda de protagonismo, libertad de acción y presupuesto. Tanto políticos como medios operan de forma cíclica. Los únicos que operan como un lobby constante con objetivos claro son las agencias del sistema penal (SCHEINGOLD, 1984, p. 83).

## 11 ¿“DEMOCRACIA EN ACCIÓN”?

A tenor de lo acabado de exponer, podemos, pues, dar por muertos (por carentes de cualquier justificación epistemológica plausible) dos mitos sobre los que pretende fundarse el discurso punitivista “de sentido común”. En efecto:

- ni el desenvolvimiento del discurso punitivista, y de sus demandas de modificación de las prácticas político-criminales, posee, de una parte, conexión demostrable alguna con la evolución de las tasas de delincuencia. Antes al contrario, está firmemente demostrado que la evolución de ambas variables (punitivismo y delincuencia) son prácticamente independientes y evolucionan conforme a lógicas radicalmente diferentes;
- ni, de otra, tampoco puede afirmarse seriamente que el discurso punitivista sea una manifestación de la “democracia en acción”: esto es, que sea un reflejo fiel de las creencias generalizadas entre los integrantes del pueblo soberano. Pues, por el contrario, se ha demostrado también que el discurso punitivista tiene autores y causas (micro-sociales) bien determinadas, que no tienen que ver necesariamente con lo que la mayoría de los electores piensan (que, en sí mismo, es siempre ambiguo, complejo, contradictorio), sino con lo que se hace pasar (mediante una magistral manipulación ideológica) por tal (BECKETT, 1997, p. 15 ss.; BECKETT, SASSON, 2004, p. 45 ss.). De otra opinión, sin embargo, Enns (2014).



## 12 EL PUNITIVISMO Y LOS EXPERTOS: ¿POPULISMO PUNITIVO?

Siendo esto así, hay que volver –para finalizar– sobre la cuestión normativa: sobre la (siempre problemática) relación que debe existir entre expertos, opinión pública y soberanía popular (del Poder Legislativo) en el diseño y en la evaluación de las políticas criminales<sup>29</sup>.

En este sentido, parecería que el discurso punitivista es, asimismo, un discurso populista, en el sentido estricto en el que en ciencia política se emplea esta expresión: el populismo es un término político para designar corrientes heterogéneas, pero caracterizadas todas ellas por su aversión a las élites económicas e intelectuales, su denuncia de la corrupción política por parte de las clases privilegiadas y su constante apelación al “*Pueblo*”<sup>30</sup>. En el caso del

<sup>29</sup> Como más arriba he señalado, en el extremo, el discurso punitivista lindaría con la defensa de una “justicia popular”, entendida al modo del *Tribunal révolutionnaire* francés de 1793, también en el momento de la aplicación del Derecho y de las políticas criminales. No obstante, lo cierto es que tal extremo, en la realidad, nunca ha ido más allá de servir como fuente de una retórica inflamada y de críticas al funcionamiento de la justicia penal real. Retórica y críticas que, en la práctica, sirven más bien como armas en la lucha acerca de quién debe tener el poder de decisión, y con qué grado de autonomía, *en los momentos del diseño y de la evaluación de las políticas criminales*. Y que sólo de forma secundaria afectan a las prácticas de aplicación: alterando la cultura profesional de jueces, fiscales, funcionarios penitenciarios, etc., cambiando lo que consideran apropiado decidir, o no decidir, en el ejercicio de sus potestades discrecionales (SCHEINGOLD, 1991, p. 125 ss.; GREEN, 2008, p. 161-164; SIMON, 2011, p. 162 ss.). Mas –hasta ahora, al menos– no conocemos casos en los que, a corto plazo, tales críticas hayan sido capaces de transformar dicha cultura profesional de un modo radical.

<sup>30</sup> Afirma Savarino (2006, p. 83-85): “Todos los populismos apelan directamente al ‘pueblo’, fuera y por encima de cualquier forma de representación institucionalizada. El ‘pueblo’ del populismo es, obviamente, una abstracción, una idealización, que pretende referirse a la totalidad de la población, o más bien a aquella parte de la población que posee las características más nobles, auténticas y puras. [...] El pueblo, entonces, siempre es un concentrado de virtudes, el titular de un ‘sentido común’ perdido o amenazado. [...] Contiene, en efecto, la promesa de cortar la distancia entre ‘los de arriba’ y ‘los de abajo’

discurso punitivista, es también populista en la medida en que su retórica conlleva elementos de contraposición entre el (pretendido) “sano sentido común (punitivista) popular” y la forma “tramposa” (por alambicada y poco representativa) de los expertos.

De este modo, un elemento clave del discurso punitivista es la desconfianza y el desprecio, apenas disimulado, por la posibilidad de que los expertos, los profesionales puedan introducir filtros (basados en argumentaciones vistas como “tramposas”: las relativas a lo que es justo, razonable, eficaz,...) que manipulen y deformen la “voluntad popular” (ZIMRING, 1996, p. 253-255; ZIMRING; JOHNSON, 2006, p. 276-277; PRATT, 2007, p. 37 ss.; GREEN, 2008, p. 161-164). Esto, en términos prácticos (es decir, cuando se pasa de la retórica a la política), se traduce –a veces– en una pérdida de influencia de los expertos y de los profesionales sobre el diseño y la evaluación de las políticas criminales<sup>31</sup>.

Conviene, sin embargo, no perder de vista la realidad (más allá de los discursos): más que una marginación de los expertos y de los profesionales, lo que el discurso punitivista promueve es una transferencia de poder, entre distintos grupos de expertos. En concreto, promueve una transferencia de poder desde expertos independientes (en alguna medida) hacia expertos sujetos a la autoridad del Poder Ejecutivo.

---

[...] El pueblo homogéneo y orgánicamente unido retiene, supuestamente, el auténtico, indiscutible, fundamental derecho de soberanía política. Anterior a todo mecanismo institucional, toda fórmula legislativa y toda delegación representativa. [...] El populismo reivindica la ‘verdadera democracia’, la democracia en el sentido literal de la palabra: el poder político del pueblo. Sin mediaciones, sin delegados, sin la ‘trampa’ de la representancia.

<sup>31</sup> No me cansaré de insistir en que no es razonable tomar por su valor nominal los argumentos punitivistas: en la práctica, lo que se sustancia no es si los expertos y los profesionales van a influir sobre las políticas criminales (cosa que verdaderamente nadie pone seriamente en cuestión), sino cuánto; y, sobre todo, con qué grado de independencia respecto de los líderes políticos y de los grupos de presión.

Así, se transfiere poder de los expertos externos e independientes (investigadores, intelectuales, etc.) en favor de los funcionarios. Y, de entre estos, se transfiere poder de los jueces y tribunales hacia la policía y la Administración (SIMON, 2011, p. 143.). Es decir, lo que en la retórica aparece como una lucha (por el poder) entre expertos y “el pueblo”, en la práctica es más bien una lucha por apartar (lo más posible) a expertos y profesionales independientes de los procesos de toma de decisiones: a aquellos expertos y profesionales que son (más) independientes del poder político (de los partidos políticos, del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública).

Así pues, por lo que hace al papel de expertos y profesionales, la cuestión decisiva, más que la abstracta de la relación entre saber y poder, es la mucho más concreta del grado de independencia, de objetividad y de imparcialidad en las aportaciones que aquellos realicen al proceso de toma de decisiones político-criminales.

Que ello sea así es importante, me parece, para eludir un debate de principios acerca de la relación entre saber y poder (que es irresoluble en términos racionales). Por el contrario, si no se discute que las decisiones político-criminales deben ser adoptadas por quien ostente la autoridad suficiente, pero tampoco que es imprescindible la aportación del filtro de racionalidad que expertos y profesionales pueden proporcionar a las mismas, entonces la discusión normativa puede y debe concentrarse en aquello que es verdaderamente relevante: sobre las cuestiones del equilibrio entre lo uno y lo otro y del reparto de roles más adecuado en el proceso.

### **13 CRÍTICA DEL DISCURSO TECNOCRÁTICO**

Las anteriores aclaraciones ayudan, me parece, a eludir una tentación que está siempre presente entre quienes –en tanto que teóricos– nos ocupamos de la problemática relación entre racionalidad

política-criminal y democracia: la tentación tecnocrática. Una tentación en la que algunos caen sin más, de forma abierta. Así, hay quien (como, muy señaladamente, Franklin E. Zimring) opina que la clave de los problemas de irracionalidad ocasionados por la expansión del discurso punitivista “de sentido común” estriba, precisamente, en el debilitamiento que dicho discurso viene ocasionando tanto en la libertad de los expertos para adoptar decisiones racionales y como en su aislamiento respecto de la lucha política democrática (necesariamente participativa, abierta al debate y a la propaganda –y a la demagogia...). Y que, por consiguiente, la solución pasaría por reforzar dicho aislamiento y dicha libertad: por distanciar, en suma, al pueblo de las decisiones político-criminales (ZIMRING, 1996, p. 255-256; ZIMRING, HAWKINS; KAMIN, 2001, p. 181 ss.; ZIMRING; JOHNSON, 2006, p. 278. En un sentido semejante parece inclinarse Brown (2016, p. 175 ss.).

La cuestión es, sin embargo, que tanto el análisis del problema como la solución que se propone para el mismo se revelan, en mi opinión, hartamente dudosos. En efecto, en primer lugar, hemos visto ya más arriba que, en realidad, el surgimiento y desarrollo del discurso punitivista no tiene tanto que ver con las creencias efectivas de los ciudadanos cuanto con ciertos fenómenos –eventuales, no necesarios– de la dinámica política en las democracias de masas: existencia de grupos de presión, papel de los medios de comunicación y de la industria cultural, relación entre líderes políticos, medios y electorado, etc.

Así pues, en tanto esta dinámica no se transforme sustancialmente, parece que la única solución para evitar que –a veces– se produzcan brotes de punitivismo sería eliminar por completo las cuestiones político-criminales del ámbito de lo decidible democráticamente. Un precio muy elevado, demasiado, que no deberíamos estar dispuestos a pagar.

En segundo lugar, creo que no se debe poner al mismo nivel

(como a veces parece hacer Zimring) el momento de la aplicación de la política criminal con los momentos de su diseño y/o evaluación. Pues pienso que la situación, desde el punto de vista valorativo, no es la misma. En concreto, me parece claro que el momento de la aplicación de las políticas criminales y del Derecho penal debe permanecer mucho más aislado de la presión de la opinión pública<sup>32</sup>, por la sencilla razón de que en él se sustancian cuestiones que afectan necesariamente a los derechos fundamentales de los ciudadanos (sospechosos, detenidos, imputados, acusados, penados... pero también de las víctimas, y a veces de terceros).

Y porque, justamente, los derechos deben actuar, y ser preservados, como –en famosas palabras de Ronald Dworkin– “triumfos” en manos de los individuos, para oponerlos a la voluntad de las mayorías (DWORKIN, 2008, p. 335-339). En cambio, en el momento del diseño y/o de la evaluación de las políticas criminales, lo que está en juego sobre todo son las cuestiones de la justicia y de la racionalidad instrumental de las decisiones sobre qué reprimir y cómo hacerlo. Aunque es posible –lo veremos a continuación– que la ciudadanía no tenga mucho que decir en relación con la segunda

<sup>32</sup> Todo cuanto sea posible. No obstante, hay que ser conscientes de que un aislamiento absoluto, esto es, una solución puramente técnica a los conflictos sociales que se plantean como problemas de seguridad (o como actos delictivos), es imposible (y no ha existido nunca). Pues, en todo caso, muchos de los actos y valoraciones que han de realizar los profesionales y expertos en la aplicación de la política criminal y del Derecho Penal resultan de naturaleza discrecional. Y allí donde hay discrecionalidad, penetran siempre, inevitablemente, los contenidos culturales, para orientar la acción del sujeto (del profesional): Green (2008, p. 275-277). Y, claro está, la penetración de contenidos culturales implica, a su vez, la penetración de algunas de las creencias existentes en la sociedad en la forma de pensar, y de actuar, de profesionales y expertos. En todo caso, es cierto también que la discrecionalidad permite un (relativo) aislamiento entre el sentido de lo justo y apropiado del profesional y el sentido de lo justo de la comunidad en el momento de los acontecimientos (ZIMRING; JOHNSON, 2006, p. 273). Y que tal aislamiento, en sede de aplicación de las políticas criminales y del Derecho, es una buena cosa, pues facilita la imparcialidad de la solución (uno de los componentes de la justicia): Zimring, Hawkins y Kamin (2001, p. 184); Brown (2016, p. 28 ss., 164 ss.).

de las cuestiones, es obvio que sí que lo tiene, y mucho, respecto de la primera.

Tanto o más –en tercer lugar– que los expertos: no sólo por razones (políticas) de representatividad y de soberanía<sup>33</sup>, sino también por razones de racionalidad<sup>34</sup>. Pues no es que los expertos sepan más y decidan mejor (sobre cuestiones de justicia) que la ciudadanía: lo que ocurre, simplemente, es que deciden empleando métodos y estilos diferentes.

En efecto, no creo que sea justo contraponer –como hace Zimring– el “puro poder” (arbitrario), propio del punitivismo “populista”, a la (pura) “razón”, propia del experto. Y ello, porque dicha contraposición se presenta, en tales términos, como si nunca hubiese existido Michel Foucault: esto es, como si a estas alturas fuese todavía posible ignorar (de un modo inocente, no cínico) las íntimas relaciones que existen entre las formas de saber y las formas de poder (FOUCAULT, 1968, p. 334 ss.; FOUCAULT, 1970, p. 304 ss.; FOUCAULT, 1973, *passim*, esp. p. 14 ss.; FOUCAULT, 1977, p. 109-125).

Que afirmar que una determinada acción es razonable y que, porque lo es, debe ser realizada (y no otra cualquiera), no constituye un ejercicio de razón pura, sino de racionalidad práctica, que siempre va unida (en cuanto a sus fundamentos, a su contexto y a sus consecuencias) a actos de poder. Que el experto (el experto que

<sup>33</sup> Que también. Pues el vicio tecnocrático, de querer sustituir la voluntad de los ciudadanos por el de otros que dicen actuar mejor que ellos, pero en su nombre y en su beneficio, es, verdaderamente un vicio muy feo para un demócrata...

<sup>34</sup> Racionalidad quiere decir, en este contexto (AUDI, 2002, p. 13 ss.): 1.º adoptar creencias únicamente sobre la base de razones (suficientes) para creer; 2.º realizar acciones únicamente sobre la base de razones (suficientes) para actuar de ese modo; 3.º mantener la coherencia entre las diversas creencias que se mantienen al mismo tiempo, evitando la contradicción entre ellas; 4.º mantener la coherencia (pragmática) entre las diversas acciones que se realizan al mismo tiempo (o en periodos de tiempo reducidos), evitando la contradicción entre ellas; y 5.º optimizar las razones para creer determinadas cosas y las razones para obrar de un determinado modo.

propone políticas), pues, no es tan sólo un teórico, sino (también) un tecnócrata: alguien que ejerce poder, sobre otros y conforme a una determinada lógica<sup>35</sup>.

Es cierto que la lógica del poder del tecnócrata es más racional que la del poder puramente soberano. O, por decirlo otra vez con Foucault: el poder puramente soberano es un poder orientado hacia la disciplina de los cuerpos a él sometidos (y, en el extremo, a darles la muerte: es un poder necropolítico) (MBEMBE, 2011, p. 17 ss., *passim*), que gira en torno al simbolismo<sup>36</sup>. Mientras que el poder del experto es un poder racionalizador, un poder orientado hacia el control y la gestión de la vida (un poder biopolítico, pues). Gestión

<sup>35</sup> Para las pruebas que sustentan esta afirmación, cfr. los análisis históricos de políticas criminales diseñadas por tecnócratas a espaldas de la ciudadanía (y críticas contundentes respecto del importante papel que han cumplido en la expansión ulterior del punitivismo) en el Reino Unido (en RYAN, 2003) y en los Estados Unidos de América (en GOTTSCHALK, 2006; MUHAMMAD, 2010; MURAKAWA, 2014; GOTTSCHALK, 2015; HINTON, 2016; McGIRR, 2016). La historia de los procesos legislativos y de diseño de políticas criminales españolas a lo largo de los últimos dos siglos está, en cambio (hasta donde alcanza mi conocimiento), sin hacer, a pesar de lo importante que resultaría para comprender bien la evolución producida.

<sup>36</sup> Laclau (2005, esp. p. 91 ss.), ha estudiado detenidamente (aunque sin referirse específicamente a nuestro tema) la manera en la que estas simbolizaciones se articulan y cobran relevancia política en una democracia de masas. No es de extrañar, por lo tanto, que dicha articulación (como cualquier discurso que se presenta como “popular” o “de sentido común”) adopte, en ocasiones, formas carnavalescas (BAJTIN, 1987, p. 10-16). Algo que estamos ya muy acostumbrados a contemplar, cuando de populismo punitivo se trata: oradores exagerados e incendiarios, eslóganes simplistas, propuestas aún más simples (“*three strikes and you’re out!*”)... Son los modos de expresión de lo (construido como) “popular”. No deberíamos, sin embargo, dejarnos enredar por nuestros propios prejuicios elitistas, e impresionar por formas tan desmesuradas. Porque, en el fondo, aunque con una estética más estrambótica, los crudos actos de poder en que el populismo punitivo se manifiesta en la práctica (no en los discursos) no resultan tan diferentes (aunque más llamativos, sin duda, más expresivos desde el punto de vista simbólico), ni necesariamente mucho peores (mucho más injustos), que los que las élites de expertos, al servicio de gobiernos, grupos de presión, etc., proponen, aplican y alaban. Advierte también, en un sentido similar, en contra de la crítica elitista y tecnocrática al punitivismo basada principalmente en sus formas estéticas, Rowan (2011).

de la vida que se esfuerza en economizar los recursos necesarios para ejercer el poder y en optimizar los resultados de dicho ejercicio (apoyándose para ello en el conocimiento) (FOUCAULT, 2003, p. 205 ss.). Ello, sin embargo, en nada garantiza que la decisión biopolítica del experto (sin duda, más racional desde el punto de vista instrumental, más económica) resulte necesariamente también más justa<sup>37</sup>.

Mi opinión, por consiguiente, es que es preciso intentar distinguir, en el ámbito del debate político-criminal (sobre el diseño y evaluación de políticas criminales, no sobre su aplicación a casos concretos) aquellas cuestiones que tienen más que ver con la justicia (con la moral y con la política, por lo tanto) de aquellas otras que tienen más que ver con la racionalidad instrumental (realizabilidad, eficacia, eficiencia)<sup>38</sup>. Que en relación las primeras es preciso reconocer sin

<sup>37</sup> Compárese, si no: ¿es acaso más injusta la imposición de medida de libertad vigilada, posterior al cumplimiento de la pena de prisión, al autor de un homicidio terrorista –ejemplo característico de Derecho Penal populista– o, más bien, lo es la tipificación como delito de terrorismo de la conducta del que –como reza el nuevo art. 575.2 CP– “acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista”, que no pretende ser un reclamo “popular”, sino que procede de una demanda de expertos, del grupo de presión interno constituido por los mandos policiales? Yo diría que, si hubiese que elegir, es mucho más injusta aún ésta que aquella.

<sup>38</sup> De distinguir qué aspectos de las políticas criminales pertenecen a uno y a otro ámbito me he ocupado en Paredes Castañón (2013). En síntesis, considero que son cuestiones de justicia: la determinación de qué bienes jurídicos merecen protección jurídica mediante prohibiciones y sanciones; la decisión acerca de qué conductas dañosas deben ser prohibidas y cuáles no (la decisión acerca de la fragmentariedad); la valoración de si en la prohibición de las conductas se respeta o no el principio de proporcionalidad; la valoración del papel de la privacidad como límite a la prohibición; la valoración sobre si la asignación de costes que conlleva la prohibición es o no justa; la fijación de los criterios básicos de imputación de infracciones; los criterios básicos acerca de la sancionabilidad y de la culpa de los autores de infracciones; y los criterios básicos acerca del merecimiento de la sanción. Y son cuestiones de racionalidad instrumental: la determinación de qué bienes jurídicos merecen protección mediante el Derecho



más que la autoridad<sup>39</sup> sobre las mismas debe corresponderle, en un régimen político (mínimamente) democrático, al soberano: esto es, al pueblo. (No al legislador. No directamente, al menos, sino, en todo caso, únicamente de forma indirecta, por delegación.

El matiz, como veremos a continuación, es importante.). Y que, por consiguiente, por lo que hace a las cuestiones de justicia, el papel del experto sólo puede y debe ser –a lo sumo– el de consejero, carente de cualquier poder de decisión (aunque no necesariamente de autoridad: no política, sino teórica).

En cambio, propondré que, en el caso de las cuestiones de racionalidad instrumental, el papel del experto debe ser mayor. Y ello, porque una legislación que se pretenda justa debe también, para serlo, resultar (mínimamente) racional desde un punto de vista instrumental. Y, para lograrlo, resulta imprescindible la aplicación de conocimientos teóricos, que usualmente están en manos de los expertos.

## 14 CUESTIONES DE JUSTICIA

### 14.1 SOBERANÍA POPULAR Y DEBERES MORALES (DE JUSTICIA)

Como acabo de exponer, mi opinión es que no existe ninguna razón normativa que resulte convincente (si se aceptan los presupuestos mínimos de la justificación de la democracia como régimen político) para pretender sustraer al soberano las decisiones

---

Penal; la determinación de qué conductas son dañosas para los bienes jurídicos protegidos; la redacción de los concretos elementos típicos del supuesto de hecho de la norma prohibitiva; la factibilidad y coherencia de los objetivos de protección perseguidos; la factibilidad de los objetivos preventivos; la eficacia y la eficiencia de las prohibiciones; la eficacia y la eficiencia de los criterios de imputación; la eficacia y la eficiencia de las sanciones; y su régimen de ejecución.

<sup>39</sup> Un determinado sujeto posee autoridad en la medida en que otros sujetos le reconozcan el derecho a controlar los comportamientos ajenos: Arendt (1996); Rodríguez Martínez (1998, p. 48); Coleman (2011, p. 113 ss.).

acerca de qué política criminal es la más justa. De manera que en ningún caso me parece que pueda estar justificada una solución que pase por aislar tales decisiones de la soberanía popular.

Ahora bien, afirmar lo anterior no significa aceptar (como si se tratase de un paquete conjunto e inseparable) toda una serie de consecuencias añadidas, que muchas veces se suelen (cuando menos, en el discurso punitivista –que, como veíamos, se pretende “populista”) dar por necesarias y que, sin embargo, en mi opinión no lo son.

Así, en primer lugar, afirmar que la autoridad para la definición de lo que es justo en materia político-criminal debe estar en manos del pueblo soberano no significa dar por buena sin más la tesis, diferente, de que lo que la mayoría de la opinión pública (determinada a través de algún medio empírico disponible) opine en cada momento, sobre qué delitos deben existir y qué sanciones debe haber para los mismos, es lo que debe plasmarse efectivamente en las políticas criminales y en la legislación. Y ello, porque en realidad no existe ninguna razón moral sólida que permita pasar del hecho de una opinión pública (determinada como) mayoritaria, en un momento y lugar dados, a la proposición normativa de que tal estado de opinión deba reflejarse directamente en las leyes<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Thomsen (2014) estudia con detenimiento los argumentos a favor de una teoría (normativa) de –lo que podríamos llamar– la “política criminal populista” (que, en su cuidadosa reconstrucción, tendría por tesis principal –loc. cit., p. 123– la de que “existe al menos una razón imparcial *prima facie* para penar de acuerdo con los sentimientos populares informados acerca de la potestad punitiva, y la fuerza de dicha razón será tanto mayor cuanto mayores sean la intensidad y la extensión de dichos sentimientos entre la ciudadanía”). Y concluye –convincientemente, en mi opinión– que en realidad el hecho de que una creencia acerca de cuál es la sanción justa que merece una determinada acción sea ampliamente compartida no añade nada, en lo esencial, al valor que tenga por sí misma tal creencia (loc. cit., p. 128-139). Robinson (2012, p. 42-48), en cambio, otorga prioridad al efecto de relegitimación de la política pública y de la norma jurídica que su coincidencia con los sentimientos populares puede llegar a producir. En mi opinión, sin embargo, dicho efecto (que, de todas formas, parece tener un

Por consiguiente, es importante distinguir, en este caso, cuidadosamente entre la cuestión fáctica y la cuestión normativa. Desde el punto de vista fáctico, es evidente que (así reza uno de los presupuestos básicos de la concepción positivista del Derecho) la norma jurídico-penal lo es (y, más en general, la política criminal constituye una política pública) en virtud de hechos, sociales, institucionales: del hecho de que ciertos órganos que gozan de autoridad reconocida para ello decidan, conforme a ciertos procedimientos, reconocer como –respectivamente– “Derecho” o “política pública” ciertas decisiones, con un determinado contenido normativo, y no otro.

En cambio, cuando se trata de determinar qué Derecho y qué política criminal tiene derecho (moral) el pueblo soberano a dictar, entonces la respuesta es la misma que le daríamos a un monarca o a un déspota: solamente una política y un Derecho justos; esto es, justos conforme a criterios intersubjetivamente aceptables y críticamente considerados.

El pueblo puede, pues, crear cualquier Derecho y cualquier política criminal. Pero no debe (si quiere ser justo): debe respetar los principios y reglas propios de una ética crítica. Tal es la esencia de mi tesis.

O, expresado en otros términos<sup>41</sup>: el hecho de que una ley o una política tengan origen en la voluntad popular no exime a su autor –el pueblo soberano– de la obligación de justificar su decisión en términos morales. No le exime, al menos, si ese pueblo pretende ser justo, y no renuncia por principio a la pretensión de serlo. Es decir,

---

alcance muy limitado: como Thomsen señala (loc. cit., p. 135-138), la historia pasada y presente está llena de ejemplos de sociedades que han pensado que sus leyes y sus jueces eran demasiado benignas, sin que por ello hayan sufrido ni la legitimidad ni la eficacia), al ser puramente instrumental, no puede sustituir a la necesidad de una justificación moral, en términos de justicia.

<sup>41</sup> Los que utiliza Dzur (2014, p. 212 ss.), que me parecen particularmente apropiados para resaltar el componente moral de la tesis.

también en el caso de las entidades colectivas, la acción implica responsabilidad moral. Es preciso, pues, predicar la responsabilidad que el soberano adquiere cuando se actúa, a través de la política criminal, en su nombre. Y, al igual que en el caso de cualquier otra acción, cualquiera tiene derecho a pedir cuentas al pueblo, en nombre de los valores morales más importantes (señaladamente, el de justicia) por qué, cómo y con qué límites se administra represión y “justicia penal” en su nombre.

## 14.2 EL PODER SOBERANO (CONSTITUYENTE) Y EL PODER LEGISLATIVO

En segundo lugar, pienso que es importante resaltar cuál es la relación de responsabilidad moral que se establece cuando se decide adoptar una determinada política criminal: la responsabilidad moral es imputable al soberano, porque es en su nombre en el que se deciden las políticas (unas políticas que afectan a los derechos y al bienestar de las personas) y en el que las mismas van a ser puestas en práctica.

Así pues, la responsabilidad moral principal por las actuaciones concretas que se llevan a cabo en ejecución de una determinada política criminal no es (en primera instancia, cuando menos) del legislador (y menos aún de los jueces u otros aplicadores del Derecho): es del pueblo soberano, en cuyo nombre se legisla. Es a él a quien se puede y se debe imputar la responsabilidad, tanto de lo bueno como de lo malo, que de las políticas criminales resulte<sup>42</sup>.

A mi entender, esta idea no es baladí. Por el contrario, debe servir para dos cosas: primero, para transmitir un mensaje

---

<sup>42</sup> Por supuesto, dejo de lado ahora los (harto complejos) problemas de relación (representación) entre soberano y representantes, así como (de interpretación y aplicación) entre estos y los aplicadores del Derecho. Todo ello obligaría, sin duda alguna, a matizar –caso por caso– la idea de responsabilidad moral del soberano que en el texto se sostiene. Pero no creo que obligue a negarla en general.

que contribuya a educar a la ciudadanía, en sus responsabilidades y deberes (a mí, como ciudadano, me importa qué se hace en mi nombre); y segundo, para orientarnos a la hora de proponer medidas de diseño institucional. Pues, en efecto, creo que –como a continuación sugeriré– mucho se puede ganar en este sentido si se tiene claro que puede haber medidas de tal índole que favorezcan la conciencia popular acerca de dicha responsabilidad moral (y, consiguientemente, una administración más racional y prudente de la potestad punitiva), aunque ello signifique limitar ciertas potestades del Poder Legislativo. Para un demócrata radical (como quien suscribe), tal hecho no debería ser óbice (ROWAN, 2011, p. 54-57).

### 14.3 UN DISEÑO INSTITUCIONAL QUE FAVOREZCA LA JUSTICIA

Si se aceptan las tomas de posición acabadas de exponer, entonces los problemas que se plantean son los usuales en el ámbito de la ética pública: primero, el de elaborar principios y reglas morales que sean merecedoras de ser ampliamente compartidas por la ciudadanía; y, segundo, el de elaborar un diseño institucional que favorezca la aparición y la aplicación de tales reglas. Sobre la primera de las cuestiones, la de los criterios de justicia, nada diré aquí, puesto que es un tema hartamente complejo, del que además me he ocupado ya por extenso en ocasiones anteriores (PAREDES CASTAÑÓN, 2013, p. 89 ss.).

Sí quiero, en cambio, realizar alguna observación en relación con los problemas de diseño institucional. Ante todo, conviene llamar la atención sobre el hecho demostrado de que los mecanismos deliberativos (los reales, no los que se idean en las obras de los teóricos)<sup>43</sup> tienen dificultades importantes para preservar, en sus

---

<sup>43</sup> Tanto Rowan (2001, p. 51-54), como Waldron (2005, p. 111-113), señalan lo importante que es distinguir entre ambas categorías, pues en los procesos deliberativos reales (en la política real) la actitud de los participantes suele ser muy diferente a la que usualmente presuponen los modelos ideales de democracia deliberativa: persiguen intereses encontrados, no buscan el consenso a cualquier precio, etc.

discusiones, dos condiciones que, sin embargo, son básicas para lograr cualquier mínimo de justicia en una política pública o en una norma jurídica dada: la consistencia y la universalizabilidad de los criterios de justicia empleados. Así, en ausencia de condiciones correctoras, es probable que cualquier procedimiento deliberativo acabe por producir decisiones injustas, cuando menos por resultar contradictorias o por no ser imparciales (MATRAVERS, 2014, p. 45-48).

De este modo, la cuestión que se plantea es la de qué medidas de diseño institucional pueden ponerse en práctica para reducir tales riesgos y, más en general, para favorecer que las decisiones en materia político-criminal que se adopten en nombre del pueblo (de un pueblo que no desee renunciar a ser justo en sus decisiones y políticas) sean justas, lo más justas posibles.

Aunque sin duda habrá más, algunas pueden ser enumeradas ya aquí:

- promover la transparencia de los contenidos de los programas electorales, así como mecanismos de exigencia de rendición de cuentas acerca de su grado de cumplimiento (o incumplimiento);
- promover la creación de grupos de presión en favor de la reforma penal que anuden amplias alianzas a lo largo de todo el espectro social y político;
- introducir mecanismos de control de la actuación de los grupos de presión;
- promover y empoderar (dándoles voz) a los movimientos de personas afectadas por las políticas criminales punitivistas: de penados, de minorías étnicas, de inmigrantes, de barrios marginados, etc.;
- promover la educación popular sobre cuestiones criminales;
- promover la transparencia del procedimiento legislativo;

- promover procedimientos participativos y deliberativos con participación popular<sup>44</sup>;
- promover la regulación y el pluralismo (derecho de acceso, códigos de autorregulación, limitaciones en la propiedad, ética profesional, derechos de los periodistas, etc.) de los medios de comunicación.

En todos estos instrumentos institucionales (para promover una deliberación crítica y participativa acerca de la reacción represiva justa), el papel de los expertos debería ser tan sólo el de meros participantes (cualificados, a lo sumo, en razón de su autoridad teórica –que en absoluto equivale a autoridad práctica).

En definitiva, mi propuesta de diseño institucional se basa en una hipótesis. Hipótesis que, como cualquier explicación sobre las causas de hechos (sociales), está aún pendiente de validación empírica. Y que, de ser cierta (de ser una parte relevante de la explicación del fenómeno del “populismo punitivo”), poseería implicaciones importantes también en el plano normativo: en la orientación de los movimientos que se oponen a dicha perniciosa tendencia. Mi hipótesis se apoya en la evidencia criminológica que establece que:

<sup>44</sup> Otra vez, mi opinión se distancia radicalmente de la de Zimring (1996, p. 255-256): yo no pienso que, en sí mismos, los mecanismos de democracia directa sean particularmente perniciosos en el ámbito de las cuestiones político-criminales. Lo que sí lo es, no obstante, es su utilización sesgada, en contextos en los que la democracia es antes formal que real: como es sabido, y no es casualidad, el referéndum es una herramienta política muy querida por los regímenes autoritarios. Pienso, sin embargo, que el problema no estriba en la institución misma del referéndum, sino en qué contexto institucional y político se emplee: sin pluralismo en el acceso a los medios de comunicación, sin que las voces disidentes o de los directamente afectados por las políticas punitivistas sean oídas, sin que exista igualdad de condiciones en el debate, etc., entonces, claro está, el referéndum es una muy mala y peligrosa herramienta... Claro que únicamente un poco peor –pero no mucho– que una decisión parlamentaria del mismo signo adoptada por una mayoría absoluta que –porque controla todos los resortes del poder político– ignora a la oposición y a cualquier voz discrepante...

a) no es cierto que la mayoría de la ciudadanía sea particularmente punitivista; b) las decisiones políticas y reformas legislativas que dan lugar a una expansión irracional del Derecho Penal obedecen inicialmente a procesos propios del sistema político (incluyendo los medios de comunicación) que a auténticas demandas sociales. Mi hipótesis reza, entonces, que el "populismo punitivo" ha de ser visto como la manifestación, en el ámbito de la política criminal, de la baja calidad de la democracia. Como una estrategia (más exactamente: como una confluencia de estrategias de diferentes actores –grupos de presión, líderes políticos, medios de comunicación...) a través de la cual se desvían las ansiedades existentes acerca de problemas reales graves e irresolubles, hacia problemas (inexistentes, o reales, pero menores) más simples (y, además, simplificados, al atribuir la responsabilidad por los mismos a ciertos sujetos –“folk devils”– y su solución a la incriminación) (BECKETT, 1997, p. 23 ss.; BECKETT; SASSON, 2004, p. 48 ss.; GOODE; BEN-YEHUDA, 2009, p. 121-127; SIMON, 2011, p. 27 ss.).

Una confluencia de estrategias que es casual, pero que se ve favorecida por las constricciones estructurales del sistema político: por las limitaciones a la participación democrática efectiva que hacen que un régimen representativo sea más elitista que participativo, por el hecho de que muchas voces y muchos intereses no tienen la oportunidad de acceder efectivamente, y en igualdad de condiciones, a la esfera pública (ROWAN, 2011, p. 51-54), por lo que sólo algunas –justamente, las de los promotores del punitivismo– se oirán con (mayor) claridad (GOODE; BEN-YEHUDA, 2009, p. 121-127).

Y predigo, entonces, que cuanto más baja sea dicha calidad (menos próximos estemos a una “democracia real”: una en la que la ciudadanía tiene oportunidades efectivas, frecuentes e igualitarias de participación en la adopción de decisiones políticas, y en la que sus representantes efectivamente adoptan actitud de tales, intentando representar lo más fielmente posible las ideas y creencias de quienes se supone que representan –limitándose, pues, en ambos aspectos,



la incidencia de los poderes sociales no elegidos), mayor es la probabilidad de derivas punitivistas en la praxis político-criminal de los estados contemporáneos.

Como advertía, se trata tan sólo de una hipótesis, necesitada de verificación empírica, en cuanto a sus predicciones, y de descripción detallada, en cuanto a las cadenas causales que han de sustentar la conexión entre políticas criminales “populistas” y grado de calidad democrática de un determinado sistema político. Sobre esto último, existe, como señalaba más arriba, cierta evidencia empírica en la investigación criminológica contemporánea. Pero, si es cierta, entonces, cabe esperar, justamente, lo que contemplamos: que España, por ejemplo, con una democracia manifiestamente mejorable, sea adalid del “populismo punitivo” (que consigue aunar a las derechas y buena parte de las izquierdas).

Y, si es cierto, entonces la lucha en contra del “populismo punitivo” debería añadir, a los argumentos más usuales, atinentes a la inmoralidad e ineficacia de dichas soluciones, argumentos de índole puramente política. Poniendo en cuestión el modo (poco participativo) en que tienen lugar los procesos de toma de decisiones en materia político-criminal, por más que se pretendan recubrir el manto del “apoyo popular”<sup>45</sup> (PAREDES CASTAÑÓN, 2014).

<sup>45</sup> Un ejemplo del cambio de enfoque que propongo, aplicado al caso español: desde 1989 viene funcionando en España el Grupo de Estudios de Política Criminal (primero como grupo informal, luego como asociación). Este Grupo –del que formo parte– está constituido por penalistas (profesores, jueces y fiscales) y viene dedicándose a intentar influir (elaborando y difundiendo propuestas político-criminales alternativas de tinte crítico y progresista) sobre los legisladores, en un sentido netamente garantista, antipunitivista y racionalizador. Es decir, sigue atado, en buena medida, a la idea del experto como “consejero de príncipes”, como alguien que se concentra en influir directamente sobre quienes adoptan las decisiones político-criminales más básicas (los parlamentarios y el Gobierno). Pues bien, en mi opinión, una estrategia antipunitivista efectiva, en una sociedad democrática de masas, debería, sin abandonar dicha labor de influencia directa sobre los poderes ejecutivo y legislativo, adoptar una perspectiva más amplia: aspirando a influir no sólo sobre los representantes, sino también, y sobre todo, directamente sobre el soberano, sobre el pueblo, sobre el electorado. Obviamente, ello conlleva importantes implicaciones sobre la forma de organizarse, de trabajar, de presentarse al exterior, de entablar alianzas, etc.

## 15 CUESTIONES DE RACIONALIDAD INSTRUMENTAL

Como decía más arriba, mientras que creo evidente que las cuestiones de justicia inherentes al diseño y evaluación de las políticas criminales deben ser decididas autónomamente por la ciudadanía (aunque, como he señalado, no de cualquier modo: ni por cualquier procedimiento, ni con cualquier clase de razones justificantes), me parece que la situación es muy otra cuando se trata de los problemas relativos a la racionalidad instrumental de dichas políticas: problemas como los de la determinación de qué bienes jurídicos merecen protección mediante el Derecho Penal; la determinación de qué conductas son dañosas para los bienes jurídicos protegidos; la redacción de los concretos elementos típicos del supuesto de hecho de la norma prohibitiva; la factibilidad y coherencia de los objetivos de protección perseguidos; la factibilidad de los objetivos preventivos; la eficacia y la eficiencia de las prohibiciones; la eficacia y la eficiencia de los criterios de imputación; la eficacia y la eficiencia de las sanciones; y su régimen de ejecución.

Sobre todos estos asuntos, existen saberes expertos, que parece inaceptable que sean ignorados cuando de diseñar políticas se trata, si partimos del presupuesto –como me parece razonable partir– de que el tipo de democracia que queremos es una democracia ilustrada, esto es, una en la que las decisiones (particularmente, aquellas que afectan más intensamente a los derechos y al bienestar de las personas, como es la de que el Estado emplee su capacidad coactiva para impedir o desincentivar ciertas formas de conducta y/o de vida) no sean pura expresión de voluntad, sino que atiendan también a razones.

Más aún, quiero destacar que justamente quienes estamos más descontentos con la calidad democrática de los regímenes políticos que soportamos deberíamos ser los primeros interesados en que tal género de racionalidad instrumental se imponga (siempre que no se llegue al extremo de implantar un modelo tecnocrático). Pues

deberíamos ser conscientes de que allí donde no llega la autoridad del experto no es que ésta vaya a ser sustituida por una decisión democrática razonable, sino que lo más probable es que lo sea por influencias de grupos de presión con finalidades poco confesables, y/o por manipulaciones electoralistas de líderes y partidos políticos.

Si aceptamos este punto de partida (y no veo cómo podría ponerse en cuestión)<sup>46</sup>, entonces las cuestiones que hay que resolver son, según creo, dos. En primer lugar, es preciso acotar cuidadosamente el ámbito de intervención autoritaria de los expertos, con el fin de evitar la tentación tecnocrática, más arriba señalada. Justamente, acabo de realizar una propuesta de acotamiento en ese sentido: en mi opinión, únicamente sobre los temas más arriba mencionados debería otorgarse autoridad a los expertos<sup>47</sup>. (Sobre todos los demás, como he apuntado más arriba, el experto podría actuar, a lo sumo, como asesor, carente de autoridad... cuando no como un ciudadano más.)

En segundo lugar, hay que hallar las vías, en el diseño institucional de los procedimientos de toma de decisiones en materia político-criminal, para que el conocimiento experto pueda ser hecho valer. En este sentido, sugiero que dichas vías principales podrían ser las tres siguientes.

---

<sup>46</sup> Por supuesto, en pura teoría es posible discutirlo: es posible proponer una democracia puramente voluntarista, que decida por pura mayoría, sin razones para ello. Sin embargo, me parece que, en la práctica, en la realidad de nuestro sistema político, existen innumerables razones (constitucionales, políticas, morales, económicas, etc.) por las que dicha hipótesis teórica resulta descartable (además de indeseable).

<sup>47</sup> Autoridad, en atención a sus conocimientos teóricos sobre ciertas materias (Criminología, Derecho, Psicología, Sociología, etc.) y a su capacidad para aplicarlos en la elaboración de dichas facetas de las políticas criminales. Por supuesto, en un régimen democrático, cualquier autoridad, también la de los expertos, debe estar controlada: a través de procedimientos abiertos, participativos y transparentes de designación, mediante la fijación de protocolos de actuación y estableciendo también mecanismos para que los expertos rindan cuenta de su labor y se sometan, así, a la eventual crítica que puedan recibir de la ciudadanía por lo realizado o no realizado (FUNG, 2006).

## 15.1 RACIONALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO (Y PRE-LEGISLATIVO)

Existe ya un importante cuerpo de investigaciones acerca de cómo tienen lugar en la práctica los procesos de toma de decisiones que dan lugar a las políticas públicas (incluyendo entre ellas los procesos de redacción y aprobación de normas jurídicas, pero no sólo), así como sobre los modos de mejorar la racionalidad –la calidad, en suma– de tales procedimientos.

A este respecto, no creo que tenga yo nada particularmente relevante que añadir, excepto reclamar también que tales medidas de mejora se pongan en práctica, y se vuelvan obligatorias. Medidas como la evaluación de costes de las acciones que se proponen, la evaluación de su eficacia, de su rentabilidad, examen empírico de los daños efectivamente producidos por las conductas antisociales, análisis cuidadoso de las estadísticas criminales y de las encuestas de victimización, etc., parecen todas ellas imprescindibles<sup>48</sup>. Y cualquier movimiento en contra del punitivismo debería hacer de las mismas una de sus banderas de batalla.

## 15.2 AGENCIAS REGULADORAS INDEPENDIENTES

En segundo lugar, creo que es interesante explorar una posibilidad que ha sido sugerida por Franklin E. Zimring, que es la de crear, también para el asunto de la política criminal<sup>49</sup>, una agencia reguladora independiente que asuma competencias en aquella parte del diseño de las políticas (y de la evaluación de las mismas) que

---

<sup>48</sup> Cfr., al respecto, por todos, Moran, Rein y Goodin (2006, esp. p. 207 ss.); Garrido Mayol (2010, esp. p. 102 ss.); Becerra Muñoz (2013, esp. p. 263 ss.); Arana García (2015, *passim*; Nieto Martín, Muñoz de Morales Romero y Becerra Muñoz (2016, *passim*), todos ellos con ulteriores referencias.

<sup>49</sup> Puesto que la técnica de recurrir a agencias reguladoras independientes es actualmente ya muy habitual en otros ámbitos, como en de la regulación de la actividad económica, o de otras actividades del propio Estado.

posee naturaleza técnica, relativa a la racionalidad instrumental<sup>50</sup>.

La técnica de crear agencias reguladoras independientes para gestionar determinadas áreas de las políticas públicas (o aspectos de las mismas) nació como un arreglo institucional que pretende evitar tres fenómenos habituales en el casos de decisiones adoptadas en el medio político: la inconsistencia (decisiones que no siguen un curso único y coherente), la incertidumbre política (con la probabilidad de que haya bandazos en el sentido de las decisiones) y la vulnerabilidad a la presión (GILARDI, 2008, p. 28 ss.; VELJANOVSKI, 2010, *passim*; FEINTUCK, 2010, *passim*; GÁMIR CASARES; DURÁ JUEZ, 2013, p. 101 ss.).

La agencia reguladora independiente, en cambio, si el marco regulatorio está bien diseñado, se ocupa de darle cumplimiento, con (relativa) independencia de la voluntad de los líderes y partidos políticos, así como de la ciudadanía y de la opinión pública.

Es evidente que, empleada de modo generalizado, la técnica de las agencias reguladoras independientes como organismos competentes para la elaboración de las políticas públicas acaba por chocar frontalmente con las exigencias de la democracia (especialmente, de la democracia participativa). Sin embargo, ello sólo ocurrirá si (HOOD; SCOTT; JAMES; JONES; TRAVERS, 1999, p. 210 ss.; BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, p. 25 ss.): 1º) se atribuyen a las agencias reguladoras no sólo funciones relativas a una parte, la técnica, de dichas políticas, sino el diseño integral de las mismas (Cfr., al respecto, LODGE; STIRTON, 2010, *passim*); y 2º) no se establece correctamente (y con las limitaciones oportunas) el marco regulatorio (Cfr., al respecto, SCOTT, 2010, *passim*).

---

<sup>50</sup> Zimring, Hawkins y Kamin (2001, p. 203-215, 228-231). No obstante, en su caso, la propuesta que realizan posee unos matices extremos (al pretender atribuir a dicha agencia prácticamente la totalidad del diseño de las políticas criminales), que son coherentes con su concepción tecnocrática de la política criminal, pero que yo no comparto.

Por el contrario, en mi opinión, si se respetan los dos límites acabados de exponer, esta clase de arreglo institucional parece particularmente idóneo para asumir la responsabilidad para el diseño y evaluación de aquellas partes de las políticas criminales que tienen que ver con la racionalidad instrumental (las más arriba indicadas). Pues, en efecto, si necesitamos imbuir el proceso de elaboración de las políticas criminales de racionalidad, queremos asegurar que la racionalidad instrumental es uno de los componentes de las mismas, el recurso a la creación de una(s) agencia(s) reguladora(s) independiente(s) que se encargue(n) de tales funciones parece particularmente pertinente.

En el diseño institucional que estoy proponiendo (a modo simplemente de esbozo, que exigiría un mayor desarrollo y detalle ulterior), sería preciso distinguir entre aquellos aspectos de las políticas criminales que deben ser fijados por el Poder Legislativo y aquellos otros que no, que deberían quedar a cargo de una agencia reguladora independiente que los desarrolle. Obsérvese, en todo caso, que ahora no se trata ya tan sólo de mejorar el procedimiento de elaboración de políticas (sobre ello versaba el apartado anterior): se trata además de transferir ciertas competencias normativas y de definición de políticas, actualmente en manos del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, a una agencia independiente, que las ejercería con autonomía (aunque dentro de un determinado marco regulatorio fijado por aquellos poderes).

En concreto, esta forma de arreglo institucional me parece especialmente sugestiva a la hora de encarar las cuestiones relativas a la individualización de la pena y a su ejecución (recuérdese, de todas formas, que estamos hablando todo el tiempo de políticas, no de la aplicación a casos concretos). Y ello, porque sólo de esta manera será posible promover la puesta en práctica de criterios de actuación definidos técnicamente desde la Penología, que actualmente ni el parlamento ni la Administración penitenciaria suelen tener particular interés en tomar en consideración.

Desde luego, en realidad no se trata de una novedad absoluta, sino que lo que se está proponiendo es importar y adaptar (fijándole límites, por razones de seguridad jurídica, pero también de respeto al principio democrático) la técnica de las *sentencing guidelines*, hondamente implantada en el mundo jurídico anglosajón. Que, en mi propuesta, serían unas directrices de individualización de la pena y otras diferentes para la ejecución de cada una de las penas existentes en el ordenamiento.

Mi propuesta, por consiguiente, sería que se estudiase tal posibilidad. Y que, en su caso, se incorporase al programa del movimiento antipunitivista, pues creo que puede rendir extraordinarios resultados, para asegurar –en la medida de lo posible– la racionalidad instrumental de las sanciones finalmente impuestas.

### 15.3 EXPANSIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD

También comparto con Franklin E. Zimring la simpatía hacia la discrecionalidad, como técnica para confiar en manos de los expertos y de sus culturas profesionales aquella parte de las decisiones político-criminales que tenga que ver con su racionalidad instrumental<sup>51</sup>. Pues, en efecto, en las condiciones oportunas (que a continuación se expondrán), la discrecionalidad es una herramienta potente para adecuar a las exigencias de racionalidad instrumental las soluciones que se adopten por parte de la justicia penal (y por otros organismos con competencias en materia de gobernanza de la desviación social y de la seguridad: policía, etc.).

Por supuesto, soy consciente de dos problemas de la discrecionalidad. El primero es que hay que asegurar unos niveles

---

<sup>51</sup> Zimring, Hawkins y Kamin (2001, p. 184-187, 212-215); Zimring y Johnson (2006, p. 275-276). De nuevo, la propuesta de Zimring es más radical que la mía, más tecnocrática: donde yo limito el ámbito de la discrecionalidad en materia penal a las cuestiones de racionalidad instrumental, él, por su parte, pretende extenderlo a cuestiones de cualquier índole.

mínimos aceptables de seguridad jurídica y de igualdad. Ello, sin embargo, no creo que sea una gran dificultad, puesto que es perfectamente posible diseñar políticas y regulaciones legales que respeten escrupulosamente los derechos de los afectados y la interdicción de la arbitrariedad y que concedan, no obstante, amplio margen para la decisión discrecional de los organismos competentes para decidir.

El segundo de los problemas es uno, otra vez, de diseño institucional: la discrecionalidad sólo promoverá la racionalidad instrumental si los organismos y el personal competente para adoptar decisiones independientes opera dentro de un marco regulatorio adecuado<sup>52</sup>, está suficientemente capacitado, cuenta con recursos para realizar bien su trabajo, goza de la suficiente autonomía para llevarlo a cabo y, al tiempo, está sometido a un procedimiento de rendición de cuentas eficaz, que impidan actuaciones arbitrarias.

Esto significa, en definitiva, que muchas cosas deberían ser cambiadas, en la organización de la Administración de Justicia penal, para que la potenciación de la discrecionalidad pudiera funcionar bien: en la formación del personal, en los recursos disponibles, en los procedimientos de rendición de cuentas, en la autonomía respecto del Poder Ejecutivo (en el caso de la Administración penitenciaria), etc. Un cambio, en definitiva, en el conjunto de la cultura organizativa de nuestra justicia penal. Mas todo el lo no constituye, me parece a mí, ningún argumento serio en contra de la necesidad de proponer un cambio, que por muchas razones debería ser considerado imprescindible.

---

<sup>52</sup> Justamente, la existencia de agencias reguladoras como las que más arriba he propuesto, y de directrices procedentes de ellas, debería asegurar el suficiente grado de homogeneidad de las actuaciones discrecionales que se lleven a cabo.



## BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio. **¿Qué es un dispositivo?** Seguido de: El amigo, y de: La Iglesia y el Reino. Traducido por M. Ruvitoso. Barcelona: Anagrama, 2015.
- ARANA GARCÍA, Estanislao (Dtor.). **Algunos problemas actuales de técnica legislativa**. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- ARENDT, Hannah. ¿Qué es la autoridad? En: ARENDT, Hannah. **Entre el pasado y el futuro**. Traducido por A. Poljak. Barcelona: Península, 1996. p. 101 ss.
- ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA. **La sociedad española frente a su sistema penal**. Sevilla, 2015.
- AUDI, Robert. **The architecture of reason: the structure and substance of rationality**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BAJTIN, Mijail. **La cultura popular en la edad media y en el renacimiento**. Traducido por J. Forcat; C. Conroy. Madrid: Alianza, 1987. (reimpr. 2003).
- BARKER, Vanessa. **The politics of imprisonment**. Oxford/ New York: Oxford University Press, 2009.
- BECERRA MUÑOZ, José. **La toma de decisiones en política criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- BECKER, Howard S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: The Free Press, 1961.
- BECKETT, Katherine. **Making crime pay**. New York: Oxford University Press, 1997.
- BECKETT, Katherine; SASSON, Theodore. **The politics of injustice**, 2. ed. Thousand Oaks: Sage, 2004.
- BRAITHWAITE, John. **Regulatory capitalism**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.

BRAITHWAITE, John. The new regulatory state and the transformation of Criminology. En: **British Journal of Criminology**, London, Ed. Centre for Crime and Justice Studie, n.º 40, p. 222-238, 2000.

BRAITHWAITE, John. What's wrong with the sociology of punishment? En: **Theoretical Criminology**, London, Ed. Sage, n.º 7, p. 5-28, 2003.

BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. **Global business regulation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **El gobierno de la penalidad**: la complejidad de la política criminal contemporánea. Madrid: Dykinson, 2014.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007.

BROWN, Darryl K. **Free market criminal justice**. Oxford/ New York: Oxford University Press, 2016.

CASTRO NOGUEIRA, Luis; CASTRO NOGUEIRA, Miguel Ángel; NAVARRO, Julián. **Metodología de las ciencias sociales**: una introducción crítica. Madrid: Tecnos, 2005

COLEMAN, James S. **Fundamentos de teoría social**. Traducido por C. Berenguer; O. Carbonell; M. T. Casado. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2011.

DAVEY, Joseph Dillon. **The politics of prison expansion**. Westport: Praeger, 1998.

DE GIORGI, Alessandro. **El gobierno de la excedencia**. Traducido por José Ángel Brandariz García y Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.

DE GIORGI, Alessandro. **Tolerancia cero**. Traducido por I. Rivera; M. Monclús. Barcelona: Virus, 2005.

- DEAN, Mitchell M. **Governmentality**: power and rule in modern society. Thousand Oaks: Sage, 1999.
- DELEUZE, Gilles. Deseo y placer. Traducido por Javier Sáez. En: **Archipiélago, Cuadernos de Crítica de La Cultura**, n.º 23. 1995. p. 12 ss.
- DELEUZE, Gilles. ¿Qué es un dispositivo? En: BALBIER, E. et al. **Michel Foucault, filósofo**. Traducido por A. L. Bixio. Barcelona: Gedisa, 1990. p. 155 ss.
- DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. En: KAVANAGH, Aileen; OBERDIEK, John (Ed.). **Arguing about law**. Oxford: Routledge, 2008. p. 335 ss.
- DZUR, Albert W. Repellent institutions and the absentee public: grounding opinion in responsibility for punishment. En: RYBERG, Jesper; ROBERTS, Julian V. (Eds.). **Popular punishment: on the normative significance of public opinion**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 204 ss.
- ELSTER, Jon. **Explaining social behavior**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- ELSTER, Jon. **Lógica y sociedad**. Traducido por M. N. Mizraji. Barcelona: Gedisa, 1994.
- ELSTER, Jon. **Tuercas y tornillos**. Traducido por A. Bonanno. Barcelona: Gedisa, 1996.
- ENNS, Peter K. The Public's increasing punitiveness and its influence on mass incarceration in the United States. En: **American Journal of Political Science**, Ithaca, New York, Ed. Center for the Study of Inequality, Cornell University, n.º 58, p. 857-872, 2014.
- ERICSON, Richard V.; BARANEK, Patricia M.; CHAN, Janet B. L. **Representing order**: crime, law, and justice in the news media. Toronto: University of Toronto Press, 1991.
- FEINTUCK, Mike. Regulatory rationales beyond the economic: in search of the public interest. En: BALDWIN, Robert; CAVE,

Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 39 ss.

FOUCAULT, Michel. **El juego de Michel Foucault**. En: FOUCAULT, Michel. **Saber y verdad**. Traducido por J. Varela y F. Álvarez-Uría. Madrid: La Piqueta, 1985. p. 127 ss.

FOUCAULT, Michel. **El orden del discurso**. Traducido por A. González Troyano. Barcelona: Tusquets, 1973.

FOUCAULT, Michel. **Hay que defender la sociedad**. Traducido por H. Pons. Madrid: Akal, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Historia de la sexualidad, I: la voluntad del saber**. Traducido por U. Guiñazú. Buenos Aires: Siglo XXI, 1977.

FOUCAULT, Michel. **La arqueología del saber**. Traducido por A. Garzón del Camino. México: Siglo XIX, 1970.

FOUCAULT, Michel. La “gubernamentalidad”. En: FOUCAULT, Michel. **Obras esenciales, III: estética, ética y hermenéutica**. Barcelona: Paidós, 1999. p. 175 ss. GABILONDO, A. (Ed).

FOUCAULT, Michel. **Las palabras y las cosas**. Traducido por E. C. Frost. Buenos Aires: Siglo XXI, 1968.

FOUCAULT, Michel. **Seguridad, territorio, población**. Traducido por H. Pons. Madrid: Akal, 2008.

FUNG, Archo. Democratizing the policy process. En: MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert E. (Ed.). **The Oxford handbook of public policy**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 669 ss.

GÁMIR CASARES, Luis; DURÁ JUEZ, Pedro. **La economía de las agencias reguladoras**. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2013.

GAMSON, William A. **Talking politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan; PERES-NETO, Luiz. **Malas noticias**: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

GARLAND, David. 'Governmentality' and the problem of crime. En: SMANDYCH, Russell (Ed.). **Governable places**: readings on criminality and crime control. Aldershot: Ashgate, 1999. p. 15 ss.

GARLAND, David. **La cultura del control**. Traducido por M. Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GARRIDO MAYOL, Vicente. **Las garantías del procedimiento prelegislativo**: la elaboración y aprobación de los proyectos de ley. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

GILARDI, Fabrizio. **Delegation in the regulatory state**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.

GOODE, Erich; BEN-YEHUDA, Nachman. **Moral panics**: the social construction of deviance. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2009.

GOTTSCHALK, Marie. **Caught**: the prison state and the lockdown of american politics. Princeton: Princeton University Press, 2015.

GOTTSCHALK, Marie. **The prison and the gallows**: the politics of mass incarceration in America. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GREEN, David A. **When children kill children**: penal populism and political culture. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HALL, Stuart; CRITCHER, Chas; JEFFERSON, Tony; CLARKE, John; ROBERTS, Brian. **Policing the crisis**: mugging, the state and law and order. London: MacMillan, Basingstoke, 1978.

HINTON, Elizabeth. **From the war on poverty to the war on crime**. Cambridge/ London: Harvard University Press, 2016.

HOBBS, Thomas. **Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil.** (1651). Madrid: Alianza, 1989.

HOOD, Christopher; SCOTT, Colin; JAMES, Oliver; JONES, George; TRAVERS, Tony. **Regulation inside government.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

JEWKES, Yvonne. **Media & crime.** 3. ed. London: Sage, 2015.

JOHNSTON, Les; SHEARING, Clifford. **Governing security.** Oxford: Routledge, 2003.

KESSLER, Gabriel. **El sentimiento de inseguridad: sociología del miedo al delito.** Buenos Aires: Siglo XXI, 2009.

KOOIMAN, Jan. **Governing as governance.** Thousand Oaks: Sage, 2003.

LACEY, Nicola. **The prisoners' dilemma: political economy and punishment in contemporary democracies.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LACLAU, Ernesto. **La razón populista.** Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2005.

LODGE, Martin; STIRTON, Lindsay. **Accountability in the regulatory state.** En: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation.* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 349 ss.

MAQUIAVELO, Nicolás. **Discursos sobre la primera década de Tito Livio.** Madrid: Alianza, 1987.

MAQUIAVELO, Nicolás. **El príncipe.** Comentado por Napoleón Bonaparte. Seguido de Antimaquiavelo, de Federico II, corregido por Voltaire. Madrid: Ibéricas, 1971.

MATRAVERS, Matt. Proportionality theory and popular opinion. En: RYBERG, Jesper; ROBERTS, Julian V. (Ed.). **Popular punishment: on the normative significance of public opinion.** Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 33 ss.

MAYR, Andrea; MACHIN, David. **The language of crime and deviance**. London/ New York; Continuum, 2012.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. Seguido de: Sobre el gobierno privado indirecto. Traducido por E. Falomir Archambault. Santa Cruz de Tenerife: Melusina, 2011.

McCOMBS, Maxwell. **Estableciendo la agenda**: el impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento. Traducido por O. Fontrodona. Barcelona: Paidós, 2006.

McGIRR, Lisa. **The war on alcohol**: prohibition and the rise of the American State. New York: Norton, 2016.

MERTON, Robert King. **Teoría y estructura sociales**. Traducido por Florentino M. Torner y Rufina Borques. 4. ed. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002.

MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert E. (Ed.). **The Oxford handbook of public policy**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MUHAMMAD, Khalil Gibran. **The condemnation of blackness**: race, crime, and the making of modern urban America. Cambridge/ London: Harvard University Press, 2010.

MURAKAWA, Naomi. **The first civil right**: how liberals built prison America. Oxford/ New York: Oxford University Press, 2014.

NIETO MARTÍN, Adán; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta; BECERRA MUÑOZ, José (Dtores.). **Hacia una evaluación racional de las leyes penales**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

O'MALLEY, Pat. Neoliberalism, crime and criminal justice. En: Sydney Law School Research Paper, Sidney, Ed. The University of Sydney Law School, n.º 16/10. 2016. Disponible en: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2729627](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2729627)>.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. **La justificación de las leyes penales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Populismo punitivo” y “democracia real”: una hipótesis empírica. En: Trazos de Aprendizaje y Experiencia. Disponible en: <<http://josemanuelparedes.blogspot.com.es/2014/07/populismo-punitivo-y-democracia-real.html>>. 23 julio 2014.

PRATT, John. **Penal populism**. Oxford: Routledge, 2007.

RANCIÈRE, Jacques. **El desacuerdo**. Traducido por H. Pons. Buenos Aires: Nueva Visión, 1996.

ROBERTS, Julian V.; HOUGH, Mike. **Understanding public attitudes to criminal justice**. Berkshire: Open University Press, 2005.

ROBERTS, Julian V.; STALANS, Loretta J.; INDERMAUR, David; HOUGH, Mike. **Penal populism and public opinion**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ROBINSON, Paul H. El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena. Traducido por V. Valiente Ivañez. En: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dtores.). **Constitución y sistema penal**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 41 ss.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Javier. Autoridad (tipos de). En: GINER, Salvador; LAMO DE ESPINOSA, Emilio; TORRES, Cristóbal (Ed.). **Diccionario de sociología**. Madrid: Alianza, 1998. p. 48 s.

ROEDER, Oliver; EISEN, Lauren-Brooke; BOWLING, Julia. **What caused the crime decline?** New York: Brennan Center for Justice, 2015.

ROWAN, Mike. Democracy and punishment: a radical view. En: **Theoretical Criminology**, London, Ed. Sage, n.º 16, p. 43-62, 2011.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Pena y estructura social**. Traducido por E. García Méndez. Bogotá: Temis, 1984.



RYAN, Mick. **Penal policy and political culture in England and Wales**. Winchester: Waterside, 2003.

SASSON, Theodore. **Crime talk**. New York: Walter De Gruyter, 1995.

SAVARINO, Franco. Populismo: perspectivas europeas y latinoamericanas. En: **Espiral: Estudios sobre Estado y Sociedad**, v. XIII, n.º 37, p. 77-94, septiembre / diciembre 2006.

SAVELSBERG, Joachim J. Knowledge, domination, and criminal punishment. En: **American Journal of Sociology**, Chicago, The University of Chicago Press, v. 99, n.º 4, p. 911-943, January 1994.

SCHEINGOLD, Stuart A. **The politics of law and order**. New York: Longman, 1984.

SCHEINGOLD, Stuart A. **The politics of street crime**. Philadelphia: Temple University Press, 1991.

SCHMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Traducido por R. Agapit. Madrid: Alianza, 1991. (reimpr. 2002).

SCOTT, Colin. Standard-setting in regulatory regimes. En: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 104 ss.

SHEARING, Clifford; WOOD, Jennifer. **Pensar la seguridad**. Barcelona: Gedisa, 2011.

SIMON, Jonathan. **Gobernar a través del delito**. Traducido por V. A. Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011.

SOTO NAVARRO, Susana. La delincuencia en la agenda mediática. En: **Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, Madrid, Ed. Centro de Investigaciones Sociológicas, n.º 112, p. 75-130, 2005.

SURETTE, Ray. **Media, crime and criminal justice**. 4. ed. Belmont: Wadsworth, 2011.

THOMSEN, Frej K. Why should we care what the public thinks?: a critical assessment of the claims of popular punishment.

En: RYBERG, Jesper; ROBERTS, Julian V. (Ed.). **Popular punishment: on the normative significance of public opinion.**

Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 119 ss.

VARONA GÓMEZ, Daniel. Medios de comunicación y punitivismo. En: **Indret, Revista para el Analisis del Derecho**, Barcelona, Ed. Universidad Pompeu Fabra, n.º 1, 2011.

VARONA GÓMEZ, Daniel. ¿Somos los españoles punitivos?: actitudes punitivas y reforma penal en España. En: **Indret, Revista para el Analisis del Derecho**, Barcelona, Ed. Universidad Pompeu Fabra, n.º 1, 2009.

VARONA GOMEZ, Daniel; GABARRÓN, Norman. El tratamiento mediático de la violencia de género en España (2000-2012): agenda setting y agenda building. En: **Indret, Revista para el Analisis del Derecho**, Barcelona, Ed. Universidad Pompeu Fabra, n.º 2, 2015.

VELJANOVSKI, Cento. Economic approaches to regulation. En: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation.** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 17 ss.

VILA VIÑAS, David. **La gobernabilidad más allá de Foucault.** Zaragoza: Ed. Universidad de Zaragoza, 2014.

VON WRIGHT, Georg Henrik. **Explicación y comprensión.** Traducido por L. Vega Reñón. Madrid: Alianza, 1979.

WACQUANT, Loïc. **Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social.** Traducido por M. Polo. Barcelona: Gedisa, 2010a.

WACQUANT, Loïc. **Las cárceles de la miseria.** Traducido por H. Pons. Madrid: Alianza, 2001.

WACQUANT, Loïc. **Las dos caras de un gueto: ensayos sobre marginalización y penalización.** Traducido por Marcos Mayer;

Bertrand Borgo Sallabardenne; Moisés Silva; María Gabriela Ubaldini; Julia Varela. Madrid: Siglo XXI, 2010b.

WAITON, Stuart. **The politics of antisocial behavior**. New York: Routledge, 2008.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Traducido por J. L. Martí; A. Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

ZIMRING, Franklin E. Populism, democratic government, and the decline of expert authority: some reflections on three strikes in California. En: **Pacific Law Journal**, Sacramento, San Francisco, Ed. University of the Pacific, n.º 28, p. 243-256, 1996.

ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon; KAMIN, Sam. **Punishment and democracy**. New York: Oxford University Press, 2001.

ZIMRING, Franklin E.; JOHNSON, David T. Public opinion and the governance of punishment in democratic political systems. En: **Annals of the American Academy of Political and Social Science**, New York, Michigan, Ed. JSTOR, v. 605, p. 266-280, may 2006.

ZULOAGA LOJO, Lohitzune. **El espejismo de la seguridad ciudadana**. Madrid: Libros de la Catarata, 2014.

*Recebido em: 17/1/2021*  
*Aprovado em: 22/4/2021*

---

# 6

## O DIREITO DE EXECUÇÃO DAS PENAS E A CONSTITUIÇÃO: PARA UMA APLICAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL PENAL A NORMAS PROCESSUAIS E DE EXECUÇÃO DAS PENAS

*Miguel da Câmara Machado*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Docente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Investigador do Centro de Direito Privado (CIDP), Advogado e Chief Legal Counsel do Banco de Investimento Global (BiG).

Este texto repete, quase sem alterações, um texto preparado para os Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas – GUEDES, Armando Marques; BRITO, Maria Helena; DUARTE, Rui Pinto; GOUVEIA, Mariana França (Org.), v. 2. Coimbra: Coimbra Ed. 2013 (p. 1175-1270) – correspondendo no essencial a um dos relatórios apresentados no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2010/2011, na disciplina de Direito Penal, com o tema “Direito Constitucional Penal”, sob regência da Professora Doutora Maria Fernanda Palma. A essa Professora, agradeço toda a orientação e acompanhamento. Pela ajuda na preparação, agradeço a Filipa Lemos Caldas, por tudo o que é impossível parar de agradecer e pela importância que tem, teve e sempre terá na minha vida.

Tal como nessa primeira versão, este trabalho continua dedicado ao Professor Doutor José Lebre de Freitas, a agradecer o seu entusiasmo e vontade de questionar fronteiras dentro do Direito e além-Direito, com tanta admiração por um jurista que vive o Direito e dá vontade de, sendo jurista, o viver e questionar e também, em tudo o resto, viver bem e feliz. A agradecer conversas e passeios que, mais do que aulas, foram exemplos práticos de como viver e gostar de Direito e da vida. Obrigado, Senhor Professor.

Para além destas advertências, queria ainda acrescentar agradecimentos ao Professor Waldir de Pinho Veloso, Editor da Revista Ultracentral de Literatura Jurídica, pela amabilidade, pelo convite e pelo desafio para esta publicação e por todo o trabalho de divulgação de conhecimento jurídico no mundo de Língua

**SUMÁRIO:** I Introdução. Colocação do problema. II O Regime Aplicável às Alterações do Direito de Execução das Penas. 1 A Delimitação de um Núcleo de Direito Penal Material. 2 Os critérios para a identificação de normas processuais materialmente penais. 3 A Identificação de Normas de Direito de Execução das Penas Materialmente Penais. 1 Normas de Execução das Penas que não Influem na Livre Determinação do Agente pela Norma. 2 Normas de Execução das Penas que não Influem na Determinação Concreta da Medida da Pena pelo Juiz. 3 O Critério Adoptado. III Consequências da Aplicação do Rgime Constitucional. 1 Normas de Execução das Penas Materialmente Penais. 2 Normas de Execução das Penas Processuais Formais e Normas de Execução das Penas Formais ou Técnicas. IV Conclusões. Referências.

## I INTRODUÇÃO

“Oui, la chute de cette Bastille, c’était la chute de toutes les Bastilles. L’écroulement de cette citadelle, c’était l’écroulement de toutes les tyrannies, de tous les despotismes, de toutes les oppressions. C’était la délivrance, la mise en lumière, toute la terre tirée de toute la nuit. C’était l’éclosion de l’homme. La destruction de cet édifice du mal, c’était la construction de l’édifice du bien. Ce jour-là, après son long supplice, après tant de siècles de torture, l’immense et vénérable Humanité s’est levée, avec ses chaînes sous ses pieds et sa couronne sur sa tête. [...] Le monde n’aura plus qu’à marcher dans le progrès tranquille vers l’avenir superbe.” (Victor Hugo)<sup>2</sup>

Aproximidade entre o Direito Constitucional e o Direito Penal é visível logo no período das revoluções liberais do fim do século

---

Portuguesa e não só, do Brasil a Portugal. Espero que tanta reflexão jurídica sirva para construir um mundo mais justo e melhor.

Todas as posições expressas nesta apresentação são estritamente pessoais e nenhuma vincula ou representa a posição ou entendimento de qualquer entidade com que o autor tem vindo a colaborar a título académico ou profissional. Endereço eletrónico: [mcamaramachado@fd.ulisboa.pt](mailto:mcamaramachado@fd.ulisboa.pt).

<sup>2</sup> Excerto do discurso de Victor Hugo na reunião do Senado francês de 3 de julho de 1880.

XVIII. A Revolução Francesa começou exactamente com a queda de uma prisão, a famosa “tomada da Bastilha”, em Paris, sendo a defesa dos reclusos de então – na sua maioria, presos políticos, perseguidos pelo regime autoritário (cujos principais crimes consistiam na distribuição de livros banidos, em criticar o rei ou a sua família e na prática de imoralidades), que viviam nesta prisão em condições degradantes<sup>3</sup> – não apenas uma consequência lógica da ideia de liberdade, fraternidade e igualdade, mas um imperativo de justiça.

As declarações de Direitos Humanos que se destacaram nessa época foram contributos preciosos na evolução da ideia de proporcionalidade da sanção ao delito e da humanização das penas, caminho já iniciado muitos séculos antes (recorde-se a lei de talião, o combate à Inquisição e o declínio das penas de morte, corporais, degradantes e cruéis, entre outros). No mesmo sentido, as novas ideias sobre o Estado implicaram necessariamente novas ideias sobre a forma como este deve investigar crimes, conduzir os processos e punir (e reinserir) aqueles que infringem as normas penais<sup>4</sup>.

Desde então, o Direito Penal progrediu e ganhou uma nova configuração, tendo sido criados novos crimes, novas penas, novas formas de imputar e responsabilizar ou de justificar, desculpar e conceber a culpa, o processo penal, os fins das penas, que penas atribuir em concreto, e com que medida, a sua execução e o tratamento a dar aos condenados.

Especialmente quanto a esta última fase – a execução das penas – parece-nos possível identificar, nos países europeus, uma tendência clara de maior protecção dos reclusos, nomeadamente através da criação de melhores condições de vida nas prisões, que dura até ao início do século XXI.

<sup>3</sup> Acerca da prisão da Bastilha e da sua importância na Revolução Francesa de 1789, v. Lüsebrink; Reichardt, 1997, em especial p. 23-24.

<sup>4</sup> Seguindo e identificando esta perspectiva de aproximação não apenas entre o Direito Penal mais restritivamente entendido, mas também do Direito Processual Penal ao Direito Constitucional, cf. Carvalho, 2008, p. 350-351.

No Estado Liberal (necessariamente limitando-se a intervenção do Estado e proclamando-se direitos fundamentais mesmo para os criminosos, reclusos e ex-condenados), mas principalmente no Estado Social (pela ideia de reinserção social), fomos assistindo a investimentos no sistema prisional, a preocupações com a saúde, a educação, o trabalho, o alojamento e tempos de descanso dos reclusos, entre outros, que as revelam.

Há, assim, um movimento de crescente preocupação com a assistência prisional e pós-prisional. Assim, também o Direito da Execução das Penas (DEP) sofreu alterações profundas, essencialmente no sentido de reforçar os direitos dos reclusos e de tornar as prisões mais humanas e também mais direccionadas à reinserção social.

Entendemos como DEP, na definição de Dias (2007, p. 6-8), toda “a regulamentação jurídica da efectiva execução da pena e/ou da medida de segurança decretadas na condenação proferida no processo penal”, compreendendo as normas, regras e princípios que se debruçam sobre todos os momentos que se seguem à condenação. Assim, são paradigmáticas do DEP as normas – legislativas ou administrativas<sup>5</sup> – acerca do internamento no estabelecimento prisional, o dia a dia do recluso, a concessão de liberdade prisional, a tramitação do processo perante o Tribunal de execução de penas, o registo criminal, os benefícios para a reinserção social e a assistência pós-prisional<sup>6</sup>. Não se confunde, deste modo, com o âmbito do

<sup>5</sup> Referindo esta distinção quanto à origem das normas, e apresentando o DEP como conjunto das disposições legislativas e administrativas que correspondem à introdução, cumprimento e seguimento das medidas de força adoptadas, como as penas, medidas de segurança e penas (ou medidas) acessórias, cf. Hans-Heinrich; Weigend, 2002, p. 18-19.

<sup>6</sup> Não sendo este o objecto do trabalho, nem a finalidade de uma investigação deste tipo, com os limites de espaço e tempo com que podemos abordar estas matérias, não nos debruçaremos, pelo menos directamente, sobre o que é o Direito de Execução das Penas, pelo que não pretendemos delimitar um (sub-) ramo do Direito Penal ou identificar outros sub-ramos dentro desse Direito

*Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal*<sup>7</sup>, havendo até quem o caracterize como Direito Penal Executivo<sup>8</sup>.

Também no Direito português, verificou-se, ao longo dos últimos séculos, com particular importância na construção do Estado Social, um percurso de verdadeira *humanização* das penas, de protecção dos condenados com vista à reinserção social dos reclusos. Assim, o sucesso e o progresso do Estado social foram acompanhados por melhores condições na execução das penas, maior qualidade e novos sistemas dentro e fora das prisões, para acompanhar aqueles que cometeram crimes e foram condenados a penas, essencialmente de prisão.

Também em Portugal, no século XIX, a Carta Constitucional de 1826, previa, sobre a execução das penas, no § 20.º do seu artigo

---

de Execução das Penas. Infelizmente, principalmente por acreditarmos que o Direito de Execução das Penas não tem tido a atenção que merece, não nos é possível, num trabalho deste tipo, alongar-nos em matérias que são extensas e merecem aprofundamento e autonomia científica, dado a relevância que têm não apenas como conformação das penas concretamente atribuídas, mas como parte do Direito Penal. Parece-nos que conhecer as penas que verdadeiramente temos e pensar as que queremos e podemos ter é terreno fértil para o futuro das investigações em Direito Penal. Sobre a identificação da disciplina científica do Direito Penal e a sua subdivisão, v. Jakobs, 2008.

<sup>7</sup> Ainda sobre a linguagem jurídica actual, Dias (2007, p. 7) distingue os dois sentidos que vêm sendo atribuídos a “Direito Penal”. Um sentido amplo (ou o de um “ordenamento jurídico penal”) que abrange: (i) o Direito Penal substantivo ou material; (ii) o Direito Processual Penal, adjectivo ou formal; (iii) e o Direito de Execução das Penas e medidas de segurança, Direito Penal Executivo (ou, considerando Dias esta designação inexacta, direito penitenciário) e um sentido corrente, quando normalmente se fala em “Direito Penal” referimo-nos apenas ao *Direito Penal Substantivo*.

<sup>8</sup> Utilizando também este conceito, a distinção de Rodrigues (1988, p. 5-6) parte de uma analogia lógica com o sentido em que se fala de “equilíbrio da sentença” no processo civil. Rodrigues, seguindo uma perspectiva mais processualista, limita a definição do DEP à “regulamentação imediatamente respeitante ao efeito executivo da sentença e, portanto, aos preliminares e ao controlo geral da execução”. Sobre o processo executivo no Direito Civil v., entre outros, Freitas (2009); Marques (2000); Ferreira (2010) e Sousa, 1998.



145.º, que “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes”<sup>9</sup>, mas já desde o reinado de D. Maria I estavam abolidas de facto as penas cruéis e corporais, e também a Reforma Penal de 1884 “matriz do Código de 1886, aboliu a prisão perpétua e os trabalhos públicos, completando medidas já iniciadas pela Lei de 1867, e fixou em 30 anos o máximo da duração da pena de prisão”<sup>10</sup>, como ilustração dessa mesma evolução das normas de execução das penas desde as Revoluções Liberais a que fizemos referência acima<sup>11</sup>.

Lembrámos que essa Lei de 1867 continha as bases do sistema penitenciário que só viria a aplicar-se plenamente no decorrer do século XX, depois da construção de estabelecimentos adequados. Neste século destacam-se a Reforma Prisional de 1936 (pela entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 26.643), introduzindo verdadeiramente o princípio da subordinação da execução das penas a fins de ressocialização que, a partir de 1954, passou a estar expressamente previsto no Código Penal (no seu art. 58.º). Nesse mesmo ano, concluindo o que já se propunha desde o Decreto-Lei n.º 34.674, de 1945, foi regulamentado o resgate das penas de prisão pelo trabalho, bem como continuados e implementados os regimes da providência extraordinária de *habeas corpus* (introduzida pelo Decreto-Lei

<sup>9</sup> Da Carta Constitucional de 1826, com relevância para a execução das penas, v. também o § 18.º, que refere: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”, e § 19.º, que dispõe que “Nenhuma pena passará da pessoa do delincente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja”.

<sup>10</sup> Sintetizando a História das penas no Direito Português, cf. Veloso (1999, p. 543-545).

<sup>11</sup> Mais uma vez, pela natureza e objecto do trabalho, não podemos desenvolver nem estender-nos na riqueza da evolução histórica do DEP português, razão pela qual, para abordar a “evolução das penas no Direito português” desde a Reconquista Cristã até ao período imediatamente posterior a 1852 e identificar esta mesma tendência de um DEP “mais favorável” aos condenados, recorremos também ao estudo exaustivo e pormenorizado Correia (1977).

n.º 35.043, de 1945) e a da jurisdicionalização das decisões sobre execução das penas e medidas de segurança, confiadas em exclusivo a Tribunais de Execução das Penas desde 1949, pela Lei 2000.

Depois da Constituição de 1976, salienta-se a Reforma Prisional de 1979 (através do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1.º de agosto)<sup>12</sup>, seguida pela introdução de legislação dispersa concretizando os regimes da execução das penas privativas de liberdade e que apenas foram concentradas através das mais recentes reformas do DEP.

Assistimos assim, recentemente, em 2010 à entrada em vigor do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEP)<sup>13</sup> que entrou em vigor em 2010, e depois de ter sido devidamente regulamentado, pelo Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (RGEP)<sup>14</sup>, em 2011. Estas mais recentes

---

<sup>12</sup>Sobre essa reforma e principalmente sobre o sistema complementar decorrente do regime especial para jovens com idade entre 16 e 21 anos (de acordo com o Decreto-Lei 401/82, de 23 de setembro), Veloso (1999, p. 546) lamentou: “como tantas vezes acontece entre nós com os programas legislativos mais importantes, também nestes pontos as lustrosas proclamações não têm sido acompanhadas do maçador trabalho de criação das condições de aplicação prática”.

<sup>13</sup> Aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, alterado pela Lei n.º 40/2010, de setembro.

<sup>14</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 51/2011, de 11 de abril, procurando uniformizar o tratamento, entre outras matérias, ilustrativas da extensão dos aspectos cobertos pelo DEP:

- i - os procedimentos de ingresso no estabelecimento prisional;
- ii - a transferência de reclusos entre estabelecimentos prisionais (e as suas saídas e transporte);
- iii - os equipamentos e objectos admitidos nos espaços de alojamento;
- iv - as condições de utilização das instalações para actividades da vida diária;
- v - o tipo, quantidade e conservação do vestuário;
- vi - o tipo, quantidade, acondicionamento e frequência da recepção de alimentos do exterior;
- vii - as condições das visitas a reclusos;
- viii - as condições de recepção e expedição de encomendas;
- ix - a concretização os incentivos ao ensino e à formação;
- x - as condições de organização das actividades sócio-culturais e desportivas;
- xi - a colaboração com instituições particulares e organizações de voluntários.

alterações dificilmente podem ser caracterizadas como “reformas” e como novas leis de execução das penas, uma vez que essa codificação, mais do que inovar, veio organizar, arrumar e sistematizar as normas de DEP já pré-existentes e dispersas em legislação avulsa.

Esforço do legislador que, por si, e em matérias que careciam de organização foi aplaudido por muitos, mas não alterou os quadros legais em vigor, limitando-se a codificar direitos e deveres dos reclusos que foram sendo reconhecidos nas décadas anteriores e a repetir regras que decorriam das leis revogadas tácita ou expressamente pelo CEP, não se alterando relevantemente (e, portanto, nem favorável, nem desfavoravelmente) a execução de qualquer pena com estes novos instrumentos jurídicos. Terá sido talvez facilitada, pela reunião das normas aplicáveis (de resto como acontece em qualquer movimento codificador) a consulta e o conhecimento da lei e assim, também, propiciadas alterações legislativas, como as que anteciparemos neste trabalho.

Assim, esta panorâmica geral, muito simplista, sobre o percurso histórico do DEP permite-nos identificar e evidenciar uma curva ascendente de melhoria das condições de vida prisional e dos direitos, benefícios e protecção de condenados e ex-condenados. No entanto, parece-nos que este movimento internacional terá abrandado, parado ou mesmo regredido, pois a recente evolução do Direito Penal, posterior à queda das torres gémeas em Nova Iorque a 11 de setembro (como segundo momento simbólico, que escolhemos para, em oposição à “Tomada da Bastilha”, ilustrar a inflexão num paradigma de Direito Penal), tem apontado um sentido oposto.

De facto, durante a última década, tem aumentado consideravelmente o número de vozes pedindo mais segurança e mais efectividade da justiça penal. Por todo o mundo ocidental, legisladores, autoridades, julgadores e estudiosos do Direito Penal revelaram e defenderam estas novas ideias mais securitárias e castigadoras, o que resultou em reforços das formas de investigação criminal (desde

logo com sacrifício da liberdade de cada um). Mas, também num aumento do número de incriminações e de instrumentos ao serviço da justiça penal<sup>15</sup>, verificando-se movimentos sociológicos de defesa

<sup>15</sup> Esta tendência para as neocriminalizações verificou-se em inúmeras áreas, do combate ao terrorismo ao Direito Penal do ambiente, passando pelo combate à corrupção. Neste sentido, também será possível enquadrar estes movimentos de nova atenção aos sistemas de execução das penas na inclinação do Direito Penal na sociedade de risco para o chamado “Direito Penal Simbólico” (identificando esta tendência do Direito Penal Português, cf. Fernandes (2001, p. 53-56 e 72), e em movimentos de verdadeiro “fortalecimento da corrente de pensamento denominado Lei e Ordem, que pugna [...] [pela] maior ingerência do Estado no combate à criminalidade”, como tantas vezes identificam os movimentos de criação de “Direito Penal Simbólico”. Neste sentido, cf. Almeida 2007, p. 13.

Ainda acerca dos fóruns populares, de uma certa “guerra santa contra certo tipo de delinquência”, cf. também Silva (2011, p. 47-63). A propósito desses movimentos, vêm questionando algumas vozes, as defesas desse um Direito Penal chamado “Direito Penal Simbólico”. Este fenómeno vem sendo muito criticado, como “um direito Penal incapaz, desacreditado, criador de bodes expiatórios e produto de certas conjunturas políticas e ideológicas oportunistas, em que alguns programas eleitorais ou políticos transformam o “trágico” o “imoral” ou o “horror” numa ‘simples’ e milagrosa qualificação penal” (assim, ALBUQUERQUE, 2011, p. 56-57). Também assim, na medida em se pedem agravamentos das penas e “penas exemplares” poderemos estar a permitir a criação de um DEP que seja simbólico nestes termos e contrarie o núcleo de valores do Direito Penal. E isto não quer dizer que não se procure o sucesso e resultados (nomeadamente de reinserção social e reposição da paz social, questão a que regressaremos abaixo – um Direito de Execução das Penas que busque o sucesso só será perigoso se esse sucesso for exclusivamente político e se tornar o fim da própria criação e aplicação das normas e sistemas, não buscando cumprir as suas funções e os fins das penas, mas antes outros fins paralelos, superficiais e simbólicos. Isso será diametralmente oposto de um DEP que busca a eficiência e a maximização de resultados, orientado por esses mesmos fins e funções.

Assim, novas normas de execução das penas poderão ajudar ao desenho e implementação de um sistema de justiça penal mais eficiente e uma maior defesa dos bens jurídicos em causa, não se verificando a “falácia” de que o “Direito Penal Simbólico substitui um necessário combate à criminalidade” (apontada por JESUS; GRAZZIOTIN, 2011, p. 4).

Sobre estes mesmos problemas, da tensão entre segurança e liberdade ao “Direito Penal do Inimigo”, é muito oportuno – mesmo para outras questões tratadas neste trabalho – ler jurisprudência recente do Tribunal da Relação do Porto, nomeadamente no Ac. de 28 de maio de 2008, Proc. n.º 0812167, e no Ac. de 29 de outubro de 2008, Proc. n.º 0814711, ambos relatados por Maria do Carmo Silva Dias, em que é dito: “É certo que, hoje em dia [...] há uma certa tensão entre a ideia de segurança por um lado e a liberdade por outro. Mas, não é pelo facto de no Direito Penal liberal se dar preferência (primazia) à segurança, que vamos cair

agravamento censurabilidade dos crimes, estigmatizando-se reclusos, condenados e ex-condenados, multiplicando-se os discursos pedindo penas mais severas e maior rigor e severidade na concessão de liberdade condicional, aceitando efeitos prolongados da pena, quase como uma “desistência da reinserção social”, tida por muitos como impossível e impraticável (GOMES; DUARTE; ALMEIDA, 2004, p. 32).

Para além destas novas concepções filosófico-ideológicas e do fim de um certo paradigma “liberal” do direito penal, a crise económico-financeira global que se vem sentindo nos anos mais recentes tem implicado repensar o “Estado Social” em todos os sectores da actuação do Estado, incluindo-se a Justiça e o Direito Penal.

A partir dos problemas de sustentabilidade das finanças públicas, nomeadamente no contexto da União Económica e Monetária, Portugal e outros países europeus têm adoptado rigorosos planos de estabilização e austeridade, e justificado restrições de direitos e verdadeiros regimes excepcionais, que vão justificando e motivando reformas em vários ramos do Direito.

Sobre estas questões e os limites aos poderes do legislador, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 396/2011, defendeu recentemente que

não se pode ignorar, todavia, que atravessámos reconhecidamente uma conjuntura de absoluta excepcionalidade, do ponto de vista

---

na defesa do “direito penal do inimigo”. E, não obstante aderirmos à posição dos que concluem que o “Direito Penal do Inimigo” desconsidera a noção de pessoa (tal como, por outro lado, o Direito Penal Simbólico só quer sucesso simbólico, sucesso político e, nessa medida, não contribui para um melhor Direito Penal), a verdade é que é preciso não esquecer que há muito que o legislador abandonou aquela ideia da pena como retribuição e expiação. Todos sabemos que qualquer reforma penal não pode prescindir da protecção dos Direitos Fundamentais que são assegurados a qualquer pessoa em sociedades democráticas, liberais, tolerantes e solidárias”.

da gestão financeira dos recursos públicos. O desequilíbrio orçamental gerou forte pressão sobre a dívida soberana portuguesa, com escalada progressiva dos juros, colocando o Estado português e a economia nacional em sérias dificuldades de financiamento [...] Neste contexto, e no quadro de uma estratégia global delineada a nível europeu, entrou na ordem do dia a necessidade de uma drástica redução das despesas públicas (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 396/2011. Lisboa, **Diário da República**, 2.<sup>a</sup> série, n.º 199, 17 de outubro de 2011, p. 41.096).

A propósito destas circunstâncias, o mesmo Tribunal veio exigir

um justo balanceamento entre a protecção das expectativas dos cidadãos decorrentes do princípio do Estado de direito democrático e a liberdade constitutiva e conformadora do legislador, também ele democraticamente legitimado, legislador ao qual, inequivocamente, há que reconhecer a legitimidade (senão mesmo o dever) de tentar adequar as soluções jurídicas às realidades existentes, consagrando as mais acertadas e razoáveis, ainda que elas impliquem que sejam “tocadas” relações ou situações que, até então, eram regidas de outra sorte (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 304/2001. Lisboa, **Diário da República**, II Série, n.º 260, 9 de novembro de 2001, p. 1860).

Esta crise económica, restrições orçamentais e falta *de facto* de verbas para remunerar guardas prisionais e mesmo reclusos trabalhadores<sup>16</sup>, indiciam não apenas a iminência, mas também a necessidade de alterações no sistema prisional, estando já em curso projectos de reforma, com preocupações de eficiência, economia e maior severidade, também nos âmbitos da Justiça Penal<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Sobre estes protestos e mesmo greves e dificuldades sentidas no sistema prisional durante o último ano, veja-se, entre muitas outras notícias, ADESÃO (2011) e GREVE (2010).

<sup>17</sup> E repare-se que é também neste contexto que o novo XIX Governo Constitucional iniciou funções, repare-se, quanto ao sistema de Justiça, nomeadamente penal, e

Repare-se que, com este trabalho, pretendemos antecipar os problemas referidos acima, especialmente a previsibilidade de entrada em vigor, nos tempos mais próximos, de normas mais *desfavoráveis* relativas à execução das penas, quando comparadas com o quadro normativo actualmente existente. As previsíveis reformas e alterações nestas matérias exigem uma resposta pronta do intérprete e do aplicador do Direito Penal, assegurando a integridade do sistema de justiça penal e garantindo as soluções mais adequadas em cada caso. Assim, quando tiverem lugar alterações de DEP (previsivelmente em sentido desfavorável, embora a questão também seja relevante se em sentido favorável ao recluso), será necessário questionar a forma como as novas normas se aplicarão no tempo.

Em geral, aprendemos que o regime da aplicação no tempo das leis penais decorre do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), resultando dessas normas uma proibição de retroactividade das normas penais que criem ou agravem a responsabilidade criminal, e a aplicação retroactiva das de conteúdo mais favorável ao arguido.

---

as preocupações de eficiência, o que sobre isso vem nas p. 64 e ss. do Programa do XIX Governo Constitucional, disponível em <[http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/Programa\\_GC19.pdf](http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/Programa_GC19.pdf)>. É também paradigmática e explícita em matéria de execução das penas, a proposta, concreta, quanto à liberdade condicional, de um dos partidos eleitos para o Governo, no sentido de propor alterações ao Código Penal e à legislação complementar no sentido de: “tornar mais rigoroso o regime da concessão de liberdade condicional, tornando regra a sua concessão apenas após o cumprimento de dois terços da pena, de três quartos para a criminalidade grave e violenta e impedindo a sua concessão em crimes dolosos, e em caso de reincidência, com pena aplicável superior a 15 anos. Reforçaremos a fiscalização das denominadas saídas precárias dos reclusos, impedindo a sua concessão a reclusos condenados por crimes violentos ou reincidentes e, quando concedidas, tornando obrigatória a utilização de meios de vigilância electrónica; agravar, nos casos de criminalidade violenta, para 3/4 o mínimo de pena que terá de ser cumprido, tornando regra geral o cumprimento de 2/3 de pena (actualmente, é apenas metade)” (Disponível em: <[http://esteeomomento.cds.pt/images/stories/medidas/cds\\_p\\_manifesto%2019maio.pdf](http://esteeomomento.cds.pt/images/stories/medidas/cds_p_manifesto%2019maio.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2011. Especialmente, p. 70.

Alguma doutrina tem procurado definir o âmbito de aplicação desse artigo, nomeadamente para saber se se pode aplicar a normas processuais penais<sup>18</sup>. Conforme desenvolveremos adiante, alguns autores têm defendido que existe um conjunto de normas de Processo Penal que devem ser consideradas como lei penal, para efeitos de aplicação da “Constituição Penal” (na qual se incluem as regras quanto à aplicação das suas alterações) (PALMA, 2006, *passim*, em especial, p. 68).

É a esse debate que nos queremos juntar, procedendo a raciocínios semelhantes no campo do DEP, no sentido de saber se as normas de execução penal também preenchem a previsão destas normas constitucionais, beneficiando do seu regime especial. Ao contrário do processo penal, a execução das penas é uma matéria em relação à qual, sem motivo aparente, estas dúvidas não se têm colocado.

Um dos motivos poderá ser o facto de, durante os últimos anos, se terem vindo a colocar problemas de sucessão de leis processuais penais, que mereceram, assim, a atenção da doutrina, e exigiram decisões da jurisprudência, mas ainda não se terem verificado problemas deste tipo quanto a sucessão de normas de execução das penas. De facto, esta questão tem sido muito desprezada, ainda que haja recomendações e apelos a que esse aprofundamento seja feito, para começar a responder às questões que necessariamente se irão colocar (DIAS, 2007, p. 7-8).

Mesmo no plano legislativo, também é reveladora desta indiferença em relação ao tema a ausência de qualquer norma dedicada à aplicação no tempo das leis de execução das penas no CEP, ao contrário do que acontece no CP (art. 2.º) e no CP (art. 5.º),

<sup>18</sup> Para além de muitos outros, cujas posições paradigmáticas serão descritas mais à frente, veja-se, acerca da aplicação da lei processual no tempo, na doutrina portuguesa, também Caeiro (2001, p. 231-253); Moutinho (1994, p. 77-117); Rocha (1983, p. 85-151); e Canotilho (1990), quanto à aplicação no tempo de lei nova que altera prazos de prisão preventiva.



existindo apenas uma disposição transitória que se aplica apenas às normas do seu Livro II (normas processuais).

Procurámos, assim, poder contribuir para o desenvolvimento do estudo desta matéria, respondendo a uma questão essencial: o Direito de Execução das Penas é “Direito Penal”, no sentido constitucional do termo?

Seguindo a definição ampla do DEP que adoptámos, é importante notar que, no ordenamento jurídico português, as suas normas se encontram não apenas nos já referidos CEP e RGEP, mas também do Código Penal (CP) e Código de Processo Penal (CP), e até dispersas em outros instrumentos jurídicos, como os orçamentos dos estabelecimentos prisionais, as leis de identificação criminal, as normas fiscais relativas à contratação de ex-condenados, a Constituição da República Portuguesa (CRP) – nomeadamente ao fixar limites explícitos à execução das penas – e tratados internacionais – entre outras, as proibições de tortura ou maus tratos.

Assim, quando nos referimos a *normas de DEP*, estas podem encontrar-se em qualquer um destes diplomas e referir-se a qualquer um dos momentos que se seguem à condenação: ingresso no estabelecimento prisional, dia a dia do recluso, liberdade condicional, registo criminal, benefícios para a reinserção social e assistência pós-prisional.

É importante fazer ainda uma ressalva quanto ao âmbito, extensão e conceitos utilizados neste trabalho. Pretendemos reflectir sobre todas as normas de execução das penas e das medidas privativas de liberdade a partir das normas de execução das penas de prisão, pelo que, em geral, faremos referência a pena no seu sentido mais comum – como pena de prisão – e, quando referirmos “determinação da medida da pena” esta expressão quererá significar a operação tem como objecto a pena de prisão. Repare-se que é assim que a doutrina vem estudando as penas e que a grande maioria de normas de

execução das penas incide sobre este tipo de penas. Contudo, todas as conclusões sobre essas normas de execução das penas de prisão deverão alargar-se às normas de execução de penas alternativas ou distintas das penas de prisão, e as referências a “recluso” e “estabelecimento prisional” deverão adaptar-se e aplicar-se para condenados e para os locais onde as penas sejam executadas.

## COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O objecto deste trabalho é, então, saber qual é o regime aplicável às alterações em matéria de execução de penas, isto é, à sucessão destas normas no tempo, procurando saber se estamos perante Direito Penal e se as regras e princípios que identificámos como pertencendo a esse *Direito de Execução das Penas* são materialmente penais, devendo ser tratadas como tal, especialmente para efeitos de proibição ou imposição de retroactividade das novas leis e alterações.

Desta forma, o nosso relatório pretende responder às seguintes questões:

- (i) qual é o regime aplicável à sucessão de leis de Direito de Execução das Penas?
- (ii) estamos perante Direito Penal?
- (iii) que critério utilizar para saber se estas normas são materialmente penais?
- (iv) quais são as consequências dessa escolha de regime para o Direito de Execução das Penas?

Considerámos que procurar saber se o Direito de Execução das Penas se inclui no conceito constitucional de Direito Penal é uma interrogação que pertence evidentemente à análise do Direito Penal

sob uma perspectiva constitucional, para a qual fomos estimulados no Curso de Mestrado. Pretendemos, assim, problematizar os limites impostos pela Constituição ao Direito de Execução das Penas, compreendendo de que forma estão restringidas as opções do decisor legislativo e administrativo nestas matérias (PALMA, 2006, p. 126).

Pretendemos, então, contribuir para o enquadramento jurídico, constitucional penal, das alterações em matéria de Direito de Execução das Penas. Para tal, seguiremos, assim, dois níveis de análise, que orientam a estrutura do relatório:

(i) no plano dos pressupostos e conceptual, importa saber que regime aplicar quando tiver lugar uma alteração ao Direito de Execução das Penas, procurando saber se é (totalmente ou em parte) materialmente Direito Penal e que critério utilizar nessa determinação (capítulo II), com o objectivo de identificar um núcleo de Direito Penal material sujeito aos limites constitucionais, particularmente em matéria de sucessão de leis;

(ii) no plano da aplicação do Direito, é necessário identificar as consequências do regime e critérios adoptados, designadamente em matéria de aplicação da lei de execução das penas no tempo, impondo-se a aplicação da lei mais favorável e proibindo-se a aplicação da lei desfavorável, apontando-se o momento de referência e a competência para essa decisão (capítulo III).

## **II O REGIME APLICÁVEL ÀS ALTERAÇÕES DO DIREITO DE EXECUÇÃO DAS PENAS**

O primeiro passo para determinar qual o regime aplicável à sucessão de normas de execução das penas no tempo é compreender se as podemos enquadrar na previsão do art. 29.º, n.º 4, CRP. Assim, a pergunta que aqui colocámos não é “o que é o Direito Penal?”, mas antes “o que é o Direito Penal que a Constituição refere?”. A primeira pergunta tem vindo a ser respondida pela doutrina ao

procurar apresentar a disciplina, a ciência, o estudo e mesmo o objecto e o regime do Direito Penal. Nesse sentido, tem-se definido o Direito Penal como o

conjunto de normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo de direito” e que “visa a definição dos pressupostos do crime e das suas concretas formas de aparecimento; e a determinação tanto em geral, como em espécie das consequências ou efeitos que à verificação de tais pressupostos se ligam (penas e medidas de segurança), bem como das formas de conexão entre aqueles pressupostos e estas consequências (DIAS, 2007, p. 7).

No entanto, neste capítulo, pretendemos responder à segunda questão, no sentido de saber se podemos enquadrar as normas de execução das penas no conceito de lei penal da Constituição, para lhes aplicar o seu regime. Assim, tentaremos delimitar que normas de execução das penas são normas de direito substantivo penal (pois só essas desfrutam da aplicação das normas constitucionais).

## **1 A DELIMITAÇÃO DE UM NÚCLEO DE DIREITO PENAL MATERIAL**

Como já temos vindo a referir, para saber que regime aplicar aos processos em curso e aos reclusos já condenados quando for feita uma alteração ao Direito de Execução das Penas, é necessário saber se esse Direito, ou pelo menos algumas das suas normas, é Direito Penal, e que critério utilizar para o descobrir.

Já anteriormente avançámos que existe na doutrina um “lugar paralelo” deste problema: a sucessão de leis processuais penais no tempo. Assim, considerámos útil começar por estudar quais as formas como, de entre as normas de DP, a doutrina delimitou as materialmente penais, para lhes aplicar a estatuição constitucionalmente prevista no

art. 29.º, n.º 4, CRP.

Note-se que, quanto ao DP, o chamado problema da retroactividade *in pejus* das suas normas é abordado pelo próprio CP, que, no n.º 2 do seu artigo 5.º, proíbe a sua aplicação imediata nos casos em que desta resulta um “agravamento sensível da situação processual do arguido”<sup>19</sup> (al. a), “quebra da harmonia e unidade

<sup>19</sup> O art. 5.º do CP foi ao encontro da posição que já vinha sendo defendido por Dias (1981) antes da entrada em vigor do CP aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, em 1988. Cf. o número dedicado ao “âmbito de aplicação temporal do Direito Processual Penal” em Dias (1981, p. 110-112).

Nas suas lições de Processo Penal, este autor parte da regra geral da diferenciação entre Direito Processual Penal e Direito Penal, e, tal como aceita, em geral, a analogia para as normas processuais (DIAS, 1981, p. 95-98), também as submete, quanto à aplicação no tempo, à regra geral do artigo 12.º do Código Civil, acentuando que, em regra, a lei processual penal “só dispõe para o futuro” (seguindo a “ideia de que o princípio da legalidade só tem incidência substantiva e não processual, a que acresceria o carácter instrumental e a natureza publicística das normas processuais” (DIAS, 1981, p. 110-111). Contudo, já nessa data, este autor sublinhava que aplicar a regra geral sem excepções seria errado: “esta doutrina é a dominante; mas não parece que seja a melhor”.

Apontava, então, uma primeira via que assume em Direito Processual Penal “uma particular importância”, através do chamado “Direito transitório” – especialmente relevante para processos cujo início da tramitação precede a entrada em vigor da lei nova, e cujo termo só acontece posteriormente. E, em segundo lugar “*e sobretudo*” (sublinhado pelo autor), Dias defendia que “o princípio jurídico-constitucional da legalidade se estende, em certo sentido, a toda a repressão penal e abrange, nesta medida, o próprio Direito Processual Penal” (cf. não apenas DIAS, 1981, p. 112, mas também as p. 77 e 78 e 96 e 97), alcançando, assim, a extensão por si dada na conjugação do princípio *nulla poena sine legem* com o princípio *nulla poena sine processu* (*sine iudicio*), concebendo uma exigência constitucional de “legalidade da inteira ‘repressão’ que põe em jogo a liberdade da pessoa desde o momento em que o mecanismo repressivo se movimenta até àquele em que a reacção declarada é concretamente executada” (DIAS, 1981, p. 77), defendendo ainda que “só com este entendimento, obterá o cidadão uma garantia efectiva e concreta, que não de simples expressão formal”). Concretizando essa exigência e procurando otimizar a aplicação do princípio da legalidade neste âmbito, Dias formulou o critério geral que viria a ser utilizado no CP, afastando a nova lei processual penal quando dela “resulte um agravamento da posição processual do arguido ou, em particular, uma limitação do seu direito de defesa” (DIAS, 1981, p. 112).

dos vários actos do processo” (al. b). No entanto, alguns autores têm considerado que os limites à aplicação imediata das normas processuais penais, por vezes, não resulta do art. 5.º, n.º 2, CP, mas sim da aplicação directa do art. 29.º CRP. Seriam estas as normas processuais materiais ou substantivas, que, portanto, enquadrariam o conceito de “lei penal” para efeitos constitucionais.

Há, no entanto, outros autores que consideram que o art. 5.º afasta a aplicação do Direito Processual Penal das normas constitucionais relativas à proibição de retroactividade *in pejus* por as situações do n.º 2 salvaguardarem suficientemente as garantias impostas pelo princípio da legalidade (como a previsibilidade e a proibição do arbítrio) (PALMA, 2008, p. 17): havendo lei especial, não haveria necessidade de recorrer à Constituição. Apesar desse entendimento, os mesmos autores vêm-se na inevitabilidade de averiguar da aplicabilidade da Constituição às normas processuais penais quanto à retroactividade *in melius*, visto que o CP não a prevê. Assim, quer em relação à retroactividade *in melius* como *in*

---

Também Ferreira (1955-1956, p. 62-63) construiu e desenvolveu um princípio geral da aplicação da lei processual no tempo, nas suas lições dos anos 50. Dessa sua formulação resultava que (i) se o processo termina durante a vigência de uma lei revogada, deverá manter o seu pleno valor, (ii) se o processo se não iniciou ainda, embora o facto que constitua o seu objecto tenha sido cometido no domínio da anterior legislação, deverá ser-lhe inteiramente aplicável a nova legislação (o que, repare-se, aponta no sentido da aplicação imediata das novas normas processuais penais); ressaltando no entanto os casos em que (iii) a lei nova surge durante a marcha do processo, devendo ser válidos todos os actos processuais realizados de harmonia com a lei anterior, sendo submetidos à nova lei todos os actos ulteriormente praticados.

Apesar de a considerarmos datada, e sublinhamos o desenvolvimento e aprofundamento conseguidos na jurisprudência mais recente, esta formulação do princípio por Ferreira (1955-1956) vem sendo recebida e repetida pela jurisprudência, mesmo em decisões recentes. Assim, cf. Acórdão do STJ de 28 de novembro de 2007, e, repetindo e citando as mesmas p. 62 e 63 que contém esta exacta enunciação, também o Acórdão do STJ de 20 de fevereiro de 2008; o Acórdão do STJ de 5 de novembro de 2008; e o Acórdão do STJ de 4 de fevereiro de 2009.

*pejus* tem-se colocado a questão de saber se se aplicam às normas processuais penais os limites constitucionais à aplicação da lei no tempo.

Como já referimos, não existe qualquer regra geral de aplicação do DEP no tempo nos vários diplomas. No entanto, a lei que aprova o CEP (Lei n.º 115/2009) contém uma disposição transitória, o art. 9.º, que se aplica apenas às normas processuais relativas a processos que decorrem perante os tribunais de execução das penas, que determina no seu n.º 1 que

As disposições do livro II do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade não se aplicam aos processos iniciados anteriormente à sua vigência quando da sua aplicabilidade imediata possa resultar agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do recluso ou quebra da harmonia e unidade dos vários actos do processo, continuando, nesses casos, os processos a reger-se, até final, pela legislação ora revogada.

Há o acréscimo no n.º 2 que “O disposto no número anterior não prejudica a aplicação imediata das normas sobre renovação da instância nos processos de liberdade condicional.”. Assim, o critério adoptado pela lei em relação a estas normas processuais é muito semelhante à norma do CP. O diploma é, no entanto, omissivo em relação à aplicação no tempo das restantes normas (não processuais) que se situam nos restantes livros do Código, pelo que dessa omissão parece resultar a aplicação da regra geral do art. 12.º CC, isto é, a sua aplicação imediata. Deste modo, também para o DEP é insuficiente a regulação da lei, sendo necessário averiguar se são aplicáveis as normas da Constituição.

Por outro lado, também não há notícia na jurisprudência de casos que consistam num problema de sucessão de leis de

execução das penas<sup>20</sup>. A verdade é que, na prática, as alterações verificadas se têm aplicado imediatamente, e isso não tem causado o descontentamento dos reclusos (a ponto de ser levado a Tribunal) pois, como referimos no enquadramento introdutório, pelas reformas das leis de execução das penas e pelas novidades legislativas em diplomas dispersos, apenas fomos assistindo e sentindo uma evolução favorável das situações dos condenados, reclusos, e ex-condenados, só sendo possível sentir hodiernamente a iminência de alterações *in pejus* de DEP. Pelo contrário, estas alterações têm-se verificado no DP, das alterações de normas que alteram prazos de procedimento prescricional às alterações da natureza dos crimes, criando situações de conflito que propiciaram o seu estudo.

Assim, parece-nos da maior relevância e utilidade para a nossa investigação começarmos por compreender de que forma é que alguma doutrina tem defendido que a certa norma processual penal não se deve aplicar o art. 5.º do CP mas sim o regime constitucional. Como já referimos, este raciocínio tem passado pela distinção entre normas processuais formais e normas processuais materiais, sendo que a estas última se deveria aplicar o mesmo regime que à “lei penal” (isto é, a própria Constituição).

---

<sup>20</sup> A única referência ao problema parece encontrar-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 27 de maio de 2008, ainda que indirectamente, mas a Resolução da questão acaba por se basear noutros fundamentos que não a aplicação no tempo. No entanto no acórdão refere-se que, em termos de imposição de retroactividade da lei mais favorável interessa não só a diminuição quantitativa da pena, em termos de moldura penal, mas também os pressupostos da suspensão da execução e de concessão da liberdade condicional. Assim, é dito que: “A questão residirá, pois, em, concretamente, analisar se se verificou alteração legal e se esta, por mais favorável ao condenado, não poderia ter sido atendida no momento da sua condenação. Relevantes para o efeito, serão sempre alterações na moldura penal e nos pressupostos da suspensão da execução da pena e da concessão da liberdade condicional”. Já é dado, por isso, um passo em frente quanto à aplicação do regime constitucional a normas de execução das penas, embora sem qualquer justificação.



Apontem-se as raízes históricas desta distinção na melhor tradição jurídico-penal portuguesa, sendo já centenários os estudos em que se defende existirem normas processuais que devem ser tratadas como materialmente penais. Neste sentido, António Henriques da Silva (1905, p. 145) defendeu que “as leis formulárias podem envolver frequentemente a ofensa de direitos, e, sempre que possa haver ofensa de direitos fixados à sombra da lei, é substantiva a lei formulária e não deve aplicar-se retroactivamente, por implicar com os direitos dos cidadãos”<sup>21</sup>.

Este pensamento foi retomado e desenvolvido nos vários estudos sobre a sucessão de leis processuais penais das últimas duas décadas, seguindo os critérios, que iremos referir, para reconhecer e qualificar algumas normas processuais como materialmente penais.

Posteriormente à análise destes critérios, importará, então, saber se alguns desses raciocínios se podem aplicar também ao Direito de Execução de Penas ou se, pelo contrário, será necessário seguir um caminho completamente novo, pela autonomia e características destas normas jurídicas, para descobrir se há algumas das suas normas (ou até todas) que preenchem a previsão do art. 29.º CRP.

Em suma, quanto à base e ponto de partida para identificação do regime a aplicar, parece-nos que tal como no Direito Processual Penal se distinguiram normas materialmente penais e processuais penais *proprio sensu* ou formais, também deveremos procurar distinguir DEP material e formal. Defendemos que essa distinção é a concretização possível e adequada da pergunta com que terminámos

---

<sup>21</sup> A adaptação para português moderno desta citação é de Silva (2010, p. 122). O texto original é de Silva (1905, p. 145). Parece-nos extremamente interessante e útil recuperar os estudos de “Direito Constitucional Penal” elaborados por este autor, designadamente as análises das normas e das alterações de Direito Penal (e processual) à luz das normas da Carta Constitucional de 1826, nomeadamente o art. 145.º, §2. Estudando exactamente os limites fixados por essa norma, cf. Silva (1905, p. 153-157), devendo consultar-se, neste caso, as p. 332 a 336 do documento.

a introdução: perguntar “o que é o Direito Penal de que fala a Constituição?” é, para os efeitos do nosso trabalho, perguntar “há normas de Direito de Execução das Penas que são Direito Penal no sentido em que é referido na Constituição?” ou, melhor, “há Direito de Execução das Penas que é Direito Penal material?”.

Podemos, ao fim, chegar à conclusão de que todo o DEP é materialmente penal<sup>22</sup>, ou de que apenas algumas das suas normas o são. Assim, o trabalho que nos propomos a fazer é de delimitação de um núcleo materialmente penal dentro do DEP, se este existir, procurando no final concluir que normas o integram.

## **2 OS CRITÉRIOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS MATERIALMENTE PENAI**

Se parece que a quase totalidade da doutrina do Processo Penal que trata este problema adopta a metodologia de distinguir as normas processuais formais das normas processuais materiais, já não será possível encontrar o mesmo consenso quanto aos critérios utilizados para o fazer. Olhando para a literatura sobre o tema, verificámos que os vários autores defendem diferentes critérios para a delimitação de um núcleo de lei penal (no sentido constitucional do termo) dentro da lei processual penal.

Após o estudo aprofundado dos principais autores que tratam a sucessão de leis processuais penais no tempo, procurámos sintetizar – pois esse não é em si o objecto do trabalho, sendo apenas um lugar paralelo que complementa a investigação – e agrupar os vários critérios defendidos para considerar certa norma processual como contendo também regulação substantiva em cinco essenciais.

---

<sup>22</sup> Se bem que uma total coincidência entre DEP e DP nos pareça, à partida, estranha e improvável, dada a amplitude de normas que defendemos serem DEP. De facto, como a evolução do estudo demonstrará, há normas de DEP que são meramente técnicas, e a que não se justifica a aplicação do regime constitucional.

Assim, as normas processuais materiais seriam:

- (i) normas processuais sistematicamente localizadas no Código Penal;
- (ii) normas processuais que afectam directamente a relação jurídica punitiva;
- (iii) normas processuais que afectam direitos fundamentais;
- (iv) normas que representam uma pré-conformação da penalidade a que o arguido poderá ficar sujeito;
- (v) normas que não meramente técnico-processuais.

Assim, importa conhecer esses critérios, que já foram estudados para o processo penal, e procurar saber se algum deles é, também, adequado para a delimitação das normas de execução das penas materialmente penais, ou se, pelo contrário, é necessário encontrar critérios próprios para esta matéria<sup>23</sup>.

Relembre-se que às normas de execução das penas que se conclua que são materialmente penais se aplica o regime constitucional especial do Direito Penal, para todos os efeitos e consequências (nomeadamente, aplicação dos princípios da legalidade, retroactividade das normas mais favoráveis, aplicação jurisdicional do Direito Penal, proporcionalidade, igualdade, necessidade, entre outros).

---

<sup>23</sup> A defesa de um critério para o processo penal está fora do âmbito deste trabalho, razão pela qual não desenvolvemos a análise crítica dos critérios propostos pela doutrina para a selecção das normas processuais penais a submeter aos regimes constitucionais do Direito Penal, mas apenas uma análise crítica da possibilidade da sua transposição para a execução de penas.

## (i) Normas Processuais Sistemáticamente Localizadas no Código Penal

Começámos, assim, esta exposição com um critério que, na verdade, consiste num “vício metodológico” apontado por Carvalho (2008, p. 352) ao analisar o problema da sucessão de leis processuais penais.

Um aplicador do Direito “imediatista” e “preguiçoso” poderia pensar que o lugar das normas penais coincidiria com a sua natureza substantiva, processual ou de execução das penas. Assim, seriam normas materialmente penais apenas aquelas que pertencem ao CP, seriam formalmente penais, ou processuais *proprio sensu*, as que pertencem ao CP, e seriam normas de execução das penas *proprio sensu* as que pertencem ao CEP (ou ao RGEP).

Repare-se que este critério parte da ideia de que o legislador faz a distinção, distribui e arruma as normas segundo a sua natureza (o que até pode ser a sua intenção, pretendendo cada codificação ser uma globalidade ordenada que contem o núcleo, e até a generalidade, das regras jurídicas sobre determinada matéria<sup>24</sup>), mas, se utilizado, acabaria por permitir ao legislador determinar a natureza das normas, e fugir aos limites às suas opções legislativas que decorrem do regime constitucional que vámos referindo<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Sobre esta noção e causas da codificação, v. Ascensão (2006, p. 203 a 211), apontando, muito resumidamente, quanto aos Códigos e movimentos codificadores, vantagens (permitirem um conhecimento mais fácil do Direito aplicável, evitarem a incompatibilidade entre as fontes, destacarem os princípios gerais e darem ao intérprete um mapa para a aplicação do Direito) e desvantagens (as mesmas desvantagens da existência de lei, maior rigidez e, por isso, maior desatualização em relação à evolução da sociedade), p. 206.

<sup>25</sup> Assim, através de “mudanças ou burlas de etiquetas” poderia o legislador, como o aplicador do Direito, contribuir para a violação dos limites e princípios estruturantes do Direito Penal. Referindo problemas similares, de permitir qualificações ao aplicador do Direito, no Processo Penal, cf. Dias (1988/1989, p. 7).

Assim, tem sido afastado – e bem – pela doutrina, que tem estudado este problema, o tipo de critérios que recorre a argumentos como a pertença das normas a determinado Código ou mesmo o órgão de que provêm, apesar de, segundo Carvalho alguma doutrina e jurisprudência o estarem a seguir e, para responder aos problemas que vamos referindo – a sucessão de leis processuais penais –, se tem socorrido de “argumentos superficiais, formais e, portanto, inconsistentes (como, p. e., a localização sistemática, o facto de condicionarem o procedimento) para decidir a natureza jurídica (material ou processual) das normas penais em causa” (CARVALHO, 2008, p. 352).

Também no DEP, por estas razões, o critério deve ser afastado. O reconhecimento de natureza materialmente penal apenas às normas de execução das penas que pertençam ao CP (e que existem – basta lembrar desde logo algum do regime da liberdade condicional, nos arts. 81.º a 84.º CP) é desadequado, desajustado e contrário às regras de interpretação das normas que são essenciais para uma boa aplicação da lei.

Ainda que reconheçamos ao legislador o esforço de seleccionar as matérias com maior relevância materialmente penal para o Código Penal, não podemos aceitar que a mera “deslocalização” de normas para outros Códigos ou diplomas (por exemplo, para o CEP ou para o REGP), altere a sua natureza penal.

As normas de execução das penas não passarão ou deixarão de ser penais apenas por uma escolha do legislador, mas pelos efeitos que produzirem na esfera dos arguidos, condenados e ex-condenados. Caso contrário, este critério permitiria os maiores disparates jurídicos, podendo o legislador contornar os limites que lhe são impostos pela mera inclusão de quaisquer normas penais que quisesse aplicar imediatamente num Código de Execução das Penas!

## (ii) Normas Processuais que Afectam Directamente a Relação Jurídica Punitiva

Explica Palma (1998, p. 417)<sup>26</sup> que se aplicam directamente as normas constitucionais a “todas as normas do Processo Penal que não se possam caracterizar como puras normas processuais, mas que sejam de natureza substantiva penal numa conexão fundamentadora da responsabilidade do arguido” (PALMA, 1998, p. 417), concretizando, mais à frente, que estas seriam as “normas que se refiram às condições de procedibilidade ou causas de extinção do procedimento criminal, como acontece com as normas que regulam os prazos prescricionais, na medida em que estas delimitem directa e exclusivamente a relação jurídica punitiva” (PALMA, 1998, p. 417-418).

A autora explica ainda que os limites à aplicação retroactiva de normas processuais resultam também do art. 5.º, n.º 2, CP, que se aplicaria a casos diferentes dos que vimos anteriormente. Deste modo, prevê a sua aplicação quanto às

normas processuais das quais derive um efeito essencial para a posição processual do arguido na relação jurídica punitiva, na sua fase processual. São normas que, embora não afectando

<sup>26</sup> Esta autora já estudou variadas vezes esta questão, sendo que as publicações mais gerais (isto é, que não tratam problemas específicos de certas normas) são Palma (1998, p. 413-430) e, da mesma autora, Palma (2008, p. 9-21). No entanto, a posição exposta pela autora em 1998 parece já não se manter em 2008, sendo que as opiniões que aqui descrevemos são as anteriores. Assim, ao contrário do que aqui dissemos, no estudo mais recente, Palma afirma que “as situações do art. 5.º, n.º 2, são, [...] a expressão no Processo Penal das garantias de previsibilidade e proibição do arbítrio”, parecendo desconsiderar a aplicação do art. 29.º (embora não seja claro), e restringe também a aplicação retroactiva *in melius* a situações muito mais limitadas (em articulação com juízos de inconstitucionalidade). É de notar, no entanto, que o artigo de 2008 é sobre um tema mais amplo, sendo apenas feita uma referência breve ao tema, na perspectiva da reforma do Processo Penal de 2007. Consideramos, por isso, que é, ainda assim, da maior utilidade expor a posição anterior, quer porque o novo texto não é definitivo no seu abandono, quer por ser muito relevante e paradigmática neste âmbito, como veremos.

a existência da relação jurídica punitiva nem a modificando substancialmente, atingem a possibilidade do comportamento do arguido realizar os direitos que lhe são reconhecidos no processo penal, como por exemplo o direito de defesa (PALMA, 1998, p. 420).

Neste sentido, tanto o art. 29.º CRP como o art. 5.º, n.º 2, CP seriam limites ao art. 5.º, n.º 1, restando aplicar imediatamente (como decorre do n.º 1 do art. 5.º CP) as normas que se limitassem a regular o modo de proceder dos tribunais e não às condições de procedibilidade ou causas de extinção do poder criminal, nem às normas que atingissem direitos do arguido que resultam da existência de um processo penal<sup>27</sup>.

Há que notar, no entanto, que no decorrer da exposição, a autora analisa casos concretos – como o das normas relativas aos prazos de prescrição e à natureza dos crimes – adoptando uma metodologia um pouco diferente. De facto, embora centre a aplicação do art. 29.º CRP na existência de uma afectação da relação punitiva pela norma em causa, na análise casuística acaba por não procurar, expressamente, saber se certa norma afecta de facto essa relação, mas sim se a aplicação dessa mesma norma exige o respeito pelo princípio da legalidade (objectividade, previsibilidade e segurança

<sup>27</sup> Podemos, no entanto, conceber normas que não afectem directamente a relação jurídica punitiva nem Direitos reconhecidos ao arguido no Processo Penal, mas que afectem outros Direitos Fundamentais – por exemplo, uma norma que limite o Direito à Intimidade da vida privada (que é um Direito que embora se manifeste no processo penal, tem uma abrangência muito mais ampla, e não resulta directamente deste). Em relação a essas, não há dúvidas de que Palma também defende a sua aplicação retroactiva, pois, no início do texto em causa, é logo referido que da “fundamentação da proibição da retroactividade resulta o seu âmbito no Direito Penal. São, deste modo, contempladas com a proibição da retroactividade: [...] todas as normas processuais que afectem direitos, liberdades e garantias”. Assim, se não se considerassem já estes direitos como protegidos da retroactividade pelo art. 29.º CRP ou pelo 5.º CP, poderíamos sempre aplicar o art. 18.º, n.º 3, CRP, visto tratarem-se de normas restritivas de direitos, liberdades e garantias.

jurídica).

Deste modo, é a teleologia do art. 29.º CRP que leva a que Palma conclua que certa norma se inclui na sua previsão. Assim, por exemplo, conclui que se deve aplicar a proibição de retroactividade do art. 29.º CRP à lei que transforma um crime particular em público, pois “a aplicação imediata da lei no caso de não ter sido deduzida queixa antes de ela ter entrado em vigor não garantiria suficientemente o princípio da objectividade da vinculação do Estado ao seu direito. A solução deste tipo de casos deve ser, diferentemente, a aplicação pura e simples da lei antiga”.

Esta determinação da materialidade das normas não só por uma definição abstracta do seu conteúdo, mas também por uma verificação concreta da sua *ratio* e do resultado a que concluem parece-nos do maior interesse, sendo que iremos retomá-la a propósito das normas de execução das penas.

### **(iii) Normas Processuais que Afectam Direitos Fundamentais**

A opinião dos Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto (2009, p. 34 a 37, em anotação ao art. 5.º) enquadra-se na daqueles que não consideram necessário aplicar a Constituição às normas processuais penais, para efeitos de proibição de retroactividade, pois assumem que o regime do art. 5.º, n.º 2 CP, salvaguarda suficientemente a posição do arguido neste âmbito.

No entanto, estes autores não parecem considerar que o art. 5.º, n.º 2 CP, dê ao arguido todas as garantias que o princípio da legalidade exigiria. Assim, da sua exposição resulta que estes autores, para efeitos de proibição da retroactividade *in pejus*, aplicam o art. 5.º, n.º 2 CP, e que, sempre que concluem que certa norma agrava sensivelmente a posição jurídica do arguido, lhe aplicam, como consequência, o regime do art. 29.º, n.º 4, CRP, quanto à imposição da retroactividade *in melius*.



Posto isto, resta apenas compreender que, para estes autores, apenas há agravamento sensível da situação processual do arguido quando as normas processuais “afectam os direitos fundamentais” (MAGISTRADOS, 2009, p. 35), acrescentando, no sentido do que já expusemos, que, constatando-se a existência dessas normas que atingem direitos fundamentais, “poderá existir, assim, justificação para a aplicação do princípio da retroactividade da lei processual penal mais favorável” (MAGISTRADOS, 2009, p. 35).

Apesar de não ser esse o critério a que parece dar maior importância (abaixo faremos referência à sua principal proposta), a construção de Carvalho sobre a retroactividade das normas processuais penais também aparenta repousar nessa necessidade de assegurar e garantir os direitos e as liberdades – aplicando o regime constitucional da aplicação da lei penal no tempo, logicamente, às alterações de normas cuja aplicação imediata não os garanta. E é assim que este autor chega à sua leitura do princípio constitucional:

o art. 29.º da CRP assume-se, no campo da responsabilização penal, como garantia dos direitos e liberdades, direitos e liberdades que tanto podem ser arbitrariamente afectados pela aplicação retroactiva de leis sobre a criminalização ou a agravamento da pena como pela mesma retroactividade de alterações legislativas desfavoráveis de normas processuais penais materiais” (CARVALHO, 2008, p. 363)<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Segundo este autor, seria possível que a Constituição não contivesse previsão expressa destes regimes de aplicação no tempo para as leis penais favoráveis e desfavoráveis, já resultando jurídico-constitucionalmente essas imposições do regime geral dos direitos, liberdades e garantias, do art. 18.º CRP. Assim, esse artigo já proíbe a retroactividade das leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias e também impõe que essas restrições se limitem ao indispensável para realizar os fins que fundamentem as restrições das leis referidas. Desta forma Carvalho (2008, p. 364) concebe, enfim, os princípios do art. 29.º que vimos estudando, como não mais do que “a concretização, no campo jurídico-penal, das razões de garantia política e da máxima restrição possível das intervenções estaduais nos direitos, liberdades e garantias, proclamadas pelo art. 18.º”.

Sem pretendermos alongarmo-nos no tema, à primeira vista, parece-nos que o regime próprio da aplicação lei criminal previsto nas Constituições ultrapassa

#### **(iv) Normas que Representam uma Pré-Conformação da Penalidade a que o Arguido Poderá Ficar Sujeito**

Outro dos critérios apresentados para estabelecer a distinção entre normas processuais formais e materiais é a qualificação como materialmente penais das normas que “representam, em termos materiais, uma verdadeira pré-conformação da penalidade a que o arguido poderá ficar sujeito” (ALBUQUERQUE, 2009, n.º 2 da anotação ao art. 5.º, p. 56). Assim, as normas processuais materiais estariam sujeitas ao princípio da legalidade e, assim, ao regime constitucional que se aplica ao Direito Penal.

No mesmo sentido parece-se pronunciar-se Silva (2010, p. 122), que entende que “se a lei tem efeitos sobre a penalidade concreta aplicável ao arguido, ela deve ser considerada de natureza material, ainda que o seja também de natureza processual, ou seja, de natureza mista penal-processual”.

Contudo, qualquer um destes autores se limita a enunciar este critério, sem aprofundar o que se deve entender por “pré-conformação da penalidade”. Assim, aparentando ser mais restritivo (limitando as normas processuais materiais àquelas que verdadeiramente conformam a penalidade), este critério ainda é mais vago e amplo do que os outros critérios propostos, sem, no entanto, parecer acrescentar qualquer instrumento para a interpretação e aplicação dos regimes.

#### **(v) Normas que não Meramente Técnico-Processuais**

O último critério que queremos referir, ao contrário das hipóteses anteriores, identifica as normas processuais materiais pela negativa. Isto é, os autores que o adoptam procuram reconhecer e qualificar das normas processuais formais ou *proprio sensu*, para

---

a mera concretização do regime geral das restrições do art. 18.º, sendo tão necessário como o catálogo de Direitos Fundamentais o é em relação ao princípio geral da dignidade da pessoa humana: há normas que exigem a presença de outras para que ganhem sentido e força e possam ser aplicadas devidamente.

dizer que todas as outras serão materiais.

Assim, o estudo de Carvalho (2008, p. 347 e ss.) sobre a sucessão de normas processuais penais parte precisamente da exclusão da aplicação dos regimes constitucionais especiais ao “direito processual técnico” (CARVALHO, 2008, p. 361), que seria o conjunto das normas processuais formais. Conforme se vê, a consideração como materialmente penal passa, segundo esta perspectiva, a ser a regra geral, sendo o carácter meramente adjectivo, a excepção.

Considerando desadequadas e abusivas as classificações tradicionais que diferenciam as leis “de fundo” das leis “formais”, o autor recupera os estudos de Levasseur<sup>29</sup>, que parte de uma proibição geral de retroactividade de todas normas desfavoráveis do “direito repressivo” (LEVASSEUR, 1971, p. 189-254), e que inclui todas as normas relacionadas com a repressão criminal (portanto, o direito penal no sentido mais amplo que se lhe pode atribuir, apontando já este autor algumas normas de “processo executivo”, como repressivas), defendendo que apenas se poderão aplicarem imediatamente aquelas normas processuais que se refiram aos “actos de pura técnica processual” (LEVASSEUR, 1971, p. 197).

No entanto, continua a ser necessário concretizar o que é o carácter meramente técnico, e quais as normas que se integram nesse grupo. Embora Carvalho deixe essa questão em aberto (2008, p. 362)<sup>30</sup>, Levasseur distingue quatro tipos de “normas repressivas”,

<sup>29</sup> Levasseur (1971, p. 206-207, *apud* CARVALHO, 2008, p. 359) considera que esta “categoria das leis ditas ‘formais’ é complexa e heterogénea, abrangendo normas sobre constituição e competência dos tribunais criminais, processo penal e normas sobre a execução das penas”. Abaixo, retomaremos o pensamento e argumentos deste autor que, contrariamente à maioria da doutrina que tem estudado a extensão do que se deve considerar objecto destes princípios específicos sobre a aplicação da lei penal no tempo, autonomiza o Direito de Execução das Penas, propondo soluções próprias que nos interessa trazer para esta discussão.

<sup>30</sup> Assim, a partir da indicação deste critério de identificação de “Direito Processual Técnico” – fazendo-o representar todas as normas Processuais Penais Formais – o autor limita-se, então, a partir daí a justificar e sujeitar apenas as outras normas

procurando encontrar normas que regulem actos meramente técnicos em cada um desses âmbitos, (i) as normas relativas à organização judiciária e competência dos tribunais; (ii) as normas relativas à condução (e tramitação) do processo; (iii) as normas relativas à decisão e às provas em que ela se fundamenta; e (iv) as normas relativas à execução das penas<sup>31</sup>. Assim, embora não defina em geral quais as normas meramente técnico-processuais, dá exemplos concretos para cada um destes quatro grandes domínios processuais, considerando ser relativamente fácil identificar normas técnicas (sendo, pelo menos, mais fácil do que o definir o que são normas materiais).

Esta inversão, excluindo apenas do regime constitucional as normas processuais sobre as quais, após a sua análise, se conclua que são meramente técnicas, parece-nos a melhor forma de garantir os direitos e as liberdades, pois parte de um princípio de que, salvo “prova” em contrário, as normas processuais são materiais – esta metodologia parece-nos a mais segura e adequada já no campo

---

(Processuais Penais Materiais) aos princípios constitucionais da aplicação da lei penal favorável, pela proibição da retroactividade desfavorável e imposição da retroactividade desfavorável, concretizando esses regimes, sem mais regressar ao critério para reconhecer as normas a que se aplicam (CARVALHO, 2008, p. 362 e ss.).

<sup>31</sup> Neste sentido, Levasseur (1971). Os quatro tipos de normas repressivas: (i) as normas relativas à organização judiciária e competência dos tribunais, (p. 207 a 211); (ii) as normas relativas à condução (e tramitação) do processo, subdivididas em (a) normas sobre a investigação e constatação das infracções (p. 211 a 212), (b) normas sobre o início da acção penal (p. 212 a 223), (c) normas relativas à instrução e suas formalidades (p. 223 a 227), (d) normas relativas ao “encaminhamento” para o julgamento (p. 227 a 230), (e) normas relativas à discussão em julgamento (p. 230 a 232) e (f) as normas relativas às vias de recurso (p. 232 a 238); (iii) as normas relativas à decisão e às provas em que ela se fundamenta, v. p. 238 a 243; e (iv) as normas relativas à execução das penas, também subdivididas em (a) normas relativas ao adiamento e suspensão da execução da pena (p. 244) e (b) à prescrição da própria pena (p. 245), (b) normas relativas à liberdade condicional (p. 245 a 247) e (c) normas relativas às modalidades materiais ou técnicas para a execução das penas (p. 247 a 254). A este quarto tipo de normas repressivas, regressaremos abaixo.

do Direito Processual Penal, como forma de melhor garantir os direitos e liberdades. Defendemos que ainda haverá mais razões para a utilização desta inversão de perspectiva no campo do DEP, relacionado com a execução diária de intervenções na vida, direitos e liberdades dos condenados.

### **3 A IDENTIFICAÇÃO DE NORMAS DE DIREITO DE EXECUÇÃO DAS PENAS MATERIALMENTE PENAIS**

Após este brevíssimo resumo dos principais critérios que se têm utilizado para distinguir a que normas se aplica o regime constitucional penal, e que normas são puramente processuais, é então momento de procurar compreender se algum destes critérios se podem transpor para uma distinção semelhante, no DEP, entre normas de execução das penas que são materialmente penais, meramente processuais e de execução das penas *proprio sensu*.

Já anteriormente afastámos liminarmente o critério que se baseia na localização sistemática das normas, concluindo que não faria sentido aceitar a mera “deslocalização” de normas para outros Códigos ou diplomas (por exemplo, para o CEP ou para o REGP) como forma de alterar a materialidade penal. As normas de execução das penas só passam ou deixam de ser penais pelos efeitos que produzirem na esfera dos arguídos, condenados e ex-condenados e não pela uma escolha do legislador que as introduz na ordem jurídica.

No entanto, a própria localização sistemática (manterá sempre, como auxiliar interpretativo da lei, alguma relevância) poderá indiciar – e nunca mais do que isso – materialidade penal. Desta forma, o CP contém muitas das mais relevantes normas de execução das penas, designadamente: (i) as respeitantes à suspensão da execução da pena de prisão, seus pressupostos e duração<sup>32</sup>,

<sup>32</sup> Assim, pelo regime legal, no art. 50.º CP, o Tribunal (i) suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos se, atendendo

mas também logo os deveres e regras de conduta a que pode ser subordinada<sup>33</sup>, a “suspensão com regime de prova”<sup>34</sup>, o regime do plano de reinserção social<sup>35</sup>, a falta de cumprimento das condições da suspensão, a sua revogação, e as regras sobre a extinção da pena<sup>36</sup>;

---

à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, sendo que o período da suspensão terá duração igual à da pena de prisão determinada na sentença (art. 50.º, n.ºs 1 e 5 do CP), (ii) contudo, se julgar conveniente e adequado à realização das finalidades da punição, subordina esta suspensão ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta (que podem ser impostos cumulativamente), ou determina que seja acompanhada de regime de prova (art. 50.º, n.ºs 2 e 3 do CP), (iii) é sempre obrigado a especificar os fundamentos da suspensão e das suas condições, na decisão condenatória (art. 50.º, n.º 4 do CP).

<sup>33</sup> Os deveres e regras de conduta a que a suspensão pode ser subordinada vêm regulados pelos arts. 51.º e 52.º CP.

<sup>34</sup> O Tribunal pode determinar que a suspensão seja acompanhada de regime de prova, se o considerar conveniente e adequado a promover a reintegração do condenado na sociedade, de acordo com o art. 53.º CP.

<sup>35</sup> A redacção do artigo aplicável (54.º CP) e da epígrafe também foi dada pela já referida Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, passando a prever o CP que o plano de reinserção social contém os objectivos de ressocialização a atingir pelo condenado, as actividades que deve desenvolver, o respectivo faseamento e as medidas de apoio e vigilância a adoptar pelos serviços de reinserção social, sendo dado a conhecer ao condenado procurando-se o seu acordo prévio (n.ºs 1 e 2). Será também possível ao Tribunal impor deveres e regras de conduta e outras obrigações que interessem ao plano de readaptação e ao aperfeiçoamento do sentimento de responsabilidade social do condenado, nomeadamente (i) responder a convocatórias do magistrado responsável pela execução e do técnico de reinserção social, (ii) receber visitas do técnico de reinserção social e comunicar-lhe ou colocar à sua disposição informações e documentos comprovativos dos seus meios de subsistência, (iii) Informar o técnico de reinserção social sobre alterações de residência e de emprego, bem como sobre qualquer deslocação superior a oito dias e sobre a data do previsível regresso, (iv) obter autorização prévia do magistrado responsável pela execução para deslocações ao estrangeiro (n.º 3).

<sup>36</sup> A falta de cumprimento das condições da suspensão vem regulada no art. 55.º CP, e a sua revogação no art. 56.º CP e as regras sobre a extinção da pena são as previstas no art. 57.º CP.

(ii) toda a regulação (complementada por disposições do CEP<sup>37</sup>) da prestação de trabalho a favor da comunidade<sup>38</sup>; (iii) também o regime principal (actualmente complementado pelo CEP<sup>39</sup>, anteriormente, pelo CP) da liberdade condicional, seus pressupostos e duração<sup>40</sup> e os

<sup>37</sup> Nomeadamente os arts. 169.º e 170.º do CEP, sobre a substituição da prisão por prestação de trabalho a favor da comunidade e a revogação da prestação de trabalho a favor da comunidade.

<sup>38</sup> De acordo com a definição legal, a prestação de trabalho a favor da comunidade consiste na prestação de serviços gratuitos ao Estado, a outras pessoas colectivas de Direito Público ou a entidades privadas cujos fins o Tribunal considere de interesse para a comunidade e deve ser aplicada pelo Tribunal em substituição de pena de prisão não superior a dois anos, sempre que concluir que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, v. os arts. 58.º e 59.º do CP.

<sup>39</sup> As regras sobre a liberdade condicional constantes no CEP, encontram-se principalmente nos seus arts. 173.º a 182.º, quanto à concessão de liberdade condicional, designadamente: a instrução, tramitação, consulta do conselho técnico, audição do recluso, parecer do Ministério Público, decisão, suspensão da decisão, recurso e renovação da instância, prazos especiais e regras sobre a substituição da liberdade condicional pela execução da pena de expulsão; nos arts. 183.º a 187.º CEP, quanto à execução e incumprimento da liberdade condicional, nomeadamente: relatórios de execução, comunicação de incumprimento e incidente de incumprimento, recurso, extinção da pena; e no art. 188.º CEP quanto ao período de adaptação à liberdade condicional; ainda poderão ser relevantes os arts. 151.º CEP (processos urgentes), 155.º CEP (formas de processo), e 79.º, n.º 2, d) e 80.º, n.º 1, d) CEP (licenças de saída jurisdicionais que não podem ser concedidas quando se verifique a revogação da liberdade condicional nos 12 meses que antecederem o pedido), 120.º, n.º 3 CEP (considerando-se os tempos de duração do internamento ou do regime de permanência em habitação como tempo de execução da pena para efeitos de liberdade condicional), 136.º, n.ºs 1 e 2 (sobre o acompanhamento pelos serviços de reinserção social), 138.º, n.ºs 1 e 4, c), p) e r) CEP sobre a competência para a decisão do Tribunal de execução das penas; 141.º, i) CEP, sobre a competência do MP proceder ao cômputo, em caso de execução sucessiva de penas, para efeitos de concessão de liberdade condicional e art. 142.º, n.º 2, a) CEP, competência do conselho técnico (órgão auxiliar do Tribunal de execução das penas com funções consultivas) para emitir parecer sobre a concessão de liberdade condicional.

<sup>40</sup> Assim, liberdade condicional deverá sempre ter duração igual ao tempo de pena de prisão que falte cumprir, até ao máximo de cinco anos, considerando-se nessa altura extinto o excedente da pena. Necessariamente, o condenado a pena de prisão superior a seis anos é colocado em liberdade condicional após

regimes da adaptação, da liberdade condicional em caso de execução sucessiva de várias penas e a remissão para o regime da suspensão da pena como regime da liberdade condicional (arts. 62.º a 64.º do CP); (iv) e ainda se refira o regime da reincidência cujas normas, relativamente à pena anterior, também podem ser consideradas “de execução”, sendo regulados os seus pressupostos<sup>41</sup>.

Considerando, também, a localização sistemática como indício da natureza das normas e, já estudando a relação CP-CP, Rodrigues (1988), quanto às normas que regulavam o conteúdo da sentença condenatória, afirmava que essa matéria “foi – e bem – desentranhada do Código de Processo Penal, fazendo jus à sua natureza substantiva”<sup>42</sup>. Não podemos deixar de concordar com a autora neste ponto. No entanto, se essas normas se mantivessem no CP, não perdiam a sua natureza substantiva, como é óbvio.

---

o cumprimento de cinco sextos da pena (art. 61.º, n.º 5 CP). Pode, contudo, o condenado a prisão ser colocado pelo Tribunal em liberdade condicional quando se encontre cumprida metade da pena e no mínimo seis meses se for fundamentamente expectável, de acordo com as circunstâncias do caso, a vida anterior do agente, a sua personalidade e a evolução desta durante a execução da pena de prisão, que este, uma vez em liberdade, conduzirá a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes; e a libertação se revele compatível com a defesa da ordem e da paz social (art. 61.º, n.º 2 CP). Estes últimos pressupostos, compatibilidade “*com a defesa da ordem e da paz social*”, devem ser desconsiderados pelo Tribunal quando encontrarem cumpridos dois terços da pena e no mínimo seis meses (art. 61.º, n.º 3 CP). Atente-se, ainda que a aplicação da liberdade condicional depende sempre do consentimento do condenado (art. 61.º, n.º 1 CP).

<sup>41</sup> Assim, o art. 75.º CP define os pressupostos da reincidência, determinando que é punido como reincidente aquele que cometer crime doloso punido com pena de prisão efectiva superior a 6 meses depois de condenação por sentença transitada em julgado condenatória em pena semelhante, também de 6 meses, por crime doloso, “de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime”.

<sup>42</sup> Encontrando-se, à data (1988), a matéria da execução das penas regulada no Livro X do Código de Processo Penal – “Execuções”.



De facto, como já referimos, embora não pareça que o legislador do CP se tenha dedicado a regular actos meramente técnico-processuais (ou procedimentais) da execução da pena, a localização sistemática nunca será argumento suficiente para determinar a natureza de uma norma.

Assim, o primeiro critério que temos de tentar transpor para o domínio do DEP seria o de que todas as normas de DEP que afectam directamente a relação jurídica punitiva são materialmente penais (ii). Ao contrário do Processo Penal, este não parece ser um bom critério quando nos situámos no âmbito da execução das penas, pois qualquer alteração, mesmo a mais técnica e insignificante (que, claramente, não justifica a aplicação do regime constitucional), tem necessariamente de afectar a relação punitiva, pois todas as normas incidem precisamente sobre a forma como a pena é cumprida.

Assim, este critério não se revela adequado para distinguir quais as normas de execução das penas que são materialmente penais, pois o próprio conceito de “execução da pena” coloca as suas normas no âmbito da relação jurídica entre o recluso e o Estado, que pune. Assim, por exemplo, a alteração dos horários do dia a dia dos reclusos não parece justificar a protecção de confiança, a previsibilidade e a segurança jurídica que resultam da Constituição; mas repare-se que, se o responsável pelo estabelecimento prisional, ao serviço do Estado, altera o horário, está a agir no âmbito da relação jurídica punitiva Estado-recluso.

Este exemplo, assim como muitos outros, levam-nos a concluir que a transposição deste critério – que no Processo Penal parece adequado – para o Direito de Execução das Penas, levaria a resultados não desejáveis, nem pela teleologia dos regimes, nem por juízos de proporcionalidade e necessidade, nem por serem estas realidades que o critério do Processo Penal pretenderia acautelar.

Já o critério que considera Direito Penal substantivo as normas processuais que afectam direitos fundamentais (iii), ao ser

transposto para o DEP resultaria na ideia de que seriam Direito Penal substantivo todas as normas de execução de penas que afectam direitos fundamentais. Também aqui seria muito difícil conceber aspectos da execução da pena que não afectem direitos, liberdades e garantias.

Mais uma vez, o critério da afectação de direitos fundamentais parece demasiado vago, levando à conclusão de que praticamente todas as normas de DEP seriam materialmente penais, o que, quando levado ao limite, poderia significar que qualquer alteração das condições do alojamento ou dos tempos livres, que não alterasse significativamente as condições de vida dos reclusos, fosse, ainda assim, considerada uma alteração de Direito Penal substantivo, por *afectar* o direito à habitação e à cultura. Recorde-se que este critério não implica a *restrição* dos direitos fundamentais, mas simplesmente a sua *afecção*. Considerámos, por isso, que as características naturalmente repressivas do Direito de Execução das Penas (que não existem no Direito Processual Penal) tornam este critério demasiado vago e indeterminado, e pouco adequado.

Quanto ao critério defendido por Albuquerque (2009) e Silva (2010) (iv), se aplicado ao DEP, resultaria em que seriam materialmente penais as normas que representam uma pré-conformação da penalidade a que o arguido poderá ficar sujeito se for condenado. O problema deste critério é exactamente o mesmo que identificámos quanto ao Processo Penal: se não compreendemos o que se entende por “pré-conformação da penalidade” será muito difícil de o aplicar.

Contudo, tentámos aproveitar o sentido útil dessa expressão, que serviria para distinguir as normas de execução das penas que verdadeiramente conformam a pena das normas que se limitem a regulamentar aspectos acessórios (imagine-se, por exemplo, os procedimentos de internamento ou registo interno dos reclusos num estabelecimento prisional). No entanto, se fosse este o sentido a dar ao critério, encontrar-nos-íamos perante o mesmo problema: se as normas de execução das penas determinam de que forma a pena será

cumprida, então há sempre uma conformação da penalidade inerente a qualquer regra. Desta forma, ao aplicar este critério, constataríamos que as regras penais do CP conformam quantitativamente a penalidade e as normas materialmente penais do CEP conformam qualitativamente a penalidade.

Se esta afirmação nos parece inteiramente verdadeira – e voltaremos a defender esta perspectiva ao longo do trabalho – a verdade é que, como critério distintivo do DEP materialmente penal, nos volta a parecer demasiado amplo. Se é verdade que todas as normas de DEP conformam de alguma forma, mesmo que muito diminuta, a forma como a pena vai ser vivida pelo recluso (por exemplo, se o estabelecimento dispõe ou não de televisão), já não parece correcto que todas as suas regras mereçam desfrutar do regime constitucionalmente previsto para o Direito Penal.

Há, assim, que encontrar um critério que explique quais as normas que têm dignidade penal para que lhes seja aplicado o seu regime constitucional.

Repare-se que, quando a doutrina procurou critérios para considerar certa norma processual como material (e não apenas adjectiva) acabou sempre por chegar a critérios que, embora distintos, incidem sobre a projecção dessas normas sobre a esfera de direitos do arguido ou sobre o resultado final do processo, em que este conflui com o Direito substantivo: a sentença, e a determinação da pena.

É por esse motivo que os critérios que até agora analisámos não parecem adequados quando se transpõem para a fase de execução das penas: nesta fase, pela natureza das coisas, as normas incidem necessariamente sobre a pena (pois é este o seu único objecto) e sobre os direitos dos condenados (pois a pena tem sempre como efeito a sua limitação, ou a modificação do seu exercício)<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Estas conclusões confirmam a noção de que o Direito de Execução das Penas tem autonomia em relação ao Direito Processual Penal, pelo que faz sentido defender um critério autónomo e adequado às características deste conjunto de normas.

Tendo em conta esta autonomia, pode ser útil para o presente estudo referirmos

sumariamente alguns dos princípios vigentes no Direito Penal português para a execução das penas. Assim, a execução da pena (principalmente de prisão), deve, segundo o art. 42.º CP sobre a “execução da pena de prisão”, servir a defesa da sociedade e prevenir a prática de crimes, orientando-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes. Para tal, é regulada em legislação própria que fixa os deveres e os direitos dos reclusos (essencialmente, mas não só, os já referidos CEP e RGEP). Lembremos, assim, os princípios discutidos a propósito dos fins das penas o já referido princípio da reinserção social, mas também o princípio da legalidade (conformador de todo o Direito Penal) e que consiste em várias exigências no que respeita ao Direito Processual de Execução das Penas (cuja regulação está contida em primeiro lugar no CP, arts. 467.º e ss., e depois no CEPMLP), implicando, desde logo, a existência de um *título judiciário de execução* - título executivo (e decisão) cujos requisitos e exequibilidade vêm regulados no CP, o princípio da execução imediata das penas (RODRIGUES, 1988, p. 12), que não vem expressamente consagrado legislativamente (nomeadamente no CP), mas decorre de imperativos, razões e fundamentação que nos parecem lógicos e tornam necessária a execução imediata de qualquer pena – seja por motivos relacionados com a dignidade da pessoa humana (imaginem-se a crueldade de retardar um castigo que se sabe inevitável), seja por motivos de prevenção geral, e de manifestação do funcionamento da justiça (para além da *exemplaridade* da condenação, a justiça proferida pelo Juiz tem de ganhar forma pela concretização da execução). Apenas por motivos *humanitários* e excepcionais se poderá admitir adiamentos na execução da pena (compressões do princípio). Por fim, outro princípio com relevância é o princípio da continuidade na execução das penas, por motivos muito próximos aos que sustentam o princípio da execução imediata das penas (ainda que se admitam casos de execução fraccionada da pena (cf., p. e., o regime do art. 47.º, n.º 3 do CP, sobre o pagamento em prestações de multas, e regimes de saídas do estabelecimento (CEPMLP), entre outros).

Desta forma, sendo a pena concebida como um período contínuo, estruturado de acordo com um plano e programa devidamente construído, é fácil perceber que, idealmente, se deverá tender para uma continuidade no regime aplicável (e, portanto, evitar-se a aplicabilidade imediata de novas normas). Em teoria, a pena deve ser executada como um todo, planificado e programado cada um dos seus momentos e fases, com vista à reinserção social do recluso, deveriam manter-se todos os aspectos, sob pena desse plano se tornar supervenientemente desajustado ou mesmo inútil. A propósito deste assunto, Investigadores do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa e do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, referem um “absoluto consenso quanto à verificação de uma enorme disjunção entre o quadro teórico previsto e a sua concretização prática, que decorre, designadamente, da não elaboração do plano individual de readaptação, embora consagrado na lei, que acompanhasse e programasse o percurso do recluso durante o cumprimento da sua pena; da inexistência de um plano formal que acompanhe o recluso pós-libertação” (GOMES; DUARTE; ALMEIDA, 2004, p. 32).

Desta forma, parece-nos que será mais adequado seguir a metodologia de Levasseur, considerando que, à partida, todo o Direito de Execução das Penas é substantivamente penal. Se, eventualmente, encontrarmos normas meramente técnicas (por exemplo, as que determinem de que forma é distribuída a roupa lavada pelos reclusos), essas serão excluídas desse âmbito, aplicando-se as regras gerais de aplicação no tempo, interpretação, etc.

No entanto, falta a este critério, na nossa opinião, uma forma de determinar se a norma é meramente técnica (em termos de execução da pena ou em termos processuais), que se baseie na *ratio* do princípio da legalidade. Explicando melhor: se às normas puramente técnicas não se aplicará o regime constitucional previsto para a lei penal (pois não são materialmente penais), então nunca poderemos considerar como técnica uma norma cuja aplicação imediata, ou analógica, violasse, na prática, o princípio da legalidade. Assim, as exigências de objectividade, previsibilidade e segurança jurídica devem relevar na ponderação de quais as normas que, ainda que aparentemente técnicas, devem, pelo contrário, ser consideradas materialmente penais, pois a sua aplicação viola o princípio de legalidade penal.

### **(i) Algumas Referências da Doutrina Portuguesa à Aplicação do Princípio da Legalidade Penal a Certas Normas que Regulam a Execução de Penas**

Apesar de a doutrina portuguesa não se ter ainda dedicado ao estudo dos problemas de relação entre princípio da legalidade penal

---

Sendo este o quadro legal – de continuidade, programação e planificação individual da pena, não se alegue que a realidade não tem acompanhado as previsões legais. Deve-se, ao conceber o sistema de justiça penal como um todo, obedecer-se aos princípios legais enquanto estes estiverem consagrados, sob pena de violação da lei e mesmo da Constituição, na medida em que também ela valoriza a importância da reinserção social, tendo vindo a doutrina a encontrar esse valor na CRP e defendido que as penas, não apenas em abstracto, mas também em concreto, devem ser orientadas a esse fim (também prevalecendo em relação à aplicação imediata).

e Direito de Execução das Penas, não somos os primeiros a notar que o problema existe e é relevante.

Assim, a propósito da distinção entre Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito de Execução das Penas, tem-se que

Seja quais forem as dificuldades de determinação do carácter substantivo, processual ou executivo de certas normas jurídico-penais, uma tal determinação é relevante para muitos efeitos e não deve ser escamoteada. Assim, p. ex., para efeito de proibição da retroactividade da lei [...], de proibição de aplicação da norma por analogia [...], de aplicação da lei no espaço [...]. Ponto é que a atribuição da norma ou instituto ao Direito Penal, ao Direito Processual Penal ou ao Direito Penal Executivo não seja levada a cabo numa base puramente lógico-formal e conceitualista, mas por apelo a considerações teleológicas, axiológico-normativas e político-criminais decisivas no contexto de um sistema funcional e racional (DIAS, 2007, p. 7-8).

É, exactamente, isto que nos propomos a fazer, na sequência do que temos vindo a dizer.

Já quase trinta anos antes, Ferreira (1981) alertava para a necessidade de discernir e diferenciar materialidades diferentes no âmbito das normas de execução das penas:

Relativamente às leis sobre execução das penas há que distinguir. Quando elas se reportam à essência das penas, os princípios aplicáveis são os que ficam expostos [princípios aplicáveis à “lei penal”]. Se respeitam às modalidades administrativas de execução da pena, são de aplicação imediata. Mas não deve alterar-se, através de tais modalidades, a substância da pena, porque seria alteração da própria pena por regulamentação administrativa (FERREIRA, 1981, p. 128).

No entanto, este autor é omissos quanto ao critério a adoptar para distinguir quais as normas “que se reportam à essência da pena” e as normas que apenas “respeitam às modalidades administrativas

de execução da pena”. Como vemos, este critério aproxima-se do critério acima referido de “conformação” da pena, padecendo da vagueza e indeterminação que pretendemos evitar. No entanto, é notória já uma preocupação com a delimitação de um núcleo de normas materialmente penais, dentro do âmbito alargado de normas que regulam o modo como a pena é executada.

Por sua vez, na sua obra sobre a sucessão de leis, Carvalho (2008) chega mesmo a considerar a posição de Correia (1961) como “ultrapassada” (CARVALHO, 2008, p. 361), por este autor recusar a aplicação do princípio da não retroactividade à execução das penas, considerando que ninguém na doutrina moderna irá contestar que as “normas que concretizam a estrutura ou grandes linhas do regime penitenciário (p. e., regime de isolamento, a assistência social, religiosa ou médica, a obrigação ou não do trabalho e respectiva remuneração)” (CARVALHO, 2008, p. 360) deverão estar sujeitas aos princípios da lei penal, sendo inconstitucional qualquer disposição de uma nova lei de execução de penas que preconizasse a sua auto-aplicação imediata. No entanto, também não desenvolve de que forma se delimitam quais as normas que “concretizam a estrutura ou as grandes linhas do regime penitenciário”.

Cabe-nos ainda referir que Santos e Leal-Henriques também afirmam, contudo sem mais desenvolvimentos, que certa lei é mais favorável quando, entre outros,

a pena cominada actualmente ao crime é, quanto à sua natureza, mais branda que a anterior; a pena actual, embora da mesma natureza, é menos rigorosa quanto ao modo de execução; [...] se instituem benefícios (no sentido da eliminação, suspensão ab initio ou interrupção da execução da pena) desconhecidos na lei pretérita, ou se facilita a sua obtenção (SANTOS; LEAL-HENRIQUES, 2003, p. 29).

E se lhe aplica o regime do art. 29.º, n.º 4 CRP.

Também Palma, ainda que não referindo o assunto directamente, parece ser sensível ao problema quando afirma que “quanto às sanções criminais a retroactividade afectará sobretudo a segurança, permitindo quaisquer abusos do poder, pela alteração a todo o tempo possível das espécies e limites das sanções” (PALMA, 1998, p. 413). Não fica, no entanto, claro, se a autora se refere apenas à definição de limites quantitativos das penas, ou também da sua configuração qualitativa.

No entanto, a maioria dos autores ignoram, simplesmente, o problema, incluindo no âmbito do princípio da legalidade apenas as

disposições legais que prevêm crimes ou contravenções na parte especial do Código Penal e na legislação penal extravagante [...] as disposições da parte geral que estabelecem os critérios positivos de punibilidade (*lato sensu*) das primeiras, os pressupostos genéricos das medidas de segurança, as causas de agravamento das penas e das medidas de segurança (não apenas as circunstâncias agravantes), e a extensão da punibilidade a outras formas de infracção (cláusulas de extensão da tipicidade dos factos previstos) – a tentativa, a participação (BRITO, 1978, p. 234).

O autor ainda explica que alguns excluem até a sua aplicação à parte geral do CP. Assim, submetem à Constituição as normas que definem quantitativamente as penas para cada tipo penal, mas não as normas que definem o modo como a pena se configura qualitativamente.

## **(ii) O Tratamento do Problema pela Doutrina Estrangeira**

Em 1935, o Congresso da Associação de Internacional de Direito Penal, reunido em Berlim, defendeu que “uma nova regulamentação relativa à execução das penas, quer adoce quer agrave a execução, deve ser aplicada mesmo às pessoas cuja execução



já tenha sido ordenada, a não ser que essa mesma regulamentação preveja de forma diferente” (LEVASSEUR, 1971, p. 248, nota 126). Discutindo esta posição, e defendendo solução em sentido oposto, Levasseur contestou referindo os exemplos históricos em que se demonstrou o contrário: “modificações no regime de execução das penas [que] redundam, muitas vezes, numa substituição da pena prevista pela lei ou pronunciada pelo Juiz” (LEVASSEUR, 1971, p. 252).

Já mais recentemente, há notícia na doutrina e jurisprudência estrangeiras dos primeiros problemas de sucessão de leis de execução das penas, experimentando-se a “inflexão de paradigma” de Direito Penal a que fizemos referência na introdução deste estudo, abrindo-se estudos que ainda nos parecem pioneiros, a propósito de recentes alterações legislativas nestas matérias, sem, no entanto, se identificarem verdadeiros critérios para a qualificação das normas como materialmente penais, nos vários autores consultados, apenas se lendo considerações sobre as alterações, em concreto, e sobre a necessidade, ou não, de se aplicar a essas alterações os regimes constitucionalmente previstos para o Direito Penal.

Desta forma, Picozzi (2010, p. 78-79) dá conta de “*un problema di successione di norme penitenziarie sfavorevoli riguardanti la materia dei colloqui*” (um problema de sucessão de normas de execução das penas, desfavoráveis, respeitantes às comunicações dos reclusos), a propósito da entrada em vigor da “*legge 15 luglio 2009, n. 94, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*”, especialmente da previsão do seu “*art. 2, comma 25, lettera f), n. 2.1*”, que veio modificar o regime anteriormente previsto e diminui o número de comunicações mensalmente consentidas aos reclusos em regime de detenção especial.

Para a aplicação dessas normas no tempo, Picozzi defende não se deverem aplicar os novos e mais apertados limites às comunicações, proibindo a retroactividade de tais normas, não

aceitando que se possa “agravar” as penas por via legislativa, sem se demonstrar, em concreto, as necessidades de segurança jurídica (e eventualmente ligações com o crime organizado) que justificarão a limitação em concreto dos direitos às comunicações dos arguídos (PICOZZI, 2010, p. 75).

Este autor encontra nas normas de execução das penas respeitantes às comunicações e visitas indícios de materialidade penal e constrói, não apenas pelos regimes do Direito Penal, mas também através de contraposição entre regimes, procurando determinar o mais favorável aos condenados.

A discussão sobre este tema tem sido bastante enriquecida no Peru, depois da promulgação da Ley n.º 27.770, publicada a 28 de junho de 2002. Prevendo a sua vigência desde o dia seguinte e da decisão sobre esse regime constante da “Resolución de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el caso Mantilla”, a Resolución n.º 2, de 6 de janeiro de 2004, que, segundo Caro Coria (2011, folhas 1), suscitou no Peru inúmeros debates académicos à volta dos alcances do princípio constitucional da irretroactividade penal.

A discussão essencial nesse país “*se cifra en establecer si el art. 103 pf. 2 de la Constitución, que recoge este principio fundamental, comprende tan sólo la Ley Penal material o si también se extiende, a la procesal penal y de ejecución penal*” (CARO CORIA, 2011, folhas 1). O problema relaciona-se com o regime introduzido por aquela Ley que estabelece condições mais restritas para a concessão de benefícios penitenciários para aqueles que cometam crimes contra a administração pública ou conexos.

Assim, vem-se discutindo a natureza dos benefícios penitenciários (se são direitos, graças ou estímulos) e o seu âmbito temporal de aplicação (*tempus comissi delicti*, momento da condenação ou do requerimento do benefício), designadamente, aumentando-se os requisitos e pressupostos para dificultar a concessão de liberdade

condicional aos condenados por certo tipo de crimes como, por exemplo, corrupção. A decisão referida daquela *Corte Suprema* veio entender que a lei podia prever a sua aplicação imediata e que o Direito de Execução das Penas não estava coberto pelo regime de Direito Constitucional para o Direito Penal.

Muitíssimo sucintamente, refram-se os argumentos em sentidos opostos apresentados nessa discussão. Apoiando a decisão e a aplicação imediata, Meini Méndez (2011) considera que

el Derecho penitenciario, por su parte, no es ni Derecho penal sustantivo ni procesal. Él tiene su propia naturaleza, y su propio ámbito de regulación. No versa, el derecho penitenciario, sobre las condiciones que deben verificarse para la imposición de una pena, ni abarca los criterios en virtud de los cuales se determina la pena imponible. Es pues una tercera forma, independiente y autónoma, de leyes penales, en la que rige el principio de aplicación inmediata de la Ley.

O autor considera a retroactividade e irretroactividade como características apenas das normas de conduta, fazendo decorrer do princípio da igualdade a aplicação de um regime igual da execução a todos os reclusos, e adiantando que os “benefícios penitenciários” não serão direitos e, por essa razão, não estarão protegidos pelas normas que proíbem a retroactividade, visto que

no versan pues sobre la comisión del delito, sino sobre la excarcelación del condenado. Para decirlo a modo de tesis: el primer argumento que descarta la aplicación retroactiva de los preceptos que regulan beneficios penitenciarios es que no constituyen parte del Derecho penal sustantivo, y por lo tanto no deben ser entendidos como leyes de materia penal en el sentido que el art. 103 de la Constitución Política del Perú se expresa (MEINI MÉNDEZ, 2011, folhas 4).

Em sentido contrário e considerando esta posição formalista

e contrária à vontade dos legisladores constituintes, Caro Coria desenvolve a sua tese a partir da ideia de

ya Roxin había precisado que “el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas”. Así, la sistemática del Derecho penal demanda la vigencia de sus principios rectores independientemente de la oportunidad en que se realizan sus fines, esto es en tanto conminación, imposición de condenas y ejecución. Por ello, toda modificación posterior – material, adjetiva o ejecutiva que afecte la pena en perjuicio del imputado, no puede tener efectos retroactivos bajo ningún punto de vista, debiendo siempre regir la regla *tempus comissi delicti*, es decir, la ley vigente al momento de la comisión del hecho punible (CARO CORIA, 2011, folhas 9, § 24).

Caro Coria defende, assim que não deve ser feita distinção entre as normas penais materiais, processuais ou penitenciárias que afectam direitos fundamentais (referindo a esse propósito que esse critério e tese:

podemos encontrarla en la sentencia de 15.3.91 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, según la cual “[...]debe observarse, ante todo, que ni el texto constitucional, ni los textos legales citados, que en una forma categórica consagran y reiteran el canon de la retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia penal, y por tanto, a contrario sensu, el canon de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, no hacen distinción alguna entre leyes sustantivas o adjetivas ni procesales (CARO CORIA, 2011, folhas 9, § 24).

O mesmo autor considera, portanto, que as decisões da *Corte Suprema* sobre os alcances do princípio da irretroactividade das disposições desfavoráveis em matéria penal, a propósito da *Ley n.º 27.770* são desadequadas e desajustadas, contra a Constituição em causa e também contra o que o próprio *Código de Ejecución*

*Penal*, no seu *art. VIII del Título Preliminar* determina. Assim, “*La retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno*” e também contra o disposto no *artículo 3 del Reglamento* daquele Código quando determina que

La ejecución de la pena se cumplirá respetando los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú, y en el resto del ordenamiento jurídico peruano. Esta protección se extiende a todos los internos, tanto procesados, como sentenciados, respetando las disposiciones que establezcan los Tratados Internacionales sobre la materia.

Pelo que, para Caro Coria, a lei terá violado a Constituição e o Tribunal não soube identificar e corrigir esta violação.

Repare-se que, para este autor, o critério para reconhecer normas de execução das penas materialmente penais é o que afectarem direitos fundamentais, sem, no entanto, aprofundar e determinar como o aferir ou conceber que todas as normas – do mais simples registo à restrição propriamente dita – afectam direitos fundamentais. Apliquem-se, portanto, em termos paralelos aos que já defendemos acima, as críticas a critérios muito próximos deste, também nesta doutrina estrangeira não conseguimos encontrar soluções que nos satisfaçam (REVIRIEGO PICÓN, 2006; MAPELLI CAFFARENA, 1994; TELLEZ AGUILERA 1998; JUANATEY DORADO, 2004).

### **(iii) Critérios para a Delimitação de Direito de Execução das Penas Meramente Técnico ou Executivo**

Como referimos anteriormente, considerámos que o ponto de partida mais adequado para resolver a questão objecto deste estudo será a de considerar que todo o Direito de Execução das Penas é substantivamente penal, excepto aquele sobre o qual se demonstre ser executivo ou processual penal. Assim, essas serão excluídas do

âmbito de aplicação do regime constitucional previsto para a lei penal, aplicando-se-lhes as regras gerais de aplicação no tempo, interpretação, etc.

Em termos de metodologia a adoptar para esse fim, considerámos que a forma mais correcta de determinar se certa norma é meramente executiva ou processual é através da *ratio* dos princípios constitucionais penais em geral, ou do princípio concreto que se pretende aplicar. Neste mesmo sentido, Palma (1998, p. 426) explica que “sendo justificada a retroactividade *in melius* pela igualdade na aplicação da pena e pela necessidade da mesma, o âmbito do conceito de lei penal é aferido pela *ratio legis*”. Ainda determinando a teleologia do art. 29.º CRP, neste caso no que diz respeito ao princípio da retroactividade *in pejus*, explica a autora que

Os fundamentos de tal proibição são, quanto às normas incriminadoras, os princípios da culpa e da segurança jurídica. A possibilidade de uma conduta ser retroactivamente incriminada contradiria uma responsabilidade penal fundamentada na livre determinação do agente pela norma jurídica – a culpa jurídica – e destruiria a garantia das expectativas dos cidadãos quanto ao que é proibido – a segurança jurídica. Já quanto às sanções criminais a retroactividade afectará sobretudo a referida segurança, permitindo quaisquer abusos do poder, pela alteração a todo o tempo possível das espécies e limites das sanções. A proibição da retroactividade corresponde, assim, à garantia de que o poder punitivo seja exercido de acordo com critérios e limites conhecidos antecipadamente e não alteráveis por força de um interesse particular ou para resolver um caso concreto antes não previsto (PALMA, 1998, p. 413).

Assim, partindo destes princípios, e da sua teleologia, importa tentar compreender que critério poderá definir correctamente quais as normas substantivas – aquelas cuja aplicação retroactiva (no caso de ser menos favorável) violaria os princípios da culpa e da segurança jurídica, ou cuja não aplicação retroactiva (no caso de ser

mais favorável) violaria os princípios da igualdade na aplicação da pena e da necessidade –, e quais as normas processuais ou executivas – aquelas cuja aplicação imediata não entra em confronto com o princípio da legalidade penal.

A pergunta a que temos, então, de responder, para delimitar as normas de execução das penas sem conteúdo penal substantivo é, então, perguntar: se entrar em vigor uma lei nova, quais das suas normas se poderiam aplicar imediatamente aos condenados, por um órgão administrativo ou jurisdicional, sem violar o princípio da culpa, da segurança jurídica, da igualdade, da jurisdicionalidade da aplicação do Direito Penal e da proporcionalidade da pena?

Por exemplo, se entrasse em vigor uma norma administrativa que determinava que, nos estabelecimentos prisionais, se passaria a dormir em camaratas de 25 reclusos, em vez de celas individuais, a aplicação imediata desta norma, pelos responsáveis dos estabelecimentos prisionais, a todos os reclusos, violaria a Constituição?

Responder a estas questões em abstracto é muito difícil, sendo que enunciar meramente este raciocínio não é suficiente para concluirmos que certa norma é ou não “lei penal”, no sentido constitucional do termo. É necessário ainda determinar de que forma é que devemos raciocinar para responder a essa pergunta.

Assim, afiguram-se-nos possíveis dois caminhos: pensar se o agente, ao cometer o crime, foi determinado por uma certa percepção sobre a pena que teria de cumprir, que se alteraria se soubesse que a pena seria executada de outra forma; ou pensar se o Juiz, ao condenar o arguido numa certa pena, foi determinado por uma certa percepção sobre a forma como a pena seria executada que se alteraria se soubesse que a pena seria executada de outra forma.

Mantendo o nosso exemplo, os dois raciocínios traduzem-se em duas perguntas: o agente teria agido de outra forma se soubesse

que a sua pena consistiria em viver 10 anos em camaratas conjuntas de 25 pessoas, com menor privacidade, com todos os riscos para a sua segurança que isso acrescenta e com todos os incómodos adicionados que implica (em relação à cela privativa com que “contava” quando cometeu o crime)? Ou então: o Juiz teria condenado aquele arguido em menos anos de prisão, se soubesse que esse período seria muito mais duro e difícil, e com menos chances de conduzir a uma boa ressocialização, se soubesse que essa pena seria cumprida em camaratas de 25 reclusos?

Após esta apresentação inicial vejámos, então, um pouco melhor, cada um destes critérios.

## **1 NORMAS DE EXECUÇÃO DAS PENAS QUE NÃO INFLUEM NA LIVRE DETERMINAÇÃO DO AGENTE PELA NORMA**

De acordo com este critério determinação do carácter substantivo ou executivo *proprio sensu* das normas jurídico-penais exige compreender se a norma de execução das penas a alterar cumpre uma “função motivadora do comportamento da generalidade dos cidadãos” (DIAS, 2007, p. 180). E essa compreensão está intimamente relacionada com os fundamentos do princípio da legalidade penal, que aqui tem a maior relevância. Aprendemos em Direito Penal que o princípio da legalidade será violado se os cidadãos “não puderem saber, através de lei anterior, estrita e certa, por onde passa a fronteira que separa os comportamentos criminalmente puníveis dos não puníveis” (DIAS, 2007, p. 180). Essa fronteira é traçada pelas normas materialmente penais.

Com esta mesma perspectiva, perante as normas penais se tem pronunciado o Supremo Tribunal de Justiça considerando, sobre a reprovação penal, que esta deverá ser feita “quando o agente dirigir a vontade no sentido de quebrar a função motivadora da norma



penal”<sup>44</sup> e afirmando que “as normas penais existem não apenas para valorar uma certa conduta como criminosa, mas para terem uma certa eficácia motivadora, que é a de determinar os indivíduos a agirem pela forma que não se considera ilícita” (STJ, 2003).

Assim, se as normas penais são “a forma através da qual as proposições de fins político-criminais se vazam no modus da validade jurídica”, como as apresenta Roxin (1972, p. 77), esses fins político-criminais só serão conseguidos e só haverá verdadeira validade jurídico-penal pela previsão de penas, exigidas pela função motivadora das normas penais. De facto, aquilo que determina e motiva o agente é a norma jurídico-penal, não podendo conceber-se, no ordenamento jurídico-penal português, uma dessas normas que não preveja, para um crime, uma consequência jurídica desfavorável, que é a pena<sup>45/46</sup>.

---

<sup>44</sup> Assim, em Acórdão do STJ de 16 de maio de 2002, Relator Dinis Alves, contudo em contexto muito diferente, sobre um caso em que é plurimamente realizado o mesmo tipo legal, considerando que deve haver tantas infracções quantas vezes a conduta deva ser reprovada.

<sup>45</sup> Neste sentido recupere-se uma afirmação pública, recente, sobre a intimidade da relação entre crimes e penas, de Moreira (2007): “A ideia de um crime sem punição é totalmente insólita em termos de Direito Penal, sendo uma verdadeira contradição nos termos. Não faz nenhum sentido que certas condutas sejam qualificadas como crimes e depois garantir aos responsáveis a impunidade. Qualificar uma conduta como crime e prescindir antecipadamente de punir os “criminosos” traduzir-se-ia em subverter a própria razão de ser do Direito Penal. Só pode haver despenalização com descriminalização, como qualquer dicionário indica”. Ideia que, de resto, traduz um dos brocardos do princípio da legalidade: *nullum crimen sine poena legali* (não há crime se não há pena prevista na lei) e que é amplamente desenvolvida e tomada como ponto de partida na doutrina que tem estudado o princípio da legalidade. Assim, entre outros, Dias (2007, p. 180); Albuquerque (2010, em anotação ao art. 2.º, p. 54 a 62); Canotilho; Moreira (2007, em anotação ao artigo 29.º, p. 491 a 499).

<sup>46</sup> Contudo, não queremos deixar de referir algumas das teses sobre um “Direito Penal sem pena”, em nome de argumentos teóricos, psiquiátricos ou mesmo de “falência da pena” tal como a concebemos. Neste sentido, por todos, v. Grazia (1952, p. 746-764), especialmente, sistematizando posições e argumentos, v. p. 749-753, sobre as justificações para a abolição das penas.

A pena, como ensina (DIAS, 2007, p. 3), é a mais importante das consequências que a lei determina para o crime “tanto do ponto de vista quantitativo, como qualitativo” e só pode ser aplicada ao agente do crime que tenha actuado com culpa. Isto significa que a pena não varia apenas quanto ao tipo, ou até, no que à prisão diz respeito, quanto ao número de anos, mas também quanto à forma como esta é executada. De facto, ninguém nega que se certo comportamento deixar de se considerar uma mera contra-ordenação, para se passar a considerar crime, esta alteração está sujeita ao princípio da não retroactividade.

Do mesmo modo, uma alteração que mude a pena máxima para um determinado crime de 10 para 15 anos também está sujeita ao princípio da não retroactividade. Estas duas dimensões da pena – o tipo e a quantidade – são, assim, indiscutivelmente substantivamente penais, aplicando-se-lhe o regime constitucional para as leis penais.

No entanto, parece-nos que a dimensão qualitativa da pena – a que está relacionada com a forma como esta é executada – não pode ser desvalorizada. Se para uma pena de igual duração for alterada a sua execução para passar a ser cumprida, não numa cela individual, mas em camaratas com dezenas de reclusos, ou, num caso menos extremo, passar de se ter uma cama para dormir, para se dormir sempre no chão, estamos perante agravamentos da própria pena. Todas essas alterações da execução da pena são por todos nós facilmente vistas como introdução de normas desfavoráveis ao agente.

Assim, perante tudo o que acabámos de referir, podemos concluir que a forma como a pena é executada tem um papel determinante na motivação do agente. Se o agente é dissuadido ou motivado a praticar um certo comportamento, conforme a existência ou não de uma qualificação da sua conduta como crime, com a inerente pena que lhe está associada, as condições em que essa pena é cumprida também terá uma função intimidatória (e

independentemente de ser ou não finalidade teórica de prevenção!). Para um agente, não é indiferente que a sua pena seja cumprida com ou sem luz do dia, com ou sem possibilidade de ver os filhos todas as semanas, com ou sem acesso à educação, com ou sem actividades recreativas. A própria pena motiva os cidadãos a não delinquir.

Assim, e porque caso contrário estaremos a escapar ao princípio da legalidade, na vertente em que também é formulado, como *nulla poena sine lege*, devemos estudar as penas em toda a sua extensão normativa, que não se limita à norma incriminadora, mas ao bloco de legalidade que, de facto, enquadra a forma como as penas são cumpridas. E, nesse conjunto de normas, o DEP evidencia-se como *Direito das penas* e, nessa medida, como direito motivador dos cidadãos, ou, melhor, como direito que determina os agentes pelas suas normas jurídicas.

Desta forma, se conseguirmos perceber que a norma de execução das penas motiva o agente, saberemos que estamos perante uma norma jurídico-penal. E isso retira-se do princípio da culpa: se a culpa, ou a livre determinação do agente, decorrem da norma penal, então serão normas penais serão aquelas que tenham relevância na formação da culpa do agente, aquelas normas que sejam relevantes para a formação da vontade.

No mesmo sentido, o momento em que o agente pratica o crime é também muito relevante em termos da sua segurança face à arbitrariedade do poder punitivo. Como afirma Palma (1998, p. 413), os limites da pena devem ser conhecidos antecipadamente, e não podem ser alterados para um caso concreto que anteriormente não estavam previstos. Estes “limites” não são apenas quantitativos, mas também qualitativos, isto é, relativos à forma como a pena é executada. Permitir que todas as alterações na execução da pena se apliquem imediatamente significaria que as condições em que a pena é cumprida poderiam ser alteradas para prejudicar um recluso em concreto. Assim, e repare-se que, se esta autovinculação do Estado

ao Direito que cria tem relevância até quando as normas criadas são inconstitucionais<sup>47</sup>, por maioria de razão, o mesmo se deve verificar na criação de normas de execução das penas.

Afastar a produção legislativa de DEP dessa vinculação implicaria certamente enfraquecer “a contenção do Estado pelo direito que criou num determinado momento, não assegurando a auto-limitação própria do Estado de direito” (PALMA, 1998, p. 417), e uma subversão das formas de intervenção penal que são próprias, características e impostas por esse mesmo Estado de direito.

Assim, este critério permite-nos perceber se certa norma de execução das penas pode ter alguma influência da formação da culpa jurídica, isto é, na determinação do agente pela norma jurídico-penal, e daí, concluir onde houve autolimitação do Estado, com o sentido de objectividade garantística decorrente do “princípio da vinculação

---

<sup>47</sup> Sobre a relevância de normas penais inconstitucionais, cf. Pereira (1991), defendendo que as normas inconstitucionais de conteúdo mais favorável ao arguido não devem ser aplicadas, porque tal aplicação violaria o regime do art. 204.º CRP, como derivação dos princípios de Estado de direito democrático e da legalidade.

Em sentido oposto, pela aplicação de normas inconstitucionais mais favoráveis), cf. Miranda (1989).

Ainda sobre este mesmo problema, Palma (2006, p. 94-96) questiona a existência de princípios constitucionais de Direito Penal que se sobreponham “à própria lógica intrínseca do juízo de constitucionalidade das normas penais”. A mesma autora afirma, também, que no estudo desta questão “perpassa a importância do princípio da aplicação da lei penal mais favorável para o núcleo intrínseco do Estado de direito democrático, em confronto com os outros princípios e normas constitucionais que poderão determinar a inconstitucionalidade”, concretizando este problema em dois planos de solução: (i) a identificação de um conflito entre os regimes dos arts. 29.º, n.º 4, e 207.º, ambos da CRP, ou (ii) um interpretação do regime do art. 29.º, n.º 4, que, por si, abranja as leis julgadas ou declaradas inconstitucionais em razão da autovinculação do poder punitivo do Estado ao Direito que produziu as normas, seja válidas ou inválidas (no primeiro plano, identifica a posição de Rui Pereira, fundamentado na prioridade lógica da inconstitucionalidade da norma, que determina a inexistência de sucessão de leis, sobre a aplicação da lei penal mais favorável, preferindo o regime do art. 207.º).

à lei e conseqüentemente a proibição da retroactividade atingir tanto quanto seja necessário pela garantia de objectividade”<sup>48</sup>.

Através deste critério conseguimos delimitar quais as normas cuja aplicação imediata violaria o princípio da culpa e a segurança jurídica.

Em suma, à partida as normas de execução das penas, na medida em que configuram qualitativamente a pena, influenciam a determinação do agente à prática do ilícito penal, pelo que devem ser consideradas lei materialmente penal, para efeitos de regime constitucional. No entanto, quando se conclua que o aspecto que a norma altera é absolutamente irrelevante na determinação do agente, podemos considera-la meramente técnica e, assim, não lhe aplicar as regras constitucionais, como veremos adiante.

## **2 NORMAS DE EXECUÇÃO DAS PENAS QUE NÃO INFLUEM NA DETERMINAÇÃO CONCRETA DA MEDIDA DA PENA PELO JUIZ**

O segundo critério que considerámos válido relaciona-se, então, com a decisão, pelo Juiz, de qual a pena a aplicar a certo arguido. Aqui, até mais do que no critério anterior, é evidente a relevância das normas de execução de penas. Quando o Juiz analisa certa situação, e chega ao ponto em que tem de determinar qual a pena adequada para certo indivíduo, com as suas circunstâncias subjectivas, tem de ter em conta em que condições essa pena será cumprida.

Assim, por exemplo, o tempo de prisão ser passado com ou sem acesso à educação, pode influenciar o Juiz na determinação de em quantos anos irá condenar um arguido que está a meio de um curso de ensino superior. Do mesmo modo, se a lei determinar que o tempo

<sup>48</sup> Propondo este princípio e sentido de objectividade garantística, cf. Jakobs (1991, p. 67 e ss. e 95), *apud* Palma (1998, p. 418, nota 12).

necessário para que certo condenado seja colocado em liberdade condicional é de 2/3 da pena, ou, se pelo contrário, determinar que esse tempo é de 1/2 da pena, essa diferença poderá, sem dúvida, reflectir-se na determinação da medida da pena de prisão a atribuir a certo arguido, pelo Juiz. Por outro lado, há outro tipo de normas que não influenciarão o Juiz: essas seriam as normas não materialmente penais, isto é, meramente executivas.

Como sabemos, no sistema de justiça penal português, cabe ao Juiz do processo apreciar a culpa e decidir a concreta medida da pena. E repare-se mesmo que não se esgotam “os poderes concedidos ao Juiz para, através da escolha e graduação da pena, alcançar a justa punição do agente e a realização do objectivo geral da prevenção do crime pelo tratamento do condenado”<sup>49</sup>, como refere o artigo 71.º do CP. Assim, se o Juiz relaciona a determinação do agente com as normas jurídicas (definidoras do que pode ser a pena pelo princípio da legalidade – *nulla poena sine lege* –, visto que o Juiz não pode inventar ou criar penas), deve ilustrar o seu juízo pela fundamentação da sua decisão, conforme decorre, desde logo, do n.º 3 do art. 71.º do CP, que obriga a que na sentença sejam expressamente referidos os fundamentos da medida da pena. Os critérios e o conceito concreto de pena que vimos defendendo obrigam a que esta medida não seja meramente um valor quantitativo, mas uma apreciação também qualitativa, tendo em conta o bloco de legalidade de execução das penas.

O que vimos escrevendo decorre da ideia que temos na base deste trabalho: uma lei que agrava a pena não é apenas aquela lei que aumenta a chamada “moldura penal”. Em Direito Penal não pode bastar um critério quantitativo, antes é exigida uma articulação entre a qualidade e a quantidade, o mesmo é dizer, entre o número de meses ou anos da pena com as regras da sua execução. Assim, a medida da pena é também qualitativa, abrangendo essa “qualidade” as normas da sua execução.

<sup>49</sup> Cfr. o n.º 8 do Preâmbulo do Código Penal.

Diz-nos o CP que essa determinação qualitativa da medida da pena deve ser feita dentro dos limites definidos na lei e em função da culpa do agente e das exigências de prevenção (é o que decorre do art. 71.º, n.º 1 – cf ALBUQUERQUE, 2010, em anotação ao art. 71.º, p. 266-272), devidamente ilustrados na sentença que tem de conter expressamente todos os fundamentos da decisão do Juiz e da escolha concreta daquela pena<sup>50</sup>.

Sendo o Juiz o destinatário e aplicador privilegiado das normas de execução de penas, faz sentido verificar quais dessas leis novas influenciariam ou implicariam a atribuição de uma pena com duração mais longa – impedindo-se, assim, a sua aplicação retroactiva – ou mais curta – exigindo-se, assim, a sua aplicação retroactiva.

Se isto assim não fosse, poderia acontecer que o Juiz determinasse para certo indivíduo uma pena de prisão de x anos, considerando que essa pena seria cumprida de acordo com determinadas condições de execução previstas na lei, e que essas condições, a meio do período, fossem alteradas por lei, ou por norma administrativa. Mantendo os exemplos anteriores, a meio do cumprimento da pena de prisão o recluso poderia ser impedido de concluir o seu curso universitário, ou poderia ter de esperar mais anos até que lhe fosse atribuída a liberdade condicional. Se, de facto, considerarmos – e é essa a nossa opinião – que o Juiz teria atribuído

---

<sup>50</sup> Seguindo este raciocínio será aberrante imaginar um Juiz que desconheça as concretas condições em que a pena que atribui vai ser executada, parecendo-nos desejável que os magistrados conheçam a realidade dos estabelecimentos prisionais onde as suas condenações produzirão efeitos, até para perceber as verdadeiras consequências das suas decisões. A especialização dos juizes decorrente da autonomização de tribunais de execução das penas, não pode conduzir a que os juizes das instâncias criminais, que condenam, desconheçam o regime jurídico (e a realidade) da execução da pena que estão a atribuir. Noutro lugar, e com outra extensão permitida, será interessante estudar a importância, na formação dos magistrados, do conhecimento das realidades penitenciárias concretas e do Direito de Execução das Penas (*in action* e não apenas *in books*) para que melhor compreendam as penas que estão a decidir.

uma pena mais curta se tivesse consciência destas alterações isto tem consequências preocupantes.

Por um lado, esta aplicação imediata poderia violar o princípio da proporcionalidade da pena ao mal do crime, que, como explica Veloso (1999, p. 548), “aparece sob a veste de uma combinação eclética, no elenco dos critérios de graduação judicial da pena, do critério da “culpa” com as “exigências de prevenção”. O mesmo autor explica que

Uma interpretação que tomasse como ponto de apoio as normas do Código e da Reforma Prisional que omitem toda e qualquer alusão a fins de justiça punitiva (salvo enquanto estes se refugiem no critério do limite da “medida da culpa”, arts. 40.º do Código e 2.º da Reforma Prisional: mas confronte-se com as disposições muito melhores da legislação anterior) poderia certamente levar a radicais subversões do modelo clássico (VELOSO, 1999, p. 548).

De facto, se o Juiz escolhe a pena a aplicar, considerando que esta será executada de uma certa forma, e estas condições se agravam durante o período de execução, isto pode alterar completamente a proporção ente “pena” e “mal do crime”, nas palavras do autor.

Neste mesmo sentido, a aplicação imediata da nova norma levaria a que se tratasse de uma pena diferente daquela em que o Juiz condenou o agente (pois, se o Juiz conhecesse as novas normas, esse conhecimento teria influenciado a sua determinação da pena a aplicar). Isto significa que a aplicação imediata da norma legislativa ou executiva viola o princípio da jurisdicionalidade da aplicação do Direito Penal, nos termos do qual é sempre o Juiz quem verifica, para cada caso, a culpa e estabelece a pena com base nessa culpa.

Se um órgão administrativo agrava as condições de execução da pena, de forma a que o Juiz teria diminuído o número de anos da condenação, estaria a aplicar uma nova pena (ainda que fosse uma



diferença muito pequena), violando o princípio da proporcionalidade e da jurisdicionalidade.

Quanto à comparação com o critério anterior, há que notar que ao se ter em conta a influência da nova norma na determinação da pena pelo Juiz, também se está a ter em conta culpa do agente e, por isso, a sua motivação pela norma. De facto, em concreto e pelo regime da atenuação especial, que obriga a que o Tribunal atenuie especialmente a pena quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena, as novas alterações não devem ser aplicadas sem esta ponderação sob a mesma perspectiva da culpa jurídica – relacionada com a determinação pelo bloco de normas (prevendo a incriminação e a conformação da pena) vigentes no momento da prática do facto.

Por fim, este critério permite ainda verificar se a aplicação imediata de certa norma mais favorável violaria o princípio da igualdade, na medida em que o Juiz, para dois indivíduos nas mesmas circunstâncias, e que estarão, na prática, sujeitos às mesmas condições de execução das penas, atribui duas penas quantitativamente diferentes (uma vez que, quando define o tempo de prisão do arguido que é condenado posteriormente à entrada em vigor da nova norma, já tem em conta as novas condições de execução, com que não podia contar quando condenou o primeiro indivíduo, antes da entrada em vigor da lei nova).

Assim, todas as normas de execução das penas que motivem o aplicador do Direito a condenar, escolher determinada pena e sua duração (pertencendo à concreta medida de cada pena atribuída) terão de ser consideradas normas materialmente penais, o que parece simples quando formulado da seguinte forma: as normas que influenciam condenações penais serão necessariamente normas penais, e normas a que se deve aplicar o regime constitucional da

lei criminal, e todas as consequências decorrentes do princípio da legalidade. Assim, *nulla poena sine lege* também implicará que não poderá existir *decisão de atribuir uma pena* sem lei prévia, incluindo-se nessa lei as *leis de execução penal*.

### 3 O CRITÉRIO ADOPTADO

Pelo que acabámos de expor, parece-nos que o critério da determinação da pena pelo Juiz é o mais adequado para delimitar o núcleo de normas de DEP que têm dignidade penal para estarem submetidos ao seu regime constitucional. Ainda que o critério da motivação do agente também levasse a resultados adequados, como cremos que demonstrámos, a verdade é que a posição que adoptámos parece estar mais alinhada com a Constituição, pois considera certas normas de execução de penas são conformadoras e determinadoras da própria pena, sendo que, como referimos, isso leva a que, para essas normas, que são indubitavelmente substantivas, haja exigências constitucionais que se têm de respeitar, como o próprio princípio da legalidade, entre outros.

Assim, este critério ajuda-nos a compreender quais as normas de DEP cuja aplicação imediata viola os princípios constitucionais, logo, quais as normas de DEP que têm, necessariamente, de respeitar a Constituição (isto é, estar-lhe submetidas).

Considerámos, desta forma, que as normas de execução das penas materialmente penais são aquelas normas que influenciam a concreta decisão do Juiz ao atribuir determinada pena em sentença condenatória.

Do que vimos defendendo fica reforçada a ideia de que partimos: uma lei que agrava a pena não é só uma lei que aumenta a “moldura penal”. A ciência do Direito Penal não pode ter uma dogmática tão rica quanto à imputação, à descoberta da culpa às justificações e terminar (cronologicamente – numa perspectiva de

tramitação processual) num número. A pena concretamente atribuída não é “um período de tempo”, ou a mera privação da liberdade; a pena é um conjunto de circunstâncias a que o agente é condenado e que decorrem de um bloco de normas que necessária e logicamente inclui as condições em que a pena é cumprida, isto é, em que o “período de tempo” é vivido pelos condenados.

Recorde-se que, quanto ao ponto de partida metodológico, na esteira de Georges Levasseur, estendemos o conceito de Direito Penal Material, ou o “Direito Penal tal como vem referido na Constituição”, a todo o “direito repressivo” - e, portanto, abarcando tanto as normas incriminadoras, como as processuais como todas as normas de execução das penas. Há, assim, uma presunção de que as normas de execução de penas influenciam a decisão judicial.

A demonstração e reconhecimento necessários para a qualificação de uma norma de execução das penas e decisão sobre o regime para a aplicar, designadamente para a aplicação no tempo, deverá passar sempre pela demonstração de que a norma em causa não é “materialidade penal”, mas apenas executiva. Assim, o aplicador do Direito, deverá seguir sempre, face a qualquer direito repressivo, um princípio de *in dubio pro libertate*.

Será necessário justificar e fundamentar a “não materialidade” através da verificação objectiva e abstracta de que a nova normas de execução das penas em análise não é idónea para conformar a pena, sendo essas considerações genéricas concretizadas pela irrelevância da norma na ponderação judicial necessária à escolha da pena e determinação da medida da pena, relacionando-se com aspectos “puramente técnicos” da sua execução. Só passando este processo se poderá justificar a aplicação imediata da lei nova, estando provado que o regime constitucional é dispensável.

Exemplos de normas técnicas seriam, então, a alteração de horários de sono, alimentação ou bibliotecas prisionais, tramitação de procedimentos internos do estabelecimento – das ementas às

orientações sobre higiene. Claro que nos referimos a pequenas alterações, pois se as alterações nestes mesmos âmbitos forem muito substanciais, talvez já determinassem o Juiz. De facto, não é irrelevante na determinação do Juiz que a pena de prisão seja cumprida com liberdade de horários de sono e descanso, ou com o limite máximo inultrapassável de 4 horas diárias, seguido de trabalho árduo (tentemos, agora, abstrair da licitude desta regra). A dureza, o desgaste, físicos e emocionais, até prejudiciais à saúde, pioram, sem dúvida, o “mal” que se inflige ao condenado, e, nesse sentido, podem alterar a ponderação que o Juiz faz da necessidade da pena e da sua proporcionalidade (logo, da sua duração).

Pelo contrário, uma reformulação do sistema penitenciário que apostasse fortemente na ressocialização, implementando planos de acompanhamento psicológico, de formação profissional, de preparação para o mercado de trabalho, entre outros, poderia influenciar o Juiz a considerar que a passagem daquele indivíduo pela prisão poderia ser mais curta do que seria se esta regulamentação não existisse. No entanto, se no âmbito da ressocialização, se desse uma alteração, mas apenas de metodologia, insignificante na decisão do Juiz, esta já seria meramente técnica.

É por isso que rejeitámos qualquer critério que distinga as normas técnicas e as normas substantivas pelo seu conteúdo (por exemplo, dizer que alterações que toquem em direitos fundamentais são sempre substantivas, e alterações ao nível de horários são sempre técnicas). Este entendimento não nos parece correcto, sendo que considerámos que o que importa é a amplitude da alteração, averiguada em termos de conformação da pena: se a lei nova alterasse a ponderação do Juiz no momento da condenação, então essa lei é substantivamente penal, devendo ser-lhe aplicadas as consequentes normas constitucionais.

Apesar de termos considerado, em termos de método, que a regra é a materialidade penal, devendo a mera formalidade ser justi-

ficada, a verdade é que nos parece que, em termos práticos e numéricos, a maioria das alterações na execução das penas (decorrentes da evolução da vida prisional) será traduzida em “actos puramente técnicos”.

Conforme dissemos, só a utilização deste critério que adoptámos poderá concretizar o entendimento que nos impeliu a fazer este trabalho: uma lei que agrava a pena não é apenas a lei que aumenta a chamada moldura penal - quase parece ridículo esgotar-se as considerações de Direito Penal num critério quantitativo -, exigindo-se um equilíbrio entre a qualidade e a quantidade da pena.

Assim, os exemplos que demonstram que se em certa lei nova o limite máximo de um crime passar de 10 anos a 9 anos, mas as condições de vida na prisão durante esses 9 anos passarem a ser muitíssimo mais degradadas, esta lei agrava a pena (quantitativamente não, mas globalmente sim). Pense-se, desde logo, no cumprimento de penas em celas partilhadas com mais um recluso – ou mesmo em camaratas –; celas sem janelas ou sem iluminação nocturna, restrição de direitos à cultura, à educação ou ao desporto; pressupostos mais apertados na liberdade condicional ou diminuição das condições para a efectiva reinserção social.

É fundamental estarmos conscientes de que, perante qualquer alteração em matéria de execução das penas, não podemos esquecer princípios estruturantes do nosso Estado de Direito: a aplicação imediata das leis de execução das penas materialmente penais contraria o princípio da objectividade e a vinculação do Estado ao seu direito e o próprio princípio do Estado de direito “como regra de objectividade, de previsibilidade e de segurança jurídica geral”<sup>51</sup>, podendo violar também a igualdade, a proporcionalidade e até a jurisdicionalidade na aplicação do Direito Penal, como já vimos.

---

<sup>51</sup> Concretizando desta forma o princípio do Estado de direito para os problemas da retroactividade de leis penais, cf. Palma (1998, p. 419).

O critério da influência do Juiz na determinação da pena traduz, no fundo, uma proposta de reconhecimento dinâmico de o que é o Direito Penal: o enquadramento normativo de todo o percurso do acto até à pena. Daí termos procurado fugir à centralização tradicional do estudo no início desse percurso (das formas de imputação ou justificação), para nos dedicarmos à investigação da ponta final desse percurso: a concreta atribuição de uma pena.

Podemos então concluir, conforme vimos, que a pena é importante em termos de determinação do comportamento dos cidadãos, sendo o enquadramento jurídico da sua execução importante em termos de definição da pena (o Juiz atribuir algo concreto através do estabelecimento da relação crime pena), consubstanciando os aspectos e actos de execução penal a materialização e a realização da própria pena.

Assim, decorre das normas de execução das penas o desenho das consequências jurídicas do crime, consequências essas que, pelas formas de conexão com os pressupostos do crime, só podem ser definidas pelo Direito Penal (que também se define por prever pressupostos, formas de conexão e consequências dos crimes).

Torna-se, então, inegável que muitas das normas de execução das penas são normas jurídicas que, conformando essas consequências jurídicas privativas deste ramo de Direito – as penas –, também se ligam a certos comportamentos humanos, os crimes (o que é, enfim, Direito Penal como o fomos definindo acima).

Através deste critério podemos identificar as normas de execução das penas a considerar como Direito Penal, que devem merecer o mesmo regime que quaisquer normas incriminadoras, e que passaremos a referir, muitíssimo sinteticamente, no próximo capítulo.

Podemos, então, considerar que existem os seguintes tipos de normas de DEP:

- (i) normas de execução das penas materialmente penais: aquelas que influenciam o Juiz na determinação da pena aplica num caso concreto;
- (ii) normas de execução das penas processuais formais: as normas que, não sendo materialmente penais, regulam a tramitação e os actos nos processos de execução das penas;
- (iii) normas penais executivas ou normas de execução das penas técnicas: normas que, não sendo materialmente penais, regulam aspectos relacionados com a própria execução da pena, designadamente aspectos do dia a dia dos reclusos, liberdade condicional e alguns aspectos momentos posteriores à libertação, entre outros.

Assim, às primeiras deverá aplicar-se o regime previsto na Constituição (e na lei ordinária) para a lei penal; às segundas deverá aplicar-se o regime previsto na lei ordinária para a lei processual penal (em termos gerais ou em disposições transitórias dos diplomas que as criem); e às terceiras deverá aplicar-se o regime comum e geral para a aplicação das leis novas.

### **III CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL**

Relembrámos que o objectivo deste trabalho foi o de saber que Direito de Execução das Penas é Direito Penal, no sentido constitucional do termo, para identificação dos regimes que se deve seguir para resolver as questões de aplicação no tempo e os limites às suas opções que o legislador da execução penal deve ter presentes, em suma, qual o regime aplicável às alterações em matéria de execução de penas ou, melhor, à sucessão de leis e de normas relativas à execução das penas.

Cumpre-nos, então, muitíssimo abreviadamente, pela natureza do trabalho a que nos propusemos (e por não ser esse o objecto), indicar as principais consequências dos regimes e critérios propostos.

Recordámos que acabámos de distinguir três tipos de normas: (i) normas de execução das penas materialmente penais; (ii) normas de execução das penas processuais formais; e (iii) normas de execução das penas formais ou técnicas.

Em relação às outras normas do ordenamento jurídico português as normas de execução das penas materialmente penais são aquelas que têm maiores particularidades – são Direito Penal no sentido constitucional do termo – razão pela qual nos deteremos (ainda que muito brevemente) em alguns aspectos desse regime, devendo tratar-se as outras normas, cuja materialidade penal não é detectada, como qualquer norma jurídica.

## 1 NORMAS DE EXECUÇÃO DAS PENAS MATERIALMENTE PENAIS

Concentremo-nos no primeiro tipo de normas, aquelas cuja materialidade penal verificámos pelo critério proposto: normas de execução das penas que influenciam a concreta decisão do Juiz ao atribuir determinada pena em sentença condenatória.

Repare-se que, no nosso trabalho, temos concentrado as referências às consequências do regime nas regras de aplicação no tempo da lei penal, essencialmente por ter sido a propósito desse problema, quanto às regras de processo penal, que se tem reflectido sobre a natureza materialmente penal de normas. Contudo, o resultado da consideração destas normas como materialmente penais é terem de ser tratadas como quaisquer normas incriminadoras para todos os efeitos, principalmente para lhes aplicar todos os limites impostos pela Constituição ao Direito Penal (tanto quanto às fontes



como aos seus fins).

Sumariamente, como anunciámos, refiram-se os princípios constitucionais centrais e que serão, sem exclusão de outros, o princípio da aplicação da lei mais favorável em matéria criminal e o princípio da legalidade penal (que se pode examinar em três ideias básicas: a legalidade *qua tale*, a não retroactividade e a tipicidade<sup>52</sup>).

Quanto ao princípio da legalidade, decorre da Constituição desde logo uma reserva de lei, nos termos do art. 29.º, n.ºs 1 e 3 e também do art. 165.º, n.º 1, alínea c) CRP. Esta reserva de lei impede tanto as normas penais em branco<sup>53</sup>, como proíbe a analogia incriminadora e a definição do ilícito criminal por simples regulamento e impõe que as normas penais configurem o ilícito como lesão de bens jurídicos, como normas de valoração e não como de pura desobediência, com base em normas de dever<sup>54</sup> – assim, devemos identificar e ter presentes estes limites na produção de normas materialmente penais de execução das penas: também não poderemos admitir normas de execução das penas em branco (sendo necessário compreender e adaptar o que se tem reflectido sobre esse problema para as normas incriminadoras, parecendo-nos, à primeira vista, que serão normas de execução das penas em branco as que conferirem demasiado poder aos responsáveis pela execução das penas ou que admitam indeterminações intoleráveis nas formas, meios e instrumentos da execução das penas, remetendo para instrumentos que, na prática,

<sup>52</sup> Miranda (1989, p. 685) propõe esta divisão para análise, com a ressalva de que, apesar de ser possível fazer esta dissociação conceitual e historicamente, as três ideias formam “uma unidade incindível no plano ético e valorativo”.

<sup>53</sup> Sobre este tema e os limites à produção de normas penais – cujas consequências materiais terão de ser devidamente adaptadas às características das normas de execução de penas, v., entre outros: Patrício (2004); Patrício (2000) e Beleza (1999).

<sup>54</sup> Neste sentido, estes regimes implicam uma reserva de controlo democrático e uma reserva de segurança, sobre essas reserva de controlo ou de garantia e de segurança, cf. Siniscalco (1969). Palma (1996-1998, p. 230) importa a opinião deste autor para a ordem jurídico-constitucional portuguesa.

signifiquem violar a reserva de lei), nem poderemos aceitar analogia para justificar novos regimes mais severos na execução das penas, nem mesmo a previsão de muitas dessas normas em regulamento simples<sup>55</sup>.

Note-se ainda que, estudando os âmbitos da competência reservada da Assembleia, a doutrina vem tentando interpretar tanto a extensão das matérias reservadas quanto à “definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como processo criminal”<sup>56</sup> como outros problemas que nos parecem ter particular relevância na execução das penas, especialmente a tudo o que for matéria de direitos, liberdades e garantias, também reservada à AR como decorre do art. 165.º, n.º 1, alínea b) CRP.

Assim, essa reserva deverá incluir “seguramente a regulamentação de todos os direitos enunciados no Título II da Parte I da Constituição” (CANOTILHO; MOREIRA, 2010, p. 327-330, notas VIII a X), valendo não apenas para as restrições (previstas no artigo 18.º CRP), mas também para toda a intervenção nesse âmbito.

Veámos, então que, quanto à extensão da reserva, a CRP não estabelece qualquer delimitação material entre domínio legislativo e domínio regulamentar, o que, segundo Canotilho e Moreira, decorre directamente do princípio da reserva de lei da AR, devendo, em dúvida, e devido à preeminência legislativa da AR, preferir-se

---

<sup>55</sup> Repare-se que, neste sentido, e sem podermos desenvolver a questão – até por ter perdido muita da sua utilidade prática depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 51/2011, que, conforme dissemos, aprovou o RGEP, e visou regulamentar o CEP, concretizando os princípios fundamentais nele definido –, a multiplicidade de regulamentos internos nos estabelecimentos prisionais pode ter consubstanciado um sem número de violações do princípio da legalidade, tema que não terá sido tratado devidamente, provavelmente pela desatenção a que se vai votando o DEP.

<sup>56</sup> Neste sentido, pertence à reserva legislativa da AR todo o Direito Penal e Processual Penal, como decorre do disposto na alínea c) do mesmo artigo 165.º, n.º 1, CRP. Traçando estes paralelismos cf. Canotilho e Moreira (2010, em anotação ao artigo 165.º, p. 328).

“a interpretação mais favorável ao alargamento da competência reservada da AR” (CANOTILHO; MOREIRA, 2010, p. 327), identificando-se quase um princípio de *in dubio pro legem*.

A propósito da relação entre o domínio legislativo reservado da AR e o poder regulamentar do Governo, será exigida à AR regulamentação exaustiva (uma verdadeira *reserva absoluta de lei material*) para conformar o desenho de todas as concretizações, como especificamente enunciam os autores (CANOTILHO; MOREIRA, 2010, p. 326, nota V), em matérias como a restrição de *direitos, liberdades e garantias* ou a *definição dos crimes e penas*. Assim, todo o regime jurídico das matérias reservadas pertencerá à reserva de lei “não podendo elas ser objecto de regulamento, salvo nos casos previstos pela própria lei” (CANOTILHO; MOREIRA, 2010, p. 326, nota V). Esta concepção extensiva favorável à reserva de lei (estudada a propósito do *poder regulamentar do Governo*) também deverá ser a seguida na reserva de leis que contenham normas de execução das penas.

Tem aqui particular relevância o alerta lançado por Rodrigues (1998) quanto aos limites a ter em conta na conformação do DEP, considerando que

nos situámos num plano especialmente adequado à defesa e respeito pela dignidade humana – base em que deve assentar qualquer construção de Direito Penal que vise defender os direitos e liberdades fundamentais do indivíduo –, o que há-de constituir o mais forte obstáculo erguido a um Direito Penal Defensivo que degrada o criminoso a mero meio de obter a intimidação, e, com ela, a defesa da sociedade (RODRIGUES, 1998).

Razão pela qual se deverá procurar compreender e clarificar o sentido jurídico-criminal útil da dignidade da pessoa humana, redescobrimo-a como referência, norma, valor e critério de

interpretação do Direito Penal, que impõe que se procure compreender a essa luz os regimes referidos.

Quanto à imposição de não retroactividade das normas de execução das penas materialmente penais, sintetize-se dizendo que esta significa que essas normas têm de ser anteriores ao facto, têm de estar em vigor antes da sua perpetração e não podem ser estabelecidas para alterar ou criar relações jurídicas punitivas<sup>57</sup> que não existiam no momento em que o facto foi cometido.

Quanto à tipicidade dessas normas descobertas pelos critérios propostos, adapte-se o sentido geral (de que as normas penais têm de descrever os factos puníveis com toda a precisão, delimitando, caracterizando e especificando sem utilizar conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais ou incertas), procurando sempre assegurar que as tarefas dos julgadores e, mais ainda, dos responsáveis pela execução da pena, sejam apenas de subsunção ao tipo e ao regime de execução das penas que lhe é associado, os factos concretos e a situação do condenado (donde se deva ter os referidos cuidados com a analogia, a interpretação extensiva e, eventualmente, “normas de execução das penas em branco”<sup>58</sup>).

Por fim, ainda devemos referir e importar para este âmbito alguns dos outros “limites claros à opção criminalizadora”<sup>59</sup>, que devem ser devidamente adaptados e compreendidos na análise de normas de execução das penas – não se poderá prever normas que prevejam sanções criminais conexas com um ilícito puramente

<sup>57</sup> Repare-se que, assim, mantemos a coerência da proposta de critérios para identificação das normas, exigindo que a relação jurídica punitiva que se irá verificar na execução da pena deve estar estabelecida (prevista em lei) no momento em que o facto foi cometido.

<sup>58</sup> Neste sentido, também Miranda (1989, p. 686) defende que a legalidade (desde sempre reivindicada) “vale mutatis mutandis, no domínio das penas, assim como no das medidas de segurança e dos respectivos pressupostos demais sistemas sancionatórios, como o disciplinar e o de mera ordenação social”.

<sup>59</sup> Seguindo esta mesma noção, Palma (1996-1998, p. 231-233) aponta alguns dos limites às opções do legislador penal.

civil laboral ou disciplinar (imagine-se um agravamento de alguma forma na execução da pena, relacionado com outros factos, por exemplo, violação de direitos de crédito pelo condenado – antes, no momento ou depois da condenação)<sup>60</sup>.

Mais, se o princípio da necessidade da pena já limita a construção das normas incriminadoras, mais relevância terá na previsão de normas de execução das penas, exigindo-se sempre a ponderação de meios alternativos aos estipulados, estudando-se a sua adequação (quase num juízo de indispensabilidade) para a protecção dos bens jurídicos, e verificando-se as normas de execução das penas efectivamente desenhadas cumprem a função de forma superior em relação às alternativas afastadas, aferindo-se da sua probabilidade para a protecção através da efectiva aplicação das penas assim executadas, tudo isto devidamente relacionado com os fundamentos do poder punitivo no Estado de direito democrático, o que implica, como propõe Palma (PALMA, 1996-1998, p. 232), a dispensa do “Estado de evitar restrições à liberdade onde existam alternativas provavelmente eficazes”<sup>61</sup>.

Note-se ainda que, segundo a mesma autora, a “Constituição apenas impõe a necessidade de punir, não especificando os critérios da própria necessidade” (PALMA, 1996-1998, p. 233), o que, no nosso entender, parece sustentar um outro limite à previsão de novas normas e alterações na execução das penas: não poderão prever-se normas que violem essa necessidade constitucional, sob pena de,

---

<sup>60</sup> E só assim não esqueceremos os princípios básicos da necessidade de intervenção penal, “só onde estejam em causa bens com relevância social externa, atinentes aos valores da sociedade em geral, é que o Direito Penal pode legitimamente intervir. Assim, o Direito Penal pressupõe a dignidade punitiva das condutas que prevê, definida pela essencialidade do bem lesado ou posto em perigo, na perspectiva das condições da existência e realização dos fins do Estado de direito democrático, e pelo desvalor das condutas incriminadas, na dimensão de uma clara gravidade ética”, Palma (1996-1998, p. 232).

<sup>61</sup> Propondo este juízo de probabilidade e ponderação entre meios alternativos, cf. Palma (1996-1998, p. 232).

também assim, violar o Direito Constitucional Penal.

Assim, sintetizando e sistematizando os já referidos princípios primordiais que a Constituição contém limitando as opções do legislador penal, lembremos o princípio da legalidade criminal (a reserva de lei, a proibição de regulamentos penais delegados e a exclusão do Direito Consuetudinário), o princípio da tipicidade (sendo exigida suficiente especificação do crime, proibição de analogia na definição criminal e exigência de determinação de qual o tipo de pena – e sua execução – para cada crime), e o princípio da não retroactividade da lei penal desfavorável (exigida pela racionalidade e razoabilidade da censura penal, decorrendo do princípio da confiança, concretizada na proibição total da qualificação de crimes passados que valha para o futuro e no impedimento de novas leis aplicarem a crimes anteriores penas mais graves).

Repare-se que a legalidade em Estado de direito não é apenas a sujeição ao Direito

nem sequer a sujeição ao Direito Positivo criado pelo Estado, mas ao Direito correspondente à lei em sentido formal e material, à norma legislativa. O princípio da legalidade criminal significa então que só a lei como acto da função legislativa pode criar infracções, considerar ilícitos e culposos certos comportamentos das pessoas, estabelecer tipos de crimes; só a lei, não o regulamento ou o costume (MIRANDA, 1989, p. 688).

Este autor estabelece ainda uma ponte entre estas exigências defendendo que só se tem de compreender, e mesmo exigir que o sistema seja configurado desta maneira, devido às características do Direito Penal<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Sobre as características próprias do Direito Penal decorrentes da relação íntima que mantém com os Direitos Fundamentais, cf. ainda Sarlet (2004) e Palazzo (1985).

que confere imediata realização à Constituição e está em ligação dialéctica com os Direitos Fundamentais [assim] os meios de que se serve — as reacções criminais — têm de se ajustar aos seus critérios e somente podem ser aplicados em processo jurisdicional, também este constitucionalmente regulado. As normas de Direito Penal — bem como as de Direito Processual Penal — entroncam, necessariamente, na função legislativa do Estado (MIRANDA, 1989, p. 688-689).

Pelo que Miranda (1989) conclui que a criação de normas penais é um domínio em que o princípio da separação de poderes tem uma projecção privilegiada, estendendo, por maioria de razão, a regra *no taxation without representation*<sup>63</sup>, uma vez que “nenhuma norma afecta mais a liberdade e a segurança do que a norma penal” (MIRANDA, 1989, p. 689). Sublinhemos que, considerando o Direito da Execução das Penas materialmente penal, as suas normas farão parte (o que está em concordância com o que pensamos desde o início da investigação sobre essas normas) desse núcleo restrito de normas que, como, nenhuma outras, afectam a liberdade e a segurança.

Sublinhe-se ainda, quanto a estas normas, para efeitos de proibição de retroactividade *in pejus*, o que já foi defendido nestas linhas: o momento determinante é necessariamente o momento da prática do facto, devendo ser sempre considerado o quadro normativo vigente nessa data para quaisquer normas materialmente penais.

Como manifestação da “mesma de ideia de segurança (ou de segurança e justiça) e de salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias individuais frente ao poder punitivo do Estado”<sup>64</sup> que está na base do princípio da legalidade, o qual a melhor tradição da doutrina e da ciência do Direito Penal, conforme vimos, vem decompondo e

<sup>63</sup> Pelo que, segundo o mesmo autor, deve constar de lei e deve provir, por princípio, do órgão legislativo primário, o Parlamento.

<sup>64</sup> Estabelecendo esta relação entre os dois princípios, cf. Miranda (1989, p. 696).

analisando de forma muito aprofundada<sup>65</sup> é fundamental referir ainda o princípio do tratamento legislativo temporalmente mais favorável.

A fundamentação do princípio da imposição da retroactividade *in melius* da lei penal tem partido da ideia da necessidade da punição, dos limites ao poder punitivo do Estado, e da formulação do princípio da igualdade no Direito Penal.

Assim, recordemos as considerações de Correia cruzando a necessidade de aplicação da lei vigente no momento da prática do facto com os fins das penas

na verdade, de retribuição não se pode falar, visto que deixou de entender-se que a censura fosse devida; de prevenção geral igualmente não é ilícito falar-se, pois deixando o facto de ser ilícito não interessa mais que os outros o pratiquem. Igualmente é inútil a necessidade de prevenção especial. É certo que o agente, praticando um certo facto, mostrou-se perigoso. Simplesmente, não basta que um certo agente seja perigoso: é necessário que essa perigosidade seja criminal, para que haja necessidade de reacção. Ora, se o facto que indiciava essa perigosidade deixou de ser criminalmente ilícito, automaticamente a perigosidade de quem o pratica deixou de se poder considerar verificada” (CORREIA, 1963, p. 154).

---

<sup>65</sup> Neste trabalho apenas quisemos recuperar esse tesouro adquirido pela doutrina e pela jurisprudência, sem poder, pela natureza da investigação e extensão permitida, desenvolver todas as consequências que a sua consideração para o Direito de Execução das Penas implicará. Apelamos, portanto, a estudos futuros sobre esse Direito Constitucional de Execução das Penas que decorrerá, desde logo, da articulação dos regimes aqui referidos. E repare-se que será necessário ponderar as particularidades nos limites e desenho do sistema de execução das penas, designadamente pelos seus próprios fins, neste sentido, merece desenvolvimento pensar os limites do que, com ou sem o consentimento do condenado, pode ser feito e adaptado em nome da reinserção social. Como pista para esses estudos sobre os limites materiais às normas de execução das penas, cf. a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, (BVerfGE, 40, ss) de 29 de outubro de 1975, em que se defendeu que a finalidade de reinserção social não se esgotava na concessão de direitos, podendo também legitimar limitações de direitos fundamentais, especialmente de reinserção social, importará perceber verdadeiramente que execução das penas é que a nossa Constituição permite e, mais, prevê.



Desta forma, se as novas normas consideram que as consequências dos factos devem ser menos adversas para o agente, é porque o legislador entende, numa “*melhor visão das coisas*” que o crime não merece tão severas consequências e, desta forma, não haverá necessidade de se aplicarem as normas anteriores. Assim se passa evidentemente com as novas normas de execução das penas: o legislador considera que os novos regimes são mais adequados aos fins das penas, ao bom funcionamento do sistema prisional e ao que se pretende conseguir no final da execução da pena.

Já Ferreira (1981, p. 115) justifica este princípio quer como garantia dos cidadãos, quer como limitação do poder do Estado, que deixará de ter os direitos de punir tão amplos como aqueles que detinha no momento da prática do facto, uma vez que esses direitos e poderes são restringidos pela lei nova. E repare-se que também isto deverá decorrer do princípio da igualdade na execução das penas, que, como princípio decorrente da Constituição para o Direito Penal (desde logo, no entender de Rui Pereira<sup>66</sup>), parece-nos apontar também como consequência que os condenados sujeitos a um regime anterior mais severo beneficiem do novo regime mais favorável a que os outros condenados com quem executam a pena estão sujeitos.

Também Miranda concebe este princípio como “precioso” para a Constituição

---

<sup>66</sup> Assim, estabelecendo também o princípio da igualdade como princípio constitucional de Direito Penal, v. Pereira (1988), afirmando que “quando se afirma que a lei penal se funda na Constituição em sentido material, pretende significar-se que todas as normas constitucionais, a começar pelas que estabelecem o regime de direitos liberdades e garantias, na medida em que exprimem opções axiológicas fundamentais, devem ser consideradas pelo legislador penal [...]. A Constituição estabelece, de forma expressa ou implícita, um conjunto de princípios de política criminal que se fundamentam em valores essenciais da ordem jurídica por si própria tutelados. Devem considerar-se princípios de política criminal, o princípio da culpa [...] e o princípio da igualdade”.

tão grande realce presta a nossa Constituição à lei penal mais favorável que a antepõe ao respeito do caso julgado; tão preciosas são para a Lei Fundamental as garantias jurídico-criminais dos cidadãos que prevalecem sobre a garantia do caso julgado; entre a liberdade e a segurança individual em concreto ou subjectiva e a segurança objectiva da comunidade dá preferência, numa postura personalista, à primeira” (MIRANDA, 1989, p. 698-699).

O que faz alcançar esta imposição de retroactividade da lei mais favorável, pela consideração do Direito de Execução das Penas como Direito Penal, o resultado da aplicação imediata de novas normas menos severas para os condenados ou ex-condenados.

Recupere-se, ainda, o entendimento de Canotilho e Moreira sobre estes princípios, encontrando duas dimensões em cada um, (i) “uma dimensão subjectiva, conferindo aos cidadãos um Direito subjectivo de não serem criminalmente punidos à margem deles [...] conferindo assim aos cidadãos um direito de defesa, imediatamente vinculante (cfr. art. 18º-1) contra as autoridades públicas” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 496, em anotação ao art. 29.º) e (ii) “uma dimensão objectiva, impondo ao Estado uma obrigação de conformação legislativa do direito e do processo penal de acordo com aqueles princípios” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 496, em anotação ao art. 29.º) parecendo-nos, conforme vimos defendendo, estender-se esta obrigação de conformação legislativa ao Direito de Execução das Penas, salientando-se que só assim se traduzirá a ideia de que só podem ser praticados actos de execução penal – a materialização da pena – quando esses actos vierem previstos em lei prévia, pelo princípio da legalidade que já é consequência do regime a adoptar.

Quanto à aplicação no tempo, devemos, então, seguir o seguinte esquema para as normas materialmente penais:

(i) para a proibição da retroactividade das normas de execução

das penas mais severas, aplique-se o regime do n.º 1 do art. 29.º da CRP (e, no mesmo sentido, o art. 2.º, n.º 1, do CP);

(ii) para a imposição da aplicação retroactiva das leis penais de conteúdo mais favorável ao agente, siga-se o regime do n.º 4 do art. 29.º da CRP (e, no mesmo sentido, os n.ºs 2 e 4 do art. 2.º do CP).

Sublinhe-se que será sempre necessária uma operação fundamental para a aplicação destes regimes: a determinação do momento da decisão (ou prática) do facto (uma vez que a proibição de retroactividade tem como consequência o critério da decisão do facto, a lei penal, ter de existir antecipadamente, no momento dessa decisão do facto).

## **2 NORMAS DE EXECUÇÃO DAS PENAS PROCESSUAIS FORMAIS E NORMAS DE EXECUÇÃO DAS PENAS FORMAIS OU TÉCNICAS**

Como sabemos, todo este regime associado ao princípio da legalidade em Direito Penal, com todas as consequências e decorrências que histórica e cientificamente estão relacionadas com ele, “implica desvios importantes da teoria geral das fontes de Direito, pelo que não se pode fundar nela” (BRITO, 1978, p. 214).

Para todas as normas de execução das penas que considerarmos meramente executivas, estes desvios à teoria geral das fontes de Direito e aos princípios gerais da aplicação da lei no tempo não se aplicam, pelo que lhes devemos seguir as regras gerais da aplicação das leis no tempo, para quaisquer normas – apenas relevando, como desvios com importância muito menor, as normas sobre a aplicação de normas processuais e as normas transitórias que eventualmente se apliquem.

Quanto às normas de execução das penas cuja materialidade penal é excluída pelos critérios propostos, podemos distinguir aquelas normas que se limitam a incidir sobre aspectos da execução da pena das regras e princípios atinentes aos pressupostos, formas e trâmites das acções judiciais relativas a processos relacionados com a execução da pena (e, eventualmente, outras providências de tutela jurisdicional destinadas a obter o reconhecimento ou a realização coactiva de direitos dos condenados, bem como a prevenir ou reparar a sua violação)<sup>67</sup>.

Conforme dissemos, não sendo normas materialmente penais, à partida todas estas normas estarão sujeitas aos princípios gerais de aplicação da lei no tempo, designadamente os constantes no art. 12.º do Código Civil, cuja âmbito de aplicação se vem reconhecendo a todas as normas do ordenamento jurídico português, o princípio geral que decorre dessa norma é que qualquer norma rege para o futuro e deve respeitar os factos passados, não atingindo situações que se devam considerar consumadas.

Muito sucintamente, recorde-se o que sobre essa regra escreve Machado:

As leis sucedem-se no tempo. A cada passo o legislador modifica os regimes jurídicos. Por força do princípio *lex derogat legi priori* (art. 7.º), esta sucessão de leis não chega a gerar um conflito real de normas aplicáveis (um conflito intra-sistemático). Mas isto não significa que se não possa configurar um conflito de leis

---

<sup>67</sup> Repita-se que não nos encontramos perante a distinção tradicional, concentrada no carácter instrumental das normas, visto que reconhecemos materialidade penal a normas que são, também, normas instrumentais em relação a outras normas penais, visto que haverá normas materiais penais que também são processuais, no sentido em que não fornecem directamente as soluções jurídicas e disciplinam meramente os meios necessários para se obter essa solução para se conseguir essa solução. Contudo, seguindo este entendimento na delimitação entre Direito material e Direito processual nos Direitos Romano-Germânicos, cf. Vicente (2008, especialmente as p. 150 e 151); e, quanto à identificação de normas processuais no Processo Civil português, v. Sousa (1994, p. 337-438, especialmente as p. 341 e ss.).

no tempo – conflito extra-sistemático a resolver necessariamente antes de se proceder à aplicação das leis aos factos em causa (MACHADO, 1987, p. 220)<sup>68</sup>

Contudo, como esse autor explica, é sempre possível identificar a verificação de factos e situações antes da entrada em vigor da lei nova, mas que, no entanto, tendem a continuar no futuro ou a projectar-se nele, e situações jurídicas constituídas no passado que se prolongam no futuro<sup>69/70</sup>.

Machado explica ainda que a função social do Direito é principalmente uma função estabilizadora (ou ordenadora-estabilizadora) de condutas e expectativas de conduta, sendo as normas jurídicas primárias, antes de mais, regras de conduta (*regula agendi*) destinadas a encaminhar, a motivar ou a determinar a conduta dos seus destinatários, defendendo que, por essas razões, à partida essas normas não deverão orientar ou dirigir tais condutas antes de serem postas em vigor, contudo, no Direito português, este autor aponta que “o princípio da não retroactividade não tem força de princípio constitucional senão no domínio do Direito Penal, pelo que o legislador ordinário bem pode dar às leis que edita eficácia

<sup>68</sup> E, para este problema, veja-se a secção I do capítulo VIII, p. 220-253.

<sup>69</sup> A fundamentação filosófica e de política jurídica desta solução é paralela à da teoria da não retroactividade – “cabem ao Direito duas funções diferentes, tendencialmente antinómicas: uma função estabilizadora, capaz de garantir a continuidade da vida social e os direitos e expectativas legítimas das pessoas, e uma função dinamizadora e modeladora, capaz de ajustar a ordem estabelecida à evolução social e de promover mesmo esta evolução num determinado sentido”. Assim e abordando a evolução histórica do princípio da não retroactividade das leis, cf. Machado (1987, p. 224 e 225).

<sup>70</sup> Desenvolvendo essa teoria geral das fontes de Direito podemos distinguir legisladores de inspiração conservadora e legisladores reformistas. Se os primeiros se inclinam para a escolha de sistemas de normas que permitem preservar a estabilidade e a segurança das situações adquiridas, os segundos tendem a fixar disposições transitórias que facilitem a mais rápida aplicação da lei nova a todas as situações em curso, justificando essa preferência com a consideração das novas normas como melhores ou mais justas que as antigas.

retroactiva” (MACHADO, 1987, p. 227), adiantando o poder do legislador para resolver os problemas suscitados pela sucessão de leis através de disposições transitórias<sup>71</sup>.

Isto, apesar de o comum no ordenamento jurídico português ser a introdução de leis que nada estabelecem quanto à sua aplicação no tempo, pelo que, nesses casos, Machado defende, a partir das regras do Direito Civil, vigorar em todos os ramos do Direito o princípio da não retroactividade da lei, cabendo à doutrina e à jurisprudência, analisar cada situação e definir a retroactividade, ou seja, distinguir claramente os âmbitos de competência (de aplicabilidade) da lei antiga e da lei nova, para a resolução desse problema da definição do conceito de retroactividade, o mesmo autor defende vigorar, em Portugal e na maioria dos sistemas ocidentais, a doutrina do “facto passado” complementada “pelo chamado princípio da aplicação imediata da lei nova às situações em curso no momento da sua entrada em vigor” (MACHADO, 1987, p. 232-233)<sup>72</sup>.

Esta doutrina tem como retroactiva toda a lei que se aplique a factos passados antes da sua entrada em vigor, não se aplicando (sob pena de retroactividade) a lei nova a factos passados e aos seus efeitos (só se aplicaria a factos futuros)<sup>73</sup>.

Desta forma, a teoria da aplicação das leis no tempo pode ser arrumada na distinção entre constituição e conteúdo das situações jurídicas.

---

<sup>71</sup> Neste sentido, Machado defende que os limites de competência das leis, no Direito Transitório tenderão a coincidir com os limites da eficácia temporal das leis, para que não se viole o princípio da não transconexão” ou “não-transactividade” que deve delimitar o âmbito de eficácia (espacial e temporal) de qualquer lei, isto é, o princípio segundo o qual uma lei não pode aplicar-se a factos que com ela se não acham em contacto (MACHADO, 1970, p. 141) e, desenvolvendo a explicação sobre o princípio nas p. 119 e 120.

<sup>72</sup> E assim, segundo este autor, “é a doutrina do facto passado, na formulação que lhe foi dada por Niperdey, que inspira o art. 12.º do nosso Código”, (MACHADO, 1987, p. 234).

<sup>73</sup> Para mais desenvolvimentos sobre as doutrinas da retroactividade no Direito Civil e na Teoria Geral do Direito, v. Lima; Varela (1957, p. 199 ss.).

À constituição das situações jurídicas (requisitos de validade, substancial e formal, factos constitutivos) devemos aplicar a lei do momento em que essa constituição se verifica; ao passo que ao conteúdo das situações jurídicas que subsistam à entrada em vigor da lei nova deverá aplica-se imediatamente a lei nova, pelo que respeita ao regime futuro deste conteúdo e seus efeitos, assim se passará com as penas a serem executadas.

Em síntese:

(i) se estivermos perante DEP meramente técnico ou formal (designadamente regulando aspectos técnicos da execução das penas, dos horários das lavandarias ou bibliotecas dos estabelecimentos, ao arquivamento e registo de dados internos, deverão ter aplicação imediata (pelo regime do art. 12.º CC), a não ser que normas transitórias disponham de forma diferente;

(ii) se estivermos perante DEP processual penal (designadamente, trâmites pouco específicos do processo de execução da pena, cuja materialidade penal foi por nós excluída), deveremos aplicar o regime que decorre da norma transitória da lei que introduziu o CEP (no art. 9.º) e do art. 5.º CP – como vem sendo aplicado pela doutrina – mas que, conforme recordámos, dispõe que as normas processuais penais são de aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos actos realizados, na vigência da lei anterior: as normas de execução das penas processuais penais não se aplicam aos processos iniciados anteriormente à sua vigência quando da sua aplicabilidade imediata possa resultar: (i) agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do condenado (nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa); ou (ii) quebra da harmonia e unidade dos vários actos do processo.

Para estes casos em que não há aplicação imediata das novas normas, também será exigida uma operação indispensável para a aplicação destes regimes: a determinação do momento em que

se estabelece o regime que deve vigorar durante todo o processo. O momento de referência deverá ser, segundo os arts. 9.º da Lei n.º 115/2009 e 5.º, n.º 1 e n.º 2, al. a) do CP, o do início do processo concreto, relacionado com a execução da pena (uma vez que a proibição de retroactividade tem como consequência essas normas processuais, regime e tutela processual terem de existir antecipadamente e manterem-se, desde o início do processo).

#### IV CONCLUSÕES

*Senhor, quando Te vimos doente ou na prisão, e fomos visitar-  
-Te?*

*Em verdade vos digo: sempre que fizestes isto a um destes meus  
irmãos mais pequeninos, a Mim mesmo o fizestes.*

Mt. 25, 39-40

Ao longo deste trabalho procurámos revisitar o estudo sobre as normas penais a partir das normas de execução das penas. Assim, procurámos enriquecer o estudo acerca das normas de Direito Penal, através da análise das consequências a que estas normas conduzem – as penas –, ou, melhor, das normas que regulam a execução dessas consequências.

A investigação sobre as penas e sobre as normas da sua execução desde sempre nos fascinou e desafiou a repensar o Direito Penal que tantas vezes se parece tão concentrado no estudo do crime que esquece as consequências com que lhe responde. Se estudámos em Direito Penal “clássico” princípios como os da presunção de inocência, a protecção dos denunciados, dos arguidos ou dos acusados, concentrando-se, geralmente, as investigações da doutrina no momento do crime e no decorrer do processo, não parece ser apenas isso que resulta da Constituição, prevendo-se, também, uma



protecção dos condenados.

Foi esse o ponto de partida deste trabalho: reflectir sobre o Direito Constitucional de Execução das Penas, os limites que são colocados ao legislador, o conceito material de pena e procurar um “estatuto constitucional do condenado”.

Conforme fomos desde cedo percebendo, a natureza, extensão e propósitos do trabalho aconselharam a uma delimitação de um problema mais circunscrito no conjunto das questões que continuámos a achar exigirem respostas e tratamentos aprofundados pela doutrina<sup>74</sup>, desde logo questionando se a Constituição vincula o legislador ordinário a determinado tratamento do condenado, se será possível descobrir direitos fundamentais específicos dos condenados ou ao que, afinal, obriga o princípio da dignidade da pessoa humana em matéria de execução e fins das penas.

Todas estas questões continuam a interpelar a doutrina do Direito Penal e a convidar a novos estudos sobre as penas, e provam que este ramo do Direito está vivo e, ao contrário de outros temas de Direito Penal, em que se parece caminhar para uma pacificação na doutrina, há muitas matérias por aprofundar, e que até hoje tiveram escasso ou nenhum tratamento na doutrina nacional.

Assim, através deste trabalho procurámos analisar a primeira das questões: os limites que a Constituição coloca ao legislador de Direito de Execução das Penas, perguntando-se, então, se é possível aplicar a Constituição Penal ao Direito de Execução das Penas.

A tese que temos vindo a defender demonstra que há normas de DEP que são Direito Penal substantivo e que, por isso, integram o

---

<sup>74</sup> Assim, parece-nos que continuam a faltar análises e estudos com uma interpretação conforme à Constituição do Código de Execução das Penas e, mais ainda, do novo Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais; continua também a ser necessário clarificar o sentido jurídico-criminal e útil da “dignidade da pessoa humana” (que aparentemente é tantas vezes abusado); e continuam a ser exigidos regressos ao tema tradicional dos fins e ou finalidades das penas com olhos postos na sua execução.

conceito de “lei criminal” e “lei penal” a que a Constituição se refere. Contudo, nem todo o DEP é Direito Penal, no sentido constitucional do termo:

- (i) há DEP substantivo ou material, ao qual se devem aplicar os princípios constitucionais e os limites colocados ao Direito Penal;
- (ii) há DEP processual, a que se deve aplicar o regime geral afastando-se o Direito Constitucional Penal;
- (iii) há DEP meramente executivo ou técnico, também afastado desses limites constitucionais.

A forma de identificar se as normas pertencem ao domínio do DEP processual ou executivo, passa por perceber se uma alteração dessas normas modificaria a decisão do Juiz acerca da pena a atribuir àquele arguido em concreto, parecendo-nos que apenas este critério respeita os princípios para cuja protecção a Constituição está teleologicamente orientada, e que fomos referindo ao longo deste estudo.

Repare-se que deverão ser estas as normas que “se reportam à essência das penas” (FERREIRA, 1981, p. 128), vistas pelos efeitos que produzem: se as alterações representarem modificações das penas, deverão estar cobertas pela protecção que a Constituição dá às modificações da lei penal.

Recordemos que, em Portugal, podemos identificar, no último século, quatro grandes épocas de tratamento ou aprofundamento destes temas na nossa doutrina, procurando abordar a execução das penas partindo do Direito Penal: nos anos 40, por José Beleza dos Santos – (SANTOS, 1958; SANTOS, 1961; SANTOS, 1959; SANTOS, 1947; SANTOS, 1957) – nos anos 60, por Eduardo Correia (CORREIA, 1961; CORREIA, 1966), nos anos 80, por Anabela Miranda Rodrigues (RODRIGUES, 1982; RODRIGUES,

1995; RODRIGUES, 2002), e nos anos 2000 por Paulo Pinto de Albuquerque (ALBUQUERQUE, 2004; ALBUQUERQUE, 2006). As ideias deste estudo procuraram partir das conclusões que foram tomadas por estes autores, pretendendo regressar a muitas afirmações com as quais concordámos e retirar as consequências que defendemos imporem-se, designadamente pela consideração como substantivas de algumas das suas normas.

Neste sentido, as considerações de Direito Constitucional Penal neste âmbito não se podem esgotar no princípio basilar de que as restrições aos direitos fundamentais dos reclusos têm de ser feitas com base em outros valores constitucionais, como determina o art. 18.º CRP, ou num ataque ou numa defesa actualizadora das antigas “relações especiais de poder”.

Procurámos superar a separação tradicional entre Direito Penal e Direito Penitenciário (notando-se que esta distinção muitas vezes é feita mesmo com as melhores intenções, para desenvolver um catálogo de direitos do recluso, seu estatuto e formas de assistência), pois essa distinção faz com que muitas vezes seja esquecido que esse “Direito Penitenciário” é também Direito Penal na medida em que define o conteúdo do que é a própria pena. Perceber quais desses direitos são verdadeiramente conformadores da pena só é possível, objectivamente, colocando-se no lugar do julgador e percebendo se a medida da pena atribuída era diferente sem aqueles direitos ou condições.

Repare-se que os limites decorrentes da qualificação das normas como Direito Penal (princípio da legalidade, entre outros) se devem articular com outras proibições constantes da mesma Constituição: desde logo, a proibição de penas contra a vida e contra a integridade (arts. 24.º, n.º 2 e 25.º, n.º 2 CRP) – que proibiriam, por exemplo, quaisquer juízos de censura penal que implicassem prejudicar os reclusos no acesso a cuidados médicos –; ou a proibição de penas infamantes que deverá passar por limites mais claros aos processos mediáticos e à publicidade das condenações;

a proibição de maus tratos, tortura ou penas cruéis, degradantes ou desumanos (art. 25.º, n.º 2 CRP), cuja extensão na conformação do sistema prisional e de execução das penas deve ser compreendida e ponderada em cada reforma penitenciária.

Um dos pontos de partida deste trabalho passou pela impressão de que se aproximam alterações em matéria de execução das penas e pelo sentimento da inflexão nos movimentos humanizadores das penas que se vêm verificando desde o início do Estado Liberal, reforçados pelas concepções sobre a assistência prisional e pós-prisional do Estado Social. O facto de parecerem próximas essas alterações não pode querer significar que esses movimentos tenham cessado ou tenham chegado ao fim – os estabelecimentos prisionais continuam a ser realidades terríveis, assustadoras, degradantes, dependentes do esforço e boa vontade de muitos dos que trabalham nesses espaços, sem condições e instrumentos adequados às finalidades das penas que por lá se executam, bastando entrar em alguns desses estabelecimentos para perceber que se devem repensar à luz da dignidade da pessoa humana.

Sobre este problema lembremos que “o conceito constitucional de ‘dignidade da pessoa humana’, base da Republica nos termos do art. 1º da CRP, será talvez dos mais indeterminados (e ao mesmo tempo *et pour cause*, dos mais fundantes) de todos os conceitos constitucionais” (AMARAL, 2002, p. 2) e, apesar de “o princípio da dignidade da pessoa humana parece[r] pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar” (ALEXANDRINO, 2008), essas dificuldades não podem justificar a falta de aprofundamento dos efeitos dessa norma, valor, fonte e critério de interpretação de Direitos Fundamentais, no âmbito do DEP.

A realidade e o dia a dia nas prisões não parecem representar uma concretização das garantias que decorrem da lei, nem, assim, uma correspondência com as penas atribuídas. Veja-se que, de

acordo com dados recentemente anunciados pela Direção-Geral dos Serviços Prisionais (DGSP), se vivem situações preocupantes nas prisões portuguesas (principalmente nos estabelecimentos prisionais regionais e nos estabelecimentos prisionais centrais das principais cidades)<sup>75</sup>: da sobrelotação a falta de condições e meios, a execução das penas não tem andado bem.

Defendemos que todos estes problemas merecem ser estudados em Direito Penal e que deve compreendido o que a Constituição pede e impõe nestas matérias. Visitar os reclusos – pelo menos através de investigações e de reflexões sobre a pena – tem de fazer parte dos estudos de Direito Penal, equilibrando-se a análise dos crimes com análises das penas.

---

<sup>75</sup> Os dados da DGSP sobre 2010 foram divulgados no final do primeiro trimestre de 2011 e foram amplamente divulgados na comunicação social, v. assim, notícia do Jornal Público de 30 de abril de 2011, “Prisões portuguesas com 99 por cento de taxa de ocupação e algumas sobrelotadas”. Disponível em: <<http://www.publico.pt/Sociedade/prisoes-portuguesas-com-99-por-cento-de-taxa-de-ocupacao-e-algumas-sobrelotadas-1492019?all=1>>. (Acesso em: 13 out. 2011). Aí relata-se que, em geral, “as prisões portuguesas estão à beira da sobrelotação, tendo, no final do primeiro trimestre deste ano, albergado um total de 11.808 reclusos, que ocupavam 99,1 por cento dos lugares disponíveis, a que acrescem 153 detidos em unidades psiquiátricas fora do sistema”, e, quanto aos estabelecimentos prisionais regionais, “a taxa de ocupação destas 27 cadeias é de 122 por cento, mas há estabelecimentos, como o de Viseu, onde, no final do ano passado, estavam quase o dobro dos presos permitidos pela lotação”. E, ainda, quanto aos estabelecimentos prisionais centrais: “é em Lisboa e no Porto que se vivem as situações de sobrelotação mais problemáticas. No final do ano passado, estavam na cadeia de Custóias mais 210 reclusos do que os 686 previstos na lotação e, em Lisboa, a ocupação ultrapassa em 25 por cento os lugares disponíveis”. E também é noticiado que, segundo António Pedro Dores, investigador do Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa e dirigente da Associação contra a Exclusão pelo Desenvolvimento (ACED), Portugal regista cerca de “50 mortes por cada dez mil reclusos”, correspondendo esses valores ao “dobro da média dos países do Conselho da Europa [...] uma taxa de mortalidade extremamente elevada que resulta das condições miseráveis de funcionamento das prisões portuguesas”. Dados que impressionam e nos parecem dever ser compreendidos também pela doutrina do Direito Penal.

Assim, a construção e desenvolvimento destes critérios para reconhecimento de materialidade penal às normas de execução das penas parece-nos apenas um começo do que devem ser os estudos sobre os limites ao legislador de execução das penas, impondo-se aos cultores do Direito Penal a defesa deste ramo de Direito quando aplicado, não apenas pelos tribunais, mas também, e principalmente, pelo Estado-Administração. Assim, estes estudos sobre os limites às alterações das normas de execução das penas (alterações que decorram de decisões do legislador, mas também, eventualmente, da própria Administração), pretendem contribuir e reforçar este apelo para que o Direito Penal (da doutrina à jurisprudência) não esqueça a fase de execução das penas, os condenados e ex-condenados. Tudo isto porque, afinal, os fins e funções do Direito Penal estão também (talvez principalmente) pensados para esses destinatários das normas penais.

Em tempos que são de questionar os limites e procurar restringir direitos, importa clarificar esses mesmos limites e âmbitos protegidos inerentes ao Estado de Direito – como vimos que é o princípio da legalidade penal previsto na Constituição –, sob pena de, justificados na defesa desse mesmo Estado, não sabermos reagir perante alterações e modificações nas penas concretamente atribuídas, nem visitar os nossos reclusos e defendê-los, aceitando-se a subversão dos princípios que proclamámos na Lei Fundamental.

## REFERÊNCIAS

ADESÃO à greve dos guardas prisionais perto dos 100%, indica o sindicato. SIC Notícias. Lisboa, 28 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://sicnoticias.sapo.pt/pais/2011/10/28/adesao-a-greve-dos-guardas-prisionais-perto-dos-100-indica-o-sindicato>>. Acesso em: 28 out. 2011.

ALBUQUERQUE, José P. Ribeiro de. A infração às regras de segurança no trabalho. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/>>

pgdl/textos/files/acidente\_de\_trabalho.pdf>. Acesso em: 21 set. 2011.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário ao código de processo penal à luz da constituição da república portuguesa e da convenção europeia dos direitos do homem**. 3. ed. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2009.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário ao código penal à luz da constituição da república portuguesa e da convenção europeia dos direitos do homem**. 2. ed. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2010.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Direito prisional português e europeu**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. O futuro dos estudos penitenciários. **Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**. v. especial, 2004. (Separata).

ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. In: **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**. v. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

ALMEIDA, Judson Pereira de. Os meios de comunicação de massa e o direito penal: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal. Vitória da Conquista, 2007. Disponível online em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/almeida-judson-meios-de-comunicacao-direito-penal.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2011.

AMARAL, Diogo Freitas do. Relatório da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional. Coimbra, 2005.

AMARAL, Maria Lúcia. Introdução. In: PEREIRA, Marcos Keel. **O lugar do princípio da dignidade da pessoa humana**

**na jurisprudência dos tribunais portugueses:** uma perspectiva metodológica. n.º 4. Lisboa, Ed. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2002, p. 2.

ANQUETIL, M.; BUFFARD, Simone; CASTAN, Yves; PONCELA, Pierrette; RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE, Louis; ROBERT, Philippe. La peine quel avenir?: approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire. Centre Thomas More des 23-24 mai 1981. **Actes du colloque**. Paris: Cerf, 1983.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito:** introdução e teoria geral. 13. ed. Refundida. Coimbra: Almedina, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: **Law and economics**. v. II, por Richard a. Posner e Francesco Parisi, p. 427 ss.

BELEZA, Teresa Pizarro. O erro sobre normas penais em branco. In: **Colectânea de estudos de homenagem a Francisco Lucas Pires**. Lisboa: Ed. Universidade Autónoma de Lisboa, 1999, p. 265-279.

BERISTAIN, Antonio. **Medidas penales en derecho contemporâneo**. Madrid: Reus, 1974.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal:** parte geral. Coimbra: Coimbra Ed., 1977.

BODSON, Pierre-Louis. **L'individualisation de l'incrimination pénale:** principes de législation et implications judiciaires. Liège: Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Liège, 1985.

BOULOC, Bernard. **Pénologie**. Paris: Dalloz, 1991.

BRITO, José de Sousa e. A lei penal na constituição. In: **Estudos**



**sobre a constituição**, v. 2. Lisboa: Petrony, 1978. (Separata).

CAEIRO, Pedro. Aplicação da lei penal no tempo e prazos de suspensão da prescrição do procedimento criminal: um “caso prático”. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. v. I, Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 231-253.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 70/90. In: **Revista de Legislação e Jurisprudência**, a. 123, n.º 3.792, 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. v. II. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado. Lima (Peru). Disponível em: <<http://www.ccfirma.com/ingles/publicaciones/pdf/caro/Benef-Penit.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2011.

CARVALHO, Américo Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. **Penas alternativas a la prisión**. Barcelona: Bosch, 1997.

CORNIL, Paul. La peine de prison. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. XXX. p. 169-190, 1954. (Separata).

CORREIA, Eduardo. Assistência prisional e post-prisional. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**: homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis. v. I. Coimbra, 1961,

p. 337-376. (Suplemento XV).

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. v. I. Coimbra: Almedina, 1963. (Com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias),

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. v. II. Coimbra: Almedina, 1965.

CORREIA, Eduardo. Estudos sobre a evolução das penas no direito português. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, Ed. Universidade de Coimbra, v. LIII, 1977 (Separata, v. I).

CORREIA, Eduardo. La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du code penal portugais de 1963. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**: estudos 'in memoriam' do Prof. Doutor José Beleza dos Santos. Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1966.

D'AGOSTINO, Francesco. **La sanzione nell'esperienza giuridica**. Torino: G. Giapichelli, 1989.

DAYEZ, Bruno. **À quoi sert la justice pénale?** Bruxelas: Larcier, 1999.

DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.). **Procédures pénales d'Europe**. Paris: Puf, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A nova constituição da república e o processo penal. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, a. 36, p. 99-109, 1976.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: parte geral: as consequências jurídicas do crime. v. II. Lisboa, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**: lições policop. coligidas por Maria João Antunes. Coimbra, 1988/1989.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. 1. Coimbra: Coimbra Ed., 1981.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**: estudos em homenagem ao Professor Eduardo Correia. Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 783-825, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Oxford: Hart, 1998.

ÉVORA. Tribunal da Relação de Évora. Processo 887/08-1. Relator Carlos Berguete Coelho. Diário da República Eletrónico. Lisboa, 27 de maio de 2008.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERREIRA, Fernando Amâncio. **Curso de processo de execução**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Curso de processo penal**: lições proferidas no ano lectivo 1954-1955. v. 1. Lisboa, 1955-1956.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Direito penal português**. v. I. Lisboa: Verbo, 1981.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de direito penal**: parte geral: penas e medidas de segurança. v. II. Lisboa, 1989.

FREITAS, José Lebre de. **A acção executiva**: depois da reforma da reforma. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

GARRAUD, Pierre; LABORDE-LACOSTE, Marcel. **Précis elementaire de droit penal**. Paris, 1943.

GISEL-BUGNION, Monique. L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité du délinquant. In: **Mémoires Publiés par La Faculté de Droit de Genève**, n.º 56, Genève: Georg - Librairie de L'université, 1978.

GOMES, Conceição (Coord.). **A reinserção social dos reclusos**: um contributo para o debate sobre a reforma do sistema prisional. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2003.

GOMES, Conceição (Coord.). **As tendências da criminalidade e das sanções penais na década de 90**: problemas e bloqueios na execução da pena de prisão e da prestação de trabalho a favor da comunidade. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2002.

GOMES, Conceição; DUARTE, Madalena; ALMEIDA, Jorge. Crimes, penas e reinserção social: um olhar sobre o caso português. Comunicação, 2003. Congresso Português de Sociologia, Sociedades Contemporâneas: Reflexividade e Acção, Atelier: Direito, Crimes e Dependências. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa "A Reinserção Social dos reclusos: um contributo para o debate sobre a reforma do sistema prisional. In: **Actas dos ateliers do V Congresso Português de Sociologia, Sociedades Contemporâneas: reflexividade e acção, atelier: direito, crimes e dependências**. Braga, 2004, p. 27-34.

GRAZIA, Edward de. Crime without punishment: a psychiatric conundrum. In: **Columbia Law Review**, New York, Ed. Columbia Law Review Association, v. 52, n.º 6, p. 746-764, jun. 1952.

GREVE divide guardas e há reclusos que podem protestar. Diário de Notícias, 10 de dezembro 2010. Disponível em: <[http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content\\_id=1731515](http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1731515)>. Acesso em: 28 out. 2011.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid, 1995.

JAKOBS, Günther. **El derecho penal como disciplina científica**. Navarra: Aranzadi, Thomson-Civitas, 2008.

JAKOBS, Günther. **Strafrecht, allgemeiner teil**. 2. ed. Kusterding (Germany): De Gruyter, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Mauricio Neves de; GRAZZIOTIN, Paula Clarice Santos. Direito penal simbólico: o anti-direito penal. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/artigos/pdf/anti.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2011.

JUANATEY DORADO, Carmen. La ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del derecho penal. In: **La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario**, Madrid, Ed. Wolters Kluwer, a. 1, n.º 9, p. 1-27, octubre 2004.

KELLENS, Georges. **La mesure de la peine**: précis de penologie et de droit des sanctions penales. Liège: Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Liège, 1982.

LARGUIER, Jean. **Criminologie e science pénitentiaire**. 9. ed. Paris: Dalloz, 2001.

LEVASSEUR, Georges. Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps. In: **En hommage a Jean Constant**. Liège: Faculté de Droit de Liège, 1971.

LIMA, Fernando Pires de; VARELA, João Antunes. **Noções fundamentais de direito civil**. Coimbra: Coimbra Ed., 1957.

LÜSEBRINK; Hans-Jürgen; REICHARDT, Rolf. **Bastille: a history of a symbol of despotism and freedom: bicentennial reflections on the french revolution.** Durham: Duke University Press, 1997.

MACHADO, João Baptista. **Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis: limites das leis e conflitos de leis.** Coimbra: Almedina, 1970.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador.** Coimbra: Almedina, 1987. 2.<sup>a</sup> reimp.

MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO. **Código de processo penal: comentários e notas práticas.** Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudência constitucional. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). **Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales: jornadas penitenciarias.** Barcelona: Bosch, 1994.

MARQUES, J. P. Remédio. **Curso de processo executivo comum à face do código revisto.** Coimbra: Almedina, 2000.

MEINI MÉNDEZ, Iván. Aplicación temporal de la ley penal y beneficios penitenciários. Disponível em: <[http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_29.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_29.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2011.

MIRANDA, Jorge. Os princípios constitucionais da legalidade e da aplicação da lei mais favorável em matéria criminal. In: **O Direito**, Lisboa, a. 121, n.º 4, p. 685 a 699, out.-dez. 1989.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada.** t. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

MOREIRA, Vital. Os contra-sensos do não: comunicado à imprensa em 5 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://>>

cidadaniapelosim.blogspot.com/2007/02/conferencia-de-imprensa-os-contra-sensos.html>. Acesso em: 29 set. 2011.

MOUTINHO, José Lobo. A aplicação da lei penal no tempo segundo o direito português. In: **Direito e Justiça**, Lisboa, Ed. Universidade Católica, v. 8, tomo II, p. 77-117, 1994.

NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. In: **Boletim da Faculdade de Direito: estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia**. Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 307-469, 1984.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

PALAZZO, Francesco C. Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico alla studio del tema. In: PIZZORUSSO, Alessandro; VARANO, Vincenzo (Coord.). **L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei**. v. 1. Milão: Giuffrè, 1985, p. 531-574.

PALMA, Maria Fernanda. A proibição da retroactividade *in pejus*. In: PALMA, Maria Fernanda; BELEZA, Teresa Pizarro (Org.). **Jornadas sobre a revisão do código penal**. Lisboa: AAFDL, 1998, p. 413-430.

PALMA, Maria Fernanda. Constitucionalidade e justiça: novos desafios para a justiça constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, a. 1, n.º 1, 2000.

PALMA, Maria Fernanda. Constituição e direito penal: as questões inevitáveis. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Ed., 1996-1998, p. 227-237.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito penal: parte geral**. Lisboa: AAFDL, 1994.

PALMA, Maria Fernanda. Linhas estruturais da reforma penal: problemas de aplicação da lei processual no tempo. In: **O Direito**, n.º 140, p. 9-21, 2008.

PATRÍCIO, Rui. Apontamentos sobre um crime de perigo comum e concreto complexo: artigo 277º, n.º 1, alínea a) do código penal: infração de regras de construção. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, a. 21, n.º 81, p. 91-127, jan.-mar. 2000.

PATRÍCIO, Rui. Norma penal em branco: em comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17-4-2001. In: PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VIALONGA, José Manuel (Coord.). **Casos e materiais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 327-344.

PEÑA, Federico Puig. **Derecho penal: parte general**. t. II, v. II. 5. ed. Barcelona: Nauta, 1959.

PEREIRA, Marcos Keel. **O lugar do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência dos tribunais portugueses: uma perspectiva metodológica**. n.º 4. Lisboa, Ed. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2002.

PEREIRA, Rui. A relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável ao arguido. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a. 1, n.º 1, p. 55-76, 1991.

PEREIRA, Rui. O princípio da igualdade em direito penal. In: **O direito**, Lisboa, a. 120, n.º 1-2, p. 109-155, jan.-jun. 1988.

PICOZZI, Francesco. L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e degli internati. In: **Rassegna Penitenziaria e Criminologica**, Roma, Ed. Ministero della Giustizia. Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, n.º 1, 2010, p. 59-81.



PORTO. Tribunal de Relações do Porto. Acórdão RP200810290814711. Proc. n.º 4711/08-1. Relatora Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias. Data do julgamento: 29 out. 2008.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 02P1096. Relator Dinis Alves. Data do julgamento: 16 maio 2002.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 03P2606. Relator Santos Carvalho. Data do julgamento: 2 out. 2003.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 07P3987. Relator Oliveira Mendes. Data do Julgamento: 28 nov. 2007.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 07P4838. Relator Oliveira Mendes. Data do Julgamento: 20 fev. 2008.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 08P2867. Relator Fernando Fróis. Data do Julgamento: 5 nov. 2008.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 08P4137. Relator Fernando Fróis. Data do Julgamento: 4 fev. 2009.

PROVEDOR de Justiça. As nossas prisões: III Relatório. Lisboa: Provedoria da Justiça, 2003.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando. Los derechos de los reclusos. In: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (Coord). **Dogmática y práctica de los derechos fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 451-483.

ROCHA, Manuel António Lopes da. A função de garantia da lei penal e a técnica legislativa. In: **Legislação**, n.º 6, p. 25-43, jan.-mar. 1993.

ROCHA, Manuel António Lopes da. Aplicação da lei criminal no tempo e no espaço. In: **O novo código penal português e legislação complementar: jornadas de direito criminal**. Lisboa: CEJ, 1983, p. 85-151.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Ed, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, Ed. Ministério da Justiça, Serviço do Boletim, n.º 380, 1988, p. 5-58.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982. (Separata do v. XXIII do Suplemento).

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão, projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade. 2 ed. Coimbra: Coimbra Ed. 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria del delito. Tradução e notas (da 2ª ed.) de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. t. I. Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1972.

SANDEL, Michael J. **Justice**: what's the right thing to do? Penguin, 2009.

SANTOS, José Beleza dos. A prevenção especial: os delinquentes habituais e os multi-ocasionais: valor e limites. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, Ed. Ministério da Justiça, Serviço do Boletim, n.º 87, 1959. (Separata).

SANTOS, José Beleza dos. **Nova organização prisional portuguesa**: alguns princípios e realizações. Coimbra, 1947.

SANTOS, José Beleza dos. O fim da prevenção especial das sanções criminais, valor e limites. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, Ed. Ministério da Justiça, Serviço do Boletim, n.º 73, fev. 1958.

SANTOS, José Beleza dos. Os tribunais de execução das penas em Portugal (razões determinantes da sua criação – estrutura – resultados e sugestões). In: **Boletim da Faculdade de Direito: homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis**. (Suplemento XV). v. I. Coimbra, Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1961.

SANTOS, José Beleza dos. Tratamento e libertação de delinquentes habituais: relatório apresentado na III sessão do Grupo Consultivo Europeu para a prevenção e tratamento dos delinquentes. In: **Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia**, Coimbra, 1957. (Separata do 1.º volume).

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel. **Noções elementares de direito penal**. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: **Revista Brasileira De Ciências Criminais**, São Paulo, a. 12, n.º 47, p. 60-122, mar.-abr. 2004.

SERRA, Adriano Vaz. O papel do juiz na interpretação da lei. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, a. I. v. I. p. 2 a 14, 1941.

SILVA, António Henriques da. **Elementos da sociologia criminal e direito penal**: lições do anno lectivo de 1905-1906 na 14.<sup>a</sup> cadeira da Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra. v. II. 1906. Coimbra: Imprensa Universidade de Coimbra, 1905.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**: noções gerais, elementos do processo penal. v. I. 6. ed. Lisboa: Verbo, 2010.

SILVA, Germano Marques da. Sobre a incriminação do enriquecimento ilícito (não justificado ou não declarado): breves

considerações nas perspectivas dogmática e de política criminal. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (Coord.). **Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Ed. 2011. p. 47-63.

SINISCALCO, Marco. **Irretroattività delle leggi in materia penale**: disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi. Milano: Giuffrè, 1969.

SINISCALCO, Marco. Ratio di “certeza” e ratio di “garanzia” nella riserva di legge dell’art. 25, comme della costituzione. In: **Giurisprudenza Costituzionale**, a. 14, tomo I, p. 993-999, 1969.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Acção executiva singular**. Lisboa: Lex, 1998.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos metodológicos e didáticos do direito processual civil. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 35, n.º 2, p. 337-438, 1994.

TELLEZ AGUILERA, Abel. Aproximación al derecho penitenciario de algunos países europeos. In: **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, Madrid, Ministério de Justicia, n.º 1.818, p. 699-713, 1998.

VELOSO, José António. Pena criminal. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 59, v. II, p. 519-563, abr. 1999. (Separata).

VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado**: introdução e parte geral. v. I. Coimbra: Almedina, 2008.

VON FEUERBACH, Paulo Johann. **Tratado de derecho penal**: comun vigente en Alemania. Tradução de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

*Recebido em: 11/2/2021*  
*Aprovado em: 17/4/2021*



---

# 7

## **A SOCIOLOGIA DO DIREITO COMO VOCAÇÃO: ARGUIÇÕES NAS PROVAS DE AGREGAÇÃO DO DOUTOR ANTÓNIO MANUEL CARVALHO CASIMIRO FERREIRA, DA FACULDADE DE ECONOMIA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, NA SALA DOS CAPELOS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, NOS DIAS 14 E 15 DE JANEIRO DE 2019**

*Paulo Ferreira da Cunha<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** 1 Arguição do *Curriculum Vitae*. 2 Arguição do Relatório. 3 Arguição da Lição. Referências.

### **1 ARGUIÇÃO DO CURRICULUM VITAE**

Ex.<sup>ma</sup> Senhora Presidente das Provas, Ilustre Diretora da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Doutora Teresa Pedroso de Lima.

---

<sup>1</sup> Professor Catedrático e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça (Portugal). endereço eletrónico: [lusofilias@gmail.com](mailto:lusofilias@gmail.com)

Começo por saudar V. Ex.<sup>a</sup>, e na pessoa de V. Ex.<sup>a</sup>, o Magnífico Reitor desta minha *Alma Mater*, a quem peço transmita ainda os cumprimentos do Magnífico Reitor da Universidade do Porto.

Saúdo aos demais membros deste júri, Doutora Maria Eduarda Gonçalves e Doutor Arriscado Nunes. E faço votos públicos para que a Doutora Teresa Pizarro Beleza, que inicialmente o integrava, se recupere prontamente. Uma palavra também para de saudação para o Doutor Carlos Fortuna, que inicialmente também fazia parte do júri, e aqui hoje também nos acompanha, nos cadeirais. Cumprimento os docentes, estudantes, funcionários, e, de entre eles, em especial a Senhora Secretária destas provas, assim como o demais público, e, *last but not the least*, o candidato, Doutor António Manuel Carvalho Casimiro Ferreira, a quem desejo as maiores felicidades nestas provas.

Permitam-me ainda que manifeste a alegria e a emoção de voltar à Sala dos Capelos e à Universidade em que fiz todos os graus académicos universitários (agregação é título, como sabemos).

Não volto aqui com muita frequência, mas não posso deixar de evocar aquele verso de Novalis (mas há outros semelhantes): “Para aonde vamos? Sempre para casa!” (“*Wohin gehen wir? Immer nach Hause*”). Permitam-me, pois, V. Ex.<sup>as</sup> o à vontade de quem aqui se sente em Casa.

A minha questão é muito sintética, mas creio espelhar toda a problemática curricular.

Permitam-me um brevíssimo enquadramento da pergunta: tenho um colega e amigo estrangeiro, Professor de Direito e palestrante internacional, que, cansado de em tantos eventos académicos os Presidentes e outros apresentadores lhe pedirem um brevíssimo currículo para, em dois minutos, o poderem apresentar ao público, teve uma ideia prática, que resolveu o embaraço de ter que se lhes apresentar repetidamente e quase de improviso, em cima

da hora, mesmo que já houvesse enviado um currículo (normalmente sempre maior que o suscetível de ser lido numa apresentação normal). Mandou fazer uns cartões, como que de visita, mas com os traços essenciais que o caracterizariam, poupando assim definitivamente o trabalho aos apresentadores.

Ora, se o Senhor Candidato fosse convocado a fazer algo de semelhante, o que colocaria nessas breves linhas de um pequeno cartão de visita? Certamente Professor da Universidade de Coimbra, Professor da Faculdade de Economia, no plano institucional. Mas, definindo-se mais concretamente no plano epistemológico: Sociólogo? Sociólogo do Direito? Sociólogo político do Direito? Algo mais, algo de diverso?

Muito obrigado.

## **2 ARGUIÇÃO DO RELATÓRIO**

Ex.<sup>ma</sup> Senhora Presidente das Provas:

Renovo as saudações já anteriormente feitas. E os melhores votos para o candidato<sup>2</sup>.

Michel Foucault (2015, p. 13) relata que um texto de Kant se teria perdido entre Koenigsberg e Iena, mas depois reaparecerá na edição de Starke (1831a, 1831b). É com esse título que começo: *Von intellektuellen Lust und Unlust*.

A primeira observação a fazer a este Relatório (que seguindo a recomendação de Umberto Eco para as teses de doutoramento, dará, se assim o candidato vier a entender, material para um número indefinido de artigos e evidentemente um livro ou mais), é que ele é daquelas já raras peças académicas que pelo dever de ofício somos

<sup>2</sup> Pela necessidade de respeitar o curto tempo disponível houve pequenas omissões na leitura deste texto.



convocados a ler, estudar, meditar, contudo hoje propiciando um verdadeiro prazer (*Lust*) intelectual.

Certamente, o critério não será convocável em várias bitolas. E alguns até dirão que dele se deverá fugir, para manter a “castidade metódica” (recorde expressão de Vieira de Andrade) científica, fugindo dessas sereias e seus cantos. O científico deveria ser árido e esqualido (para invocar *pro domo* Piero Calamandrei – espera-se que não “negligenciado”, que era o terceiro atributo pelo grande processualista referido). O que ocorre com este Relatório é que, tendo abundância (até superabundância) de elementos de duro estudo (e *quod abundat non nocet*, em geral), deixa-nos muito esperançado com os rumos da Sociologia do Direito em Portugal.

É o fruto de muitos anos de labor sério, e também afigura-se-nos que seria impossível sem que a Universidade, o ensino, o estudo, fossem vocação, a grande vocação (e também a profissão, o labor, ofício), *Beruf*, do seu autor, para obviamente recordar Max Weber. Há muitos textos universitários que relevam do cansaço rotineiro e burocrático de quem parece escrevê-los para preencher um requisito. Não promanam de nenhuma vibração interior, de qualquer necessidade, muito menos de um imperativo. O Doutor Casimiro Ferreira, pelo contrário, *põe o que é no que faz* (mesmo no *mínimo*), para recordar aquele luminoso poema de Ricardo Reis: *Para ser grande sê inteiro*.

É efetivamente um trabalho muito completo, e em que o autor, longe de apresentar um texto inócuo, plácido, e como que máximo denominador comum aos potenciais membros do júri (que o candidato obviamente não conhecia), arriscou apresentar-se com o seu próprio perfil intelectual, dizer ao que vem na sua seara, com as suas referências e inspirações.

Obviamente, um júri isento não faz julgamentos sobre preferências dos candidatos, mas sobre a robustez das fontes, a arte

da composição própria, a inteligência e retórica dos argumentos na exposição. Pessoalmente, acho este Relatório de grande desenvoltura intelectual e interesse teórico e prático.

Desde já adiantado que considero o trabalho de grande mérito, gostaria que pudéssemos (ainda que muito brevemente, dado que o tempo é um *sutil inimigo que ataca fugindo*) conversar um pouco sobre alguns pontos do trabalho. Não deixarei de sublinhar que o farei com a minha própria circunstância de vocação e profissão: não como sociólogo (embora tenha sido *in nihilo tempore* professor de uma Licenciatura em Sociologia), e embora guarde ainda com muito carinho a estola académica do Instituto de Onãti, recebida das mãos do saudoso André-Jean Arnaud, na primeira cerimónia de imposição de insígnias, para que fui convidado, como se fosse um galardão *honoris causa*.

Focarei os seguintes pontos apenas, se o tempo me permitir: linguística e epistemologia, Estado e suas adjectivações, ativismo judicial, e direitos subjetivos e novos paradigmas.

E começo por questionar a própria ideia, conceito e noção de Direito, uma das questões em que juristas, filósofos do Direito e outros especialistas (desde logo sociólogos e antropólogos) parecem não confluir. Aludi vagamente a isso no meu livro **Direito e Justiça**: viagem à tribo dos Juristas. Cito esse trabalho apenas por causa do subtítulo. Este dissenso de base é muito interessante, porque parece que o Direito dos juristas não é o direito dos outros...

Há, desde logo, um sinal linguístico, mas também epistémico: não é o único a fazê-lo; mesmo juristas ditos “puros” o fazem. Mas, porque escreve “Direito” com minúscula, quando se refere à ciência ou arte do Direito, ou mesmo às Faculdades de Direito, que, salvo erro, têm nome oficial com maiúscula? Relembro um elegantíssimo (e subtil) artigo de Boaventura de Sousa Santos (em que, aliás, o Doutor Casimiro Ferreira é citado, assim como outros ilustres académicos

aqui presentes) que elas eram Faculdades *de apenas algum Direito*. Mas, mesmo assim, o eminente autor coloca ainda “Direito” em maiúscula, mesmo com toda a sonolência que lhe assaca. E sono é coisa perigosa, como sabemos desde Montesquieu, ou mesmo Goya. Está evidentemente recordado do artigo: é *Surge Bestia*, de março 1991, n.º 31 da “Revista Crítica de Ciências Sociais”. É o que se chama começar pelo começo. Prossigamos.

Os estudos daquelas a que alguns chamam, talvez, muito classicamente ainda, disciplinas jurídicas humanísticas, e em que a sociologia jurídica se integraria, tendem a ser, com o reforço do tecnicismo e do utilitarismo, proscritas ou liofilizadas nas Faculdades de Direito (apesar de alguns focos de resistência, talvez novas defesas de Numância). Ao ler, com o maior gosto, os vários diálogos que o autor estabelece, não posso deixar de me perguntar se não seria um exercício sociologicamente fecundo não se limitar a autores das grandes áreas da ciências sociais e afins e grandes nomes do “direito pensado” clássico, mas tentar fazer uma espécie de diálogo com o direito cotidiano, da doutrina mais concreta, essa que é, certamente, a mais usada pela jurisprudência. É que infelizmente, se se vai dizendo que já se verifica (ideia empírica, para que são necessários sociólogos) um divórcio entre as peças processuais e as metateorias de ramos de Direito mais elaborados teoricamente (como o penal e o constitucional), muito maior abismo separa o prático do Direito das pesquisas sociológicas. Do mesmo modo que há uma História da gente comum (ou “pouco importante”), talvez não fosse má ideia uma sociologia jurídica dos autores e dos agentes jurídicos comuns.

Vou pontualmente referir algumas páginas em que os problemas assomam, mas não serão, em geral, apenas essas... Por vezes, trata-se de questões recorrentes:

- página 83, n. 39. Teria gostado de maior abrangência no problema da teoria das fontes do Direito. Posso depois

remeter para alguns artigos, nomeadamente os mais recentes. Há alguns contributos em números atuais das revistas “Interesse Público” e “Opinião Jurídica”. Algo se passa também *du côté de chez les juristes*. Por exemplo, no Brasil, grande laboratório vivo do Direito “em transe”, para glosar Carlos Fino, ainda *pro domo*;

- página 88 *et passim*. Pergunto-me se não seria importante dar uma noção mais clara e contradistintiva, se for o caso, de Estado-Providência (lembro François Ewald), Estado de bem estar, Estado Social, etc. Em que medida se aproximam e se afastam? A Ideia de Estado Pós-Providência é sem dúvida pertinente. Há uma outra reflexão a fazer ainda, decerto: do mesmo modo que parece falida, para alguns a pós-modernidade, que acabou por ser uma modernidade tardia, agora (em alguns casos) com laivos de regresso às trevas mais que medievais (não injusticemos no seu todo a Idade Média das Catedrais, e da dilética das Sumas), será que se poderá falar em regresso ao Estado Social? Ao menos como projeto esperança (porque não é utopia, em rigor). Pessoalmente prefiro a ideia-força “Estado social” (de que trata também a finalizar), embora, para quem tem andado muito por essas águas, sinta alguma escassez de fontes;
- página 90. O ativismo judicial mereceria talvez mais desenvolvimento e reflexão, até porque é algo de meandroso e talvez com graus... que podem depois volver-se qualidades diferentes. E já há desconvertidos do ativismo... Vejamos em concreto a p. 92: tenho as maiores dúvidas se se poderá considerar que o Tribunal Constitucional português (de quem sempre fui defensor entusiasta, nomeadamente em artigos e um par de livros, nos tempos de maior dissenso institucional) é ou foi realmente “ativista”. Creio que se limitou a cumprir a Constituição, a bem interpretá-la em casos mais polémicos.

E houve até quem (como o Doutor Garcia Pereira) tenha considerado que, pelo menos pontualmente, teria ficado aquém disso. Tendo mesmo escrito um artigo em que chama à egrégia Corte “cadáver adiado”. Não partilho dessa perspectiva. Mas, ela apenas demonstra que é preciso afinar bem o conceito de ativismo. A tese de livre docência de Elival da Silva Ramos, no Brasil, parece muito interessante, assim como os diuturnos trabalhos de Lenio Luiz Streck, entre outros;

- página 242. A história dos direitos subjetivos mereceria ser mais escavada. Hoje, há a esperança, em alguns círculos, de que se supere o direito moderno burguês nominalista dos direitos subjetivos, do “aço frio das espadas” (citando Pascoaes), e com uma venda que começou por ser uma paródia (embora depois recuperada, como bem viu Radbruch), num direito fraterno, humanista, em que os Direitos Humanos, a mediação, a conciliação, etc., possam avultar. Um Direito desvendado e que estenda a mão ao outro... Para isso, desde logo a obra histórico-filosófica de Michel Villey é um dado inicial, e para a construção de um paradigma renovador, tendo como base, por exemplo, Regis Debray, além do clássico solidarismo, os novos contributos de Eligio Resta, Ayres Britto, Michelle Carducci, etc.

Como vetor emancipatório do Direito, que o é, tenho a esperança de que o Direito Fraterno Humanista, ainda a dar os primeiros passos, poderá vir um dia a integrar o seu relatório, quando ele vier a ser um vários livros...

Esteja à vontade para comentar *apenas* o que achar que *valha a pena* nestas minhas observações.

### 3 ARGUIÇÃO DA LIÇÃO<sup>3</sup>

Ex.<sup>ma</sup> Senhora Presidente do Júri destas Provas.

Nesta arguição, limitar-me-ei a algumas referências gerais. E a uma ou outra nota final sobre a exposição oral.

Não posso deixar de me recordar de dois livros: o primeiro, o fascinante **Sociologia da intervenção**, de Rémi Hess – cuja tradução portuguesa incentivei – em que algumas amarras epistémicas são quebradas, por um lado; e ainda um livro elementar de sociologia, editado creio pela MacGraw Hill (mas, não o asseguraria<sup>4</sup>), cuja referência me escapa, em que num teste para verificação de conhecimentos, logo numa das primeiras lições, parecia convidar-se implicitamente o estudante a não confundir sociologia e socialismo. Infelizmente, nos nossos tempos de muita confusão e muita desonestidade intelectual também, poderá sempre haver quem ache que estudos científicos (para mais de Sociologia, uma das disciplinas para alguns “maldita” e se possível a reduzir à expressão mais simples – ainda me lembro da saga resistente de Armando de Castro) sobre determinados temas e que não poderiam deixar de cientificamente chegar a certas conclusões são suspeitos, ou mesmo

<sup>3</sup> Regista-se o texto que inicialmente havia sido preparado, apenas com uma acomodação final ao facto de o candidato ter falado sem ler. A arguição, sem colocar de parte os aspetos mencionados neste texto, acabaria também por ser totalmente não lida. Infelizmente, parece que não ficou registo do que foi dito. Recordamos alguns tópicos apenas, sem preocupação de ordem ou concatenação: o trabalho sociológico de recolha de constituições por Aristóteles, na Grécia e Cartago; problemas de construção conceitual e de sociologias do conhecimento e da ciência; populismo e “eterno retorno” do fascismo; Raymond Aron, o intelectualismo e o “ópio dos intelectuais” e a XI tese sobre Feuerbach; separação de poderes em múltiplos níveis e as incompreensões sobre o legado de Montesquieu; a possível existência de um princípio maior de que derivem pontualmente os da reserva do possível e da proibição do retrocesso, etc..

<sup>4</sup> Encontramos um livro na *Internet* que poderia eventualmente corresponder a esse, mas no qual não encontramos essa questão. Porém, é uma nova edição, de muitas...

etiquetáveis. Recentemente, chegamos a notícia de que na própria Grécia há forças políticas poderosas que pretendem acabar com o próprio ensino da Filosofia.

Há uma ideia peregrina a pairar (quando não é um puro álibi político de amordaçamento intelectual) que desejaria purificar o ensino de sempre maléfica ideologia... Como se nisso não houvesse, desde logo, uma pesadíssima carga ideológica, antipluralista, antidemocrática e no limite anticientífica. Essa questão tem a ver com um problema que é velho no domínio do Direito, mas que seria interessante que os sociólogos (e até os psicólogos) apreciassem: o da purificação do Direito. É a questão clássica de Hans Kelsen, que tendo sido um génio constitucional, a quem devemos o modelo de controlo de constitucionalidade concentrado (e a tão interessante consideração dos Tribunais Constitucionais como “legisladores negativos”), na minha opinião, apesar dos seus esforços, deixou entrar pela janela do Estado o que queria fazer sair pela porta da purificação jurídica – para glosar a forma de uma conhecida fábula de La Fontaine. Ou seja, um problema de base, latente, preliminar, a toda a lição é mesmo o da divisão entre o político e o cientista (voltamos a Max Weber), à objetividade em ciências sociais (recordando o Nobel Gunnar Myrdall que o foi *ex aequo* com Hayek em 1974 – embora realmente, como se sabe, não seja rigorosamente um Nobel), e tudo o que envolve também da noção de Direito e do seu *Isolierung*, isolamento, autonomia.

Gostava que o candidato, com toda a sua bagagem teórica e o entusiasmo de quem acredita no que faz (e ao que julgo ainda crê no Mundo, nas suas potencialidades ao menos), nos justificasse rigorosamente que a lição que proferiu não é uma apologética ou um manifesto, mas a manifestação irrecusável do exercício do labor científico numa área que, por ser politicamente polémica, não está vedada por nenhum interdito nem tem nenhuma lepra epistémica que no-la vede. Assim estou persuadido. Como já estive, noutra ocasião, de que haveria zonas escorregadias a não levar (pelo menos em

estado bruto) para o terreno universitário, por exemplo por falta de fontes creíveis e abundância de juízos subjetivos e eventualmente até passionais. Mas não é o caso, que creio, pelo contrário, bastante límpido.

E trata-se de temática em que, de algum modo, já me aventurei também, ao distinguir as várias mentalidades e atitudes do constitucionalista, num esforço de estudo de “cultura constitucional”, por exemplo. Aliás, seria interessante, sob a égide da questão da “constituição real”, ponderar sobre que diálogo poderia haver entre “cultura constitucional” e “sociologia das constituições”. Sendo certo que desde já adianta crer que a via redentora de futuro será a da pós-disciplinaridade e não a peri-epistemologia (para glosar Gilles Lane) que anda às voltas com territorialidades e classificações disciplinares sem se adentrar pelos verdadeiros temas concretos que esperam estudo, para além das lunetas e das carteiras de trabalho ou especificidades de área de quem os analise.

O grande problema é que as preciosidades dos labores sociológicos (e o mesmo ocorre na filosofia jurídica, na antropologia jurídica, na história do direito) não encontram em geral eco na comunidade dos juristas (*il seto dei giuristi*, para lembrar os estudos de cultura jurídica de Giovanni Tarello). Nesse sentido, todos ganhamos muito com a superação das rígidas barreiras de *epistemai* (“esta é a minha área, aquela é a tua matéria, não entres no meu quintal – *ageometretos medeis eisito*”, diz ali no pórtico do edifício das Matemáticas) pós-disciplinaridade de Gonçal Mayos e dos seus seguidores.

Alguns livros meus (digo-o por simples comodidade) referem outros mundos bibliográficos, que podem abrir mais janelas. E mesmo alguns deles foram escritos no momento mais alto dos ataques anticonstitucionais em Portugal, e não escondem a sua *vis* polémica com os desconstitucionalizadores e afins, assim como encerram uma defesa do Tribunal Constitucional: **Direito Constitucional Geral, Direito Constitucional Anotado, Constituição & Política**,



## **Direitos Fundamentais:** Fundamentos e Direitos Sociais.

De entre alguns livros, uns jurídicos, outros não, que poderiam ter sido inspiradores, recordo Naomi Klein e a sua **Doutrina do choque**; Jean-Christophe Rufin, **La dictature libérale**, HEINE, Sophie, **Oser penser la gauche: pour un réformisme radical** (Bruxelas: Aden, 2010); ASKENAZI, Philippe *et al.* **Manifeste des économiste atterrés** (Paris: Les liens qui libèrent, 2010, trad. port., **Manifesto dos Economistas Aterrados: crise e dívida na Europa: 10 falsas evidências, 22 medidas para sair do impasse**, 2. ed. port., Lisboa: Actual, 2012); GÉNÉREUX, Jacques, **Nous, on peut!** manuel anticrise à l'usage du citoyen (ed. rev. e atualizada, 2012, da 1.<sup>a</sup> ed. 2011), e embora cite dois livros de Piketty, e este seja um coleção de artigos mais leves, **Podemos salvar a Europa** tem contributos interessantes... Mas, é evidente que uma bibliografia é uma escolha. E Bernard Pivot já contou quantos livros se pode ler durante uma vida, e são pouco mais de 2000, se não me engano.

Claro que não se pode falar de tudo. Mas, afigura-se-nos que o assalto anticonstitucional às Constituições (no sentido dos assaltos do boxe, não numa visão criminal) tem como pano de fundo de mentalidade e teoria a crença pós-moderna no fim das metanarrativas, e a lei de bronze ou de ferra TINA – *There is no alternative*.

Nesse sentido, as constituições do constitucionalismo moderno, do Estado Constitucional, tal como o definiu admiravelmente Peter Haeberle, seriam, como alguém disse, um “dinossauro vermelho”. E, portanto, obstáculos ditos ideológicos (ideologia, em certos socioletos, é sempre a ideologia do outro, não a nossa) ao pretense progresso. Em suma: na sociologia do constitucionalismo de crise talvez pudesse entrar este vetor de tentativa (em alguns casos com sucesso) de mudar as mentalidades para uma desvalorização e mesmo culpabilização das Constituições sociais pelos males de uma crise obviamente provocada precisamente (é uma forma de ver a questão: outras haverá) pela sua abstenção em matérias de regulação económica e financeira, e afins.

O Decano Georges Vedel dizia que o legislativo tem o lápis e o constitucional tem a borracha. É disso que se trata, afinal, e as situações de exceção ou de “estado de necessidade financeiro ou económico” não podem, como ocorre com o Estado de necessidade *tout court*, aliás, ferir certos limites, que no Brasil têm o belo nome de “cláusulas pétreas”. Será esta uma tese defensável, no contexto da sua análise?

Corria, no meu tempo por esta Universidade, uma *petite histoire* segundo a qual um grande professor da academia teria comentado que as provas de agregação teriam uma espécie de pecado original por serem normalmente lidas. E por o júri de antemão saber o que se ia ler... Quem sou eu para comentar as tradições? É claro que nem sequer o candidato teria tempo para ler uma lição com a extensão do texto apresentado... Mas, vejo com muito agrado que o tabu foi quebrado e o candidato (sem se afastar da temática de que nos deu conta por escrito) falou sem ler, e falou com muita propriedade e eloquência. Pelo que a partir de agora também farei a minha arguição, como se fora de improviso...

## REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michel. **Gênese e estrutura da antropologia de Kant**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015.

STARKE, Friedrich Christian. **Immanuel Kants anweisung zur menschen und welterkenntnis**. Leipzig, 1831a.

STARKE, Friedrich Christian. **Immanuel Kants densenkunde oder philosophische anthropologie**. Leipzig, 1831b.

*Recebido em: 2/12/2020*

*Aprovado em: 27/2/2021*



# O MARCO CIVIL DA *INTERNET* E A TUTELA CONSUMERISTA NO AMBIENTE VIRTUAL

*Ricardo Maurício Freire Soares*<sup>1</sup>

*George de Araújo Santos*<sup>2</sup>

## RESUMO

A Constituição Federal, no bojo do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu o mandamento no qual determinava a elaboração de uma lei infraconstitucional que regesse as relações de consumo. Por esta razão, desde a década de 90 os consumidores brasileiros se encontram amparados por um estatuto que os defende e representa. Contudo, as evoluções da sociedade trouxeram uma nova preocupação aos operadores do Direito: a necessidade de atualização do referido Código consumerista, de acordo com os novos usos e costumes. Desta necessidade, surgiu a Lei n.º 12.965, popularmente conhecida como Marco Civil da *Internet*,

<sup>1</sup> Advogado. Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza e pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Pós-Doutor e Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Mestrado/Doutorado). Professor da Faculdade Baiana de Direito e da Faculdade Ruy Barbosa. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Autor de diversas obras jurídicas. Endereço eletrônico: ric.mauricio@ig.com.br

<sup>2</sup> Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade Social da Bahia. Endereço eletrônico: georgearaujobr@gmail.com

que, dentre tantas incumbências, tem a função complementar de abarcar as relações consumeristas realizadas no ambiente virtual. A referida Lei avizinha a atuação do Direito junto à sociedade, uma vez que aproxima o ordenamento jurídico dos avanços sociais contemporâneos, promovendo a justiça social através de artigos específicos que garantem a proteção do consumidor, bem como a preservação de sua privacidade, garantia da liberdade de expressão e tratamento isonômico neste vasto espaço virtual. A rede, antes obscura e desconhecida, agora propicia um ambiente mais seguro e regulamentado, garantindo o seu uso em conformidade com os preceitos constitucionais e consumeristas. Dessa mudança resulta uma legislação consumerista adequada aos avanços tecnológicos e sociais.

**Palavras-Chave:** Direito do Consumidor. Marco Civil da Internet. Isonomia. Ordenamento Jurídico.

## ABSTRACT

The Federal Constitution, in the midst of the article 48 of the Transitional Constitutional provisions Act established the commandment on which determined the drafting of a law governing the infra-consumer relations. For this reason, since the Decade of 90 Brazilians consumers are protected by a statute that protects and represents them. However, the developments of society brought a new concern to jurists: the need for updating the code consumer, according to the new uses and customs. This need emerged from the law 12.965, popularly known as Marco Civil da Internet, which, among many duties, has the complementary role to encompass consumerist relations held in the virtual environment. The Law ahead the right next to the society, since the legal system of the contemporary social progress, promoting social justice through specific articles which guarantee the protection of the consumer, as well as the preservation of their privacy, guarantee of freedom of expression and isonomic treatment in this vast virtual space. The network, before dark and unknown, now provides a more guarded and regulated environment, guaranteeing the use in accordance with the constitutional and consumerist principles. This change results in a consumer legislation appropriate to the technological and social advances.

**Keywords:** Consumer law. Marco Civil da Internet. Equality. Law.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O Acesso à *Internet* como Dimensão do Exercício da Cidadania. 2.1 A Proteção aos Direitos Humanos e à Dignidade da Pessoa Humana. 3 O Código de Defesa do Consumidor como Lei Princiopiológica que Disciplina as Relações de Consumo. 3.1 O Reconhecimento do Princípio da Vulnerabilidade como Referência Inicial à Abordagem do Direito do Consumidor. 3.2 O Direito à Informação como Princípio Basilar das Relações de Consumo. 3.3 A Transposição do Limite de Atuação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor com o Advento do Marco Civil da Internet. 4 O Marco Civil e as Garantias dos Consumidores que Utilizam a *Internet*. 5 Considerações Finais. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é demonstrar – através da análise do texto constitucional e infraconstitucional – a relevância temática do direito do consumidor para o exercício da cidadania, sobretudo em uma sociedade cada vez mais conectada e informatizada.

Isto sucede porque, atualmente, as relações de consumo têm se tornado cada vez mais digitais, desde a realização de operações financeiras pelo *smartphone* ao redirecionamento, através de anúncios publicitários em perfis de redes sociais, a *sites* de comércio de produtos e serviços.

Diante de tais alterações, imperioso é estudar os principais aspectos que rodeiam e relacionam o direito do consumidor às peculiaridades do ambiente virtual, pelo que o presente trabalho abordará a proteção constitucional ratificada pela Lei de Consumo e desdobrada no Marco Civil da *Internet*.

## 2 O ACESSO À INTERNET COMO DIMENSÃO DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Para José Murilo de Carvalho (2008, p. 199), a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 redigiu e aprovou a Constituição mais

liberal e democrática que o país já teve, merecendo por isso o nome de Constituição Cidadã. A Carta Magna apresenta, em seu art. 1.º, II, a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito.

A preocupação constitucional de elevar a cidadania ao escalão de fundamento refletiu a necessidade de aproximar os governantes de seu povo, de modo a estabelecer uma relação mais estreita e consoante os interesses dos cidadãos que os elegem.

Conforme assevera Nunes (2011, p. 46), as normas constitucionais, além de ocuparem o ápice da “pirâmide jurídica”, caracterizam-se pela imperatividade inerente aos seus comandos, o que faz obrigar não somente as pessoas físicas e jurídicas, como também o próprio Estado. Todos têm obrigação quanto à sua observância integral.

Desta forma, é notório perceber que o ambiente virtual é uma ferramenta com elevado potencial democrático, pois propicia aos seus usuários a manifestação de opinião, o exercício do direito à educação, e o encurtamento das distâncias, de modo a possibilitar a integração e redução das desigualdades decorrentes das barreiras geográficas de um país de dimensões continentais.

Com efeito, para o empreendimento da cidadania dos direitos civis, políticos e sociais, o acesso à *internet* tem conferido aos indivíduos o seu efetivo exercício.

Neste diapasão, o Marco Regulatório da *Internet*, em seu art. 7.º, tratando dos direitos e garantias dos usuários, descreve o acesso à *internet* como essencial ao exercício da cidadania, assegurando aos usuários a regulamentação de direitos antes previstos de forma genérica no Código de Defesa do Consumidor.

A seu turno, percebe-se, ainda, a preocupação do legislador em assegurar a manutenção deste serviço quando veda descontinuidade do fornecimento de conexão à *internet*, salvo por débito decorrente da

sua utilização (art. 7.º, inciso IV). Aos consumidores, fica reservado o direito à eficaz prestação do serviço, quer dizer, a manutenção da qualidade contratada, e a suspensão do fornecimento da conexão só pode ser feita, portanto, nos casos em que o consumidor possua dívida com a empresa com a qual assumiu o compromisso.

Ao estabelecer normas que visam à manutenção da segurança e transparência do ambiente virtual, a Lei em comento destaca o seu viés protetivo, por apresentar uma série de mandamentos que se coadunam com o exercício da cidadania no ambiente virtual.

Exemplo disso, o Marco em questão determina, ainda, que o *direito à informação* deve ser preservado desde a contratação do serviço, de forma a garantir que estas sejam “claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade” (art. 7.º, VI).

As empresas devem manter:

**Art. 7.º [...]**

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

- a) justifiquem sua coleta;
- b) não sejam vedadas pela legislação; e
- c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

Posicionam-se neste mesmo sentido Antônio Herman Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Bessa (2017, p. 85), ao reconhecer:



Observa-se, também, que, de certa maneira, essas novas leis intervencionistas de função social vão ocasionar um renascimento da defesa da liberdade de contratar, da liberdade de escolha do parceiro contratual, através do novo dever de informação imposto ao fornecedor, para que o consumidor possa escolher o parceiro que melhor lhe convier, como, por exemplo, a informação em relação à presença de transgênicos nos alimentos. É o nascimento de um forte direito à informação.

O Marco Civil da *Internet* definiu, como condição para o pleno exercício do direito de acesso à *web*, “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.” (Lei 12.965, de 2014, art. 8.º). A necessidade de proteger a segurança e a privacidade de comunicação é uma das mais importantes alterações que a Lei apresenta, seja pela lacuna que o CDC deixou, seja pelo avanço dos meios de comunicação, que evoluem num ritmo mais ágil que o direito. O Código de Defesa do Consumidor assume, ainda, a função de regular e promover a defesa das relações de consumo realizadas na *rede*.

Insta salientar que a preocupação com o ambiente virtual é visível no CDC (art. 49), que já confere aos consumidores o *direito ao arrependimento* para as compras feitas na *web*, desde que seja respeitado o prazo de reflexão de sete dias, contados a partir da compra ou recebimento do produto ou contratação do serviço.

Conforme Tartuce e Neves (2017, p. 343), esse direito de arrependimento constitui um direito potestativo colocado à disposição do consumidor, contrapondo-se, portanto, a um estado de sujeição existente contra o fornecedor ou prestador, razão pela qual não há necessidade de justificativa durante o prazo de reflexão.

Por sua vez, o Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 175, de 2015, prevê, dentre outras, a alteração do art. 49 do CDC, para que passe a vigorar nos seguintes termos:

**Art. 49.** O consumidor poderá desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produto e serviço não for aferível ou testável satisfatoriamente no estabelecimento comercial.

[...]

§ 2.º O prazo disposto no caput será sempre garantido ao consumidor que efetivar a compra fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone, internet ou à domicílio, vedada qualquer exigência quanto a inviolabilidade do produto. (NR).

Deste modo, se aprovado nos exatos termos do Projeto, o art. 49 da Lei de Consumo permitiria ao consumidor a desistência do contrato quando não seja possível aferir ou testar o produto no estabelecimento comercial, bem como quando a compra do produto ou contratação do serviço seja feita através de telefone, *internet* ou a domicílio.

Isto sucede porque, na década de noventa, não se vislumbrava a hipótese de vendas através da *web* devido às limitações da época, embora existisse a celebração de contratos fora do estabelecimento comercial, a exemplo das vendas por catálogo, ou ainda as feitas por vendedores “de porta em porta”, ou aquelas por telefone, que adquiriram um novo formato ao longo dos anos.

Fato é que a expansão do direito ao arrependimento visa à extensão da possibilidade de desistência do contrato e dos seus efeitos para a contratação de bens e serviços dos quais não se pode mensurar a sua adequação ao uso diário, a exemplo de um sapato do qual não se experimentou, um aparelho de som do qual não se aferiu a potência ou um móvel cuja funcionalidade não tenha atendido àquela demanda específica.

Por derradeiro, verifica-se que a desistência independe da inviolabilidade do produto, justo porque é oportunizada aos consumidores a reflexão, isto é, um teste de experiência durante

sete dias após a compra ou contratação, para que posteriormente se conclua se aquele produto ou serviço é adequado para o uso individual do consumidor.

## 2.1 A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De acordo com as lições de Antônio Herman Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Bessa (2010, p. 32), segundo inteligência do art. 60, § 4.º, IV – cláusula pétrea – é de suma importância um direito estar incluído no rol dos Direitos Fundamentais e previsto expressamente em norma (e não somente implícito) na Constituição como um direito e garantia individual.

Percebe-se, pois, que o Direito do Consumidor é um direito e garantia individual (art. 5.º, XXXII, da CF/88) e é um Direito Fundamental, por se tratar de Direito Humano de nova geração ou dimensão positivado na Constituição.

Conforme leciona Miragem (2014, p. 50),

A importância deste exame se destaca, sobretudo quando existem situações específicas de aparente colisão destes direitos com outros, de fundamento jurídico diverso, como são exemplos as normas de proteção do consumidor e as exigências administrativas (inclusive veiculadas por intermédio de normas administrativas) da prestação de serviços públicos, ou mesmo a definição dos âmbitos de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor em relação às situações reguladas pelo Código Civil.

Os serviços públicos devem ser prestados de acordo com o que preconiza a Lei de Consumo, visando à eficiência. Para Nunes (2011, p. 150-151),

a eficiência é um *plus* necessário da adequação [...] Realmente, o serviço público só é eficiente se for adequado (p. ex., coleta de lixo seletiva, quando o consumidor tem como separar por pacotes o tipo de material a ser jogado fora), se for seguro (p. ex., transporte de passageiros em veículos controlados, inspecionados, com todos os itens mecânicos, elétricos etc. checados: freios, válvulas, combustível, etc.), e, ainda, se for contínuo (p. ex., a energia elétrica sem cessação de fornecimento, água e esgoto da mesma forma, gás, etc.).

Assim sendo, o não atendimento a algum desses critérios constitui vício do serviço e, dependendo do dano sofrido pelo consumidor, haverá também defeito.

Este é, por sinal, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOVAÇÃO RECURSAL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA N.º 283/STF. INCIDÊNCIA. DANO MORAL. SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE. VAGÃO LOTADO. NOVOS PASSAGEIROS. INGRESSO. FUNCIONÁRIOS DA ESTAÇÃO. AÇÃO TRUCULENTA. TRANSPORTE E EMBARQUE. CONDIÇÃO DEPLORÁVEL. CONDUTA VOLUNTÁRIA DA CONCESSIONÁRIA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INVIABILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. N.º 283/STF. VALOR INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. INADMISSIBILIDADE. CARÁTER PEDAGÓGICO E PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO. 1. [...] 4. A legislação (CDC, CC/2002 e Lei n.º 8.987/1995) determina que a prestação do serviço de transporte público deverá ser adequada, satisfazendo, dentre outras, as condições de regularidade, eficiência, segurança e cortesia. [...]. (REsp 1645744/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgamento em: 06 jun. 2017. Publicação: DJe 13 jun. 2017).

Efetivados após a Segunda Guerra Mundial nas democracias ocidentais, esses direitos são resultados de lutas históricas em prol da igualdade entre os sujeitos, quer seja no âmbito social, quer seja no âmbito jurídico. A segurança jurídica que proporciona igual partilha de direitos e atribuições permite não só uma relação equânime na forma de proteger e punir juridicamente o sujeito, seja ele um indivíduo virtuoso ou não, sob quaisquer enfoques (DI LORENZO, 2001, p. 194).

Na Constituição Federal de 1988, o consumidor foi reconhecido como sujeito de direitos, razão pela qual o art. 5.º, XXXII traz o *princípio constitucional da defesa do consumidor*, o art. 170 versa sobre o *princípio da ordem econômica*, e o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece o mandamento de criação de um Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Corroborando com este entendimento Nunes (2011, p. 62), para quem “a dignidade da pessoa humana é o último arcabouço da guarda dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional.”.

Daí se extrai a importância dos diplomas consumeristas que visem à minoração da diferença de poder existente na relação entre consumidores e fornecedores, por ser a pessoa humana o cerne do ordenamento jurídico e a sua proteção objetivo do texto constitucional.

### **3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO LEI PRINCIOLOGICA QUE DISCIPLINA AS RELAÇÕES DE CONSUMO**

O Direito do Consumidor está presente nas mais diversas relações diárias. Estacionamentos, bancos, planos de saúde, lojas de vestuário, supermercados, *shopping centers*, escolas, serviços de transporte, telefonia, água e esgoto estão regulamentados pela Lei

n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, elaborada em decorrência de um comando contido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que determinou, *in verbis*: “**Art. 48.** O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Merece tratamento especial o *princípio constitucional da defesa do consumidor*, que, conforme estabelece a Carta Magna (inciso XXXII do art. 5.º) visa ao aprimoramento dos valores jurídicos, uma vez que legitima conflitos entre perspectivas morais diferentes: de um lado, os interesses dos fornecedores; do outro, o consumidor vulnerável.

Esta fragilidade, vulnerabilidade ou hipossuficiência do consumidor nas relações tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) salienta o dever do Estado de promover a proteção e amparo devidos a esta expressiva parcela da população, respaldado na elevação da defesa do consumidor como *princípio da ordem econômica* pela Constituição Federal (inciso V do art. 170), através da Política Nacional das Relações de Consumo (Capítulo II do CDC), que “tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo [...]” (CDC, art. 4.º).

Conforme ensinamentos de Tartuce e Neves (2017, p. 4), o CDC se situa na especialidade, segunda parte da isonomia constitucional, retirada do *caput* do art. 5.º da Carta Magna.

O Direito de Consumir tornou-se necessidade vital para o ser humano do século XXI, em razão das avançadas estratégias de *marketing* e da oferta convidativa de produtos e serviços. Além disso, as pessoas atuais estão cada vez mais conectados ao novo mundo, que oferece uma vasta gama de mercadorias que se mostram essenciais

para o indivíduo. Todos são compradores, clientes, usuários, fregueses e dependentes das relações consumeristas, independente das diferenças étnico-sociais da nossa embarçada comunidade.

A lei principiológica que defende o consumidor e coíbe abusos nas relações de consumo não limitou a sua atuação somente no plano físico, quer dizer, não tutela apenas as relações estabelecidas entre consumidores que desejam adquirir produtos e serviços no plano concreto, mas também no ambiente virtual, ainda que sua atuação, em razão do dado momento histórico de sua elaboração – década de 90 –, careça de regulamentação específica no que tange a temas contemporâneos, a exemplo da utilização da *internet*.

De acordo com o magistério autorizado de Nunes (2011, p. 114),

para interpretar adequadamente o CDC, é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas são atreladas ao sistema de produção massificado, o que faz com que se deva privilegiar o coletivo e o difuso, levando-se em consideração que as relações jurídicas são fixadas de antemão e unilateralmente por uma das partes, que é o fornecedor.

Desta forma, de uma só vez são vinculados milhares de consumidores, o que deixa clarividente o rompimento com o direito privado tradicional.

Extrai-se, portanto, a necessidade da criação de uma nova lei visando a complementar o Código Consumerista, amparada nos avanços tecnológicos, com a preocupação de garantir direitos peculiares aos usuários da *internet* do Brasil, como a privacidade na navegação, tratamento isonômico aos usuários, “preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas” (Lei 12.965, de 2014, art. 3.º, inciso V).

### 3.1 O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE COMO REFERÊNCIA INICIAL À ABORDAGEM DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Segundo as lições de Cavalieri Filho (2014, p. 48), “as normas do CDC estão sistematizadas a partir da ideia de proteção de um determinado sujeito: o consumidor, por ser ele vulnerável.”

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor confere alguns direitos que o projeta a um patamar próximo ao dos fornecedores, objetivando o equilíbrio, quer dizer, a equidade entre as partes, consolidando a harmonia nas relações de consumo.

Em concordância com Tartuce e Neves (2017, p. 35), percebe-se que, “com a mitigação do modelo liberal da autonomia da vontade e a massificação dos contratos, há uma discrepância na discussão e aplicação das regras comerciais, o que justifica a presunção de vulnerabilidade, reconhecida como uma condição jurídica, pelo tratamento legal de produção.” Para o autor, tal presunção é absoluta.

Corroborando com este entendimento, para Nunes (2011, p. 174), “quando se fala em ‘escolha’ do consumidor, ela já nasce reduzida, já que este só pode optar por aquilo que já existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, por evidente, a obtenção de lucro”. Isso justifica, pois, o reconhecimento da vulnerabilidade como medida de realização da isonomia pretendida pela Carta Magna.

Tal reconhecimento não se dá apenas pela previsão legal em um diploma específico, mas pela adoção, por parte da jurisprudência, da vontade legislativa de proteção ao consumidor. Não basta, portanto, que um Código consumerista, por mais vanguardista ou protecionista que seja, aborde um problema isoladamente. É necessário, contudo, que sua aplicação seja coerente com a realidade social.



## A doutrina esclarece que

O crescimento da importância dos Tribunais se deu não somente no sentido quantitativo, mas também no sentido de que eles vêm, cada vez mais, se manifestando sobre questões políticas centrais para a sociedade, redesenhando os próprios papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (BARBOZA, 2014, p. 12).

Deste modo, é necessário que o reconhecimento deste princípio não perpassse apenas por uma interpretação gramatical ou literal, mas, contudo, por uma interpretação jurisprudencial.

Um caminho que direciona a esta proteção é estabilidade da jurisprudência, que, na visão de Marinoni (2014, p. 113-114) tal importância se dá em razão de que

a incerteza sobre a interpretação de um texto legal ou a respeito da solução de uma questão de direito dilui o sentimento de responsabilidade pessoal. Ninguém se sente responsável por uma conduta quando há dúvida acerca da sua ilicitude. Quando o próprio Estado mediante órgãos incumbidos de aplicar o direito, mostra-se inseguro e contraditório, ora afirmando uma coisa ora declarando outra, torna-se impossível desenvolver uma consciência social pautada no sentimento de responsabilidade ou no respeito ao direito. Uma vida pautada no direito, em que o sujeito responsável por suas condutas, pressupõe um direito identificável, que não deixe margem para dúvidas e, portanto, a justificativas pessoais absolutórias. Decisões contraditórias destituem o direito de autoridade, ou seja, negam ao direito a sua força intrínseca de estimular e evitar condutas e, dessa forma, a sua capacidade de fazer com que os homens se sintam responsáveis.

Esta preocupação está, pois, intrinsecamente ligada à segurança jurídica esperada quando se busca a tutela jurisdicional, já que, ocupantes de um patamar de vulnerabilidade, os consumidores

almejam um equilíbrio na balança de forças da relação de consumo a fim de que sejam resguardados seus direitos e cumprido o que determina a lei.

Ainda, na visão de Marinoni (2014, p. 120)

esse comportamento é reforçado porque o cidadão precisa ter a segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e têm o dever de aplicá-lo; segundo quer dizer ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades.

Para Neves (2017, p. 585), “entendida como poder, a jurisdição representa o poder estatal de interferir na esfera jurídica dos jurisdicionados, aplicando o direito objetivo ao caso concreto e resolvendo a crise jurídica que os envolve.”

Deveras, o reconhecimento deste princípio pelos tribunais fundamental para a efetividade da norma, e reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, no seguinte sentido:

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CORRETAGEM DE VALORES E TÍTULOS MOBILIÁRIOS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. - [...]. - É incabível retirar a condição de consumidor de uma determinada pessoa em razão da presunção de seu nível de discernimento comparado ao da média dos consumidores. - Impõe-se reconhecer a relação de consumo existente entre o contratante que visa a atender necessidades próprias e as sociedades que prestam de forma habitual e profissional o serviço de corretagem de valores e títulos mobiliários. - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1599535/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgamento em 14 mar. 2017. Publicação em DJe 21 mar. 2017).

À luz deste entendimento, percebe-se o reconhecimento da presunção de vulnerabilidade do consumidor, afastando o discernimento pressuposto, independente de quem ocupe esta posição na relação consumerista.

O *princípio da vulnerabilidade*, reconhecido no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 4.º, inciso I, é o marco inicial da Política Nacional das Relações de Consumo, e sua classificação se subdivide em três: *vulnerabilidade técnica*; *vulnerabilidade econômica*; e *vulnerabilidade jurídica*. Tal distinção mostra-se necessária para se compreender a necessidade da proteção do consumidor nas diferentes esferas do mercado capitalista.

A *vulnerabilidade técnica*, ao lume do Código de Defesa do Consumidor, consiste no desconhecimento das especificações técnicas daquele produto adquirido ou serviço utilizado por uma pessoa física ou jurídica como destinatário final (art. 2.º), fornecido por “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” (art. 3.º).

Respalda-se, pois, na impossibilidade de o consumidor ter conhecimento dos componentes técnicos e suas respectivas funcionalidades, ou seja, na hipossuficiência de mensurar se determinado aparelho, produto ou serviço atende aquilo que é esperado ou se, tecnicamente, satisfará ou não os fins desejados, ficando o mesmo sujeito aos imperativos do mercado.

Ainda que um consumidor ou outro detenha um elevado nível de conhecimento sobre os aspectos técnicos de um determinado

produto, certamente desconhecerá as mesmas características de outra marca ou outro produto similar, deixando esta incumbência de reconhecimento das características técnicas a cargo dos fornecedores.

Englobando a coletividade, em um cenário social de inúmeras faixas etárias, diferenças sociais e culturais, fica evidente a impossibilidade do conhecimento quase pericial, por parte do consumidor, dos pormenores de cada produto, ainda que o direito à informação não possa ser afastado.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça aborda a questão:

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. VÍCIO DO PRODUTO. REPARAÇÃO EM 30 DIAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO COMERCIANTE. 1. [...] 5. À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo. 6. À luz do princípio da boa-fé objetiva, se a inserção no mercado do produto com vício traz em si, inevitavelmente, um gasto adicional para a cadeia de consumo, esse gasto deve ser tido como insito ao risco da atividade, e não pode, em nenhuma hipótese, ser suportado pelo consumidor. Incidência dos princípios que regem a política nacional das relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade do consumidor (art. 4.º, I, do CDC) e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor (art. 4.º, V, do CDC), e observância do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele (art. 6.º, VI, do CDC). 7. [...] 8. Recurso especial desprovido. (REsp 1634851/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgamento em 12 set. 2017. Publicação em DJe 15 fev. 2018).

O elogiável julgado do Col. Superior Tribunal de Justiça reafirma a ideia de que o consumidor não possui a perícia ou capacidade técnica necessária para precisar a qualidade do produto ou serviço.

Conforme preleciona Cavalieri Filho (2014, p. 51), “é o fornecedor quem detém o monopólio do conhecimento e do controle sobre os mecanismos utilizados na cadeia produtiva, restando ao consumidor, pois, a confiança e boa-fé, no proceder honesto e leal do fornecedor, pelo que lhe deixa sensivelmente exposto nas relações consumeristas.”.

Por sua vez, considera-se *vulnerabilidade econômica* a diferença na estrutura organizacional econômica entre as partes envolvidas na relação de consumo. Na ampla maioria das vezes, as empresas são as detentoras da maior porcentagem do capital, estando os consumidores em posição desfavorecida também neste aspecto, uma vez que suas rendas representam pequena parcela dos lucros empresariais.

Essa disparidade de força acarreta, conforme assevera Soares (2009, p. 102), maiores pressões de um mercado que invade a própria privacidade do consumidor, tornando-o alvo de maciças técnicas publicitárias. Tais práticas retiram a oportunidade do consumo sustentável de produtos e serviços, criando necessidades artificiais de consumo o que origina, dentre outras consequências, o *superendividamento*, fenômeno que acontece quando o consumidor se torna incapaz de saldar as suas dívidas.

Também se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONSUMO INTERMEDIÁRIO. VULNERABILIDADE. FINALISMO APROFUNDADO. Não ostenta a qualidade de consumidor a pessoa física ou

jurídica que não é destinatária fática ou econômica do bem ou serviço, salvo se caracterizada a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor. [...]. Assim, tem se admitido que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4.º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). [...]. Precedentes citados: REsp 1.196.951-PI, DJe 9 abr. 2012, e REsp 1.027.165-ES, DJe 14 jun. 2011. REsp 1.195.642-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13 nov. 2012.

O posicionamento da Ministra Nancy Andrighi reflete o viés protecionista do Códex consumerista, pelo que não se pode negar que há a efetiva e notória necessidade de proteção daqueles que são desiguais sob a égide econômica.

Conforme sustentado por Marinoni (2014, p. 96-97), se comparados com os litigantes habituais, os litigantes eventuais – os consumidores individuais que apenas em eventuais situações recorrem ao Judiciário – não possuem qualquer possibilidade de reverter a decisão desfavorável aos seus direitos. Ou seja, o litigante eventual não possui o aparato financeiro que viabiliza ao litigante habitual recorrer e buscar uma decisão favorável aos seus interesses.

Por derradeiro, pode-se conceituar *vulnerabilidade jurídica* como a fragilidade de acessar e garantir seus direitos enquanto consumidores. É sabido que os maiores escritórios e consultores jurídicos do país trabalham assessorando grandes empresas, restando ao consumidor, muitas vezes, o desconhecimento sobre

determinado direito ou a dificuldade para garantir o cumprimento daquela obrigação imposta ao fornecedor, razão pela qual o Código de Defesa do Consumidor reconhece a vulnerabilidade e permite o acesso aos órgãos judiciários e administrativos (inciso VII do art. 6.º), e a concessão da assistência judiciária gratuita é a forma mais evidente de assegurar o direito ao acesso à Justiça.

Nas lições de Soares (2009, p. 103), pode-se notar o reconhecimento desta vulnerabilidade quando os agentes econômicos se valem dos contratos de massa, que primam pela complexidade, tecnicidade e falta de transparência, o que dificulta a interpretação das suas cláusulas por parte dos consumidores, em especial quando se fala em *hipervulneráveis*, a exemplo de idosos – que merecem atenção e tratamento diferenciado pela Lei de Consumo e legislação correlata. Mas não é só.

Para Cavalieri Filho (2014, p. 52), tal vulnerabilidade existe por causa da

da falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos, inclusive no que respeita a quem recorrer ou reclamar; à falta de assistência jurídica em juízo ou fora dele; à dificuldade de acesso à Justiça; à impossibilidade de aguardar a demorada e longa tramitação de um processo judicial.

É bem verdade que está nas mãos dos fornecedores os meios econômicos para arcar com as despesas processuais, deixando o consumidor em notório patamar de desigualdade.

Mais recente que a *internet*, o Código de Defesa do Consumidor não se afastou dos avanços pós-industriais que surgiram após a tecnologia, que foi implantada no Brasil em 1987 e tutelou, ainda de que forma ampla, os direitos nas relações consumeristas realizadas fora dos estabelecimentos comerciais – a exemplo do direito ao arrependimento (art. 49) –, o que já evidenciava a

necessidade de medrar a proteção no campo virtual.

Neste diapasão, Bessa e Moura (2010, p. 38) defendem que,

com o advento da rede mundial de computadores (internet: ambiente eletrônico de relacionamento social, econômico e cultural cujo acesso de seus usuários dá-se pela utilização de computadores a ela conectada), há, por exemplo, inúmeros consumidores adquirindo produtos e serviços a partir de um computador, em um ambiente mais complexo, que expõe a privacidade do consumidor e, muitas vezes, limita as informações necessárias para o exercício de uma escolha livre e consciente.

Este novo modo de consumir, cada vez mais voltado ao ambiente virtual, no qual se pode rapidamente pesquisar descontos e comparar preços, aliado à comodidade de se adquirir um bem a qualquer tempo e em qualquer lugar, torna a *internet* convidativa e tentadora para os consumidores, de modo que a proteção da rede tem se tornado essencial para a garantia daqueles direitos até então existentes somente no plano concreto.

### 3.2 O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO PRINCÍPIO BASILAR DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

É imprescindível, para a celebração de qualquer vínculo de consumo, o *direito à informação*, este que está incorporado diretamente ao *princípio da transparência*, conforme estabelece o Código de Defesa do Consumidor, e consiste na obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade prévia de tomar conhecimento dos produtos e serviços disponíveis no mercado, de forma a propiciar ciência plena daquilo que está sendo adquirido, além do conteúdo do contrato de consumo.

O *direito à informação* não pode ser afastado de qualquer relação jurídica de consumo, desde antes de essa ser celebrada,



uma vez que “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;” é tutelada pela Lei de Consumo (art. 6.º, inciso IV), podendo haver infrações, também, a consumidores que ainda não efetuaram o negócio jurídico através da compra e venda, mas que sofreram abusos por imperfeição na prestação da informação adequada, clara e precisa, mesmo antes da celebração deste contrato.

De acordo com o posicionamento de Nunes (2011, p. 181), ao definir “Dever de informar”, como sendo uma das obrigações do fornecedor de produto ou serviço, completa: “com efeito, na sistemática implantada pelo CDC, o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos, preços e etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões.” (arts. 6.º, II, e 31 do CDC).

Com efeito, é possível observar, de acordo com as lições de Cavalieri Filho (2014), p. 103) que tal garantia “tem por finalidade garantir ao consumidor o exercício de outro direito ainda mais importante, que é o de escolher conscientemente.”.

O *direito à informação*, como balizador do Código de Defesa do Consumidor, conforme assinala Guimarães (2002, folhas 1),

é princípio (art. 4.º, inciso IV); é direito básico do consumidor (arts. 6.º, III, e 43); é dever do fornecedor (arts. 8.º, parágrafo único, 31 e 52); é dever do Estado e seus órgãos (arts. 10, § 3.º, 55, §§ 1.º e 4.º, 106, IV); responsabiliza (arts. 12 e 14); obriga (art. 30); é proibida se ilícita (art. 37, §§ 1.º a 3.º); inverte o ônus da prova (art. 38); tipifica crime se omitida (arts. 66, 72 e 73).

Deveras, a informação constitui direito básico do consumidor, devendo ser prestada no momento da contratação, ou até mesmo

antes do início da relação, conforme estabelece a redação do art. 31 do CDC, estando de acordo com a capacidade de percepção e entendimento do consumidor.

O Código também estabelece que qualquer publicidade enganosa (§ 1.º do art. 37) ou abusiva (§ 2.º do art. 37) deve ser coibida e o fornecedor que “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;” (art. 39, inciso IV) está suscetível à adoção das medidas administrativas cabíveis.

### 3.3 A TRANSPOSIÇÃO DO LIMITE DE ATUAÇÃO DO CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COM O ADVENTO DO MARCO CIVIL DA *INTERNET*

A utilização da *internet* é democrática, não exigindo a autorização para seu uso, que deve ser livre para o acesso dos múltiplos conteúdos oferecidos pelas diferentes faixas etárias, étnicas e culturais.

Antes mesmo do advento do Marco Regulatório da Internet, outros diplomas legais versaram sobre a proteção no ambiente virtual. Na seara penal, a Lei n.º 12.737, de 2012, popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann, introduziu três tipos penais específicos envolvendo crimes informáticos: i) invasão de dispositivo informático alheio (artigo 154-A do Código Penal); ii) interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública (artigo 266, §§ 1º e 2º do Código Penal); e iii) falsificação de cartão de crédito ou débito (artigo 298 do Código Penal).

Posteriormente, o Decreto n.º 7.962 de 2013, regulamentou o Código de Defesa do Consumidor, em menor escala que o Marco Civil da *Internet*, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

O referido diploma trouxe, ainda diversos esclarecimentos sobre atendimento ao consumidor em relação às compras realizadas pela *web*, além do direito de arrependimento em comércio eletrônico. E abordou, inclusive, detalhes acerca das compras coletivas.

Outrossim, até a criação da Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014, nenhum outro dispositivo legal cumpria, com rigor, o papel de regulamentar, bem como estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários de *internet* no Brasil, seja para consumidores, fornecedores e demais usuários deste serviço.

Acerca da proteção dos dados pessoais, cumpre examinar a colocação do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. [...]. 4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. 5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca. [...] 9. Recursos especiais parcialmente providos. (REsp 1660168/RJ, Rel. Ministra Nancy

Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma. Julgamento em: 8 maio 2018. Publicação em DJe 5 jun. 2018).

O Marco Civil, além de disciplinar o uso da *internet* no Brasil, tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, defendida pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5.º, IX. Desta forma, notou-se a preocupação do legislador em criar um diploma legal em conformidade com a Carta Magna, obedecendo aos princípios constitucionais.

#### **4 O MARCO CIVIL E AS GARANTIAS DOS CONSUMIDORES QUE UTILIZAM A *INTERNET***

Além de primar pela isonomia, premissa defendida pela Constituição Federal (art. 5.º), o referido diploma visa à garantia da qualidade do acesso e privacidade aos usuários. Além disso, o Marco Civil da *Internet*, em seu art. 2.º, estabelece como fundamento do uso da *internet* no Brasil “a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor” (inciso V), além da “finalidade social da rede” (inciso VI). O diploma não poderia se abster de reconhecer “os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais” (art. 2.º, inciso II).

Ademais, cumpre anotar que o Marco Regulatório em questão não visa à substituição da Lei de Consumo, mas, frise-se, o seu complemento. Isto é, a regulação do ambiente virtual segundo normas específicas que ratificam a aplicação do CDC na *web*.

Nota-se que a Lei n.º 12.965, de 2014, está respaldada nos princípios:

**Art. 3.º [...]**

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

- II - proteção da privacidade;
  - III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
  - IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;
  - V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
  - VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
  - VII - preservação da natureza participativa da rede;
  - VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.
- [...]

O *princípio da proteção da privacidade* versa sobre a preservação dos dados fornecidos pelos consumidores ao realizarem qualquer atividade na *internet*, ainda que não se trate de uma relação de consumo, como, por exemplo, o acesso a uma rede social ou a uma determinada pesquisa. Ao fazer uma busca, os *sites* utilizam *cookies*, que servem para identificar e armazenar informações sobre o usuário ao acessar o sítio eletrônico. Não raro, muitas vezes, ao procurar por uma peça de vestuário na *web*, por exemplo, diversas empresas fornecem anúncios num volume desenfreado de propagandas convidativas para determinada loja. Ao fim das buscas, ainda é possível identificar as mesmas ofertas em vários *sites* diferentes, ainda que não se tenha desejado aquela publicidade.

Isso acontece, principalmente, com os assinantes de redes sociais, que fornecem seus dados involuntariamente ao acessar as plataformas para os mais diferentes fins. As informações de busca são armazenadas e, posteriormente, as atividades de navegação são fornecidas para a veiculação de oferta de produtos e serviços em endereços da *web*.

Neste sentido, entende-se, portanto, que o consumidor tem direito à preservação das informações depositadas no ambiente virtual, que não devem, sem a devida autorização prévia, ser compartilhadas

a terceiros, coibindo, portanto, a prática de propaganda dirigida, ainda que o serviço utilizado seja gratuito.

Outra questão relacionada ao direito à privacidade versa sobre a divulgação, através de terceiros, de conteúdo indevido em sítios eletrônicos, a exemplo da divulgação de fotos íntimas, conteúdos pornográficos ou qualquer outro fato que desabone direitos de personalidade.

Acerca do tema, além do ilícito penal previsto no art. 218-C do Código Penal, inserto a partir da Lei n.º 13.718, de 24 de setembro de 2018, há também a possibilidade de reparação destes danos no âmbito civil.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETIRADA DE CONTEÚDO ILEGAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. IMPOSSIBILIDADE. RETIRADA DE URLS DOS RESULTADOS DE BUSCA. POSSIBILIDADE. EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. DIREITOS DE PERSONALIDADE. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. GRAVE LESÃO. 1. [...]. 4. A atividade dos provedores de busca, por si própria, pode causar prejuízos a direitos de personalidade, em razão da capacidade de limitar ou induzir o acesso a determinados conteúdos. 5. Como medida de urgência, é possível se determinar que os provedores de busca retirem determinados conteúdos expressamente indicados pelos localizadores únicos (URLs) dos resultados das buscas efetuadas pelos usuários, especialmente em situações que: (i) a rápida disseminação da informação possa agravar prejuízos à pessoa; e (ii) a remoção do conteúdo na origem possa necessitar de mais tempo que o necessário para se estabelecer a devida proteção à personalidade da pessoa exposta. 6. Mesmo em tutela de urgência, os provedores de busca não podem ser obrigados a executar monitoramento prévio das informações que constam nos resultados das pesquisas. 7. A “exposição pornográfica não consentida”, da qual a “pornografia de vingança” é uma espécie,

constituiu uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis. 8. A única exceção à reserva de jurisdição para a retirada de conteúdo infringente da internet, prevista na Lei 12.965/2014, está relacionada a “vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”, conforme disposto em seu art. 21 (“provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo”). Nessas circunstâncias, o provedor passa a ser subsidiariamente responsável a partir da notificação extrajudicial formulada pelo particular interessado na remoção desse conteúdo, e não a partir da ordem judicial com esse comando. 9. Na hipótese em julgamento, a adolescente foi vítima de “exposição pornográfica não consentida” e, assim, é cabível para sua proteção a ordem de exclusão de conteúdos (indicados por URL) dos resultados de pesquisas feitas pelos provedores de busca, por meio de antecipação de tutela. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (REsp 1.679.465/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma. Julgamento em: 13 mar. 2018. Publicação em DJe 19 mar. 2018).

No caso vertente, foi determinado, em caráter de urgência, a retirada do conteúdo através do provedor de busca demandado tendo em vista o potencial lesivo da rápida disseminação das imagens na rede, com fulcro na preservação à privacidade da pessoa exposta.

O posicionamento da Corte está em consonância com o art. 21 do Marco Regulatório da *Internet*, que determina, *in verbis*:

**Art. 21.** O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens,

de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

**Parágrafo único.** A notificação prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Destarte, a responsabilidade do provedor de buscar é subsidiária a partir da notificação extrajudicial. Isso porque, de acordo com a interpretação infraconstitucional do referido diploma, resta comprovada a impossibilidade dos provedores de busca de realizarem controle sobre todo e qualquer conteúdo, sob pena de caracterização de censura, o que transfere ao ofendido o dever de notificar, ainda que extrajudicialmente, acerca da violação.

Outro aspecto importante é a *preservação dos dados pessoais* de cada consumidor. Ao realizar uma compra, é necessário fornecer dados pessoais (RG, CPF, endereço, etc.) para a consolidação do negócio jurídico em sítios eletrônicos, por vezes desconhecidos.

Com efeito, a proteção destes dados é de responsabilidade dos fornecedores, que devem armazenar e utilizar estas informações somente para fins devidos, de forma a não comprometer a segurança dos consumidores nesta e nas demais transações feitas na *web*, como se extrai deste valioso julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO ELETRÔNICO E RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PROVEDOR DE BUSCA NA INTERNET SEM CONTROLE PRÉVIO DE CONTEÚDO. NOTIFICAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA CARACTERIZADA. DEVER DE INDENIZAR



CONFIGURADO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...]. 3. Haverá responsabilidade subjetiva do provedor de busca, quando: I) ao ser adequadamente comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; II) não mantiver um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, após receber o URL, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato. 4. [...]. 6. No caso, o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), não é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pela agravada, decorrentes do perfil falso criado em seu nome. 7. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 681.413/PR, Rel. Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgamento em: 8 mar. 2016. Publicação em DJe 17 mar. 2016).

O caso referido, além de reafirmar a responsabilidade subjetiva dos provedores de *internet* nas hipóteses previstas em lei, como é cediço nos demais julgados trazidos a exame, nota-se que o Col. Superior Tribunal de Justiça tem interpretado o Marco Regulatório da *Web* como instrumento de proteção dos dados pessoais.

Deveras, a preocupação do legislador na preservação de dados pessoais está expressamente prevista na Lei n.º 12.965, de 2014, art. 3.º, inciso III. E o seu fornecimento a terceiros, sem prévia autorização, é vedada (art. 7.º, VII), bem como tais informações devem ser protegidas (art. 7.º, VIII), somente podendo ser utilizadas nas hipóteses legais.

Outrossim, se a esfera preventiva não tiver sido suficiente para coibir a divulgação das informações dos consumidores, a medida assecuratória para preservação dessa garantia é a exclusão definitiva de tais informações, mediante requerimento do consumidor ofendido, o que deve ser feito a partir da notificação extrajudicial (art. 7.º, X) e vem sendo adotado pelo STJ.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o Código de Defesa do Consumidor seja um avançado estatuto de normas principiológicas que regulamentam as relações de consumo, as inovações tecnológicas pós-industriais enfatizaram a necessidade da proteção dos usuários no ambiente virtual. No ordenamento jurídico pátrio, o Marco Civil da *Internet* serviu para tutelar o uso desta ferramenta, que carecia de um conjunto de normas capazes de estabelecer direitos, garantias e princípios.

Além disso, cumpre a missão de reafirmar a liberdade de expressão prevista na Constituição Federal de 1988, o uso da web como forma de promoção à cidadania e a proteção dos usuários do incógnito mundo virtual, onde terceiros se aproveitavam do anonimato e obscuridade da rede para a prática de ilícitos nos mais diferentes ramos do direito.

O Código de Defesa do Consumidor, em razão da sua generalidade, apesar de prever em seu texto pequena parcela de proteção aos usuários deste serviço, ainda se mostrava insuficiente para a eficaz proteção e reparação de danos no mercado de consumo virtual, razão pela qual o Marco Civil da *Internet* caminha ao seu lado na defesa dos interesses da coletividade que demanda. Isso, em um ritmo crescente, a *web* para a solução de grande parcela das suas necessidades, tornando-a, muitas vezes, a primeira alternativa para a pesquisa e celebração de contratos de consumo, devido à sua praticidade e funcionalidade.

Em tramitação no Senado, o PLS n.º 175 de 2015 sugere uma série de mudanças no diploma consumerista, inclusive no art. 49, que atualmente trata do direito ao arrependimento.

No texto original, o referido Projeto visa a possibilitar a desistência do contrato quando não seja possível aferir ou testar a funcionalidade do produto no estabelecimento comercial ou, ainda, quando a contratação do produto ou serviço se dê fora do

estabelecimento comercial, a exemplo de vendas por telefone, a domicílio ou internet, mantido o prazo de sete dias.

Tal alteração implica positiva e satisfatoriamente nas relações de consumo atuais, pois expande o limite de alcance do referido diploma legal para abarcar situações lacunosas não abordadas pelo CDC até então, pelo que se percebe a evolução da norma ao ritmo de consumo que vem sendo adotado por uma sociedade cada vez mais conectada e adepta ao mundo virtual, onde praticidade e funcionalidade se encontram.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Márcia Jakeline de. O contraditório em Luhmann: reflexões sobre a participação das partes, igualdade e precedentes. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil)– Centro de Estudos Jurídicos Prof. Luiz Carlos, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo. **Manual de direito do consumidor**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA; Walter José Faiad. **Manual do direito do consumidor**. 3. ed. Brasília: SDE / DPDC / Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a

proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990, retificado no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2007.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 dez. 2012.

BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 abr. 2014.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI LORENZO, Wambert Gomes. Abertura da constituição: direito & justiça. In: **Revista da Faculdade de Direito da PUCRS**, Porto Alegre, ano 23, v. 24, n.º 2, jul.-dez. 2001.

GUIMARÃES, Simone de Almeida Bastos. O direito à informação e os princípios gerais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1.º nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3362>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

LÓPEZ, Luis Guerra. Concepto de derechos humanos y problemas actuales: derechos y libertades. In: **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, año 1, n.º 1, feb.-oct. 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos da teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

*Recebido em: 27/11/2020*

*Aprovado em: 11/1/2021*

# A TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS E O SOCIALISMO ATUALIZADO DE HONNETH: CRÍTICA E CONTRAPONTO AO NEOLIBERALISMO

*Richardson Xavier Brant<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** Justiça como Equidade em Rawls. Desafios e a Tarefa de *Uma Teoria da Justiça*. Doutrina Neoliberal e sua Rejeição ao Intervencionismo do Estado. A Intervenção Necessária do Estado do Bem-estar: o Contraponto à Teoria Tiberal. Véu da Ignorância como Artificio que Permite a Neutralidade dos Interesses. Teoria da Justiça como Equidade: a Prevalência da Liberdade Individual e a Compreensão do Político pelo Liberalismo. Honneth e a Perspectiva do Socialismo: as Escalas da Emancipação da Dominação. Referências.

Este texto pretende discutir algumas características do Estado liberal tratadas na obra de John Rawls. Passa-se pela compreensão do Estado no liberalismo clássico, no neoliberalismo e depois ao exame de alguns pontos da revisão teórica do socialismo feita por Axel

<sup>1</sup> Juiz de Direito (no Estado de Minas Gerais) da Vara de Execuções Penais e Inquéritos, Sexta Região do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMF). Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Doutorando em Desenvolvimento Social. Professor na Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). e-mail: richardson\_brant@unimontes.br

Honneth. São abordados alguns aspectos da teoria neoliberal acerca do papel do Estado, principalmente a abstenção no implemento de políticas públicas intervencionistas, no objetivo de correção de desigualdades sociais. Na obra de John Rawls, especificamente em *Uma teoria da justiça*, busca-se identificar as bases da proposta de um Estado interventor cuja virtude maior seria promover um ideal de justiça como equidade. Nessa proposta, para além da busca de equilíbrio entre igualdade e liberdade de todos os cidadãos, e uma distribuição equânime de bens públicos primários, seria tarefa do Estado assumir o objetivo de distribuir os bens primários de maneira desigual como medida para compensar os menos favorecidos.

Em crítica e ponderação de alternativas, buscam-se nas formulações de Axel Honneth sobre reconhecimento e liberdade social, em esforço de atualização do Socialismo, os pontos mais relevantes a serem superados. Encontra-se na ideia de liberdade social, em três campos: uma participação e distribuição mais simétrica no espaço da economia, conciliada com a luta por reconhecimento nas relações sociais e uma afetividade maior nas relações familiares.

A discussão sobre a intervenção do Estado na implementação de políticas sociais, para correção de desigualdades, constitui parte relevante do debate na Filosofia Política. A conjugação dos valores da liberdade e da igualdade, na linha das tradições do liberalismo e do republicanismo, aparece com arranjos institucionais e teóricos variados.

No liberalismo, sobretudo nas formulações neoliberais, há a exacerbação do valor liberdade na linha da tradição anglo-saxônica e norte-americana. A resistência à intervenção do Estado está ancorada na própria história das instituições jurídicas e políticas anglo-saxônicas. O argumento da sacralidade do espaço do indivíduo, de sua integridade física, torna também inviolável o direito de propriedade, o resguardo da segurança e da esfera que protege o campo da autonomia privada.

No interior desta tradição liberal, nota-se rejeição ao intervencionismo do Estado, em luta contra o autoritarismo que se reconhece na atividade estatal que extrapola a garantia de segurança, do direito de propriedade e das liberdades civis. Tem como legítima, tão somente, a autonomia do indivíduo e de suas necessárias filiações, para autodeterminação e realização de um projeto livre de vida boa. Imuniza-se este espaço contra uma atuação do Estado que se qualifica como indesejada, até invasiva.

A inviolabilidade da liberdade do indivíduo, nessa tradição chamada “liberdade dos modernos”, constitui-se como garantia das liberdades públicas e das limitações aos abusos da monarquia anglo-saxônica que remonta aos antecedentes históricos da Magna Carta (1215).

Na tradição do republicanismo, figura com proeminência o valor igualdade, ganhando estatura superior a soberania popular. Aparece o caráter público do cidadão do Estado. Isso nasce da compreensão de que a construção de uma comunidade passa pela participação dos cidadãos e da contribuição, forjada no espaço público, para realização dos fins e objetivos postos como fundantes de um projeto ético-político de convivência.

Na teorização de Rousseau, a vontade geral seria o fator de coesão e conservação da unidade. Qualquer vantagem de um sobre outro parceiro significa indesejada desigualdade, sobretudo pelo risco de ruptura dos laços sociais. No contexto da soberania do povo, toda desigualdade seria odiosa, porque significaria privilégios injustificados. A “liberdade dos antigos”, na expressão célebre de Constant, contempla os vínculos de coesão que constituem o político. Os laços entre cidadãos favoreceriam o culto da solidariedade, livres e iguais no respeito e consideração. Esse sentimento recíproco, leva à condenação de toda situação de desigualdade como injusta, que inspira correção.



Nos últimos anos no Brasil, a atuação do Estado e a discussão dos limites de suas tarefas têm sido embaladas na corrente destas duas formas de tradição da filosofia política. As ondas da vaga neoliberal influenciaram a adoção de recomendações do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial, na contenção do gasto público, na adoção de uma política monetária mais austera e de ampla abertura do mercado interno à concorrência internacional. A reforma do Estado, adaptando-o num Estado mínimo, ganha espaço e molda um peculiar modelo de Estado regulador, que se retira de algumas atividades ou que reduz, em muito, sua intervenção. Os investimentos em educação, saúde e assistência social são reduzidos.

Em polo oposto, outra linha de direcionamento na política-econômica tem defendido e implementado maior intervenção do Estado, mais investimentos nos serviços básicos de educação, saúde e assistência social. Defende-se, principalmente, investimentos em políticas públicas que possam melhorar a distribuição de renda, atenuando as acentuadas condições de miséria, pobreza e as desigualdades. O Estado assumiria a tarefa de compensar as situações de desigualdade na distribuição assimétrica de poder, recursos e oportunidades, reconhecidos como efeitos colaterais de relações de produção capitalistas.

Ainda que o regime de produção e distribuição de bens continue capitalista, com as tendências de concentração de renda e propriedade, em desigualdades próprias deste sistema, a viabilidade da social-democracia asseguraria uma “face mais humana”. O Estado aparece, ainda que de modo complementar e compensatório, como promotor da dignidade e da igualdade, passando a garantir também direitos sociais, melhores condições de trabalho, renda mínima que salve alguns cidadãos da extrema privação. Evitar-se-ia a degradação de condições de vida. Intervenção, em suma, para garantir um mínimo existencial para todos e corrigir – ainda que parcialmente – flagrantes injustiças sociais de falta de distribuição e de reconhecimento.

É nesse cenário de embates entre visões de mundo e posições ideológicas contrastantes, de crise econômica, social e ética, que se propõe a estudar aspectos das obras de John Rawls e de Axel Honneth, traduzindo entusiasmo e crença nos benefícios do combate à pobreza, miséria e desigualdade. A reflexão sobre intervenção do Estado, nesse momento de grave crise institucional, afigura-se oportuna. Não se pode tolerar mais o absentismo, muito menos atuação do Estado em favor de alguns interesses hegemônicos, sobretudo na aplicação de recursos públicos. Partilha-se a percepção de que o flagelo da pobreza representa uma realidade inaceitável para qualquer sociedade, porque vulnera a base constitutiva da vida humana e representa a perda do potencial de existir e de atuar das pessoas. (Comité Técnico para la Medición de la Pobreza, 2005).

Inicia-se com uma nota biográfica sobre John Rawls e da extensão de sua obra. Depois, cuida-se das tarefas assumidas pelo autor de *Uma teoria da justiça*. Confronta-se a posição filosófica de Rawls com os autores utilitaristas, com base nas formulações de Jeremy Bentham (1748-1832).

Na abordagem proposta, procura-se destacar a distinção da teoria de Rawls em relação aos postulados da teoria neoliberal, principalmente nas formulações conhecidas de Friedrich Hayek, Milton Friedman e Ludwig Von Mises<sup>2</sup>. Pontua-se a posição de cada um deles em relação à rejeição da intervenção do Estado.

Trata-se depois, para uma crítica amena<sup>3</sup> da compreensão do papel do Estado na obra de Rawls, do que constitui o véu da

<sup>2</sup> Não coube no objetivo modesto deste estudo mostrar a relevante contribuição crítica de Robert Nozick à teoria da Justiça como equidade. Para o acesso a uma pesquisa clara sobre as diferenças entre os autores remete-se o leitor ao trabalho publicado na Revista Eletrônica do Curso de Direito – UFSM, de autoria de Maria Fernanda Soares Fonseca e Maria da Luz Alves Ferreira, intitulado *As Teorias da Justiça: um contraponto entre as concepções de John Rawls e Robert Nozick*.

<sup>3</sup> Convém deixar o registro de que a inserção do Rawls na linha de um filósofo que teoriza sobre a política deliberativa, com nítida influência kantiana, permite o compartilhamento de uma inspiração em sua obra sobre o princípio da igualdade e a base política e moral que permitem sua legitimidade.

ignorância, o Estado de bem-estar e a intervenção necessária do Estado em confronto com a posição neoliberal. Busca-se depois a compreensão do político na teoria liberal e da prevalência da liberdade do indivíduo como decorrência da construção histórica do sistema de direitos anglo-saxão.

Em arremate da pesquisa, busca-se mencionar, como contraponto necessário, o estudo de Axel Honneth sobre reconhecimento e sua atualização do Socialismo. Figura renovada proposta de um Socialismo democrático. Na tradição da teoria crítica, voltada à emancipação, distingue-se a compreensão de uma liberdade social que contemple de forma complementar os campos da autoconfiança, na experiência da afetividade; do autorrespeito, no âmbito do reconhecimento jurídico; e da autoestima, na vivência compartilhada da solidariedade.

## JUSTIÇA COMO EQUIDADE EM RAWLS

Em Rawls, a proposição é de compreensão da justiça como equidade, fortalecendo a ideia de uma ordenação justa da sociedade, na qual vigorem como elementos ativos a cooperação social e o respeito mútuo entre indivíduos que se consideram reciprocamente livres e iguais. O ideal de justiça distributiva aparece no livro *Uma teoria da justiça*, de 1971, como modelo de uma sociedade democrática e liberal; um tipo de Estado liberal democrático mais igualitário, no qual as pessoas, ainda que vistas sob um prisma fortemente individual, compartilham valores comuns que formam a estrutura básica da sociedade. A primazia da justiça figura como valor básico para outros valores sociais, fomentadores da liberdade e igualdade simétrica, para o desenho de uma atuação do Estado na distribuição de bens primários de modo desigual em favor dos menos favorecidos.

Destacam-se outras obras de Rawls, seminais para integral interpretação de sua contribuição. No ano de 1993, publicada a obra

*Liberalismo político*; e *O direito dos povos*, em 1999. *História da filosofia moral* veio a lume em 2000. Em 2001, um ano antes de sua morte, publicou um estudo em revisão a sua obra-prima, com o título *Justiça como equidade: uma reformulação*. No livro *Justiça e democracia* (1978) foram reunidos vários artigos de Rawls, nos quais busca o autor responder e aprimorar suas formulações teóricas, sobretudo a construção e manutenção das bases sociais da confiança na justiça das instituições. Também quanto à razoabilidade no que toca aos bens primários que uma sociedade justa deve assegurar.

## **DESAFIOS E A TAREFA DE UMA TEORIA DA JUSTIÇA**

Os principais valores que figuram na teoria da Justiça como equidade são a igualdade, a liberdade e a equidade decorrente da solidariedade social que emerge do pacto social de respeito mútuo e cooperação. O compartilhamento desses valores tornaria racional a avaliação de um sistema de justiça que alimente o propósito de preservar a igual liberdade de oportunidade para todos, e em que os bens e as oportunidades sejam distribuídos de modo isonômico, salvo se a desigualdade na distribuição beneficiar os menos favorecidos. O próprio Rawls, comentando os postulados de sua teoria, entende que “estrutura básica designa as principais instituições políticas, sociais e econômicas dessa sociedade, e o modo pelo qual elas se combinam num sistema de cooperação social.” (RAWLS, 1992, p. 27).

A justificação do Estado e de seu papel na sociedade, tanto no campo da política como no da economia, figura como um desafio recorrente, ainda por ser amadurecido e enfrentado. A concepção neoliberal aparece como hegemônica no Ocidente do fim do século, sobretudo nos Estados Unidos e Inglaterra. O combate à intervenção do Estado, enfatizado na tradição liberal, emerge claramente do postulado de que se deve deixar livre – tanto quanto possível – o espaço do indivíduo, da livre iniciativa, da propriedade privada

como esteios do funcionamento do mercado<sup>4</sup>.

A obra de Rawls é tributária, em alguma medida, da tradição republicana. Figuram como representativos da “liberdade dos antigos” os postulados da defesa da igualdade de todos os membros de uma comunidade política, decorrentes da soberania popular. O ideal de preservação do direito à participação igual – no postulado da existência de respeito mútuo e cooperação entre todos os membros – é o que abre espaço à construção de uma comunidade política que se fortalece na afirmação da solidariedade.

A ideia de consenso por justaposição traduz a existência de uma mobilização da sociedade no empenho em identificar um conjunto de valores que alimentem o esforço comum da construção de uma sociedade justa, com tolerância de todas as escolhas de bem-estar. Tudo isso ancorado na tradição de tolerância religiosa, inspirado em Hume e Locke<sup>5</sup>.

Ao comentar a tarefa de sua teoria, o próprio Rawls diz que o propósito assumido ao produzir sua teoria de Justiça como equidade foi o de oferecer uma alternativa ao predomínio do utilitarismo na tradição do pensamento político ocidental. Essa base seria mais aceitável e segura do que a base utilitária para os princípios constitucionais e para os direitos e liberdades fundamentais (RAWLS, 1992, p. 27).

A base utilitária adota o pragmatismo da maximização da felicidade de todos, não considerando a pessoa como fim em si mesma, como fundamento axiológico primordial. A pessoa, na escolha livre de seus fins e no gozo de seus bens, talentos e capacidades, não

<sup>4</sup> Tornou-se célebre a expressão *laissez faire, laissez aller, laissez passer*, traduzida como “Deixai fazer, deixai ir, deixai passar”, ou *laissez faire, laissez passer, que le monde va de lui-même*, isto é, “Deixai fazer, deixai passar, que o mundo caminha por si mesmo”, que explicita a não intervenção do Estado, na convicção de que uma lei natural atuasse no funcionamento do mercado. Sua vulgarização é atribuída aos cultores da fisiocracia francesa, destacando-se as lições de François Quesnay.

<sup>5</sup> Referida tradição se encontra em John Locke, na *Carta sobre a tolerância* (1690); e em David Hume, na obra *Diálogos sobre a religião natural* (1779).

poderia sofrer restrições indevidas, salvo aquelas que preservassem a compatibilidade do exercício da liberdade e igualdade por todos. Também não seria legítimo exigir contribuição para fins coletivos, salvo aqueles que promovessem a segurança das pessoas, o regular funcionamento do mercado no cumprimento dos contratos, e a proteção ao direito de propriedade. Ainda que o objetivo visado fosse a maior felicidade de todos, evitando-se o sofrimento, e a degradação da condição humana.

Jeremy Bentham, logo no pórtico da obra *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*: sistema de lógica dedutiva e indutiva (Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1979), considera o que é legítimo na ação humana:

O princípio que estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo, como sendo a justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável da ação humana, digo, em qualquer situação ou estado de vida, sobretudo na condição de um funcionário ou grupo de funcionários que exerce uma função de governo (BENTHAM, 1979, p. 9).

A conquista de melhoria das condições de bem-estar geral, entendido como resultado de uma adoção plena da economia de mercado, ainda figura como discurso hegemônico e com evidente viés etnocêntrico. Encontra-se em Ronald Dworkin, na obra *Levando os direitos a sério* (2002), o reconhecimento do predomínio da concepção utilitarista de Bentham na teoria do direito nas universidades inglesas e norte-americanas. Deve ser reconhecido, também, como referida teoria se espalhou em outros campos no período posterior à Segunda Guerra<sup>6</sup>:

<sup>6</sup> A existência de indicadores de qualidade de vida, divulgados pela Organização das Nações Unidas (ONU) – com a adoção do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) –, reflete o predomínio desse padrão de bem-estar. Referidos indicadores servem como parâmetro para medição do que se convencionou chamar Desenvolvimento Humano, o que serve para classificar os países do

A análise econômica fornece padrões para identificar e medir o bem-estar dos indivíduos que compõem uma comunidade (embora a natureza desses padrões seja matéria de muita discussão) e sustenta que as questões normativas de uma teoria da legitimidade, da justiça legislativa da jurisdição e da controvérsia, bem como do respeito à lei e sua execução, devem estar todas resolvidas mediante a suposição de que as instituições jurídicas compõem um sistema cujo objetivo geral é a promoção do mais elevado bem-estar médio para esses indivíduos (DWORKIN, 2002, p. XI).

A concepção liberal clássica, bem como a compreensão do papel do Estado na tradição anarquista, rejeita o que consideram ser autoritarismo do Estado, sobretudo no sentido de corrigir desigualdades do sistema de produção e de distribuição de bens. Essa rejeição da atuação do Estado, de qualquer forma de intervenção na economia para atenuar as desigualdades criadas socialmente, foi levada ao extremo nas formulações do neoliberalismo. Prevaleceu o entendimento de que essa intervenção fomentaria e levaria à invasão crescente do Estado na vida das pessoas, reduzindo – com isso – o espaço de liberdade, de autodeterminação na escolha de uma vida boa e dos meios para sua realização. Pretende-se, com isso, prevenir os inconvenientes do totalitarismo.

Chomski considera que o Anarquismo, mesmo reconhecendo a intervenção do Estado como indesejável, não se baseia em um conceito abstrato e filosófico do ser humano. A compreensão da liberdade como algo concreto, em compasso com a contribuição social:

Para o anarquista, a liberdade não é um conceito abstrato e filosófico, mas a possibilidade concreta essencial para todo ser humano desenvolver completamente todas as faculdades, as

---

mundo em grau de desenvolvimento: a) desenvolvidos (muito alto); b) em desenvolvimento (alto e médio); e c) subdesenvolvidos (baixo). Para mais informações, pesquisar o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

capacidades e os talentos com os quais a natureza o dotou, e convertê-los em valor social (CHOMSKY, 2015, p. 2).

O impasse gerado no âmbito das sociedades atuais, no debate do arranjo institucional entre liberdade e igualdade, tornou-se a tarefa principal da Filosofia Política:

Há um profundo desacordo sobre como os valores da liberdade e da igualdade são realizados, da melhor forma possível, na estrutura básica da sociedade. Simplificando, podemos conceber esse desacordo como um conflito, no âmbito da própria tradição do pensamento democrático, entre a tradição associada a Locke, que dá ênfase ao que Constant denominou “as liberdades dos modernos” – liberdade de pensamento e de consciência, certos direitos básicos da pessoa e de propriedade, e o império da lei – e a tradição associada a Rousseau, que enfatiza o que Constant chamou “as liberdades dos antigos”; as liberdades políticas iguais e os valores da vida pública. Tal como o apresento, esse contraste é estilizado e historicamente impreciso, mas serve para fixar as ideias (RAWLS, 1992, p. 29-30).

O pluralismo decorrente da liberdade de escolha dos indivíduos e dos grupos sociais com concepções próprias e diferentes do que seja o bem exige uma concepção de justiça abrangente que possa contemplar a igualdade e o equilíbrio dos diversos modos de vida. Cada um desses grupos deve poder guardar e cultivar suas diferenças sem entrar em conflito violento, e que possa gerar desarmonia e falta de cooperação. Essa é uma contribuição relevante da teoria da Justiça como equidade. A tolerância do consenso sobreposto permite o equilíbrio na diversidade como vantagem para todos.

A prevalência da justiça como um valor político, ético-político e, por isso, em alguma medida com conteúdo moral, serve assim para que se possa contemplar e abrigar a diversidade e o pluralismo da sociedade. Isso é tratado como uma construção a partir de desafios sociais concretos. Nesse ponto, Rawls sustenta que



é prático, de conteúdo político, não metafísico nem mesmo apenas epistemológico. Um conteúdo moral mínimo não pode deixar de ser reconhecido na exigência de tolerância, de liberdades iguais, e da afirmação do combate à desigualdade.

O que constitui uma concepção política de justiça na obra *Uma teoria da justiça*? Primeiro, a existência de direitos que assegurem um relativo equilíbrio entre liberdade e igualdade, ainda que seja de oportunidades. Também a pretensão de que esses direitos sejam reconhecidos como base da sociedade, não ameaçados pelas decisões de maiorias contingentes. Considera-se, em acréscimo, a capacidade de as próprias pessoas escolherem o bem, como medida de uma vida boa, e de se mover na escolha e realização dos meios necessários a esse alcance. Exige, ainda, seja incluída, na garantia, a previsão de meios adequados e suficientes para a efetivação prática desse conjunto de direitos. Isso somente seria viável pela adoção de políticas públicas que permitam e estimulem sua plena realização. Por último, como consequência do respeito mútuo e do esforço de cooperação social, a distribuição desigual de bens primários desde que isso beneficie os menos favorecidos. Aqui, aparece nítido o propósito compensatório.

Examina-se, a seguir, como a doutrina neoliberal rejeita a intervenção do Estado e compreende as desigualdades como motor que permite mover as “engrenagens” da economia. Destaca-se que a própria desigualdade é compreendida como desejável no credo neoliberal.

## **DOCTRINA NEOLIBERAL E SUA REJEIÇÃO AO INTERVENCIONISMO DO ESTADO**

Busca-se explicitar, brevemente, a compreensão do papel do Estado na doutrina liberal clássica, em suas formulações principais, nas obras de Friedrich Von Hayek (1889-1992), Ludwig Von Mises

(1881-1973) e Milton Friedman (1912-2006). Encontra-se em Hayek a consideração da posição do Estado como agente que deve se limitar a estabelecer regras formais de convivência, sem intervir nas condições do mercado. Observe-se essa passagem:

O Estado deve limitar-se a estabelecer normas aplicáveis a situações gerais deixando os indivíduos livres em tudo que depende das circunstâncias de tempo e lugar, porque só os indivíduos poderão conhecer plenamente as circunstâncias relativas a cada caso e a elas adaptar suas ações. Para que um indivíduo possa empregar com eficácia seus conhecimentos na elaboração de planos, deve estar em condições de prever as ações do Estado que podem afetar esses planos (VON HAYEK, 1994, p. 88).

Quando houve a publicação do livro *O caminho da servidão* predominava a influência de Keynes, pela ampla aceitação de sua obra *The general theory of employment, interest and money* (1936). A morte de Keynes, em 1946, não diminuiu o impacto e a importância de suas considerações, para além da economia. Destaca-se a contribuição de Keynes na Conferência de Bretton Woods (1944), insistindo na intervenção do Estado para atenuar os efeitos perversos da economia de mercado. Registre-se que essa compreensão foi completamente alterada nas políticas adotadas pelas Nações Unidas nos anos que se seguiram à Segunda Grande Guerra, sobretudo após a *Era de Ouro*<sup>7</sup>.

As ponderações de Hayek passaram a ter mais aceitação na década de 1960, quando surgiu também a obra de Milton Friedman. Destaca-se, ainda, uma ideia de Hayek no sentido de que qualquer intervenção seria castradora da liberdade individual:

<sup>7</sup> Assim ficou denominada a extraordinária expansão econômica depois da Segunda Grande Guerra, no período entre 1945 e 1970, com elevado crescimento da economia na Europa Ocidental, nos Estados Unidos e na Ásia Oriental. Crescimento sustentado por um Estado interventor e promotor de bem-estar e do pleno emprego.

[...] sempre que o governo visa diretamente a determinados resultados, ele não pode deixar de conhecê-los e, portanto, não pode ser imparcial. Deve, assim, favorecer uma das partes, impor suas preferências ao indivíduo e, ao invés de auxiliá-lo na consecução de suas próprias finalidades, escolhe essas finalidades em seu lugar. Quando os resultados particulares são previstos na ocasião em que se faz uma lei, esta perde o caráter de simples instrumento a ser empregado pelo povo e converte-se num instrumento usado pelo legislador para controlar o povo (VON HAYEK, 1994, p. 89).

Na obra de Milton Friedman (1912-2006) encontra-se a contraposição entre o liberalismo clássico e o liberalismo do século XX:

A partir do fim do século XIX e, especialmente, depois de 1930, nos Estados Unidos, o termo liberalismo passou a ser associado a pontos de vista bem diferentes, especialmente em termos de política econômica. *Passou, assim, a ser associado à predisposição de contar, principalmente, com o Estado - em vez de contar com providências privadas voluntárias- para alcançar objetivos considerados desejáveis.* As palavras-chave eram agora bem-estar e igualdade, em vez de liberdade. O liberal do século XIX considerava a extensão da liberdade como o meio mais efetivo de promover o bem-estar e a igualdade; o liberal do século XX considera o bem-estar e a igualdade ou como pré-requisitos ou como alternativas para a liberdade. Em nome do bem-estar e da igualdade, o liberal do século XX acabou por favorecer o renascimento das mesmas políticas de intervenção estatal e paternalismo contra as quais tinha lutado o liberalismo clássico (FRIEDMAN, 2014, p. 14) (grifos nossos).

Referido estudo de Milton Friedman foi publicado em 1962, intitulado *Capitalismo e liberdade*. Em sua atuação como assessor do governo americano influenciou a defesa do mercado livre, de uma abstenção do Estado na assistência social aos necessitados. Nas palavras do próprio Friedman, o Estado deve ser incumbido:

Primeiro, o escopo do governo deve ser limitado. A principal função do governo deve constituir em proteger nossa liberdade, tanto contra os inimigos além-fronteiras, quanto contra os próprios concidadãos, manter a lei e a ordem, garantir os contratos privados, fomentar os mercados competitivos. Além desta função precípua, o governo deve criar condições para que, em certa ocasiões, realizemos em conjunto o que seria mais dispendioso executar em separado (FRIEDMAN, 2014, p. 12).

Na tradição liberal clássica, a defesa do mercado livre, sem intervenções do Estado na economia, estava fundada na ideia de que isso permitiria um aumento da produtividade pela livre concorrência, pelo incremento da competitividade daí decorrente, surgindo a inovação como maneira adaptativa de cada concorrente para vencer a competição e melhor produzir e vender seus produtos. Aqui aparece a crença apregoada por Adam Smith de que o próprio mercado contaria com uma lei natural tal que era como se existisse uma “mão invisível” pronta a corrigir os desvios de eventuais imperfeições no seu funcionamento.

Friedman atuou como conselheiro dos governos de Nixon, Ford e Reagan, e também do governo de Pinochet, além de uma aproximação com Margaret Thatcher. Foi um dos grandes representantes da Escola de Chicago. Ganhou o Prêmio Nobel de Economia em 1976. Talvez seja ele o mais influente economista na formulação dos ideais neoliberais na década de 1990. As vantagens da política econômica monetarista e o mercado livre, sem intervenção do Estado, como principal elemento de fomento e de estímulo da produção de riqueza, tornaram-se parte dos ideais neoliberais.

Houve influência do neoliberalismo nos governos de Margaret Thatcher (1925-2013), Primeira-Ministra do Reino Unido de 1979 a 1990; Ronald Reagan (1911-2004), Presidente dos Estados Unidos (EUA) de 1981 a 1989; e, anteriormente, Richard Nixon (1913-1994), Presidente dos EUA de 1969 a 1974. Esses governos já indicavam,

naquele tempo, um afastamento das proposições intervencionistas do Estado do bem-estar social.

De forma mais direta, Ludwig Von Mises<sup>8</sup> assim elabora o intervencionismo estatal indesejado na teoria neoliberal:

Que é o intervencionismo? O intervencionismo significa a não restrição, por parte do governo, de sua atividade, em relação à preservação da ordem, ou – como se costumava dizer cem anos atrás – em relação à “produção da segurança”. O intervencionismo revela um governo desejoso de fazer mais. Desejoso de interferir nos fenômenos de mercado. Alguém que discorde, afirmando que o governo não deveria intervir nos negócios, poderá ouvir, com muita frequência, a seguinte resposta: “Mas o governo sempre interfere, necessariamente. Se há policiais nas ruas, o governo está interferindo. Interfere quando um assaltante rouba uma loja ou quando evita que alguém fure um automóvel”. Mas quando falamos de intervencionismo, e definimos o significado do termo, referimo-nos à interferência governamental no mercado. (Que o governo e a polícia se encarreguem de proteger os cidadãos, e entre eles os homens de negócio e, evidentemente, seus empregados, contra ataques de bandidos nacionais ou do exterior, é efetivamente uma expectativa normal e necessária, algo a se esperar de qualquer governo. Essa proteção não constitui uma intervenção, pois a única função legítima do governo é, precisamente, produzir segurança.) Quando falamos de intervencionismo, referimo-nos ao desejo que experimenta o governo de fazer mais que impedir assaltos e fraudes. O intervencionismo significa que o governo não somente fracassa em proteger o funcionamento harmonioso da economia de mercado, como também interfere em vários fenômenos de mercado: interfere nos preços, nos padrões salariais, nas taxas de juro e de lucro (VON MISES, 2009, p. 47).

<sup>8</sup> Ludwig Heinrich Elder Von Mises nasceu na Áustria-Hungria, em 1881. Faleceu em Nova Iorque, em 1973. Defendeu a liberdade econômica como base da liberdade individual e fez crítica do Socialismo enquanto sistema econômico, por não apresentar meios de fixação de preços pelo mercado. Escreveu sobre o Socialismo, em obra intitulada *Socialismo: uma análise econômica e sociológica*, de 1922. E também escreveu o livro *A mentalidade anticapitalista*, em 1956; e *Teoria e história*, em 1957, obra na qual faz crítica às previsões de Karl Marx sobre a inevitabilidade do socialismo.

Como defensor do mercado livre, chega ao cúmulo de sustentar que os consumidores mandam no sistema econômico. Isso porque, se param de comprar determinados produtos, levam os empresários a abandonar sua posição e a assumir outras que poderiam se ajustar aos desejos e às ordens dos consumidores. Escreve o autor:

Que faz um negociante, se deseja vender determinada mercadoria por cinco dólares a unidade? A expressão técnica que é aplicada no mundo dos negócios dos Estados Unidos para o fato de não se conseguir vender uma mercadoria pelo preço estipulado é “o estoque mantém-se inalterado”. Mas é preciso que se altere. O negociante não pode conservar aqueles artigos, porque tem necessidade de adquirir novas mercadorias; as modas mudam. Assim, ele os vende por um preço mais baixo. Se não conseguir vender a mercadoria por cinco dólares, certamente a venderá por quatro. Se for impossível vendê-la por quatro, será obrigado a vendê-la por três. Não há outra alternativa, desde que esteja empenhado em manter seu negócio. Pode sofrer prejuízos, mas estes decorrem do fato de que fez uma previsão errada do mercado existente para seu produto (VON MISES, 2009, p. 74).

Parece ingênuo, em tempo de crise de moralidade no Brasil atual, a repetição do argumento. Mas, na defesa do credo liberal, postula-se que não há influência nas políticas de governo dos interesses hegemônicos dos capitalistas organizados:

O liberalismo não é uma política que age no interesse de qualquer grupo em particular, mas uma política que age no interesse de toda a humanidade. É, portanto, incorreto afirmar-se que os empresários têm algum interesse especial em sustentar o liberalismo; seu interesse em campear por um programa liberal é exatamente o mesmo de qualquer outro. [...] Nem mesmo pode o suborno ser a explicação, uma vez que as pessoas subornadas podem, da mesma maneira, constituir uma minoria. Além disso, *por que apenas um único grupo, o dos protecionistas, praticaria o suborno e não os seus oponentes, os que propõem o livre comércio?* (VON MISES, 2010b, p. 19) (grifos nossos).

Em um sistema de concorrência mais acirrada, poder-se-ia pensar que o suborno e as práticas que violam a livre competição e a legalidade não são – com efeito – atribuíveis a apenas alguns competidores. As regras que permitem o jogo mais franco em prol de um sistema de preços fixado pela qualidade do produto, em um sistema ideal de concorrência, são duramente afetadas pelo suborno e pelas praticas anticoncorrenciais.

A mesma situação poderia ser considerada no que tange à distribuição de recursos, à meta do pleno emprego e às correções aos efeitos, em tese, indesejados que um mercado proporciona de desequilíbrio. O abuso do poder econômico, em suas formas variadas, solapa o exercício do poder político. A tendência ao oligopólio, exatamente pela disseminação de praticas anticoncorrenciais, sem controle do Estado, é fenômeno largamente estudado e conhecido (ver FERRAZ JÚNIOR, 1995).

## **A INTERVENÇÃO NECESSÁRIA DO ESTADO DO BEM-ESTAR: O CONTRAPONTO À TEORIA LIBERAL**

A liberdade e a propriedade privada – quase sacra e inviolável – seriam os valores principais defendidos pelos liberais clássicos. Na formulação do Estado do bem-estar, o valor igualdade surge como complementar, na formulação da igualdade de oportunidades ou pelo menos na distribuição equitativa de bens primários. Para realização desse valor, reconhece-se a imensa dificuldade de, na economia de mercado, ser proposto e perseguido o objetivo de reduzir as desigualdades. Seria necessária a intervenção específica do Estado, o que encontra eco no princípio de que a distribuição desigual de vantagens, ou seja, o tratamento desigual seria justo se fossem beneficiados os menos favorecidos.

O outro princípio, colocado como enunciado primeiro de uma sociedade bem ordenada, é o amplo acesso das pessoas a um

sistema igual de liberdades básicas que seja assegurado pelo Estado. Figura com clareza a necessária intervenção do Estado para corrigir as desigualdades que são produzidas nos muitos conflitos sociais, principalmente pelo conflito principal em uma sociedade capitalista: o conflito capital-trabalho, as relações de produção e distribuição de recursos e suas muitas consequências.

Essa garantia somente pode ser efetivada quando o Estado redefine seu papel de promotor qualificado das liberdades básicas, porque o faz no interesse de todos os cidadãos. A não intervenção apreçada na teoria liberal clássica, exacerbada com acento nas formulações neoliberais, mostra-se inteiramente incompatível com a assunção do objetivo de promover políticas públicas necessárias e eficientes a assegurar igualdade.

O conjunto de direitos que constituem essas liberdades básicas que devem ser distribuídas a todas as pessoas, de maneira igual, permitiria a equidade do tratamento diferenciado exatamente para corrigir os termos da distribuição. Esse princípio da intervenção do Estado para corrigir desigualdades, em exercício de abstração e para o alcance de bases para a construção de uma sociedade justa, poderia ser guindado à categoria de regra de ouro de um projeto ético-político de convivência justa e solidária. Sobretudo, quando o princípio que garante a autonomia privada, decorrente do resguardo da liberdade dos indivíduos e grupos, for adequadamente conciliado com os objetivos comuns decorrentes da participação do soberano popular.

A dignidade da pessoa humana, valor central das constituições dos países ocidentais, já figurava logo no início do século XX com relevado acento axiológico (BARROSO, 2010)<sup>9</sup>. Depois da Segunda Grande Guerra e do colapso do Estado totalitário, aumenta

<sup>9</sup> A constitucionalização dos direitos sociais, com base no resguardo da dignidade da pessoa humana como valor central em uma sociedade que se pretende justa, aparece primeiramente na Constituição do México (1917), na Constituição de Weimar (1919), na Constituição da Polônia (1921), na Constituição Portuguesa (1933 – artigo sexto – n. 3), e na Constituição da Irlanda (1937 – Preâmbulo).



sobremodo a importância do princípio da dignidade e da intervenção do Estado no sentido de impedir situações de violação, como garantia fundamental, e de promover direitos e políticas que salvaguardem – de modo suficiente – a dignidade da pessoa como cimo axiológico do árduo aprendizado do holocausto e das consequências funestas das guerras de conquista. Passou a figurar, também, nos tratados e convenções internacionais, logo depois da Segunda Grande Guerra, com destaque na Carta da ONU de 1945 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Parênteses para lembrar que no holocausto, houve o extermínio de aproximadamente seis dos nove milhões de judeus que residiam na Europa. É o genocídio mais imponente e famoso, por ter sido a ocasião em que diversas etnias e povos originários, além de religiosos e até pessoas portadoras de deficiência, foram mortas ao lado dos judeus. Estes últimos, pelo simples fato da origem. Na soma dos mortos pelo regime nazista, a história mostra cerca de onze milhões de pessoas.

Voltando ao tema.

Verifica-se a ponderação de que o fortalecimento ocorreu depois da Segunda Grande Guerra, mas que se seguiram dificuldades práticas de traduzir a dignidade da pessoa em políticas públicas viáveis:

Após a 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional (BARROSO, 2010, folhas 4).

Na medida em que um projeto de convivência, ou de cooperação social equitativa, enfrentar os desafios próprios que decorrem de sua implementação, a dificuldade de manter forte o sentimento de cooperação inevitavelmente surgirá. Passa-se, no plano seguinte, a outra objeção relevante, que se relaciona à prevalência dos direitos civis. Estes se relacionam ao que já se consagrou como “liberdade dos modernos” na conhecida distinção feita por Benjamim Constant, com a preponderância da índole liberal sobre a tradição republicana.

Em *Uma teoria da justiça*, Rawls posiciona-se favorável ao Estado do bem-estar, admitindo ampla intervenção do Estado para atenuar as situações de desigualdade, justificando a legitimidade de uma atuação desigual em favor dos menos favorecidos.

Passa-se ao exame de duas críticas feitas à Teoria da Justiça como equidade. Estas guardam interrelação relevante e implicância mútua.

## **VÉU DA IGNORÂNCIA COMO ARTIFÍCIO QUE PERMITE A NEUTRALIDADE DOS INTERESSES**

Ao cogitar sobre a posição mais adequada para definição de princípios da justiça de uma sociedade justa, supõe Rawls que haja um amplo consenso de que as condições de tal escolha devem ser feitas sem o conhecimento da posição de cada um no meio social em que está inserto. Em um exercício de abstração, imagina-se uma posição em que todos deveriam estar privados desse conhecimento.

A finalidade dessas condições, ignorância de todos os participantes na posição original sobre interesses e posições no mundo, é representar a igualdade entre os seres humanos, como pessoas éticas, e que se dispõem a formar uma comunidade política. E que adotam uma posição de neutralidade em face dos interesses e posições em conflito.

Alimentam esses parceiros uma disposição de formar uma comunidade justa. Pretende Rawls excluir a possibilidade de distorção – na interpretação dos princípios da justiça a serem adotados – provocada por apego aos próprios interesses. Configura, nas palavras do próprio Rawls, um roteiro hipotético de reflexão. Explicitado, assim, o artifício:

O que chamei de “véu da ignorância” significa que os parceiros não conhecem das pessoas que representam, nem a situação social, nem a concepção do bem (seus compromissos e sua metas particulares), nem as capacidades efetivadas e as tendências psicológicas, nem muitas outras coisas. E, como já observei a esse respeito, os parceiros devem por-se de acordo sobre certos princípios de justiça a partir de uma curta lista de escolhas possíveis propostas pela tradição da filosofia moral e política. O acordo dos parceiros sobre certos princípios precisos estabelece o vínculo entre esses princípios e a concepção da pessoa representada pela posição original. É dessa maneira que se fixa o conteúdo dos termos equitativos da cooperação para as pessoas assim concebidas (RAWLS, 2002, p. 162).

Questiona o próprio autor: “Se esse consenso jamais acontece de fato, é natural perguntar por que deveríamos nos interessar por esses princípios, morais ou de outra natureza.” (RAWLS, 1997, p. 24). A objeção posta nas reflexões sobre a posição original parece realista em demasia, mas expressa – de fato – o que se encontra nas discussões não hipotéticas sobre que princípios de justiça orientam o convívio em uma sociedade justa e como se deve aplicá-los em situações práticas. O que Rawls quer evitar ao utilizar o artifício do véu da ignorância é a situação concreta encontrada nas sociedades atuais, mesmo na sociedade americana, que demonstra que a igualdade e a liberdade não são pensadas nem aplicadas de maneira isonômica.

Esse artifício de neutralização dos interesses aparece como abstração das condições das pessoas não apenas do passado para o

presente, mas esse condicionamento continua a exercer influência do presente para o futuro. Esse o imperativo do condicionamento social e histórico, com as vantagens e desvantagens decorrentes:

A razão pela qual a posição originária tem de ser abstraída das contingências do mundo social e não ser afetada por elas é a de que as condições de um acordo equitativo sobre os princípios da justiça política entre pessoas livres e iguais deve eliminar o poder superior de barganha que inevitavelmente emerge do pano de fundo das instituições de qualquer sociedade, como resultado de tendências cumulativas sociais, históricas e naturais. Esse poder contingente e influências acidentais herdadas do passado não devem influir num acordo sobre os princípios que devem regular as instituições da própria estrutura básica, do presente para o futuro (RAWLS, 1992, p. 40).

A crítica ao artificialismo da “posição original” como ponto vulnerável da teoria da Justiça como equidade centra-se no argumento de que as pessoas em qualquer discussão sobre a Justiça ou sobre o Estado e sua atuação já estão – necessariamente – situadas em suas próprias posições. Essa postura, em relação às condições que devem ser satisfeitas para que as escolhas sejam adequadas, mostra-se excessivamente abstrata.

Para que os cidadãos preservem sua autonomia política, de maneira razoável, os interesses e os fins comuns a serem escolhidos guardam relação com a situação atual e com aquilo que se pretende alcançar como projeto ético-político. As negociações e diálogos construtivos poderão mediar a definição de objetivos comuns.

O conhecimento da realidade social, em diagnóstico realista, com a medida mais aproximada possível, não pode prescindir de esclarecimentos históricos. Se é possível um aprendizado construtivo, com a própria história de erros e tentativas, a formação de determinado quadro social, econômico e político deve ser compreendido com a abrangência viável. A própria formação de opinião e da vontade política se alimenta disso.

A persecução de fins comuns, formadores de uma comunidade política, possibilita traçar metas que busquem o bem-estar de todos. Esses fins políticos devem ser compatíveis com a previsão de direitos mínimos que garantam a autonomia da pessoa. Isso exige uma compreensão republicana do político. Isso porque a participação dos cidadãos na formulação e escolha dos fins compatibiliza liberdades e limitações postas pela escolha adequada dos meios. Evita-se o sacrifício do espaço do indivíduo pela atuação do Estado na economia. Este desafio está na compreensão do político pela teoria liberal.

## **TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE: A PREVALÊNCIA DA LIBERDADE INDIVIDUAL E A COMPREENSÃO DO POLÍTICO PELO LIBERALISMO**

A resposta à pergunta sobre a existência de um compartilhamento dos valores consagrados nos pactos constitucionais de um Estado depende, em muito, do grau de coesão social que pode ser encontrado nas sociedades atuais. Há grandes variações da força ou fraqueza da coesão social, em função do lugar, sociedades de tradições e histórias diferentes, bem como – dentro da mesma sociedade – em função da época histórica e dos eventos que para isso concorrem.

Coloca-se em questão, nesse passo, a existência de um sentimento de pertencimento, de aceitação como justas das regras de convivência e distribuição dos bens, para que haja igual consideração, no objetivo comum de compartilhar e manter a solidariedade. Em que medida pode ser encontrado o sentimento da cooperação social baseada no respeito mútuo como condição de uma maior contribuição de todos?

Partilham da mesma crítica Habermas e Hart, no sentido de saber quais seriam as motivações dos parceiros de uma sociedade

justa, ultrapassada a fase inicial, para manter a motivação exigida na “posição original” e passar às fases seguintes: constitucional, legislativa e judiciária, quando o véu fosse retirado e – inelutavelmente – figurassem os interesses, as simpatias, as lealdades e eventual falta de coesão social.

Na percepção de Hart revelada em resposta dada por Rawls, o idealismo do cidadão de *Uma teoria da justiça* deve ter inspiração e base na própria convicção cívica de seu autor, ideal latente no extraordinário respeito à convivência justa:

[...] esse ideal é, segundo ele, o de um cidadão dotado de um elevado senso cívico, que valoriza a atividade política e o devotamento aos demais a ponto de recusar a trocar a possibilidade de exercer esse tipo de atividades por simples satisfações de bens materiais (RAWLS, 2002, p. 196).

Rawls reconhece expressamente que é liberal a concepção de pessoa em sua teoria. Considera, porém, como fundamental a capacidade de aceitar os termos de cooperação social. Atribui, por consequência, as duas faculdades morais que tornam possível tal cooperação e permitem a base da igualdade. Explícita o autor assim essas virtudes:

1 - [...] a capacidade de ter um senso de justiça e se refere à aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade e a suas políticas sociais.

2 - a segunda faculdade está ligada à capacidade de ter uma concepção do bem e se refere à aplicação dos princípios da razão deliberativa para guiar nossa conduta durante toda nossa vida (RAWLS, 2002, p. 185).

Aparece a influência kantiana na adoção de imperativos éticos e assunção expressa de uma posição deontológica. A dignidade da

pessoa humana, constituída e refletida como fim em si mesma, na lógica da autonomia. A ideia de respeito mútuo revela que assim: “[...] os princípios de justiça manifestam, na estrutura básica da sociedade, o desejo dos homens de tratar uns aos outros não apenas como meios, mas como finalidades em si mesmos.” (RAWLS, 1997, p. 195).

Em Kant, a ideia do respeito ao outro, como fim em si mesmo, aparece como uma expressão da ética do indivíduo autônomo. Em Rawls, na sustentação de sua teoria da justiça, seria uma opção política que asseguraria o respeito mútuo como prática social apta a assegurar a autoestima. A cooperação social seria estimulada por esse sentimento. Esse sentimento é encontrado nas pessoas de carne e osso, que vivem e convivem em sociedades não hipotéticas, mas não se pode dizer que predomina.

A lógica do indivíduo isolado na sociedade, atento apenas aos próprios interesses, procurando – dentro do esquema da escolha racional – a “busca egoísta dos próprios interesses” é apregoada na máxima liberal como a melhor vantagem para a sociedade.

Encontra-se em *O direito da liberdade* (2015), a percepção de que:

Enquanto todos os demais valores da modernidade relacionam-se com o horizonte de orientação do indivíduo, ou ao contexto normativo da sociedade como um todo, a ideia de liberdade individual suscita uma ligação entre as duas grandezas de referência: sua representação do que é bom para o indivíduo contém ao mesmo tempo indicações para a instituição de um ordenamento social legítimo (HONNETH, 2015, p. 35).

Há que se concordar com Rawls que a falta de autoestima, ao contrário, poderia ensejar o desrespeito ao outro. E esse senso de realização do respeito como princípio de convívio social encontra

expressão prática na renúncia a obter demasiadas vantagens de talentos naturais nem de vantagens adquiridas. Esses dons devem ser entendidos como pertencentes a todos, em gozo coletivo, fortalecendo os laços sociais.

Nessa passagem encontra-se essa fórmula de solidariedade social:

Considerar as pessoas como fins em si próprias na concepção básica da sociedade é concordar em abdicar dos ganhos que não contribuem para as expectativas de todos. Em contraste com isso, considerar as pessoas como meios, é estar disposto a impor àqueles menos favorecidos perspectivas ainda mais baixas de vida, em favor das expectativas mais altas dos outros (RAWLS, 1997, p. 196).

Parece que essa posição não se coaduna com um sistema de produção capitalista, cujo móvel principal é a acumulação, obtida sempre no cálculo refletido do trabalho como componente de um cálculo cujo custo deve ser reduzido tanto quanto possível, para que seja viável a equação que permite maiores lucros. Nem das relações de competição e concorrência que daí decorrem. Ao menos não se compatibiliza inteiramente.

É clara a distinção entre a teoria da justiça de Rawls e as teorias utilitaristas. Destaca-se que tem outra base em relação às teorias sustentadas por Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Na compreensão utilitarista, o que justificaria regras e princípios mais justos seria exatamente o alcance de mais bem-estar para todos, em benefício da máxima felicidade geral. O ponto de partida e de chegada seria o indivíduo.

Bentham, na obra *An introduction to the principles of moral and legislation*, de 1786, constrói sua teoria baseado na compreensão da sociedade como a soma dos indivíduos que a integram, figurando



a dor e o prazer como senhores que determinam, em relação de causa e efeito, o certo e o errado. Maximizar o prazer e evitar a dor seriam, assim, o guia de orientação em relação às ações humanas. Felicidade ou tristeza seriam a consequência dessa posição racional cuja escolha estaria no plano individual.

Em outra compreensão, figura a centralidade da autonomia individual no contexto de evolução da sociedade moderna, no plano do reconhecimento social, no qual se encontra o processo histórico de construção inseparável da Justiça social e liberdade individual:

Então o princípio da autonomia individual já não se separa da ideia de justiça social e das reflexões sobre como ela deve ser instituída na sociedade para tornar justos os interesses e necessidades de seus membros (HONNETH, 2015, p. 36).

Parece equivocada a ideia de que seria quantitativo e não qualitativo o salto do bem-estar individual ao coletivo, mas a corrente liberal compreende de modo bem específico, como se tratasse apenas de escala, a moral social e pública:

[...] a sociedade é considerada como um sistema de cooperações entre indivíduos do qual cada um espera extrair benefícios, os critérios morais, assim como as decisões políticas, não podem ser superiores ou estranhos às demandas dos indivíduos. Eles não podem ser objeto de um saber superior à cidade, fornecido pelo filósofo, mas resultam das cédulas de votação (AUDARD, 2002, p. XX).

Para Rawls, em uma sociedade utilitarista, seria mais difícil organizar a cooperação social. Para os menos favorecidos, ainda uma maior dificuldade em aceitar seu valor social. E seria mesmo de se indagar sobre ser factível e qual seria a motivação daquele que, embora em nada melhorasse sua própria situação, continuasse

a cooperar socialmente e buscase agir de maneira a otimizar essa participação.

Essa lealdade no cumprimento do contrato mostra-se artificial, idealizada. Mesmo no caso de constituições que fizeram previsão de direitos sociais e asseguraram o princípio da dignidade da pessoa humana, as opções políticas ao longo da história distanciaram-se em muito do arranjo político institucional de uma sociedade justa. Ao menos na prática e na evidência empírica das consequências de uma economia de mercado.

Rawls pressupõe que a espécie humana tende à cooperação, desde que esse respeito mútuo seja assegurado. Então: “A capacidade natural dos homens para a compreensão, adequadamente generalizada, fornece a perspectiva da qual eles podem atingir um entendimento a respeito de uma concepção comum de justiça” (RAWLS, 1997, p. 203).

Parece bem razoável a crença em que, se houver um mínimo de Justiça Social, com esforços consequentes de erradicação da miséria, da fome, da violência e de redução das desigualdades sociais, o respeito mútuo e a cooperação tendem a ser incrementados. A preparação para o pacto de formação de uma sociedade justa, como uma convenção constituinte<sup>10</sup>, supõe a forja de uma nova ordem social: “A justiça como equidade dá forma a esse conflito pela suposição do desinteresse mútuo na posição original. Embora essa hipótese possa ser uma simplificação excessiva, podemos desenvolver uma concepção de justiça razoavelmente abrangente nessa base.” (RAWLS, 1997, p. 205).

---

<sup>10</sup> Os autores que teorizam sobre a convenção constituinte sustentam que devem os participantes da convenção buscar a maior abstração e distanciamento dos próprios pontos de vista, para guardar imparcialidade na busca cooperativa da forma mais justa de convivência. Essa equidistância dos interesses envolvidos permitiria uma imparcialidade, elemento de ânimo imprescindível ao tratamento igual.

Os juízos morais devem ser imparciais; mas há outro modo de conceber isso. Um juízo imparcial, pode-se dizer, é um juízo feito de acordo com os princípios que seriam escolhidos na posição original. Uma pessoa imparcial é aquela cuja situação e personalidade lhe possibilitam julgar de acordo com esses princípios sem vieses ou preconceitos. Em vez de definir a imparcialidade do ponto de vista do observador compreensivo, defin-se a imparcialidade do ponto de vista dos próprios litigantes. São eles que devem escolher a sua concepção de justiça em caráter definitivo, em uma posição original de igualdade. Supondo que essa pessoa amasse essa pluralidade de pessoas como ama a si mesma, talvez os princípios que ela escolheria caracterizasse os objetivos da benevolência<sup>11</sup> (RAWLS, 1997).

Parece oportuno o argumento de que, embora a justiça como equidade comece considerando as pessoas na posição original como indivíduos – ou dizendo de forma mais precisa – como uma continuidade, isso não é obstáculo para a explicação de sentimentos morais de ordem superior que servem para reunir uma comunidade de pessoas (RAWLS, 1997, p. 208).

Em reforço da posição de que a liberdade individual constitui base necessária sobre a qual repousa a ideia de justiça, comunga-se o argumento de que “Na sociedade moderna vemos que a exigência de justiça só pode se legitimar se, de um modo ou de outro, a autonomia da referência individual for mantida” (HONNETH, 2017, p. 37).

Em todas essas considerações, a abstração excessiva tem em conta indivíduos idealizados, cuja presença no mundo real significaria uma situação muito diferente no que toca a desigualdades, miséria, fome, ódios e guerras desencadeadas por interesses.

A tradutora dos artigos de Rawls para a França, Catherine Audard, na introdução escrita em 1978, comenta a compreensão do político na tradição anglo-norte-americana:

---

<sup>11</sup> A máxima cristã do amor ao próximo como a si mesmo reaparece nesta passagem.

[...] o filósofo, na sociedade anglo-norte-americana, não admite ter nenhuma autoridade específica em matéria de normas coletivas. O critério último é o querer dos indivíduos, e seu bem-estar, tanto pessoal como coletivo, é o que define o bem, assim como o justo no plano político. [...] Por isso, a teoria liberal não procura dar um sentido particular à violência, aos conflitos, ao irracional, que, no entanto, estão presentes na vida política, assim como não poderia ver nisso os sinais dolorosos da emancipação coletiva (AUDARD, 2002, p. XXII).

Ao comentar sobre a diferença entre a compreensão de pessoa no Estado de natureza em Locke e em Rousseau, a tradutora da obra *Justiça e democracia* para o francês destaca que o indivíduo é pressuposto por Locke antes da constituição da sociedade civil (do contrato), como: “indivíduos [...] completos, dotados de todas as suas características civilizadas, quer dizer, da razão, do julgamento moral, do direito de propriedade e de liberdade.” (AUDARD, 2002, p. XXII).

Observe-se que a sofisticação da “posição original” e do “véu da ignorância” partem do pressuposto de um indivíduo dotado de faculdades e virtudes que permitem a racionalidade e a razoabilidade, a cooperação social equitativa e o respeito ao outro. Em campo bem diferente, para Rousseau, o indivíduo no estado de natureza é um animal que precisa ser destruído para nascer como cidadão. Por isso, a compreensão do político, do sacrifício individual em favor do coletivo, em França, não padece de maior dificuldade.

Na tradição inglesa e norte-americana, o mito de criação da sociedade civil não se descola da luta do indivíduo contra os abusos cometidos pela monarquia contra os cidadãos. Nasce, enfim, da luta contra o Estado e de sua invasiva interferência nos planos dos indivíduos e comunidades. Esse é o espírito predominante na Carta Magna como marco histórico libertário. Em *Uma teoria da Justiça*, essa herança fica evidente.

## HONNETH E A PERSPECTIVA DO SOCIALISMO: AS ESCALAS DA EMANCIPAÇÃO DA DOMINAÇÃO

O estudo de Axel Honneth sobre o socialismo, *A ideia de socialismo*, está enunciado como um esforço de atualização. É abordado, nesta pesquisa, como relevante contraponto aos desequilíbrios provocados pelo capitalismo selvagem e ao credo liberal do pensamento único. Expressa-se a percepção de que existe uma “faísca viva” no socialismo, se houver a determinação de uma nova formulação na teoria social, um novo enquadramento, reafirmando-se a “[...] perspectiva crítica de transformação da ordem social existente.” (HONNETH, 2017, p. 10).

Na introdução da obra *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais* (2009), Marcos Nobre reflete sobre o pertencimento de Axel Honneth à Escola crítica, elegendo a orientação para a emancipação como principal característica que permitiria reunir, ao longo de sucessivas gerações, autores como Horkheimer, Adorno, Habermas e o próprio Honneth. Na tradição de pesquisa da Escola crítica, a teoria deveria ser:

[...] expressão de um *comportamento crítico* relativamente ao conhecimento produzido e à própria realidade social que esse conhecimento permite apreender. Esses dois princípios da teoria crítica, herdados de Marx, estão fundados na ideia de que a possibilidade da sociedade emancipada está inscrita na forma atual de organização social sob a forma de uma tendência real de desenvolvimento (NOBRE, 2009, p. 9) (grifos nossos).

Em outras palavras, a simples descrição da ordem existente, como uma concepção tradicional de ciência, precisa ser superada. Para se evitar a naturalização das relações sociais, como se não fossem constituídas historicamente e passíveis, assim, de serem superadas.

Coloca-se ênfase na possibilidade de inovações transformadoras:

[...] sendo efetivamente possível uma sociedade de mulheres e homens livres e iguais, a pretensão a uma mera “descrição” das relações sociais vigentes por parte do teórico tradicional é duplamente parcial: porque exclui da “descrição” as possibilidades melhores inscritas na realidade social e *porque, com isso, acaba encobrando-as* (NOBRE, 2009, p. 9) (grifos nossos).

O projeto de modernidade, com seu potencial de emancipação da dominação, reaparece ainda com sendas não exploradas na experiência histórica. Honneth se propõe desenvolver, naquilo que identifica de descontinuidade da formulação anterior, potenciais que podem ter ficado à míngua de tratamento, forte no ideal do aprendizado construtivo que integra as gerações e une esforços.

No breve limite deste texto, pontuam-se as superações que Honneth considera necessárias à formulação clássica do socialismo e do marxismo. Depois, desenvolvendo o potencial normativo da democracia liberal, estuda-se o desenvolvimento que Honneth faz, com base em Hegel, sobre os campos de relações sociais construtoras da intersubjetividade e que poderiam ensejar novas experiências históricas.

A aporia fundamental que seria comum à obra de Habermas e de Horkheimer, na *Teoria da ação comunicativa* e na *Dialética do esclarecimento*, seria a crítica a uma concepção de sociedade que teria dois polos e forma alguma de integração entre eles. A concepção dual de sociedade, entre “mundo da vida” e “sistemas da economia e do Estado” marcaria uma cisão incontornável entre uma lógica de reprodução material e uma lógica de reprodução simbólica.

O apontado déficit sociológico seria encontrado na distinção dual entre sistema e mundo da vida, o qual estaria carregado de

ambiguidades e discrepâncias. Não haveria na intersubjetividade comunicativa a exploração do potencial existente na estrutura da luta e do conflito social. A correlação de forças políticas e sociais carregaria o sistema. A sua lógica instrumental seria o resultado dessas lutas e conflitos sociais.

A base das relações intersubjetivas, no ideal de universalização de objetivos comuns, é preservada da contribuição do Habermas da *Teoria da ação comunicativa*. Defende Honneth, em posição complementar e contrária à de Habermas, que não se pode ignorar que a base da interação é o conflito, é a sua gramática moral. Por isso, Honneth procura estilizar esses conflitos como uma luta por reconhecimento (NOBRE, 2009, p. 16).

O conflito que serve de base à teorização em *Luta por reconhecimento* (2009) não é aquele em que se busca a autoconservação ou a luta por aumento de poder, como se verifica nas obras de Hobbes e Maquiavel<sup>12</sup>. Os conflitos tomados como objeto de estudo por Honneth seriam aqueles decorrentes de experiências de desrespeito, de um ataque à identidade pessoal ou coletiva (NOBRE, 2009, p. 17).

Feitas essas considerações, busca-se explicitar primeiro que há uma coincidência de propósitos entre as formulações de John Rawls, em *Uma teoria da justiça*, e o estudo de Axel Honneth em *A ideia de socialismo: tentativa de atualização*. Consideram-se também as distinções com relevância prática e teórica. Consistem, em nota de rodapé ao capítulo III, feita pelo próprio autor:

[...] o socialismo, pelo contrário, consciente das tendências que o suportam historicamente, pretende chamar a atenção para as promessas não cumpridas na ordem social existente,

<sup>12</sup> Na obra *O Príncipe* (1532), Nicolau Maquiavel considera as relações sociais como uma concorrência permanente de interesses contrapostos, como se dá no campo das comunidades políticas. No *Leviatã* (1651) de Thomas Hobbes, o fundamento do contrato social é o princípio da autoconservação (HONNETH, 2009, p. 31).

cuja concretização exigiria a transformação da realidade institucional. Portanto, as diferenças não residem apenas no ponto de referência ético pressuposto – para Rawls, a autonomia individual, para o socialismo, a liberdade social –, mas também na perspectiva prático-política necessária: Rawls entende-a como uma perspectiva de conciliação moral, enquanto o socialismo, pelo contrário, entende-a, inevitavelmente, na perspectiva de uma superação permanente (HONNETH, 2017, p. 91).

A primeira questão a ser abordada, como superação das teorizações anteriores do socialismo, é crença de que a história humana se desenvolve para um progresso inevitável:

[...] a ideia de alargar o espaço de manobra da liberdade social no domínio da economia, procurando formas adequadas da sua implementação institucional através de experiências, é incompatível com a ideia defendida de Saint-Simon a Karl Marx, segundo a qual a história humana se desenrola sob a forma de um progresso inevitável (HONNETH, 2017, p. 98).

Aqui há negação da ideia de que a história tem uma finalidade intrínseca e que seria realizada sem a intervenção humana articulada e consistente. Esse determinismo mostrou-se ingênuo e ficou desmentido pela evidência histórica. Partilha-se com Honneth o entendimento de que somente um aprendizado construtivo, marcado por um ideal de reformismo social presente na democracia contemporânea, tornaria possível a busca de experiências novas:

[...] ao contrário dos seus antepassados, já não pode apoiar-se na ideia de uma qualquer inevitabilidade histórica, devendo, por conseguinte, identificar aquilo que deve ser conseguido nas diversas esferas através de novas buscas experimentais (HONNETH, 2017, p. 54).

Também nesta passagem encontra-se a proposta de um capitalismo estruturado segundo os princípios da democracia:



O que o socialismo defende, no contexto do capitalismo estruturado segundo os princípios da democracia liberal, é a tendência histórica para superar gradualmente as dependências e exclusões sociais, sublinhando, sempre e em toda a parte, que, nas condições atuais, ainda não é possível uma concretização da interação prometida entre liberdade, igualdade e solidariedade (HONNETH, 2017, p. 125).

O outro ponto que Honneth propõe seja superado para uma atualização do Socialismo é a confiança de que o capitalismo geraria sua própria destruição. Essa confiança decorre da ideia anterior de uma superação histórica inevitável em etapas da evolução social e das relações de produção:

Parece ter acabado a confiança na existência de uma tendência para a autodestruição inerente ao capitalismo, assim como a esperança na existência de uma classe gerada pelo próprio capitalismo que já trazia em si o germe de uma sociedade nova (HONNETH, 2017, p. 125).

A crítica que fundamenta a necessidade de superação encontra-se na explicitação de que a diferenciação social, entre os vários espaços de convivência, exigiria o abandono da ideia do proletariado como um sujeito histórico revolucionário:

Não só foi necessário abandonar definitivamente a ideia do proletariado enquanto sujeito revolucionário, substituir a concepção de história dos pais fundadores por um experimentalismo histórico e adaptar o princípio orientador da liberdade social às condições da diferenciação social, como, na sequência destas alterações, também foi sobretudo necessário renovar a visão antiquada de uma sociedade governada pela economia recorrendo à visão de uma forma de vida democrática (HONNETH, 2017, p. 127).

A via democrática passa a ser entendida como espaço privilegiado, porque permite transformações sucessivas no espaço da institucionalização do Estado de Direito. A missão de subjetividades históricas – insista-se – desmoronou-se e inexistiu uma disponibilidade revolucionária:

[...] a partir do momento em que a tese de uma qualquer disponibilidade revolucionária ligada à situação social se desmoronou como um castelo de cartas, as classes ou os movimentos sociais já não podem servir de garante do sucesso futuro de um socialismo renovado. Pelo contrário, tal como também foi dito anteriormente, o socialismo deveria substituir toda a crença na missão destas subjetividades coletivas na história mundial pela convicção de que a linha de progresso documentada na sequência de conquistas institucionais não admite uma interrupção arbitrária e, portanto, também prosseguirá no futuro (HONNETH, 2017, p. 89).

Antes de passar as três escalas propostas por Honneth, para uma nova compreensão do Socialismo e de potencialidades ainda não testadas na experiência histórica, considere-se a necessidade de que os próprios cidadãos assim decidam como soberanos:

[...] só os próprios cidadãos reunidos na esfera pública democrática é que poderão ser conquistados, através do encorajamento a uma ação reformadora, para iniciar a eliminação prudente das barreiras e bloqueios que ainda impedem a concretização de uma reciprocidade espontânea em todas as esferas centrais da sociedade (HONNETH, 2017, p. 89).

A atualização do conceito de democracia, nessa linha de compreensão, passa por uma ampliação de seu potencial de igualdade de participação para outras esferas além do espaço da política:

[...] “democracia”, entendida como uma forma de vida, como tal, significa poder fazer em cada passo central da intermediação entre o indivíduo e a sociedade a experiência de uma participação igualitária na qual a estrutura geral da participação democrática se reflete, na individuação funcional de cada esfera específica (HONNETH, 2017, p. 68).

A liberdade na esfera privada, com forte acento na ideia kantiana de autonomia, é mostrada por Honneth da seguinte forma:

A premissa do modelo liberal de liberdade é constituída pela ideia – difícil de contestar à primeira vista – de que só se pode falar de liberdade individual quando as ações de um sujeito podem concretizar os seus próprios propósitos de forma tão livre e sem constrangimentos quanto possível (HONNETH, 2017, p. 68).

Contrapõe-se, então, a compreensão de liberdade social, como um alargamento:

A ideia de liberdade social deveria permitir a saída desta situação contraditória, na medida em que parecia oferecer um mecanismo ou um esquema de ação de acordo com o qual a realização da liberdade individual deveria estar ligada diretamente ao pressuposto da realização da liberdade de outrem (HONNETH, 2017, p. 71).

Esta ampliação para outros espaços do potencial da igualdade de participação, interligando os planos de ação individuais e coletivos, poderia completar a tarefa de desenvolver uma teoria crítica da justiça, fundando uma comunidade de livres e iguais:

Se, caso tivessem sido tomadas as devidas medidas institucionais, os objetivos das ações individuais dos membros da sociedade estivessem de tal maneira interligados que só pudessem ser concretizados sem constrangimentos se existisse aprovação e

participação recíproca, a fraternidade tornar-se-ia a forma plena de liberdade e ambas coincidiriam, assim, numa comunidade de iguais (HONNETH, 2017, p. 82).

Em uma teoria crítica da justiça, um catálogo de direitos é necessário, mas não suficiente, pois precisa ser acrescido de condições sociais que permitam a autonomia. Para isso, deve estender-se a todos os espaços de construção da intersubjetividade, porque: “A ideia central de uma sociedade justa é que as regras e instituições da vida social precisam evitar todas as formas de dominação política e social arbitrárias” (WERLE; MELO, 2013).

A autonomia, no campo público e privado, recíproca e mutuamente implicadas, guardam relação de complementaridade. O poder político e social deve ter formação no exercício básico dos direitos de participação igualitária. Dito de outro modo, os cidadãos do Estado participam e se reconhecem coautores da determinação dos limites de sua autonomia privada, como cidadãos da sociedade. Portanto, possibilidades reais devem ser encontradas na assunção desta tarefa indeclinável:

Uma teoria crítica da justiça deveria levar em conta que a questão da justiça não pode ser reduzida à tarefa de criar as condições intersubjetivas para a autorrealização individual, mas também implica assegurar a possibilidade real de os indivíduos exercerem autonomamente seu direito básico de justificação, ou seja, de não serem determinados arbitrariamente pelas relações e estruturas de poder político e social (WERLE; MELO, 2013).

A abertura a todas as potencialidades que vem de todos os espaços sociais daria pleno significado a uma sociedade democrática, aproveitando todas as experiências, esforços e contribuições. O apelo a um aprendizado construtivo encontra nesse canto seu ancoradouro:

É precisamente esta abertura, esta atenção constante aos mais

diversos temas e perspectivas que oferece a única garantia de que as queixas sobre limitações à liberdade provenientes de todos os cantos da sociedade possam ser efetivamente ouvidas, de modo a serem, depois, testadas pela narrativa de uma história de progresso prosseguida na prática (HONNETH, 2017, p. 141).

A busca de condições sociais favoráveis, que consintam e estimulem, a participação como livres e iguais, para além do domínio da atividade econômica, destaca a relevância do campo da formação da vontade política e da esfera das relações pessoais. Isso permite a constituição de uma compreensão ampliada de liberdade:

Se a ideia de liberdade social for aplicada a todas as três esferas constitutivas das sociedades modernas, como acabei de esboçar nas minhas considerações, portanto, se for utilizada não só no domínio da atividade econômica, mas também no domínio da formação da vontade política e no das relações pessoais, revelar-se-á, em toda a sua amplitude (HONNETH, 2017, p. 154).

As esferas de ação intersubjetivas devem ser integradas. Estes três aspectos da autorrealização positiva aparecem como interdependentes. Na experiência da família e do círculo de convivência mais íntima entre pessoas conhecidas e que se apoiam, haveria o fomento da autoconfiança. No espaço do reconhecimento jurídico, constituir-se-ia o autorrespeito. E nas relações de solidariedade, a autoestima seria alimentada pelo respeito e consideração recíprocos. Teria que ser entendida na experiência histórica possível, não mais abstratamente. Todas as esferas concorrem para uma integração ético-política global:

Hegel, reagindo a todas estas diferenciações liberais e trabalhando-as de forma sistemática, apresentou, além disso, na sua filosofia do direito, uma proposta para uma possível distinção entre as diversas esferas de ação no que diz respeito às suas tarefas específicas. Segundo esta proposta, o direito,

enquanto médium englobante, deveria assumir a função de garantir a autonomia privada de todos os membros da sociedade; a família deveria proporcionar a socialização e a satisfação das necessidades naturais; a sociedade de mercado deveria garantir meios de subsistência suficientes e, por fim, o Estado deveria proporcionar a integração ético-política global (HONNETH, 2017, p. 165).

A teoria da justiça de Rawls em alguma medida pode ser corrigida pelo diagnóstico sociológico do caráter indissociável das esferas da participação política, do reconhecimento e da luta por distribuição no campo da economia. Os estudos de Honneth, nesses pontos, são tributários de algumas contribuições relevantes.

A contribuição de Hegel, no que se relaciona ao reconhecimento, com a ponderação de que a intersubjetividade é anterior, por formar-se antes e servir de base à subjetividade. Opõe-se ao individualismo liberal no foco de que as relações sociais permitem a formação dos indivíduos e condiciona – indelevelmente – sua constituição. Recoloca o indivíduo no mundo das relações, retirando-o da abstração excessiva, resquício ainda da filosofia da consciência e do solipsismo cartesiano.

É tributário o apelo de Honneth, expressamente reconhecido, dos estudos de Nancy Fraser (2006) sobre as escalas constitutivas da sociedade, das relações intersubjetivas, e que devem ser compreendidas como complementares para a elaboração consistente de uma teoria da justiça. A relevância desta distinção está no centro do debate entre comunitaristas e liberais.

A teoria da Justiça como equidade apresenta relevante contribuição à compreensão do Estado do bem-estar, compatibilizando os ideais liberais de plena liberdade do indivíduo e a diversidade e pluralidade da sociedade, nas associações e filiações de cada indivíduo; com um conjunto de liberdades básicas que assegure a todos igualdade, ainda que seja apenas de oportunidades.

A busca de alternativas ao utilitarismo ético, na elevação da igualdade como dever ético-político fundamental, configura um esforço teórico e filosófico de resguardo da dignidade da pessoa humana. Há um resgate republicano na eleição do respeito mútuo como fundamento para a cooperação social equitativa. Isso porque, em sociedades que se pretendem justas e bem ordenadas, o sentimento de comunidade é essencial e o respeito mútuo como pressuposto aparece como requisito indeclinável.

A concepção de Estado e de seu papel, na teoria liberal e na tradição anglo-saxônica e norte-americana, integra-se com o caráter de inviolabilidade, de sacro caráter religioso. Por isso, não se admite, em medida maior, uma atuação política invasiva e mais abrangente. Não se admite uma compreensão de política do Estado que possa dissolver ou sacrificar o espaço sacrossanto da liberdade individual e de suas expansões.

A necessária intervenção do Estado, para corrigir desigualdades das sociedades atuais, é uma reivindicação dos movimentos sociais organizados, sobretudo no campo dos direitos sociais e coletivos. O indivíduo isolado, atomizado, não se compatibiliza mais com uma sociedade que eleva o valor justiça a um patamar de vetor axiológico fundamental.

Os princípios que compõem um conjunto de fins ético-políticos podem guardar compatibilidade com o respeito à pessoa e à diversidade de opções de bem na sociedade atual. Resguarda-se o espaço individual. Torna viável compatibilizar as esferas constitutivas da intersubjetividade.

Nesse desiderato, as contribuições de Axel Honneth figuram como uma proposta inovadora e a revelar potências ainda inexploradas. A junção entre reconhecimento, redistribuição e participação – como três esferas constitutivas de uma sociedade que

possa garantir a liberdade social, figura como promissora tentativa de superação da teoria liberal burguesa sobre democracia. Amplia a dimensão de liberdade para além da esfera do indivíduo, sem deixar de preservá-la. Guarda afinidades e estreita os propósitos com as proposições de Rawls de *Uma teoria da justiça*, sobretudo nas esferas da redistribuição e na solidariedade das relações pessoais e afetivas.

## REFERÊNCIAS

AUDARD, Catherine. Introdução: John Rawls e o conceito do político. *In: Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. 2010. Disponível em: <[https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2018.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**: sistema de lógica dedutiva e indutiva. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1979.

CHOMSKY, Noam. **Notas sobre o anarquismo**. Tradução de Felipe Correa. São Paulo: Hedra, 2015.

COMITÉ TÉCNICO PARA LA MEDICIÓN DE LA POBREZA. Medición de la pobreza: Variantes metodológicas y estimación preliminar. *In: SZEKÉLI, Miguel (Coord.). Números que mueven al mundo*: la medición de la pobreza en México. México: Porrúa, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. In: **Revista de Direito Econômico**, Brasília, Ed. CADE, n. 21, p. 23-30, out.-dez. 1995.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **¿Redistribución o reconocimiento?** Madrid: Morada, 2006.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: LTC, 2014. Título original: *Capitalism and freedom* (1962).

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luís Repa. São Paulo: Ed. 34, 2009. Apresentação de Marcos Nobre.

\_\_\_\_\_. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **A ideia de socialismo**: tentativa de atualização. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2017.

NOBRE, Marcos. Luta por reconhecimento: Axel Honneth e a teoria crítica. In: **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2009.

ORBEN, Douglas João. Jürgen Habermas e John Rawls: um debate sobre o liberalismo político. Disponível em: <[https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/1\\_douglasorben.pdf](https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/1_douglasorben.pdf)>. Acesso em: 31 jan. 2018.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. Ética, política e gestão econômica, justiça como equidade: uma concepção política não metafísica. Tradução de Regis de Castro Andrade. In: **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, Ed. Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 25, abr. 1992. p. 25-60.

\_\_\_\_\_. **Justiça e democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VON MISES, Ludwig Heinrich Elder. **As seis lições.** Tradução de Maria Luiza Borges. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.

\_\_\_\_\_. **Intervencionismo: uma análise econômica.** São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo.** Tradução de Haydn Coutinho Pimenta. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010b.

VON HAYEK, Friedrich August. **O caminho da servidão.** Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1994.

WERLE, Denilson Luís; MELO, Rúrion. Um déficit político do liberalismo hegeliano?: autonomia e reconhecimento em Honneth. *In:* MELO, Rúrion (Coord.). **A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça.** São Paulo: Saraiva, 2013.

*Recebido em: 21/1/2021*  
*Aprovado em: 27/3/2021*



## O SISTEMA DE JUSTIÇA INTERNA DAS NAÇÕES UNIDAS E AS GARANTIAS DE DEFESA DOS FUNCIONÁRIOS INTERNACIONAIS

*Teresa Bravo<sup>1</sup>*

### RESUMO

Este artigo analisa as origens do sistema de Justiça interno das Nações Unidas com particular enfoque no estatuto jurídico dos funcionários das Nações Unidas, enquanto funcionários internacionais, bem como as garantias de defesa que lhes são reconhecidas no quadro dos procedimentos disciplinares encetados pela Organização. O artigo se encontra estruturado em três partes: na primeira, estabelecemos o quadro geral em que foi criado o sistema de Justiça interno das Nações Unidas e dos dois Tribunais de Primeira Instância e de Recurso (respectivamente, UNDT e UNAT). Na segunda parte, destacamos os princípios gerais elencados pela jurisprudência interna relativamente aos direitos processuais garantidos aos funcionários das Nações Unidas. Em seguida, na terceira parte, testamos essa jurisprudência interna à luz do cânone

---

<sup>1</sup> Judge in United Nations Dispute Tribunal (Juíza do Tribunal de Disputa das Nações Unidas). Doutorado em Direito Penal (FDUNL, 2015). Investigadora científica do CEDIS/FDUNL (desde 2013). Lecturer na Pós-Graduação em Direito do Trabalho e da Segurança Social na FDUNL (desde 2014). Investigadora e Bolsista no Instituto Max Planck Freiburg (2012). Curso de Formação em Direito da Concorrência europeu na Universidade de Oxford, Great Britain (2006). Pós-Graduação em Proteção de Crianças e Jovens FDUC (2004). Licenciatura em Direito pela FDUL (1992-1997). Bruxelas (Suíça) e Lisboa (Portugal). Endereço eletrônico: [teresa.bravo74@gmail.com](mailto:teresa.bravo74@gmail.com)

hermenêutico estabelecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem relativo à interpretação do art. 6.º da CEDH. O objectivo é o de avaliar se existe convergência entre a prática jurisdicional interna das Nações Unidas e os parâmetros definidos pelo TEDH, quanto às garantias de defesa e avaliar em que moldes esses parâmetros podem ser transpostos para este contexto institucional. Pretende-se, em suma, analisar se as Nações Unidas fazem respeitar, no domínio disciplinar, as grandes orientações internacionais em matéria de direitos processuais dos seus funcionários e qual a sua importância na prevenção e na punição de condutas violadoras dos seus deveres funcionais e institucionais.

**Palavras-chave:** Nações Unidas, funcionários internacionais, UNAT e UNDT, procedimentos disciplinares, garantias de defesa, CEDH, TEDH.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Génese do (Novo) Sistema de Justiça das Nações Unidas. 3 A Competência Jurisdicional dos Tribunais Internos das Nações Unidas (UNDT e UNAT). 4 Os Direitos de Defesa dos Funcionários das Nações Unidas no Contencioso Disciplinar Interno. 4.1 Etapas e Características do Contencioso Disciplinar das Nações Unidas. 4.2 Os Direitos de Defesa dos Funcionários nos Procedimentos Disciplinares das Nações Unidas. 4 Considerações Finais.

## 1 INTRODUÇÃO

Por via da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, adoptada em 4 de abril de 2007, as Nações Unidas levaram a cabo uma profunda reforma do seu sistema de Justiça interno, o qual abandonou a sua génese puramente administrativa para se transformar numa outra realidade, mais complexa, descentralizada, independente e profissionalizada, cujas características se aproximam dos sistemas de Justiça dos Estados soberanos.

Este artigo analisa as origens e o desempenho do sistema de Justiça interno das Nações Unidas, com particular enfoque no

estatuto jurídico dos funcionários das Nações Unidas enquanto funcionários internacionais, bem como as garantias de defesa de que beneficiam no quadro dos procedimentos disciplinares encetados pela Organização.

Em nosso entender, o estatuto jurídico desses funcionários merece um tratamento individualizado atenta a imunidade jurisdicional de que goza a Organização, a natureza e a importância das suas funções, o facto de se encontrarem presentes em inúmeras missões em todo o mundo, desenvolvendo projectos, participando em operações militares e/ou de manutenção da paz.

O estatuto dos funcionários das Nações Unidas é o resultado combinado das regras e dos regulamentos internos, da aplicação dos princípios gerais de Direito Internacional presentes, quer nos Tratados e nas Convenções Internacionais, quer no Direito costumeiro.

O artigo se encontra estruturado em três partes fundamentais: na primeira parte, estabelecemos o quadro geral em que foi criado esse sistema de Justiça interna e os dois Tribunais de Primeira Instância e de Recurso (respectivamente, UNDT e UNAT). Na segunda parte, detalhamos as matérias da competência de cada uma das instâncias.

Na terceira e última parte, destacamos os princípios gerais elencados pela jurisprudência interna relativamente aos direitos processuais garantidos aos funcionários das Nações Unidas. Em seguida, testamos essa jurisprudência interna à luz do cânone hermenêutico estabelecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) relativo à interpretação do art. 6.º da CEDH.

O objectivo é o de avaliar se existe convergência entre a prática jurisdicional interna das Nações Unidas e os parâmetros definidos pelo TEDH, quanto às garantias de defesa e avaliar em que moldes esses parâmetros podem ser transpostos para este contexto institucional.

Pretende-se, em suma, analisar se as Nações Unidas fazem respeitar, no domínio disciplinar, as grandes orientações internacionais em matéria de direitos processuais dos seus funcionários e qual a sua importância na prevenção e na punição de condutas violadoras dos seus deveres funcionais e institucionais.

## **2 GÉNESE DO (NOVO) SISTEMA DE JUSTIÇA DAS NAÇÕES UNIDAS**

As Nações Unidas, enquanto Organização de carácter supranacional, beneficiam de um estatuto privilegiado no domínio das relações internacionais que lhes outorga “imunidade jurisdiccional”, ou seja, a Organização não pode ser demandada numa acção judicial interposta nos Tribunais dos Estados-membros.

Esta imunidade jurisdiccional estende-se também aos seus funcionários, quando no desempenho das respectivas funções.

De acordo com a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, os funcionários desta Organização não podem recorrer aos Tribunais nacionais para resolver disputas com a Organização, relacionadas com os termos e condições relativas à sua nomeação e/ou contratação.

No entanto, de acordo com a Carta das Nações Unidas (arts. 100.º e 101.º) todos os funcionários das Nações Unidas estão submetidos à autoridade e ao poder disciplinar do Secretário-Geral (SG), que constitui o patamar máximo da cadeia hierárquica, dentro da estrutura do Secretariado das Nações Unidas.

Estes dispositivos se aplicam também “mutatis mutandis” aos funcionários das agências especializadas das Nações Unidas (tal como é, por exemplo, o caso da UNICEF, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - UNHCR, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - UNDP, entre outras

entidades)<sup>2</sup>.

A referência à imunidade jurisdicional da Organização e dos seus funcionários, tal como a sujeição destes últimos ao poder disciplinar e administrativo do Secretário-Geral, constituem dois aspectos fundamentais para a compreensão da necessidade de reformado antigo sistema de Justiça das Nações Unidas. Na verdade, o facto de os funcionários internacionais não poderem recorrer aos Tribunais nacionais reforça a importância da função jurisdicional dos Tribunais internos, conforme se salientou no Acórdão proferido nos processos UNDT/GVA/2017/020/029/031/037 e 040:

57. It is recalled that staff members are barred from bringing any cause of action against the Organization before national courts, since the United Nations Charter and the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations grant the Organization immunity from jurisdiction. Consequently, the Convention demands that “the United Nations shall make provisions for appropriate modes of settlement of [...] disputes arising out of contracts or other disputes of a private law character to which the United Nations is a party.

58. The Organization’s immunity from jurisdiction may impair the staff members’ right to access to court if the Organization does not provide them with a reasonable alternative dispute resolution mechanism. In this respect, the European Court of Human Rights (“ECtHR”) held in *Waite and Kennedy v. Germany* (Application n.º 26.083/94, Judgment of 18 February 1999):

63. Like the Commission, the Court points out that the attribution of privileges and immunities to international organisations is an essential means of ensuring the proper functioning of such organisations free from unilateral interference by individual governments. The immunity from jurisdiction commonly accorded by States to international organisations under the organisations’ constituent instruments or supplementary agreements is a long-standing practice established in the interest of the good working of these organisations. The importance

<sup>2</sup> Vide, a recente Sentença proferida pelo UNDT/Genebra, no processo UNDT/GVA/2016/092, e que releva no tocante à clarificação dos poderes do SG.



of this practice is enhanced by a trend towards extending and strengthening international cooperation in all domains of modern society.

[...]

67. The Court is of the opinion that where States establish international organisations in order to pursue or strengthen their cooperation in certain fields of activities, and where they attribute to these organisations certain competences and accord them immunities, there may be implications as to the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention, however, if the Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution. It should be recalled that the Convention is intended to guarantee not theoretical or illusory rights, but rights that are practical and effective. This is particularly true for the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (see, as a recent authority, the *Aït-Mouhoub v. France* judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII, p. 3.227, § 52, referring to the *Airey v. Ireland* judgment of 9 October 1979, Series A n.º 32, p. 12-13, § 24).

Anteriormente à reforma introduzida em 2007, existia um sentimento partilhado de descontentamento com o funcionamento do sistema de Justiça interno (considerado demasiado lento) bem como, quanto à ausência de garantias de independência desse mesmo sistema relativamente ao poder hierárquico e disciplinar do Secretário-Geral.

Na vigência do anterior sistema, os funcionários poderiam contestar decisões administrativas e disciplinares junto de dois Comitês: o Joint Appeals Body (JAB) e o Joint Disciplinary Committee (JDC) que emitiam recomendações dirigidas ao Secretário-Geral, sem carácter vinculativo. Estes Comitês, criados em 1953, tinham uma composição idêntica, isto é, os seus membros e titulares eram, também eles, funcionários eleitos pelos seus pares e nomeados pelo Secretário-Geral, participavam nesses Comitês

em regime de voluntariado e acumulação de funções, não sendo obrigados a possuir qualquer experiência legal ou judiciária.

Os Comitês tinham assento em Nairobi, Genebra, Nova York e Viena, possuindo também uma competência *ad hoc* para decidir casos ocorridos noutras áreas geográficas. Todavia, tal como expresso no Relatório do Re-Design Panel, os resultados da sua actividade eram globalmente insatisfatórios:

64. In recent years, there have been difficulties in recruiting volunteers and, with the increase in fixed-term contracts relative to permanent contracts, there is growing concern on the part of the staff about the Independence of both bodies. Moreover, problems with volunteers' s availability generate delays.

65. Disciplinary proceedings are protracted, and frequently, more than one year will pass before the disciplinary measures can be implemented. Proceedings before a JDC usually take six to nine months, and its recommendations must then be considered at Head quarters in New York before any disciplinary measures can be taken.<sup>3</sup>

Também o então denominado Tribunal Administrativo das Nações Unidas (criado pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 1.º de janeiro de 1950) mostrava-se dotado de uma competência jurisdicional muito limitada. Reunia-se apenas duas vezes por ano para apreciar os recursos interpostos das decisões tomadas pelos Comitês, não sendo os seus membros obrigados a possuir qualquer experiência judiciária.

No entanto, foram necessárias quase três décadas para que uma reforma estrutural do sistema viesse a ser concretizada. Efectivamente, só em 1984 a Assembleia Geral das Nações Unidas (AG) manifestou, formalmente, a sua preocupação com as

---

<sup>3</sup> *Vide*, Report of the Redesign Panel on the United Nations System of administration of Justice, A/61/205, apresentado e discutido na 61.ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, ocorrida em 28 de julho de 2006.

“pendências acumuladas” e deliberou a constituição de um grupo de peritos com o intuito de identificar e avaliar as necessidades sistêmicas de administração de Justiça nas Nações Unidas<sup>4</sup>.

Somente em 2006, o Relatório do Redesign Panel logrou efectuar uma análise completa do sistema de Justiça interna, identificar as fragilidades desse sistema e propor uma reforma global:

[...] the administration of justice in the United Nations is neither professional nor independent. The system of administration of justice as it currently stands is extremely slow, under resourced, inefficient and thus, ultimately ineffective. It fails to meet many basic standards of due process established in international human rights instruments. For all these reasons, staff of the Organization have little or no confidence in the system as it currently exists.

De acordo com o relatório do Redesign Panel, o sistema de Justiça interna deveria incluir dois graus de jurisdição, ou seja, um Tribunal de Primeira Instância (UNDT) e um Tribunal de Segunda Instância (UNAT), com competência para apreciar e decidir, em sede de recurso, as decisões do primeiro.

Os Juízes daqueles Tribunais deveriam ser recrutados, internacionalmente, de entre um conjunto de candidatos pré-selecionados por um painel de peritos independentes dos Estados-membros (o denominado Internal Justice Council, ou IJC<sup>5</sup>) e eleitos pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a partir de uma lista elaborada pelo IJC.

---

<sup>4</sup> *Vide*, Report of the Group of High Level Intergovernmental Experts to Review the Efficiency of the Administrative and Financial Functioning of the United Nations, UM Doc.A/41/49, August, 15, 1986.

<sup>5</sup> O *Internal Justice Council* (IJC) é composto por cinco membros, um apontado pelos representantes dos funcionários, um representante da administração, dois juristas independentes de reconhecido mérito e um Presidente, eleito pelo Secretário-Geral após consulta aos demais membros.

O Tribunal de Primeira Instância das Nações Unidas foi criado pela Resolução 61/261 da Assembleia Geral das Nações Unidas e iniciou funções no dia 1.º de julho de 2009. Foi inicialmente composto por um conjunto de Juízes eleitos para um mandato de sete anos, em março desse ano, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

O Estatuto do Tribunal de Primeira Instância (UNDT) viria a ser adoptado pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 63/253, em 24 de dezembro de 2009<sup>6</sup>. O Estatuto do Tribunal de Segunda Instância (UNAT) viria a ser adoptado e aprovado por via da Resolução 63/253 e alterado, posteriormente, pelas Resoluções 66/237 e 69/203.

O Tribunal de Primeira Instância se encontra instalado em três localizações distintas que definem também o escopo geográfico da respectiva jurisdição: Genebra detém competência jurisdicional sobre Europa, Ásia e Pacífico; Nova York, sobre as Américas e Caraíbas<sup>7</sup>; e Nairobi, sobre África e Península Arábica.

De acordo com o parágrafo 64 da Resolução 61/261 da AG, a instituição destes dois Tribunais teve, como objectivo

64. [...] to establish a new, independent, transparent, professionalized, adequately resourced and decentralized system of administration of justice consistent with the relevant rules of international law and principles of the rule of law and due process to ensure respect for the rights and obligations of staff members and the accountability of managers and staff members alike.

---

<sup>6</sup> Este Estatuto viria a ser, posteriormente, objecto de outras alterações, através da Resolução 69/203, adoptada em 18 de dezembro de 2018 e de uma outra, a Resolução A/70/112, aprovada em 14 de dezembro de 2015.

<sup>7</sup> Nota do Editor: no Brasil e na América Latina, fala-se e se escreve Caribe, embora seja registrada a palavra Caraíbas. Ambas as palavras vêm do tupi Kara'ib, que significa (povo) sábio, inteligente.

No capítulo subsequente analisaremos, sobretudo, a competência material dos dois Tribunais internos. E, na última parte deste texto, deter-nos-emos sobre os direitos de defesa dos funcionários no contencioso disciplinar, descrevendo o actual *status quo* normativo e jurisprudencial, à luz das garantias do processo justo definidas pelo TEDH.

### **3 A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DOS TRIBUNAIS INTERNOS DAS NAÇÕES UNIDAS (UNDT E UNAT)**

A competência material do Tribunal de Primeira Instância das Nações Unidas (UNDT) encontra-se prevista no art. 2.º do respectivo Estatuto, ao passo que as normas processuais relativas à tramitação das acções se encontram reguladas nas Rules of Procedure of the United Nations Dispute Tribunal (de ora em diante apeladas de Regras de Procedimento)<sup>8</sup>.

De acordo com o art. 2.º do Estatuto do UNDT, o Tribunal é competente para julgar e decidir as seguintes acções:

- recurso(s) de decisão(ões) administrativa(s) que viole(m) os termos do contrato ou da nomeação estabelecido entre um funcionário e a Organização;
- recurso de decisão administrativa que imponha uma sanção disciplinar;
- execução de acordo obtido por via de mediação (no sentido do art. 8.º, § 2 do Estatuto);
- suspensão provisória de uma decisão administrativa na pendência de reavaliação pela Unidade de Gestão e Avaliação (Management Evaluation Unit).

---

<sup>8</sup> Estas foram adoptadas no primeiro plenário de Juízes realizado em Nova York e aprovadas por Resolução da AG 64/119 de 16 de dezembro de 2009.

A legitimidade activa para recurso ao Tribunal se mostra circunscrita aos funcionários e ex-funcionários do Secretariado das Nações Unidas, Fundos e Programas (o que inclui as agências especializadas das Nações Unidas que hajam acordado aceder à jurisdição dos Tribunais internos) e aos representantes legais de funcionários falecidos ou incapazes, conforme resulta do art. 3.º do Estatuto.

Uma das críticas que tem sido dirigida ao novo sistema de Justiça se prende com os limites impostos à legitimidade activa porquanto, ficaram excluídos do acesso a este meio de tutela jurisdicional os consultores, os peritos contratados pelas Nações Unidas e os estagiários. Ou seja, todos aqueles que, de alguma forma, prestam um serviço (remunerado ou não) à Organização, mas que não se encontram abrangidos ou por um contrato ou por uma nomeação do SG.

Apesar dessa lacuna, até ao presente, não foram introduzidas quaisquer alterações à norma do Estatuto que prevê a legitimidade activa, pelo que apenas funcionários, ex- funcionários e seus representantes legais podem aceder ao sistema jurisdicional.

Ainda no tocante à legitimidade processual activa, importa sublinhar que se encontrava previsto, no Relatório do Redesign Panel, que os sindicatos dos funcionários das Nações Unidas pudessem intentar acções em Tribunal (em representação dos seus associados afectados por determinadas decisões administrativas), a fim de obter o cumprimento das normas e regulamentos internos. *Vide*, neste sentido o parágrafo 82 do mencionado Relatório. Ali, os membros do Redesign Panel salientaram a importância da atribuição de legitimidade processual activa aos sindicatos para obviar a eventuais represálias sobre os funcionários, bem como a importância de assegurar convergência com a jurisprudência do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho (ILOAT),

nesta matéria, que reconhece essa possibilidade<sup>9</sup>. Não obstante, tal nunca veio a constar dos Estatutos dos Tribunais nem das Regras de Procedimento pelo que, neste contexto, os Sindicatos não podem interpor acções em representação e no interesse dos seus associados.

Tem sido, porém, a jurisprudência do Tribunal de Apelo (UNAT), proferida no âmbito do processo Gabaldon vs. SG, n.º 2010-115, a colmatar, em parte, a inércia legislativa no que concerne ao alargamento da legitimidade activa. Naquela decisão, o UNAT ampliou a protecção da tutela jurisdicional estendendo-a às pessoas que (não sendo ainda funcionários) tenham aceite uma oferta de emprego pelas Nações Unidas, pese embora, o contrato entre essa pessoa e a Organização não haja sido finalizado. Nesse Acórdão, o Tribunal de Segunda Instância declarou que a aceitação incondicional de uma oferta de emprego gera uma expectativa legítima quanto à sua concretização e, por isso, o visado deve poder recorrer ao sistema de Justiça interna<sup>10</sup>:

28. [...] a contract concluded following the issuance of an offer of employment whose conditions have been fulfilled and which has been accepted unconditionally, while not constituting a valid employment contract before the issuance of a letter of appointment under the internal laws of the United Nations, does create obligations for the Organization and rights for the other party in good faith. [...] the Organization should be regarded as intending for this person to benefit from the protection of the laws of the United Nations and, thus, from its system of administration of justice and, for this purpose only, the person in question should be regarded as staff member.

No que concerne à tramitação processual dos processos judiciais é de salientar que as normas de procedimento revestem

<sup>9</sup> Veja-se o Acórdão n.º 2.563, proferido pelo ILOAT no caso *Wansing and others. Vs. European Patent Office*, que pode ser consultado online no sítio: <<http://www.ilo.org>>.

<sup>10</sup> Vide, Acórdão n.º 2011-UNAT-120, disponível em versão inglesa, no sítio: <<http://www.un.org/en/oaj/judgements>>.

alguma flexibilidade e podem ser revistas pelos próprios juízos que, posteriormente, terão que submetê-las à aprovação pela AG. Por seu turno, o sistema processual é híbrido no sentido em que contém elementos de civil e *common law*.

Ora, a flexibilidade das normas processuais permite ao Juiz avaliar, caso a caso e, por exemplo, uma audiência de julgamento é necessária<sup>11</sup> ou se o litígio pode ser decidido com base nos documentos providenciados pelas partes (ou requeridos pelo Tribunal).

Outros exemplos dessa flexibilidade processual que explica, em nosso entender, a rapidez e a fluidez do procedimento judicial e permite a resolução dos casos num prazo de seis meses a um ano (com Sentença/Acórdão proferidos em Primeira Instância), reside ainda nos seguintes elementos :

- na possibilidade de recurso ao gabinete do *Ombudsman*, por sugestão do Juiz ou por iniciativa das partes (trata-se de mediação extrajudicial realizada no gabinete daquela entidade, com suspensão do procedimento judicial pelo período máximo de três meses);
- no recurso a uma Sentença sumária (por iniciativa do Juiz ou a requerimento das partes) quando a questão for puramente legal e não existir controvérsia quanto aos factos (vide art. 9.º das Regras de Procedimento).

De acordo com o disposto no art. 5.º, n.º 1 das Regras de Procedimento, na maior parte dos casos, a audiência de discussão e julgamento tem lugar perante um Juiz singular. Contudo, de acordo com o n.º 2 daquele dispositivo, pode também haver lugar à constituição de um coletivo de três Juízes. Nessas circunstâncias, preside ao julgamento o Juiz ao qual o processo foi distribuído e os

---

<sup>11</sup> Nos processos disciplinares a regra é a da realização da audiência de julgamento, veja-se o art. 16.º, n.º 2 das Regras de Procedimento.



dois Juízes (Juízas) serão, respectivamente, o outro Juiz em serviço no mesmo Tribunal e o Juiz em *part-time*<sup>12</sup> que será convocado para o efeito.

Em regra, apesar de não existir norma expressa que explicita os casos em que haverá lugar à constituição de um colectivo de três Juízes, essa constituição é determinada quando os casos revistam especial complexidade fáctica e técnica ou neles se discutam questões novas (relativamente às quais, não existe ainda jurisprudência firmada ou os Juízes entendam que a jurisprudência existente não deverá ou não poderá ser aplicada ao caso concreto).

A título meramente exemplificativo, refira-se que, no dia 29 de dezembro de 2017, o UNDT em Genebra, constituído em colectivo de três Juízes, proferiu um extenso e complexo Acórdão relativo aos casos UNDT/GVA/2017/020/029/031/037 e 040, ao abrigo do disposto no art. 10.9 do Estatuto do Tribunal, após a realização de uma audiência de julgamento realizada entre os dias 20 e 22 de setembro de 2017<sup>13</sup>.

No referido Acórdão, o Tribunal de Primeira Instância reitera a necessidade de assegurar um acesso à Justiça aos funcionários internacionais e estatui que tal constitui um direito essencial de qualquer funcionário relativamente ao seu empregador, recorrendo para o efeito ao apoio da jurisprudência internacional nesta matéria, como se pode verificar pelo excerto que transcrevemos infra:

[...]

The International Court of Justice (“ICJ”) explicitly recognised the role played by the former United Nations Administrative Tribunal in fulfilling the Organization’s obligation to provide access to justice to its staff members in its Advisory Opinion on

<sup>12</sup> De acordo com o disposto no art. 4.º, 1, do Estatuto do UNDT, o Tribunal de Primeira Instância é composto, na globalidade das três sedes, por três Juízes a tempo inteiro e dois Juízes a tempo parcial.

<sup>13</sup> O Acórdão se encontra publicado e pode ser consultado no sítio: <[http://www.un.org/en/oaj/dispute/judgements\\_2017.shtml](http://www.un.org/en/oaj/dispute/judgements_2017.shtml)>.

Effects of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal of 13 July 1954 (I.C.J. Reports 1954, p. 47, at p. 57), where it held.

When the Secretariat was organized, a situation arose in which the relations between the staff members and the Organization were governed by a complex code of law. This code consisted of the Staff Regulations established by the General Assembly, defining the fundamental rights and obligations of the staff, and the Staff Rules, made by the Secretary-General in order to implement the Staff Regulations. It was inevitable that there would be disputes between the Organization and staff members as to their rights and duties. The Charter contains no provision which authorizes any of the principal organs of the United Nations to adjudicate upon these disputes, and Article 105 secures for the United Nations jurisdictional immunities in national courts. It would, in the opinion of the Court, hardly be consistent with the expressed aim of the Charter to promote freedom and justice for individuals and with the constant preoccupation of the United Nations Organization to promote this aim that it should afford no judicial or arbitral remedy to its own staff for the settlement of any disputes which may arise between it and them.

In these circumstances, the Court finds that the power to establish a tribunal, to do justice as between the Organization and the staff members, was essential to ensure the efficient working of the Secretariat, and to give effect to the paramount consideration of securing the highest standards of efficiency, competence and integrity. Capacity to do this arises by necessary intendment out of the Charter.

Similarly, the former United Nations Administrative Tribunal took into account on several occasions the staff members' right to access to justice in interpreting its jurisdiction (see, e.g., Judgment n.º 378, Bonh et al. (1986); Judgment n.º 461, Zafari (1990); Judgment n.º 469, Salaymeh (1990)).

Most significantly, when the former United Nations Administrative Tribunal set the definition of what constitutes an administrative decision in its seminal Judgment *Andronov*, it was cautious to state the following:

The Tribunal believes that the legal and judicial system of the United Nations must be interpreted as a comprehensive system, without lacunae and failures, so that the final objective, which is the protection of staff members against alleged non-observance of their contracts of employment, is guaranteed. The Tribunal

furthermore finds that the Administration has to act fairly vis-à-vis its employees, their procedural rights and legal protection, and to do everything in its power to make sure that every employee gets full legal and judicial protection.

62. Likewise, the Administrative Tribunal of the International Labour Organization (“ILOAT”) relied upon the principle that any employee is entitled in the event of leading case Chadsey (Judgment n.º 122 (1968)). In Rubio (Judgment n.º 1.644 (1997)), the ILOAT spoke more broadly of the principle that “an employee of an international organization is entitled to the safeguard of an impartial ruling by an international tribunal on any dispute with the employer”. [...] <sup>14</sup>

Este Acórdão reveste um duplo significado. Por um lado, reafirma a competência jurisdicional do UNDT para apreciar e decidir sobre questões que afectem directamente os direitos dos funcionários das Nações Unidas, garantindo-lhes acesso aos meios de tutela jurisdicional e, por outro, esclarece e amplia o conceito de decisão administrativa, aplicando princípios gerais do Direito Internacional do Trabalho, designadamente, o da irredutibilidade da retribuição e da protecção dos direitos adquiridos.

Ora, isto acontece num momento que as Nações Unidas efectuam um processo de transição para um novo modelo de gestão, à escala global, que implica a deslocalização de inúmeros departamentos de Nova York e Genebra para outras áreas geográficas, a redução do número de funcionários e revê o respectivo esquema remuneratório e de complementos salariais.

A existência de um mecanismo independente de tutela jurisdicional (como é o caso do UNDT e UNAT), no actual contexto de transformação das estruturas institucionais e de reformulação do quadro de pessoal das Nações Unidas, revela o compromisso desta organização internacional com o cumprimento dos “*standards*

<sup>14</sup> Optou-se por manter a redação original em Inglês, por uma questão de fidelidade ao texto da decisão que se mostra publicado, dado que o português não é língua oficial das Nações Unidas.

internacionais” de protecção dos seus funcionários e reafirma o importante papel que aqueles Tribunais assumem nessa protecção.

Por outro lado, revela o carácter híbrido da jurisdição interna dos Tribunais das Nações Unidas os quais não possuem apenas competência em matéria administrativa, mas também em matéria laboral porquanto pese embora as características “sui generis” das Nações Unidas (na qualidade de empregador), os Tribunais aplicam e transpõem para este contexto, conceitos e princípios estruturantes do Direito Internacional do Trabalho.

Aliás, foi precisamente este o fundamento utilizado na argumentação expendida no referido Acórdão (para ampliar o restritivo conceito de “decisão administrativa” que limitava o acesso dos funcionários à Justiça interna), nos seguintes termos:

In line with these principles, the Appeals Tribunal adopted a broad interpretation of the requirement that the administrative decision be of “individual application”, distinguishing regulatory decisions from their execution where appropriate. Contrary to the Respondent’s submissions, the Appeals Tribunal did not rule out the possibility that decisions of general application may constitute administrative decisions within the meaning of art. 2 of the Dispute Tribunal’s Statute. In *Ovcharenko et al. 2015-UNAT-530* and *Pedicelli 2015-UNAT-555*, the Appeals Tribunal found that decisions which negatively affect the terms of appointment or contract of employment of a staff member are reviewable administrative decisions, despite their general application. In this respect, it explicitly held in *Pedicelli* (see para. 29) that:

[...] It is an undisputed principle of international labour law and indeed our own jurisprudence that where a decision of general application negatively affects the terms of appointment or contract of employment of a staff member, such decision shall be treated as an “administrative decision” falling within the scope of article 2(1) of the Statute of the Dispute Tribunal and a staff member who is adversely affected is entitled to contest that decision.

No tocante à protecção da integridade do salário auferido pelos funcionários das Nações Unidas, a argumentação utilizada vai no sentido de considerar o salário como um elemento essencial do contrato existente entre o funcionário e a Organização (à semelhança do que acontece numa jurisdição laboral):

In this connection, the Tribunal finds that the right to salary necessarily extends to its quantum. The salary is, by definition, the consideration paid for the staff member to perform his or her duties. It is part of any contract of employment and the agreement between the parties lays in the determination of its actual level. The balance between the rights and obligations of the parties would be broken if the Organization was allowed to unilaterally modify the level of salary, as suggested by the Respondent. In line with these general principles, the Organization indeed committed not to reduce the Applicants' salaries in specifying the initial amount in their letters of appointment and explicitly stating that this amount is "subject to increase", making this term of employment inviolable (see, e.g., *In re De Los Cobos and Wegner*) [...].

No entanto, conforme já salientado supra, as decisões do Tribunal de Primeira Instância se encontram sujeitas a recurso para o Tribunal de Segunda Instância – UNAT. De acordo como art. 2.º do Estatuto do Tribunal de Apelo das Nações Unidas, este é competente para apreciar os recursos interpostos das decisões do Tribunal de Primeira Instância, nos seguintes casos:

- quando o Tribunal de Primeira Instância (UNDT) haja excedido a sua jurisdição ou competência;
- quando aquele Tribunal haja omitido o exercício da jurisdição ou da competência em que estava investido;
- quando o Tribunal de Primeira Instância cometa um erro de direito;
- quando o Tribunal de Primeira Instância cometa um erro de

procedimento que atinja a decisão da causa;

- quando o Tribunal de Primeira Instância cometa um erro sobre uma questão de facto que conduza a uma decisão manifestamente desrazoável.<sup>15</sup>

É de salientar ainda, a regra ínsita no artigo 2.8 do Estatuto do UNAT que lhe outorga uma “*competenz-competenz*” para determinar a sua própria competência jurisdicional. Ou seja, o Tribunal de Apelo pode decidir acerca da sua própria competência, caso esta esteja a ser posta em causa numa qualquer disputa.

No exercício dos poderes de recurso e de revisão das decisões proferidas em Primeira Instância, o Tribunal de Apelo pode, nos termos do disposto no art. 2.º, n.º 4 do respectivo Estatuto:

- confirmar, revogar ou modificar os fundamentos de facto e de direito da decisão inicial, com base na prova produzida (e gravada) perante a Primeira Instância;
- reenviar o caso novamente ao tribunal de primeira instância, a fim de serem apurados factos adicionais (caso tal se justifique e se mostre necessário). Para o efeito, o Tribunal de Segunda Instância pode determinar que o caso, na Primeira Instância, seja (re)apreciado por um outro Juiz.

Todavia, o Tribunal de Segunda Instância não funciona de forma permanente, ao contrário do que sucede na Primeira Instância. O Tribunal de Apelo é composto por sete Juizes, eleitos para um mandato (não renovável) de sete anos e que se reúnem em sessões anuais, pré-definidas pelo Juiz Presidente, de acordo com o número

---

<sup>15</sup> *Vide*, Statute of the United Nations Appeals Tribunal adoptado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 63/253, de 24 de dezembro de 2008, alterada pela(s) Resolução(s) 66/237, adoptada em 24 de dezembro de 2011, 69/203, de 18 de dezembro de 2014, e 10/112, de 14 de dezembro de 2015.

de recursos que têm para apreciar, Vide art. 4.º, n.º 1 do Estatuto.

Essas sessões decorrem, em regra, quatro vezes por ano em Nova York, Genebra e Nairobi.

Em regra, as deliberações são tomadas por um colectivo de três Juízes mas, se o caso revestir complexidade legal, o recurso pode ser apreciado pela totalidade dos Juízes que constituem aquele Tribunal, nos termos previstos no art. 10.º, n.ºs. 1 e 2 do referido Estatuto.

No capítulo subsequente iremos analisar a jurisprudência interna no que concerne aos direitos de defesa reconhecidos aos funcionários internacionais no âmbito dos procedimentos disciplinares e avaliar se esses direitos se encontram ao nível dos “standards” internacionais sufragados pelo TEDH.

## **4 OS DIREITOS DE DEFESA DOS FUNCIONÁRIOS DAS NAÇÕES UNIDAS NO CONTENCIOSO DISCIPLINAR INTERNO**

### **4.1 ETAPAS E CARACTERÍSTICAS DO CONTENCIOSO DISCIPLINAR DAS NAÇÕES UNIDAS**

Assegurar maior rapidez, profissionalismo e o respeito pelos direitos de defesa dos funcionários internacionais no domínio do contencioso disciplinar foi, como já vimos, um dos principais objectivos da reforma do sistema de Justiça das Nações Unidas.

Pretendeu-se, em suma, fazer convergir as garantias de defesa interna com os padrões internacionais relativos ao processo justo e aplicar internamente as boas práticas internacionais no domínio sancionatório. O desafio residia e reside (ainda) em harmonizar as normas internas com essas disposições internacionais e acomodá-las às particularidades da Organização.

Efectivamente, os funcionários internacionais encontram-se

sujeitos a um Estatuto disciplinar complexo inspirado em diversas fontes normativas, das quais se destacam as Normas de Conduta do Serviço Civil Internacional (*soft law*), as normas contidas no art. 101.º da Carta das Nações Unidas, as normas previstas nas Regras e Regulamentos do Pessoal das Nações Unidas (*vide*, Capítulo X, arts. 10.º e ss. da ST/SGB/2014/1) e, finalmente, as contidas na nova ST/AI/2017/1 que contém, *inter alia*, o elenco das condutas suscetíveis de serem consideradas infrações disciplinares, contempla as sanções aplicáveis e define a tramitação do procedimento disciplinar.

O art. 101.º, § 3 da Carta das Nações Unidas estatui que a Organização deve se pautar, no processo de recrutamento dos seus funcionários e na determinação das condições de serviço pelos critérios mais elevados de eficiência, competência e integridade. Também o artigo I da ST/SGB/2014/1 prevê, na norma/secção 1.2, sob a epígrafe “Direitos e Deveres Fundamentais”, o seguinte:

- staff members shall uphold and respect the principles set out in the Charter, including faith in fundamental rights, the dignity and worth of the human person and in equal rights of men and women. Consequently, staff members shall exhibit respect for all cultures; they shall not discriminate against any individual or group of individuals or otherwise abuse the power and authority vested in them;
- staff members shall uphold the highest standards of efficiency, competence and integrity. The concept of integrity includes, but is not limited to, probity, impartiality, fairness, honesty and truthfulness in all matters affecting their work and status.

No Capítulo I daquele normativo, a disposição do art. 1.2, sob a epígrafe “Direitos e Obrigações Fundamentais do Pessoal” estabelece o seguinte:



- staff members shall follow the directions and instructions properly issued by the Secretary General and by their supervisors; [...]
- disciplinary procedures set out in article X of the Staff Regulations and chapter X of the Staff Rules may be instituted against a staff member who fails to comply with his or her obligations and the standards of conduct set out in the Charter of United Nations, the Staff Rules and Regulations, the Financial Regulations and Rules and administrative issuances.

No dia 26 de outubro de 2017, entrou em vigor uma nova regulamentação disciplinar – a ST/AI/2017/1 – que veio revogar as anteriores ST/AI/371 e ST/AI/Amend.1 (que continuarão apenas a aplicar-se aos processos disciplinares pendentes). Esta nova regulamentação delimita, embora de forma não exaustiva, os comportamentos suscetíveis de enquadrar uma conduta ilícita e uma violação às normas internas e que, concomitantemente, poderão determinar a instauração de um procedimento disciplinar (*vide* Secção 3 da mencionada ST/AI/2017/1).

Contudo, as disposições legais em causa (fundamentalmente, as constantes da secção 3) mostram-se redigidas de uma forma demasiado ampla e estabelecem uma distinção pouco clara entre o que apelidam de *unsatisfactory conduct* (conduta insatisfatória) e *misconduct* (conduta ilícita). A diferença é ténue pelo facto de ambas se traduzirem numa violação das normas internas e dos padrões de comportamento impostos pela organização e, inclusive, poderem conduzir à tomada de medidas pela administração, que podem consistir nas seguintes:

- 1 imposição de medidas disciplinares;
- 2 recuperação financeira (de bens ou fundos da Organização);

3 medidas administrativas e/ou;

4 medidas de gestão.

Na Secção 3.5, a nova ST/AI/2017/I exemplifica os comportamentos suscetíveis de integrar a noção de “conduta ilícita”:

a) actos ou omissões que conflituem com as obrigações gerais dos funcionários previstas no artigo I das normas internas bem como dos regulamentos e instruções relativas à sua implementação;

b) comportamentos ilícitos (ex. fraude, posse ou venda de substâncias ilícitas, contrabando), dentro ou fora das instalações das Nações Unidas, quer o funcionário esteja ou não em função oficial;

c) falsas declarações, apresentação/produção de documentos falsos ou omissão em revelar factos essenciais relevantes para a atribuição de benefícios;

d) comportamentos discriminatórios, assédio (incluindo o assédio sexual), abuso de autoridade e/ou retaliação;

e) má utilização de recursos ou de propriedade das Nações Unidas incluindo equipamentos, ficheiros ou arquivos electrónicos;

f) má utilização das infraestruturas das Nações Unidas incluindo também quebras do dever de confidencialidade ou utilização abusiva dos privilégios e imunidades atribuídos pelas Nações Unidas;

g) exploração e abuso sexual;

h) quaisquer actos ou comportamentos que descredibilizem as Nações Unidas.

Nos termos das disposições conjugadas das secções 4.1 e 5.1, impende sobre os funcionários um dever de reportar quaisquer violações das normas e dos regulamentos internos que possam conduzir a uma investigação e, eventualmente, a um procedimento disciplinar.

Este dever de cooperação se estende também a todas as fases do procedimento investigatório e do procedimento disciplinar propriamente dito, veja-se a disposição 6.2:

Pursuant to staff regulation 1.2 (r) and staff rule 1.2 (c), staff members are required to fully cooperate with all duly authorized investigations and to provide any records, documents, information and communications technology equipment or other information under the control of the Organization or under the staff member's control, as requested. Failure to cooperate may be considered unsatisfactory conduct that may amount to misconduct.

Cabe, todavia, ao Office of Internal Oversight Services (OIOS) decidir quais os casos que devem ser investigados, quer pelo próprio OIOS, quer pelo serviço responsável. Essa decisão é tomada após a realização de uma “avaliação preliminar” (preliminary assessment) durante a qual, a entidade responsável pode inquirir qualquer pessoa (o denunciante, o suspeito ou qualquer outro funcionário que se encontre na posse de informação relevante) e efectuar um juízo de prognose quanto à eventual convolação dessa avaliação numa investigação, tendo por base os seguintes elementos (*vide* secção 5.5):

- a) se a conduta insatisfatória pode ser considerada um comportamento ilícito;
- b) se a denúncia foi feita de boa fé e se a informação é suficientemente detalhada para fundar uma investigação;
- c) se, uma vez aberta, a investigação poderá revelar indícios suficientes para a instauração de um procedimento disciplinar;
- d) qualquer outro factor razoável que importe considerar, atentas as circunstâncias do caso.

Este normativo nos leva a concluir que as entidades responsáveis pela abertura de uma eventual investigação gozam de uma ampla margem de discricionariedade no que toca a essa eventualidade. A jurisprudência do Tribunal de Segunda Instância tem mantido um entendimento constante no que toca à impossibilidade de “sindicar”, por via da tutela jurisdicional, a eventual omissão da administração em iniciar uma investigação ou em instaurar um procedimento disciplinar, subsequente a uma denúncia. Para aquele Tribunal, esse é um juízo discricionário e que cabe apenas à própria organização efectuar, tal como se pode extrair dos seguintes Acórdãos, *Abu Hamda vs. Commissioner-General* (2010-UNAT-022):

37. Disciplinary matters are within the discretion and authority of the Commissioner-General of UNRWA. It is however a general principle of administrative justice that administrative bodies and administrative officials shall act fairly and reasonably and comply with the requirements imposed on them by law. As a normal rule Courts/Tribunals do not interfere in the exercise of a discretionary authority unless there is evidence of illegality, irrationality and procedural impropriety.

Também no processo *Abboud* 2010-UNAT-100, decidiu-se que:

34. As a general principle, the investigation of disciplinary charges against a staff member is the privilege of the Organization itself, and it is not legally possible to compel the Administration to take disciplinary action against another part.

E em dois outros Acórdãos mais recentes, *Benfield-Laporte* 2015-UNAT-505:

37. As a general principle, the investigation of disciplinary

charges against a staff member is the privilege of the Organization itself, and it is not legally possible to compel the Administration to take disciplinary action.

E ainda no Acórdão Oummih 2015-UNAT-518:

31. As a general principle, the investigation of disciplinary charges against a staff member is the privilege of the Organization itself, and it is not legally possible to compel the Administration to take disciplinary action. The Administration has a degree of discretion as to how to conduct a review and assessment of a complaint and may decide whether to undertake an investigation regarding all or some of the allegations. [...].

A jurisprudência consagra, nesta medida (tal como a ST/AI/2017/1), uma clara opção por um modelo disciplinar baseado num princípio da oportunidade e não num princípio de legalidade. Consequentemente, atrevemo-nos a afirmar que, o legislador e o Tribunal interno entendem as investigações mais como uma “ferramenta de gestão” do que como um mecanismo de controlo da legalidade, no contexto da organização.

Destarte, o procedimento disciplinar nas Nações Unidas contempla as seguintes etapas processuais:

- a) avaliação preliminar;
- b) investigação propriamente dita e elaboração de um relatório de investigação;
- c) decisão do ASG para a área da Gestão e Recursos humanos (Assistant-Secretary General) quanto à abertura do procedimento disciplinar;
- d) notificação ao funcionário do relatório de investigação, do conteúdo das acusações existentes contra ele, bem como, dos documentos anexos (*vide* secção 8.4);

e) visado beneficia de um prazo de trinta dias para resposta por escrito;

f) recomendação do Assistant-Secretary General (ASG) ao UnderSecretary General for Management (USG) quanto à adoção de uma sanção disciplinar, à tomada de medidas de gestão ou recuperação de bens ou fundos da organização.

Importa, todavia salientar que o procedimento disciplinar apenas se inicia com uma tomada expressa de decisão do ASG, nesse sentido, conforme se encontra estatuído na secção 8.2 da ST/AI/2017/1. Concomitantemente, após a receção do relatório contendo os resultados da investigação realizada, caberá ao ASG decidir se:

a) instaura procedimento disciplinar e, nesse caso, notifica o visado acerca do conteúdo da(s) acusações que sobre ele(a) impendem;

b) adopta medidas de gestão se entender que os indícios recolhidos não revelam uma conduta ilícita;

c) arquiva o processo.

No caso de vir a ser aplicada uma sanção disciplinar ao funcionário, este tem ainda a possibilidade de recorrer ao Tribunal de Primeira Instância (UNDT) e, em Segunda Instância, ao Tribunal de Apelo (UNAT). Todavia, a amplitude dos poderes jurisdicionais do Tribunal de Primeira Instância, no que concerne à apreciação da matéria disciplinar, tem sido limitada pela jurisprudência do Tribunal de Segunda Instância. Isto porque, para o Tribunal Superior, a Primeira Instância não pode reavaliar todo o conteúdo do procedimento disciplinar, devendo se limitar a avaliar se os factos que estão na origem do procedimento estão provados, se estes constituem uma conduta ilícita e se, a sanção aplicada é proporcional à gravidade da conduta.

Neste sentido, vejamos os seguintes arestos, *Haniya 2010-UNAT-024*:

31. When reviewing a sanction imposed by the Administration, the Tribunal will examine, whether the established facts qualify as misconduct, and whether the sanction is proportionate *to the offence*.<sup>16</sup>

E no caso *Portillo Moya (2015-UNAT-523)*:

19. It follows from the reasoning of the quoted jurisprudence that the matter of the degree of the sanction is usually reserved for the Administration, who has discretion to impose the measure that it considers adequate to the circumstances of the case and to the actions and behaviour of the staff member involved.

20. This appears as a natural consequence of the scope of administrative hierarchy and the power vested in the competent authority. It is the Administration which carries out the administrative activity and procedure and deals with the staff members. Therefore, the Administration is best suited to select an adequate sanction able to fulfil the general requirements of these kinds of measures: a sanction within the limits stated by the respective norms, sufficient to prevent repetitive wrongdoing, punish the wrongdoer, satisfy victims and restore the administrative balance, etc.

21. That is why only if the sanction imposed appears to be blatantly illegal, arbitrary, adopted beyond the limits stated by the respective norms, excessive, abusive, discriminatory or absurd in its severity, that the judicial review would conclude in its unlawfulness and change the consequence (i.e., by imposing a different one). This rationale is followed in the jurisprudence of this Tribunal. If that is not the case, judicial review should not interfere with administrative discretion.

---

<sup>16</sup> Com relevo para estetema, vejamos os Acórdãos proferidos nos processos: *Mahdi 2010-UNAT-018* para. 27; *Masri 2010-UNAT-098*; *Applicant 2013-UNAT-302* para. 29; *Kamara 2014-UNAT-398* para. 29; *Nasrallah 2013-UNAT-310* para. 23; *Walden 2014-UNAT-436* para. 24; *Koutang 2013-UNAT-374* para. 28; *Portillo Moya 2015-UNAT-523* para. 17; *Wishah 2015-UNAT-537* para. 20.

A limitação dos poderes jurisdicionais do Tribunal de Primeira Instância (que não pode, por exemplo, decidir a substituição de uma sanção por outra, mas apenas anular a primeira) encontra-se, aliás, em conformidade, com a limitação dos direitos de defesa dos funcionários ao longo de todo o procedimento como veremos, em detalhe, no capítulo subsequente.

#### 4.2 OS DIREITOS DE DEFESA DOS FUNCIONÁRIOS NOS PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES DAS NAÇÕES UNIDAS

Uma das fragilidades apontadas ao sistema de Justiça interna das Nações Unidas resulta do *deficit* de garantismo que assegura aos seus destinatários, o qual a Organização explica em função da natureza específica das suas funções e dos interesses estratégicos que lhe importa salvaguardar.

Apesar da importância indubitável das garantias do processo justo e de estas constituírem, actualmente, *standards* de referência internacional em qualquer processo de cariz sancionatório (o exercício do contraditório, a presunção de inocência, o acesso ao conteúdo e às fontes da acusação, o direito a ser representado por advogado em todas as fases do procedimento, o direito de recurso etc.), o acervo normativo interno contém exceções e “desvios” a estes cânones que passaremos a destacar.

Importa salientar que a jurisprudência e a legislação interna já declararam que, não sendo os procedimentos disciplinares de índole criminal, não lhes podem ser aplicadas as mesmas garantias. Embora concordemos que existem significativas diferenças entre os processos criminais e os processos disciplinares (nomeadamente, o facto de, nestes casos, não estar em causa a liberdade individual, em muitas situações) são os procedimentos disciplinares internos que dão origem a procedimentos criminais nas jurisdições nacionais



competentes. De salientar ainda que, mesmo que a matéria disciplinar assumia relevância criminal (e que, como tal, deva ser comunicada às autoridades nacionais competentes) essa comunicação aos órgãos judiciários nacionais, não preclui nem suspende o exercício da actuação disciplinar por parte das Nações Unidas.

Aliás, a natureza administrativa dos procedimentos disciplinares é reiterada de forma expressa na secção 2.1 alínea g) da ST/A/ 2017/1:

g) “Investigation means a process of gathering information to establish facts in order to allow for a determination as to whether staff member engaged in suspected unsatisfactory conduct. Investigations are administrative in nature.”

No processo Jahnsen Lecca, 2014-UNAT-408, o Tribunal decidiu que

24. Disciplinary cases are not criminal, so that criminal law procedure and the criminal definition of theft are not applicable to this case. There was no need to give notice of a specific charge of theft because from first to last, the charge against Ms. Jahnsen Lecca was “taking, without authorization, a staff member’s property”.

No caso Abu Ghali 2013-UNAT-366, o Tribunal decidiu também que

43. Misconduct based on underlying criminal acts does not depend upon the staff member being convicted of a crime in a national court. As the former United Nations Administrative Tribunal concluded, “different onuses and burdens of proof would arise in the [...] domestic criminal proceedings than would arise under an investigation for misconduct under the [Agency’s] appropriate Regulations and Rules”.

No Acórdão proferido no caso Toukolon 2014-UNAT-407, o Tribunal defendeu que:

23. Contrary to the UNDT's reasoning, the United Nations, like intergovernmental organizations worldwide, is empowered by its written law to take disciplinary measures against its staff members in cases of misconduct, irrespective of whether the misconduct is referred to a local court or the accused person is convicted in such proceedings.

No domínio do contencioso disciplinar, o funcionário suspeito da prática de conduta(s) ilícita(s) tem um dever de colaboração com a investigação e de providenciar aos investigadores todos os documentos (designadamente, em suporte papel, ou digital) e demais elementos que sejam essenciais ao normal decurso dessas investigações, conforme resulta de forma expressa da secção 6.2 da ST/AI/2017/1.

Em nosso entendimento, esta norma contraria frontalmente o princípio da presunção de inocência, na vertente do direito à não incriminação que se mostra inscrito no art. 6.º, da CEDH, e no art. 14.º, n.º 2, do PIDCP, princípio esse que não constitui um exclusivo do processo criminal, mas constitui, antes, matriz de qualquer procedimento sancionatório.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem defendido, de forma consistente que, os direitos do acusado à presunção de inocência e ao silêncio constituem o núcleo duro dos direitos de defesa. Decorre ainda da presunção de inocência que é sobre a acusação que impende o ónus de prova quanto à veracidade das acusações imputadas ao suspeito.

No caso Funke vs. França, decidido por Acórdão de 5 de fevereiro de 1993, no qual, estava em causa uma alegada violação ao art. 6.º, n.º 1, da CEDH, o TEDH decidiu<sup>17</sup>:

<sup>17</sup> Vide, os Acórdãos proferidos nos casos: Salabiaku v. France, ECtHR, Acórdão de 7 outubro 1988, para. 28, Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic v. Sweden,

The applicant was convicted for a failure to disclose documents asked for by customs authorities. The applicant argued that customs was unwilling to procure the documents by some other means and thus attempted to compel him to provide evidence of offences he had allegedly committed (para. 44). The Court found a violation of Article 6 (1) holding that there was an infringement of the right of anyone “charged with a criminal offence” to remain silent and not contribute to incriminating himself (para. 44).

Como se viu, de acordo com as normas internas das Nações Unidas, o suspeito não só tem o dever de colaborar com a investigação, como a administração se reserva ao direito de extrair conclusões negativas (*adverse inferences*) desse silêncio, *vide* Secção 6.1.8 da ST/AI/1, caso este:

- não compareça à entrevista(s) sem providenciar uma explicação satisfatória;
- forneça falsas informações ou omita dados relevantes;
- omita, durante a investigação, quaisquer factos ou elementos essenciais dos quais se pretenda fazer prevalecer durante o procedimento disciplinar.

Outras das dimensões essenciais de um processo justo consiste no direito a ser assistido por um advogado e no acesso a todas as peças do processo (que possam ser relevantes para a sua defesa). De acordo com as normas internas, o direito a ser assistido por advogado se mostra limitado à fase posterior à aplicação da medida disciplinar sancionatória e de eventual recurso ao Tribunal. Na verdade, durante a fase das investigações (e, em particular durante a sua audição na fase investigatória) o funcionário apenas se pode fazer acompanhar de uma pessoa da sua confiança (que não pode, aliás, participar activamente nessa inquirição, conforme resulta da

---

ECtHR, Acórdão de 23 julho para. 113, os quais, podem ser consultados no sítio: <<https://www.echr.coe.int>>.

secção 6.9).

A limitação do acesso a um advogado desde o início da investigação, mormente, durante a inquirição do funcionário contraria, também, uma das garantias fundamentais do direito a um processo justo e equitativo, à luz do cânone sustentado pelo TEDH. Desde 2008, o TEDH tem vindo a alargar o âmbito de aplicação deste direito e a entender que o visado tem direito a ser assistido por um advogado desde o momento em que é chamado a intervir em qualquer acto processual, independentemente do seu estatuto no processo (neste sentido, veja-se a jurisprudência do TEDH vertida no Acórdão *Imbrioscia v. Switzerland*, de 24 novembro de 1993, ou ainda o caso *Salduz vs. Turquia*, Acórdão da Grande Câmara, datado de 27 de novembro de 2008).

No tocante ao acesso à informação, o funcionário visado numa investigação por conduta ilícita pode ficar impedido de aceder a determinados elementos da investigação relativamente, aos quais a administração entenda que se justificam adoptar medidas de protecção e de segurança que salvaguardem os interesses da Organização. Veja-se a norma da secção 8.3 c) que dispõe o seguinte:

c) A copy of the investigation report and the relevant supporting documentation. The copies of such documentation provided to a staff member may be subject to any measures, including redaction, adopted to ensure the interests of the Organization or its staff members, including privileged information and safety and security concerns, are not adversely affected by the disclosure of particular information.

Na jurisprudência interna, o UNAT tem sufragado, de forma reiterada, este *status quo* permitindo manter as alegadas especificidades das Nações Unidas e dos respectivos procedimentos disciplinares. Veja-se, com relevo para uma melhor compreensão desta posição, o Acórdão Rangel 2015-UNAT-535:

72. The “charges” are the legal conclusions that the Administration has reached on the basis of an investigation and that assert that somebody has committed misconduct. Panels One and Two were tasked with conducting a “fact-finding investigation” and not making legal conclusions or “charges” as to the possible resultant misconduct. In the present case, sending the reports of the two investigation panels to Ms. Rangel was not the same as charging her with misconduct. In other words, Ms. Rangel was not apprised of the charges when she was asked to respond to the two investigation reports. 75. Absent such charges, Ms. Rangel was not put on notice of the possible “misconduct” which she was considered to have committed.

No caso *Powell vs. SG* o Tribunal de Apelo (2013-UNAT-295) sufragou a tese de que os direitos de defesa (nos estágios preliminares das investigações assumem uma dimensão limitada):

24. During the preliminary investigation stage, only limited due process rights apply. In the present case, the UNDT was correct in finding that there was no breach of Mr. Powell’s due process rights at the preliminary investigation stage in that, by 21 December 2004, Mr. Powell had been apprised of the allegations against him and had been given the opportunity to respond.

Por outro lado, no Acórdão *Akello* 2013-UNAT-336, o Tribunal de Segunda Instância deliberou que, na fase investigatória (mesmo que o funcionário tenha de ser interrogado) ele não tem direito a ser assistido por um defensor:

36. While the statutory instruments governing the investigation and disciplinary process in the present case are different instruments to those which governed the Applicant case, our jurisprudence remains that the due process entitlements, which every staff member has, come into play in their entirety once a disciplinary process is initiated. Furthermore, we have held in *Powell* that at the preliminary investigation stage, only limited due process rights apply.

37. In all the circumstances of this case, we are not persuaded that Ms. Akello has put forward any compelling argument to merit a departure from the established jurisprudence of this Tribunal. [...]

47. [...] Furthermore, under former Staff Rule 110.4(a) no disciplinary proceedings can be instituted against a staff member unless he has been notified of the allegations held against him. This is the stage when the staff member's due process rights come into operation. These rights have been enumerated in former Staff Rule 110.4.

Esta (breve) incursão pelo acervo normativo e jurisprudencial das Nações Unidas em matéria disciplinar permite-nos concluir que não existe uma convergência plena entre a realidade interna daquela Organização e a jurisprudência internacional em matéria de garantias de defesa, nos processos de cariz sancionatório. Pese embora haja claras diferenças entre os procedimentos disciplinares e criminais (mormente, quanto à natureza dos delitos e aos fins de cada um deles) em muitas situações, as duas realidades se sobrepõem ou coincidem. Em muitos dos casos que estão sob a apreciação dos Tribunais internos, a matéria disciplinar tem subjacente a prática de um ilícito criminal e a Organização fornece, muitas das vezes, parte ou partes dos elementos recolhidos pelas investigações internas às autoridades policiais e judiciárias nacionais para efeitos de prossecução da ação penal<sup>18</sup>.

As graves consequências pessoais e profissionais (despedimento e posterior cumprimento de uma pena de prisão) que daí podem resultar para o visado justificam, em nosso entender, uma maior convergência entre as normas internas e os *standards* de proteção internacional.

---

<sup>18</sup> Com interesse para a elucidação do dever de cooperação entre as Nações Unidas e as autoridades judiciárias alemãs, veja-se a nossa Sentença UNDT/2017/091, datada de 29.11.2017, proferida no caso Campeau, disponível em: <<http://www.un.org/en/oaj/files/undt/judgments/undt-2017-091.pdf>>. Case number UNDT/GVA/2017/023.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objectivo deste artigo foi o de permitir ao leitor tomar um contacto preliminar com a realidade e a complexidade do sistema normativo das Nações Unidas e obter, desta forma, uma melhor compreensão dessa realidade.

As Nações Unidas constituem a maior e mais importante organização internacional, estão presentes em diversas áreas do globo, em zonas carenciadas e de conflito e tem milhares de funcionários ao seu serviço. As Nações Unidas constituem um autêntico “meltingpot” de culturas, grupos étnicos e religiosos e enfrentam enormes desafios políticos, institucionais e económicos. Mas, será que esses desafios justificam as peculiaridades do seu sistema interno e as limitações que este apresenta?

Indubitavelmente, os superiores interesses da organização terão sempre que ser salvaguardados a fim de que esta possa garantir a sua missão e a sua capacidade de gestão dos seus múltiplos programas, em todo o mundo.

Porém, essa tarefa não pode ser prosseguida sem que estejam, à partida, garantidas as condições para que os seus funcionários tenham pleno acesso à Justiça.

A criação de um sistema de Justiça independente do Secretariado foi já um grande passo nesse sentido e espera-se que maiores progressos venham a ser alcançados futuramente.

*Recebido em: 2/2/2021*  
*Aprovado em: 12/4/2021*

