



FGV DIREITO SP

RESPONSABILIDADE E PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PESQUISA

acadêmica
LIVRE

*Marta R. de Assis Machado
Flavia Portella Püschel
(Orgs.)*

 **FGV DIREITO SP**

acadêmica
LIVRE

PESQUISA

RESPONSABILIDADE E PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Desafios teóricos, políticas públicas
e o desenvolvimento da democracia

Marta Rodriguez de Assis Machado
Flavia Portella Püschel

Orgs.

*Álvaro Pires
Angelica Romero
Bernd Heinrich
Bernd Schünemann
Davi Paiva Tangerino
Hans-Jörg Albrecht
Jan-Michael Simon
Klaus Günther
Leonardo Sica
Luis Fernando Schuartz
Luis Greco
Luiz Guilherme Mendes de Paiva
Maíra Rocha Machado
Margarida Garcia
Pablo Galain
Pierpaolo Cruz Bottini
Urs Kindhäuser*



AASP

Associação dos Advogados

São Paulo | Desde 1943

Os livros da Coleção Acadêmica Livre podem ser copiados e compartilhados por meios eletrônicos; podem ser citados em outras obras, aulas, sites, apresentações, blogues, redes sociais etc., desde que mencionadas a fonte e a autoria. Podem ser reproduzidos em meio físico, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais.

A Coleção Acadêmica Livre adota a licença Creative Commons - Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional, exceto onde estiver expresso de outro modo.



Editora

Catarina Helena Cortada Barbieri

Assistente editorial

Bruno Bortoli Brigatto

Edição de originais

Daniel Rodrigues Aurélio (Barn Editorial)

Preparação de originais

Karina Tambellini

Revisão

Frederico Helou Doca de Andrade

Projeto gráfico da coleção

Ultravioleta Design

Capa e editoração

Barn Editorial

Imagem da capa

Sergei Bachlakov/ Shutterstock.com

Conceito da coleção

José Rodrigo Rodriguez

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas – SP

Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito [recurso eletrônico] : desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia / Marta Rodriguez de Assis Machado e Flavia Portella Püschel (orgs). – São Paulo : FGV Direito SP, 2016.
529 p.

ISBN: 978-85-64678-23-1

1. Responsabilidade penal - Brasil. 2. Direito penal - Brasil. 3. Direitos humanos. I. Machado, Marta Rodriguez de Assis. II. Püschel, Flávia Portella. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 343.222(81)

Publicado em outubro de 2016.

FGV Direito SP

Coordenadoria de Publicações

Rua Rocha, 233, 11º andar

Bela Vista – São Paulo – SP

CEP: 01330-000

Tel.: (11) 3799-2172

E-mail: publicacoes.direitosp@fgv.br

INTERVENÇÃO POLÍTICA NA SENTENÇA DO DIREITO? OS FUNDAMENTOS CULTURAIS DA PENA MÍNIMA	361
<i>Álvaro Pires e Maíra Rocha Machado</i>	
NOTAS	392
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	399

PARTE 3
QUESTÕES ATUAIS E DESAFIOS AO DIREITO PENAL

A CHAMADA "CRISE FINANCEIRA": FALHA SISTÊMICA OU CRIMINALIDADE GLOBALMENTE ORGANIZADA?	405
<i>Bernd Schünemann</i>	
NOTAS	425
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	429

EXISTEM CRITÉRIOS PARA A POSTULAÇÃO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS?	433
<i>Luís Greco</i>	
NOTAS	448
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	457

TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS?	465
<i>Jan-Michael Simon</i>	
NOTAS	472
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	474

A RESPONSABILIDADE PENAL DE EDITORES DE JORNAIS E DE OUTROS VEÍCULOS PELA CRIAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIAS	477
<i>Bernd Heinrich</i>	
NOTAS	492
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	495

A DEFINIÇÃO DE "ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA" NO DIREITO PENAL ALEMÃO: UMA ANÁLISE DE SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	497
<i>Angélica Romero Sánchez</i>	
NOTAS	513
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	523

SOBRE OS AUTORES	527
-------------------------	-----

TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS?

Jan-Michael Simon

Tradução do Espanhol: Juan Cruz Galigniana

OS DIREITOS HUMANOS COMO CONCEITO DO SISTEMA JURÍDICO

Como afirma Tomuschat¹, o conceito de Direitos Humanos possui popularidade entre os advogados, os políticos e, de maneira geral, os atores sociais. Frequentemente recorre-se aos Direitos Humanos para apresentar críticas e demandas. Contudo, assim como sucede muitas vezes com outros termos populares, na maioria das vezes os fundamentos e elementos desse conceito permanecem difusos. Evidentemente, essa falta de clareza é ocasionada tanto pelo horizonte e pelas intenções de quem fala, como também depende da perspectiva de cada um no espaço público.

Desse modo, por exemplo, o discurso teológico cristão tomará como base para seu conceito de Direitos Humanos a Bíblia, mesmo o teólogo conhecendo as demais perspectivas conceituais sobre os Direitos Humanos. Por sua vez, o filósofo procurará estabelecer um sistema próprio que o permita classificar determinadas demandas como demandas dos Direitos Humanos, e desclassificar as outras demandas. Essa disputa jusfilosófica clássica acontece entre o campo jusnaturalista (Pufendorf, Kant, Hegel) em oposição ao campo juspositivista (Kelsen, Ross, Hart), incluindo por um lado as correntes realistas (Marx, Adorno) e as utilitaristas pelo outro (Mill, Rawls).

Finalmente, e não por isso menos importante, encontra-se também o discurso do jurista. O jurista classificará uma demanda como tema dos Direitos Humanos sempre que essa demanda for classificável como elemento do “sistema jurídico”. Obviamente, esse “sistema jurídico” requer, por sua parte, uma definição conceitual. E naturalmente apresentam-se aqui as mesmas diferenças jusfilosóficas que, no caso da disputa conceitual sobre os Direitos Humanos. Por isso, no intuito de evitar a desqualificação usual de ser considerado um mero “acrobata da linguagem”, ao jurista não lhe resta outra escolha possível a não ser tomar posição.

Essa posição é uma posição juspositivista, segundo a qual o sistema jurídico se caracteriza por dois critérios:

- primeiro, trata-se de um sistema normativo intersubjetivo, desenhado para ser aplicado a todos os membros de uma determinada comunidade humana;
- segundo, esse sistema normativo abarca, de forma geral, mecanismos de imposição de normas.

Portanto, as formas de uma ordem jurídica, ao contrário de outras normas morais e éticas, não são dirigidas exclusivamente à consciência humana. As normas jurídicas são, na verdade, parte de uma ordem obrigatória, confiada ao cuidado de uma autoridade pública de determinada comunidade. Essas normas devem ser energicamente defendidas, e sanções devem ser impostas a todo aquele que cometer uma infração contra a ordem jurídica.

Desse modo, o sistema jurídico é o instrumento por meio do qual a sociedade regula o processo de interação entre seus membros com a expectativa de que suas demandas normativas se traduzam numa prática social real. Desde essa perspectiva, os Direitos Humanos são tanto um elemento da ordem jurídica nacional como da ordem jurídica internacional, ambos sendo, por sua vez, parte do sistema jurídico.

A TUTELA PENAL COMO CONCEITO DO SISTEMA POLÍTICO

Uma vez tendo definido o segundo substantivo da pergunta “*tutela penal dos Direitos Humanos?*” como conceito do sistema jurídico, resta a definição do primeiro substantivo: “a tutela penal”. Essa definição tem um enfoque político, e não normativo-legal, pois limitar a definição de “tutela penal” a uma função analítica das modificações do programa normativo-penal do sistema jurídico seria de pouco alcance:

- primeiro porque as principais mudanças do Direito Penal contemporâneo são manifestações no sistema jurídico da “sociedade do risco”;
- segundo porque essas manifestações no sistema jurídico são irritações do conceito político da tutela penal de “segurança através do Direito Penal”.

Os penalistas costumam colocar sob o tópico da “sociedade de risco” a transformação contemporânea do Direito Penal “de um fato injusto” por um Direito Penal “de antecipação do futuro” e “de inimigos”,² desafiando a lógica própria do Direito Penal, sua delimitação frente a outras áreas do Direito e os limites do “Estado de Direito”³. Pois bem, essa discussão omite

frequentemente o sentido social da “sociedade do risco”, isto é, ignora o conceito sociológico desse tópico para explicar a vida em sociedade.

O sentido social do conceito da “sociedade de risco” encontra-se no lado oposto da categoria social de “risco”, ou seja, na “segurança”. Esse sentido social da “sociedade de risco” não deve ser confundido com a lógica do sistema jurídico dos juristas e penalistas. Na verdade, a “segurança” enquanto categoria social oposta ao “risco”, no conceito de “sociedade de risco”, refere-se a uma constante sócio-antropológica: por uma parte, há o desejo da segurança objetiva contra a ameaça, e, pelo outro, há o desejo da segurança subjetiva contra o medo.

A função política do desejo de segurança objetiva e do desejo da segurança subjetiva foi descrita há mais de 350 anos por Hobbes para sustentar a fundamentação filosófico-política do Estado. Segundo Hobbes, são os desejos da segurança que fazem os seres humanos estabelecerem um Estado e submeter-se a ele para obterem uma segurança não somente temporal, mas perpétua, outorgando o monopólio do poder – e de seu meio: a violência – ao *Leviatã*, ou seja: ao Estado. Como ferramenta fundamental para cumprir a expectativa desse contrato social, o monopólio do poder e da violência do Estado deve provocar um medo de punição⁴.

Apesar disso, tal como o próprio Hobbes reconhece, estabelecer a segurança objetiva vai a custo da insegurança subjetiva, ou seja: do medo. É por isso que Hobbes aconselha os seres humanos a moderarem seu desejo natural de uma segurança completa e perpétua e a serem prudentes na busca de tal segurança por meio do monopólio do poder e da violência do Estado; isto é, a ficarem satisfeitos com a segurança incompleta e temporal que o Estado pode proporcionar⁵, e também, sobretudo, enquanto a seu *jus puniendi*.

Agora bem, esses bons conselhos são desafiados pela possibilidade de dramatizar a violência e politizá-la. E, na atualidade, esse desafio resulta ainda maior do que nos tempos de Hobbes. Se há três séculos os recursos das sociedades para dramatizar a violência e politizá-la eram limitados, atualmente o convite à prudência de Hobbes extingue-se na realidade dos meios massivos de comunicação. Nessa realidade de reprodução e exageração, a ameaça e o medo contra o crime são onipresentes⁶. E conforme a ameaça e o medo vão se estendendo neste mundo, vai se formando uma realidade chamada por Beck de “sociedade mundial do risco”⁷.

A onipresença da ameaça e do medo na sociedade mundial do risco tem consequências na atitude que adota essa sociedade diante da promessa da segurança pelo Estado. Uma das consequências é a demanda de um Direito Penal “eficaz”, ou, nas palavras de Hassemer: “segurança através do Direito Penal⁸. Esse é justamente o sentido político do conceito da tutela penal na sociedade mundial do risco, construído sobre o dilema da promessa estatal de segurança – ou seja, sobre a correlação inversa entre a segurança objetiva e subjetiva – agravado pela extensão da ameaça e do medo na sociedade mundial do risco.

A TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS NO CONCEITO DO ESTADO DE DIREITO

Após termos definido os Direitos Humanos como conceito do sistema jurídico e a tutela penal como conceito do sistema político, a resposta à pergunta “tutela penal dos Direitos Humanos?” é que a “segurança através do Direito Penal”, como conceito político da tutela penal, compreende os Direitos Humanos no sentido amplo do “Estado de Direito”. Nesse sentido, a referência à fórmula “Estado de Direito” precisa também de uma definição. A base desse conceito “Estado de Direito” é necessariamente sociológica, posto que inserida nessa perspectiva encontra-se a definição política da tutela penal.

Continuando dentro dessa precisão metodológica, as definições dos Direitos Humanos e da tutela penal, o sentido social de sua correlação é produzido entre o sistema político e o sistema jurídico, pela fórmula “Estado de Direito”. Mantendo proximidade com a obra de Luhmann, isto significa⁹:

- primeiro: mesmo sendo os Direitos Humanos definidos como um elemento do sistema jurídico, eles ao mesmo tempo manifestam, de um lado, uma expectativa da estrutura jurídica “Direito” em relação ao sistema político, e, de outro, uma expectativa da estrutura política “Estado” em relação ao sistema jurídico;
- segundo: enquanto o Direito somente pode se desenvolver quando o livre exercício da violência é impedido por intermédio do monopólio de poder do Estado, esse mesmo Estado somente pode fazer uso do potencial do Direito para garantir a segurança quando respeita a restrição de não fazer uso de seu monopólio do poder de maneira ilegal;

- terceiro: traduzindo o exposto para a constelação de tutela penal como conceito político em relação à concepção jurídica dos Direitos Humanos, o sentido da tutela penal dos Direitos Humanos é ambivalente:
 - por uma parte, porque os Direitos Humanos somente conseguem desenvolvimento como elemento do sistema jurídico quando o livre exercício da violência é impedido por meio do monopólio de poder do Estado, sobretudo, utilizando seu *jus puniendi*;
 - por outra parte, esse mesmo Estado somente pode aproveitar o potencial do Direito Penal no sistema político para a promessa da segurança, quando respeita a restrição de não fazer uso ilegal de seu monopólio de poder, inclusive o uso de seu *jus puniendi*; ou seja, quando respeita os Direitos Humanos.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O *JUS PUNIENDI* INTERNACIONAL

Um campo atual prático em que podemos perceber as consequências do sentido ambivalente da tutela penal dos Direitos Humanos são os esforços contemporâneos de estabelecer um *jus puniendi* internacional, sobretudo para a proteção dos Direitos Humanos. No passado, baseados no conceito da proteção dos Direitos Humanos como obrigação primária de todos os Estados, o sistema jurídico limitava-se a atribuir como obrigação estatal secundária a tutela penal dos Direitos Humanos, e a estabelecer o *jus puniendi* estatal universal para suas violações. Apesar do *highlight* do caso Pinochet¹⁰, esse sistema não resultou, no geral, muito efetivo na prática¹¹.

Por sua vez, no presente, as organizações internacionais também punem violações aos Direitos Humanos com sanções penais. A ONU pune, sobretudo, por meio de tribunais penais internacionais temporários. E, desde o ano de 2002, também existe o Tribunal Penal Internacional permanente. Este último castiga o genocídio, os crimes de lesa humanidade e de guerra, incluindo, ademais, a possibilidade de que no futuro sejam castigados os atentados contra a paz internacional.

Nessas intervenções da ONU e do Tribunal Penal Internacional, a primeira faceta da tutela penal dos Direitos Humanos manifesta-se nos três conceitos descritos a seguir: político-criminais, processuais e substantivos:

- primeiro, no conceito político-criminal da “impunidade”, isto é, na falha de impedir o livre exercício da violência por intermédio da pena. Como consequência, a tutela penal internacional dos Direitos Humanos é acionada uma vez que se detecta a impunidade das violações aos Direitos Humanos¹²;
- segundo, no conceito processual do “princípio de complementaridade” da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, que se estabelece quando o Estado não pode exercer seu *jus puniendi*, sobretudo quando esse Estado se encontra em negociações de paz com um adversário que disputa seu monopólio de poder¹³;
- terceiro, a expressão máxima da primeira faceta da tutela penal dos Direitos Humanos é o conceito substantivo da pena daqueles que atentem contra a paz, pois são punidos aqueles que atacarem o fundamento para que os Direitos Humanos possam se desenvolver como elemento do sistema legal.

Por sua vez, um exemplo para a segunda faceta da tutela penal dos Direitos Humanos é a disputa sobre o conceito substantivo da “empresa criminal conjunta” (*Joint Criminal Enterprise*), ou seja, nas discussões sobre uma figura de imputação estabelecida na jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* da ONU. Essa figura de proveniência do *Common Law* possui três categorias, das quais a terceira equivale à imputação objetiva dos fatos – mesmo de maneira remota entra com qualquer *suited* – “previsíveis” pela participação numa “empresa criminal”. Consequentemente, discute-se se essa figura viola o princípio da culpabilidade¹⁴.

A segunda faceta da tutela penal dos Direitos Humanos complica-se mais ainda quando abandonamos o terreno da proteção internacional dos Direitos Humanos por meio de tribunais penais e analisamos as atuações executivas do próprio Conselho de Segurança da ONU para estabelecer o que, segundo a Carta da organização, corresponde a esse órgão: a segurança internacional.

As medidas punitivas emitidas por resoluções do Conselho de Segurança e seu Comitê de Sanções contra indivíduos, grupos e organizações, relacionadas em “listas negras” sob a suspeita de serem “terroristas”, estabelecem a obrigação dos Estados membros de congelar e sequestrar os fundos ou outros ativos daqueles que se encontrarem listados. Essas medidas não preveem qualquer recurso internacional contra a decisão do Conselho de Segurança,

violando de maneira flagrante o Direito humano a um recurso efetivo. E, devido a ser uma decisão do monopólio de poder internacional na construção da ordem internacional, não há recurso contra essa decisão, nem na esfera internacional, nem na esfera regional¹⁵.

Obviamente, esse é um exemplo extremo; não obstante a isso, ele demonstra a evolução da proteção dos Direitos Humanos em seu sentido amplo: por um lado, em relação à tutela penal dos Direitos Humanos, e, por outro, em relação à segurança internacional. Finalmente, como tem sido demonstrado, ambos os lados formam parte da mesma moeda. Isso resulta ainda mais evidente no caso da intervenção da ONU pelos tribunais *ad hoc*, posto que foram estabelecidos precisamente por resoluções do Conselho de Segurança da organização, no Capítulo sétimo de sua Carta.

NOTAS

1 TOMUSCHAT, C. *Human rights: between idealism and realism*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2008, cap. 1.

2 Cf. PRITTWITZ, C.. “O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: tendências atuais em Direito Penal e política criminal”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, 2004. p. 31-45.

3 Cf. amplamente sobre os desafios da sociedade do risco aos limites do Direito Penal SIEBER, U. “Limites do Direito Penal”. In: *Revista Direito GV*, nº 7, jan-jun 2008. p. 269-330.

4 HOBBS, T. *Leviathan*. 1651, Cap. XVII y XIX.

5 *Ibid.*, Cap. XVIII.

6 Cf. REINER, R. “Media made criminality”. In: _____; MAGUIRE, M. & MORGAN, R. (eds.). *The Oxford handbook of criminology*. Oxford: Oxford University Press, p. 302-337.

7 BECK, U. *World Risk Society*. Cambridge: Polity Press, 1998.

8 HASSEMER, W. “Sicherheit durch Strafrecht”. In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A.M. (ed.). *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Frankfurt an Main: Peter Lang, 2007. p. 99-137.

9 LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt an Main: Suhrkamp 1993, cap. 9.

10 Cf. CASTRESANA, C. “España”. In: ARNOLD, J; SIMON, JM. & WOISCHNIK, J. (eds.). *Estado de Derecho y Delincuencia de Estado en América Latina: Una Visión Comparativa*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006. p. 297-329.

11 Cf. SIMON, JM. “Jurisdicción Universal: La perspectiva del Derecho Internacional Público”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. nº 39, 2002. p. 63-101.

12 *Idem.* “Violência masiva patrocinada por el Estado: Responsabilidad criminal y ‘reconciliación’”. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 112, enero–abril 2005. p. 273-292.

13 *Idem.* “Entre o Global e o Local. Negociações de Paz e Tribunal Penal Internacional”. In: MONTE, M. F. et al. (Eds.): *Que futuro para o Direito Processual Penal?: Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Días, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 583-612.

14 *Idem*, SIEBER, U. & KOCH, HG. (eds.). *Criminal Masterminds and Their Minions: Punishing Participants in Complex Criminal Entities*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. 5 volumes.

15 Ver o informe do Comitê de Especialistas sobre Terrorismo do Conselho Europeu. In: CODEXTER (2008) 12, de 25 de março de 2008.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : BECK, U. *World Risk Society*. Cambridge: Polity Press, 1998.
- : CASTRESANA, C. “Espanha”. In: ARNOLD, J.; SIMON, JM. & WOISCHNIK, J. (eds.). *Estado de Derecho y Delincuencia de Estado en América Latina: Una Visión Comparativa*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.
- : CODEXTER. “Informe do Comitê de Especialistas sobre Terrorismo do Conselho Europeu”. (2008) 12.
- : HASSEMER, W. “Sicherheit durch Strafrecht”. In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A.M. (ed.): *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*. Frankfurt an Main: Peter Lang, 2007.
- : HOBBS, T. *Leviathan*, 1651.
- : LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt an Main: Suhrkamp, 1993.
- : PRITTWITZ, C. “O Direito Penal entre Direito Penal do risco e Direito Penal do inimigo: Tendências atuais em Direito Penal e política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*”, n.º. 47, 2004.
- : REINER, R. “Media made criminality”. In: _____; MAGUIRE, M. & MORGAN, R. (eds.). *The Oxford handbook of criminology*. Oxford: Oxford University Press.
- : SIEBER, U. “Limites do Direito Penal”. In: *Revista Direito GV*, n.º 7, Jan-Jun 2008.
- : SIMON, JM. “Entre o Global e o Local: negociações de paz e tribunal penal internacional. In: MONTE, M. F. et al. (Eds.). *Que futuro para o Direito processual penal?: Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Días, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- : _____. Jurisdicción Universal: La perspectiva del Derecho internacional Público. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 39, 2002.
- : _____. Violência masiva patrocinada por el Estado: Responsabilidad criminal y “reconciliación”. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 112, Jan-Abr 2005.

- : SIMON, JM.; SIEBER, U. & KOCH, HG. (eds.). *Criminal Masterminds and Their Minions: Punishing Participants in Complex Criminal Entities*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. 5 volumes.
- : TOMUSCHAT, C. *Human rights: between idealism and realism*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2008.