ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 23 • vol. 113 • mar.-abr. / 2015

Coordenação

Heloisa Estellita e Marina Pinhão Coelho Araújo

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN1415-5400

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Ano 23 • vol. 113 • mar.-abr. / 2015

Presidência
Andre Pires de Andrade Kehdi

Coordenação
Heloisa Estellita e Marina Pinhão Coelho Araújo

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

THOMSON REUTERS ProView
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [04-2015]
Profissional
Fechamento desta edição: [06.04.2015]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2015/2016

Diretoria Executiva

Presidente
Andre Pires de Andrade Kehdi
1.º Vice-Presidente
Alberto Silva Franco
2.º Vice-Presidente
Cristiano Avila Maronna
1.º Secretário
Fábio Tofic Simantob
2.ª Secretária
Eleonora Rangel Nacif
1.ª Tesoureira
Fernanda Regina Vilares
2.ª Tesoureira
Cecília de Souza Santos
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carlos Roberto Isa

Conselho Consultivo

Carlos Vico Mañas
Ivan Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Cristina Cury Saad Gimenes
Sérgio Mazina Martins

Ouvidor

Yuri Felix

Suplentes da Diretoria Executiva

André Adriano Nascimento da Silva
Bruno Amabile Bracco
Daniel Zaclis
Danilo Dias Ticami
Roberto Luiz Corcioli Filho

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Diogo Rudge Malan
Biblioteca
Bruno Salles Pereira Ribeiro
Boletim
José Carlos Abissamra Filho
Comunicação e Marketing
Rogério Fernando Taffarello
Convênios
Matheus Pupo
Cursos
Paulo Sérgio de Oliveira
Estudos e Projetos Legislativos
Renato Stanziola Vieira
Iniciação Científica
Alexis Couto de Brito
Mesas de Estudos e Debates
Andrea Cristina D'Angelo
Monografias
Fábio Roberto D'Avila
Núcleo de Pesquisas
Bruna Angotti
Relações Internacionais
Helena Regina Lobo da Costa

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo

Revista Liberdades
Roberto Luiz Corcioli Filho

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Código Penal
Juliana Garcia Belloque

Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos

Estudos das Escolas Penais
Alexis Couto de Brito

Infância e Juventude
Giancarlo Silkunas Vay

Justiça e Segurança
Humberto Barrionuevo Fabretti

Política Nacional de Drogas
Cristiano Avila Maronna

Sistema Prisional
Bruno Shimizu

Presidentes das Comissões Organizadoras

21.º Seminário Internacional
Sérgio Salomão Shecaira

19.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Fábio Roberto D'Avila

Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

Presidente
Beatriz Dias Rizzo

Secretário-geral
Rafael de Souza Lira

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 23 • vol. 113 • mar.-abr. / 2015

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil
JULIANA MAYUMI ONO

Editora: Aline Souza

Assistente Editorial: Tatiana Leite

Coordenação Editorial
JULIANA DE CICCO BIANCO

Equipe de Produção Editorial
Analistas Documentais: Damares Regina Felício, Maurício Zednik Cassim, Rafael Dellova, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Analistas de Qualidade Editorial: Cíntia Mesojedovas Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaella de Almeida Vasconcellos e Victor Bonifácio

Equipe de Jurisprudência
Analistas Editoriais: Diego Garcia Mendonça, Juliana Cornacini Ferreira, Patrícia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael Brito

Sumário

Teoria Geral

Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012)

Frederico Gomes de Almeida Horta 15

Discriminação sexual e a necessidade de tutela penal

Maria Luiza Gorga 41

Há futuro na dogmática penal para os delitos de acumulação?

Wellington Boigues Corbalan Tebar 77

Direitos Humanos

Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal

Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto 127

Legislação Penal Especial

Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013

Gamil Föppel El Hireche e Rudá Santos Figueiredo 145

O bem jurídico nos crimes informáticos

Spencer Toth Sydow 193

Sistema Prisional

"Clientela penal": os bastidores da repressão

Vinicius Martins Lemos 215

CRIME E SOCIEDADE

A criminologia da escola: análise do controle social informal
FERNANDA CAROLINA ARAÚJO IFANGER 259

Imaginando bandidos: juristas e representações sociais de criminosos
JÚLIO CÉSAR POMPEU E EDINETE MARIA ROSA 287

Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil
KATIE ARGÜELLO E MARIEL MURARO 317

Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil
FERNANDA EMY MATSUDA, MARIA CAROLINA BISSOTO, MARIA GORETE MARQUES DE JESUS, MAYARA DE SOUZA GOMES, NATHÉRCIA CRISTINA MANZANO MAGNANI, PAULA RODRIGUES RAMOS, VIVIAN CALDERONI 357

DIREITO PENAL ECONÔMICO

A natureza tributária do descaminho e suas consequências jurídicas
OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES 389

DIREITO INTERNACIONAL

Bribery Act 2010: um novo paradigma no enfrentamento da corrupção
ANDRÉ MAURO LACERDA AZEVEDO 411

Mandado Mercosul de captura: novo instrumento, velho pensamento
ARTHUR LEVY BRANDÃO KULLOK 441

La mediación penal en España: tránsito de la legalidad a la normatividad
NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA 477

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 513

TEMAS 515

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 519

Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012)

The limited "strict theory" of culpability: criticism of the treatment of the putative justification at the project of Penal Code (Project of Law 236/2012)

Frederico Gomes de Almeida Horta

Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor de Direito Penal do Centro Universitário UNA - MG. Advogado.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: Trata-se de uma análise crítica do tratamento das descriminantes putativas conferido no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012), que se orienta pela chamada teoria estrita da culpabilidade, autorizando a punibilidade do erro evitável sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação como crime doloso. Para tanto, faz-se um panorama doutrinário sobre a matéria, demonstrando que a solução vigente no direito brasileiro é amplamente dominante, e que a polêmica em torno do tema está hoje restrita aos seus fundamentos dogmáticos. Enfrentam-se, por fim, as razões apresentadas para a inovação proposta, para esclarecer que a teoria limitada da culpabilidade não é caprichosa ou incoerente, mas é a que se compromete de forma mais ampla com a subjetivação do injusto.

Palavras Chave: Descriminante putativa - Teoria da culpabilidade - Injusto penal - Conteúdo intelectivo do dolo.

Abstract: This article aims to analyze the treatment of the putative justification at the Project of Penal Code (Project of Law 236/2012), that is oriented by the "strict" version of culpability which authorizes the punishability of the avoidable mistake about the factual assumptions of the cause of justification, like intentional crime. The theoretical outlook of this subject will be explained demonstrating that the current solution in Brazilian law is largely dominant, and that the controversy persists only in relation to its dogmatic foundations. Finally, the reasons presented to justify the innovation proposed will be criticized. It will be clarified that the so-called "limited" version of the theory of culpability is not capricious or incoherent. This version is the one that recognizes more broadly the systematic consequences of the subjectivation of the offense which is in the root of this theory.

Keywords: Putative justification - Theory of culpability - Criminal offense - Intellective content of the intent.

Horta, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Dos erros sobre os pressupostos fáticos do injusto e dos erros sobre a ilicitude do fato – 2. Consequências dogmáticas do erro: as teorias do dolo e a teoria da culpabilidade – 3. Divergências sobre os efeitos da descriminante putativa segundo a teoria da culpabilidade: a proposta minoritária de Welzel e os diferentes fundamentos para a solução dominante – 4. A orientação consagrada no direito brasileiro e a pretensa guinada à teoria estrita da culpabilidade pelo Projeto de Código Penal – 5. Crítica à teoria estrita da culpabilidade e à sua acolhida no Projeto de Código Penal – 6. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Quem mata outra pessoa, por supor equivocadamente que ela estivesse prestes a lhe desferir um tiro, pode ser responsabilizado por homicídio doloso? Essa singela pergunta, que tecnicamente versa sobre as consequências dogmáticas do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, volta novamente à pauta do Congresso Nacional, por meio do Projeto de Lei 236/2012, que propõe um novo Código Penal para o Brasil.

Como se vê, trata-se de um projeto de lei audacioso. Pois ele não visa apenas incorporar ao Código as muitas incriminações hoje previstas em leis extravagantes, de modo a atualizar e consolidar no diploma central a dimensão adquirida nas últimas décadas pelo sistema jurídico-penal brasileiro. Além disso, e surpreendentemente, o Projeto em referência pretende alterar as bases, reformar fundamentos de todo o sistema, apresentando uma nova Parte Geral para o Código, amplamente modificada em relação à vigente.

Infelizmente, a magnitude das pretensões do legislador, neste caso, revelou-se diretamente proporcional à pressa e à carência de comprometimento técnico e sistemático na elaboração do Projeto, bem como do seu Substitutivo. E o resultado, dramático, é um pretenso novo Código mal escrito, incoerente, e que definitivamente não faz jus ao estágio atual da ciência jurídica de sua época. Pelo contrário, suas disposições revelam graves equívocos técnicos e inconsistências teóricas, que só gerarão mais confusão, insegurança e, principalmente, injustiças na aplicação da lei penal.

Dentre as temerárias novidades propostas no Projeto para a Parte Geral de um novo Código se destacam, além de outra solução para as chamadas descriminantes putativas, injusta como se demonstrará; a supressão do conceito de causa, sem qualquer razão; a positivação, tão desnecessária quanto inconsistente e incompleta, da teoria da imputação objetiva; a determinação igualmente dispensável, deficiente e equivocada das regras de solução do concurso aparente de normas; a consagração prematura de um critério de distinção dos

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

atos executórios em relação aos meramente preparatórios; novas definições legais, não menos problemáticas, de dolo e culpa, com acréscimo de imprecisa "culpa gravíssima", além de uma bizarra distinção entre autoria e participação, pretensamente inspirada na teoria do domínio do fato, mas que a contraria e distorce acima de tudo.[1]

A surpresa que tal disposição reformadora provoca não se deve ao mero conservadorismo, em que pese seja este um valor inerente ao direito, enquanto sistema social protetor de expectativas. O que surpreende na Parte Geral do novo Projeto de Código Penal é a disposição para doutrinar, a insubsistência com que realiza tal mister, o desprezo que revela pelo que é consolidado no direito penal brasileiro e a capacidade de criar problemas até aqui inexistentes. Por todas essas razões, o Projeto merece as severas críticas que tem recebido dos juristas brasileiros.[2]

É censurável a pretensão de conferir força de lei a proposições de teoria do delito, como o conteúdo do dolo eventual, o marco dos atos executórios, os critérios de imputação objetiva do resultado ao agente, ou de solução do concurso aparente de normas, por duas razões. Primeiramente, porque não há na doutrina nacional um razoável consenso a respeito desses temas e sequer uma posição claramente hegemônica. Pelo contrário, reina a discórdia e muitos mal entendidos, cuja solução ainda carece de aprofundamento dos estudos, amadurecimento e ampliação dos debates pertinentes a tais matérias,

1. Uma crítica contundente à regulação proposta para o concurso de pessoas no PLS 236/12, lê-se em GRECO, Luis; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/12) In: GRECO, Luís et. al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 169-201.

2. *Revista Liberdades* – Edição Especial – Reforma do Código Penal, ago. 2012. 129 p. Disponível na Internet: [www.ibccrim.org.br/novo/noticia/14080-Liberdades-Edicao-Especial-%E2%80%93-Reforma-do-Codigo-Penal]. Consulta em 12.08.2014; Cf. LEITE, Alaor (org.). *Reforma penal*. A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/12). São Paulo: Atlas, 2015; LEITE, Alaor. Ciência em tempos de reforma penal: a hora e a vez da ciência jurídico-penal brasileira. *Boletim do IBCCrim*, n. 264, ano 22. São Paulo, nov. 2014, p. 17-19; LEITE, Alaor; QUANDT, Gustavo. Perda total: defeitos do projeto do Código Penal comprometem sua viabilidade. *Boletim de Notícias Conjur*, publ. 28.01.2015, disponível na Internet: [www.conjur.com.br/2015-jan-28/defeitos-projeto-codigo-penal-comprometem-viabilidade]. Acesso em: 01.02.2015; LOPES, Jair Leonardo. *A política criminal da "Lei e da Ordem" – Anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal: uma visão crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 118.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

no meio científico e nos tribunais. Depois, porque a solução legislativa de polêmicas doutrinárias compromete o desenvolvimento científico do direito penal, aferrando a elaboração e aperfeiçoamento dos institutos a concepções que se tornam cogentes. Uma vez consagradas na lei, a superação dessas concepções já não requer apenas a demonstração dos seus equívocos, mas fica a depender da disposição política de revogá-las.

Especialmente inoportunas se revelam as alterações propostas no novo Projeto de Código Penal, na medida em modificam disposições bem fundadas na tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, desprezando de uma hora para a outra e praticamente à revelia da comunidade científica a obra legislativa que é a Parte Geral do vigente Código, nele introduzida pela Lei 7.209/1984. O valor da vigente Parte Geral, que completou seus 30 anos, evidencia-se justamente pelo seu desempenho ao longo desse tempo.

Com efeito, o esforço intelectual e o cuidado que lhe dedicou a Comissão elaboradora daquele Anteprojeto, composta pelos mais consagrados penalistas brasileiros, legou-nos um conjunto de normas que se mantém atual e em plena conformidade – quanto ao essencial – com as aspirações do penalismo contemporâneo. Ao mesmo tempo em que nossa vigente Parte Geral dispõe satisfatoriamente sobre os elementos, formas e condições do delito, tem igualmente se mostrado condizente com a teoria do bem jurídico, não cria obstáculos aos modernos critérios de imputação objetiva, permite o aperfeiçoamento da distinção entre o dolo e a culpa e autoriza soluções adequadas para os problemas peculiaridades do erro no âmbito do crescente direito penal econômico.

Enfim, temos uma Parte Geral que, pelo menos em tema de determinação do fato punível, não nos cria maiores problemas, nem de ordem dogmática e nem de ordem político-criminal. Uma Parte Geral que não cria insegurança e nem prejudica a lenta – mas permanente – evolução doutrinaria e jurisprudencial do direito penal. Esse é um patrimônio jurídico valioso para uma nação; um bem que não há de ser preterido por qualquer aventura legislativa.

As linhas seguintes se ocupam da análise crítica de uma dessas alterações que o novo Projeto de Código Penal pretende para as linhas elementares do direito penal brasileiro. Trata-se do distinto tratamento ali proposto para as descriminantes putativas, que deixaria de ser um erro prejudicial ao dolo, para receber o mesmo tratamento dos erros de proibição, relevantes apenas para a culpabilidade. Por meio dessa análise, que retoma a repisada discussão entre as teorias estrita e limitada da culpabilidade, pretende-se demonstrar o valor da solução vigente, sua conformidade com o estado atual da teoria

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

do delito, bem como o retrocesso dogmático que representaria a adoção da solução projetada.

1. DOS ERROS SOBRE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS DO INJUSTO E DOS ERROS SOBRE A ILICITUDE DO FATO

O erro, como se sabe, é o desconhecimento ou o equívoco em relação à realidade. Os erros relevantes para o direito penal, porque relacionados ao conteúdo da vontade do agente ou à reprovabilidade da sua conduta, são os que recaem sobre uma característica ou circunstância essencial da conduta incriminada e os que recaem sobre o caráter ilícito – contrário ao direito – da conduta praticada. Dentre aqueles – os erros que prejudicam o conhecimento do fato penalmente relevante – temos o "erro de tipo" e a "descriminante putativa". E dentre estes últimos – os erros sobre a valoração jurídica do fato penalmente relevante – temos o erro de proibição direto e o erro de proibição indireto.

O erro de tipo se dá quando o agente realiza os elementos objetivos de um tipo penal de crime, sem reconhecer na sua conduta alguma das características pelas quais ela é incriminada, isto é; um ou mais dos elementos do tipo penal correspondente. Tal ocorre, por exemplo, quando o agente subtrai de alguém um moderno *smart phone*, pensando que tal objeto era seu e, portanto, ignorando se tratar de "coisa alheia" (art. 155 do CP).

A descriminante putativa se dá quando o agente, embora consciente das características típicas (penalmente relevantes) de sua conduta, supõe uma situação de fato inexistente, mas que se existisse tornaria legítima a sua conduta. É o caso do médico que realiza um aborto (art. 126 do CP) acreditando que a gravidez resultou de um estupro, o qual em verdade não ocorreu.

O erro de proibição direto ocorre quando o agente conhece bem os aspectos penalmente relevantes do fato, mas desconhece essa relevância. Nesses casos o agente ignora a proibição jurídica do fato. Incorre neste erro, por exemplo, o mascate que vende cachaça a índios não integrados, praticando assim a conduta típica prevista no art. 58, III, da Lei 6.001/1973, sem saber ao menos que tal prática comercial é vedada pelo direito brasileiro.

Finalmente, incorre em erro de proibição indireto o agente que conhece a proibição geral de praticar certa conduta, mas supõe estar excepcionalmente autorizado a fazê-lo, por que erra sobre a existência ou sobre os limites normativos de uma causa de justificação. Assim o médico que supõe estar excepcionalmente autorizado a fazer um aborto, em razão da grave malformação do nascituro, ou a pessoa que reage imediatamente a uma agressão finda, pensando que atua em legítima defesa.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

2. CONSEQUÊNCIAS DOGMÁTICAS DO ERRO: AS TEORIAS DO DOLO E A TEORIA DA CULPABILIDADE

Pois bem, as teorias desenvolvidas desde o final do século XIX pela dogmática penal, para justificar ou para explicar as consequências jurídicas de cada uma dessas formas de erro são conhecidas como teorias do dolo, as mais antigas, e teorias da culpabilidade, as mais recentes.[3]

As teorias do dolo compartilham da premissa de que a consciência da ilicitude faz parte do conteúdo intelectivo do dolo. O dolo, segundo essa concepção, seria a intenção de praticar um ilícito penal, com consciência de todas as suas características penalmente relevantes e também de que a sua realização contraria o direito. Consequentemente, segundo uma teoria do dolo, qualquer erro do agente, quer seja sobre as características típicas do fato que concretiza, quer seja sobre a sua proibição, são prejudiciais ao dolo.

As teorias do dolo tiveram importância capital para o incremento do conceito de crime e para o próprio direito penal, na medida em que consolidaram a relevância da consciência da ilicitude para a atribuição de responsabilidade penal, conferindo-lhe fundamento dogmático.[4] Vale lembrar que, principalmente a partir do século XIX, dominava a consciência dos juristas e conquistara espaço inclusive nos primeiros Códigos Penais, a tese contrária; da irrelevância do erro sobre a ilicitude do fato, que era divulgada no velho brocardo *error iuris nocet* como se fora um princípio imemorial de direito penal. Essa foi, aliás, a orientação do nosso Código Penal até a reforma de 1984. O art. 16 de sua antiga Parte Geral era peremptório: "A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena".

O incremento do dolo com a consciência da ilicitude, que remonta à noção de dolo dos romanos (*dolus malus*), encontra esteio teórico em um modelo de delito no qual o dolo compõe o juízo de culpabilidade, como uma de suas formas ou um de seus requisitos. Pois na medida em que se admite a relevância da consciência da ilicitude para a reprovabilidade do agente por seu comportamento injusto, tal consciência viria naturalmente se somar ao conhecimento do fato, como requisito do dolo.

---

3. Para uma breve e precisa exposição das teorias do dolo e da culpabilidade, quanto ao essencial: LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 22-23.

4. Sobre a importância, por assim dizer, militante, das teorias do dolo, Joachim Hruschka. (¿Realmente es "limitada" la teoría "limitada" de la culpabilidad? In: _____. *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 127-143, p.131-132).

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

O grande inconveniente dessa teoria, quando se lhe admite até as últimas consequências, é que ela não apresenta solução distinta para os casos de erro inevitável – e por isso não reprovável – e os casos de erro evitável, reprováveis, sobre a proibição. Pela teoria estrita do dolo, por exemplo, este fica prejudicado tanto pelo erro da velha e provinciana cafetina, que desconhece a ilicitude da sua casa de prostituição, quanto pelo erro do machista, que estupra a sua mulher supondo-se senhor do corpo dela e, por isso, autorizado a fazê-lo. Pois faltando em ambos os casos a consciência da ilicitude, falta o dolo. E sem ele, resta apenas a punibilidade da conduta a título de culpa, que por sua vez é restrita aos casos excepcionais em que a lei prevê a forma culposa dos crimes.

A lacuna de punibilidade que uma teoria estrita do dolo conduz seria em boa medida atenuada, por alguns, lançando mão do conceito material de ilicitude, compreendida como periculosidade ou danosidade social do comportamento. É o que se verifica em Wilhelm Sauer[5] e Arthur Kaufmann.[6] Pois a percepção das repercussões ou do significado social da conduta típica, traduzidos pela sua periculosidade ou danosidade, em geral decorre do mero conhecimento dos seus elementos objetivos,[7] pelo menos no âmbito do direito penal nuclear, ou de justiça.[8]

5. SAUER, Wilhelm. *Derecho penal: parte general*. Trad. Juan del Rosal y José Cerezo. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956. Titulo original: *Allgemeine Strafrechtslehre*. 3 Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1955. p. 253.

6. KAUFMANN, Arthur. *Unrechtsbewusstsein*, p. 142 et seq., 168 et seq. apud DIAS. Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 157, nota 22.

7. Segundo Arthur Kaufmann, citado por Claus Roxin, o autor sempre alcançará a consciência da danosidade social mediante o conhecimento de todos os elementos fundamentadores do injusto, e em especial dos elementos normativos do tipo (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. Título original: *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1970. p. 187).

8. Empregam-se, aqui, as expressões "direito penal nuclear" ou "direito penal de justiça", em oposição aos domínios socioeconômicos do direito penal, também conhecidos por direito penal secundário ou administrativo. Pois neste âmbito, ao contrário daquele, as incriminações em geral não dizem respeito a comportamentos imorais ou evidentemente antissociais, mas carecem de densidade ético-valorativa, ou são axiologicamente neutras, na feliz expressão de Figueiredo Dias (DIAS. Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 400).

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Já Edmund Mezger, que nunca desconsiderou a dimensão formal – referida ao direito – da ilicitude, propunha atenuar os efeitos da teoria do dolo penalizando com a pena correspondente ao crime doloso, o injusto praticado em erro de proibição evitável. Para fundamentá-lo, lançaria mão da estranha figura da "culpa pela conduta de vida", que autorizaria responsabilizar o agente por sua indiferença ao direito, por sua inaceitável "cegueira jurídica".[9] Tal solução, conhecida como teoria limitada do dolo, jamais se tornou dominante, por basear a culpabilidade do agente na sua personalidade, e não na sua específica conduta punível.[10]

A teoria da culpabilidade, por sua vez, surge a partir do reposicionamento sistemático do dolo no modelo teórico de crime, o que se deu precipuamente sob influência da teoria finalista da ação, de Hans Welzel. Na medida em que o dolo deixa de ser parte do juízo de culpabilidade e passa a compor o injusto, como aspecto subjetivo do tipo, torna-se possível desvincular o dolo da consciência da ilicitude.

Nesse modelo se distingue o dolo, como característica da ação típica e ilícita e, portanto, como objeto do juízo de culpabilidade, da consciência da ilicitude. Pois esta é razão de tal juízo e, como tal, seu requisito. Tem-se aí um inegável avanço teórico. Pois enquanto o dolo foi posicionado na culpabilidade, ficavam ali confundidos o juízo de reprovabilidade e o próprio objeto desse juízo, que é a vontade antijurídica manifestada pela ação típica, ou seja; o dolo.

Como aspecto subjetivo do injusto, o dolo é simplesmente a vontade de agir consciente da realização de todas aquelas circunstâncias determinantes da ilicitude da conduta, o que se verifica independentemente do reconhecimento dessa ilicitude pelo próprio agente. Esse conceito de dolo, como bem lembra Joachim Hruschka, remonta a Aristóteles, que em sua ética a Nicômaco já pontuava que o atuar é livre se a sua origem se acha no agente mesmo e se este conhece, ao atuar, as circunstâncias relevantes da sua ação.[11]

---

9. MEZGER. Rechtsirrtum und Rechtsblindheit. Probleme der Strafrechtserneuerung. In: *Festschrift für Konlhausch*. 1944. p. 180 et seq. apud DIAS. *O problema...*, p. 160-161; MEZGER. *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*. Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3 Auflage. 1950, p. 43 et seq. apud DIAS. *O problema...*, p. 161.

10. Mezger, dessa forma, pretendendo superar as falhas da teoria anterior, "criou novos e mais sérios problemas com a introdução da possibilidade de condenação do agente não por aquilo que ele faz, mas por aquilo que ele é, daí derivando em linha reta um direito penal de autor, de consequências imprevisíveis (...)" (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 283).

11. HRUSCHKA. ¿Realmente es limitada...? In: _____. *Imputación y derecho penal...*, p. 129.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Uma vez desvinculada do dolo, a efetiva consciência da ilicitude deixa de ser indispensável para a culpabilidade e passa a ser apenas um indicador do seu maior grau. Pois a realização injustificada de um tipo doloso pelo agente lhe é reprovável, ainda que ele desconheça o caráter proibido do seu comportamento, desde que essa proibição lhe tenha sido acessível, isto é; desde que o agente tenha podido com um esforço razoável e exigível, atingir a consciência da ilicitude da sua conduta.

Segundo a teoria da culpabilidade, o erro do agente sobre a ilicitude é totalmente indiferente ao dolo, e só terá relevância para a verificação ou graduação da sua culpabilidade. Se o erro de proibição for escusável, fica excluída a culpabilidade, por falta do requisito celebrizado como "potencial consciência da ilicitude". Mas se o erro de proibição pudesse ter sido evitado, por um exigível esforço cognitivo ou de consciência do agente, sua conduta será culpável, ainda que em menor grau, e teremos então um crime doloso, que deverá ser punido com pena diminuída.

A teoria da culpabilidade possibilita, assim, um tratamento diferenciado do erro, conforme ele recaia sobre aos pressupostos do caráter injusto do fato ou sobre a própria valoração do fato como um injusto. No primeiro caso, o erro exclui o injusto doloso. No segundo, quando o erro é de proibição, haverá de toda forma um injusto doloso, que só não será culpável se o desconhecimento da ilicitude for escusável ao agente.

3. DIVERGÊNCIAS SOBRE OS EFEITOS DA DESCRIMINANTE PUTATIVA SEGUNDO A TEORIA DA CULPABILIDADE: A PROPOSTA MINORITÁRIA DE WELZEL E OS DIFERENTES FUNDAMENTOS PARA A SOLUÇÃO DOMINANTE

Embora a teoria da culpabilidade não seja tributária lógica da teoria da ação finalista, posto que a dimensão subjetiva do injusto se pode reconhecer à luz de outros conceitos de ação, certo é que foi concebida por Welzel e se pode considerar, numa perspectiva histórica, a principal contribuição do finalismo para a teoria do delito.[12] Todavia, o próprio Welzel não reconheceu em toda a

12. Como reconhecem Hans Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, a separação sistemática entre a consciência da ilicitude e o dolo foi uma das modificações fundamentais operadas na teoria do delito a partir da inclusão do dolo no tipo, operada pelo finalismo. (*Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. renovada y ampliada. Granada: Comares, 2002. Título original: *Lehrbuch des Strafrechts*: All. Teil. 5 vollständig neubearb. u. erw. Aufl. Berlin: Dunker u. Humblot, 1996, § 22, n. 3, p. 227). Ainda segundo estes autores, as consequências do finalismo para

sua amplitude as consequências dogmáticas que decorreriam da subjetivação do injusto e da separação sistemática entre o dolo e a consciência da ilicitude.

Ocorre que, a partir do modelo teórico de delito proposto por Welzel, já se poderia distinguir as diversas formas de erro, por sua relevância para excluir o dolo, conforme recaiam apenas sobre a ilicitude da conduta (erro de valoração) – irrelevantes para o dolo – ou sobre o objeto deste juízo (erro de percepção ou de conhecimento) – prejudiciais ao dolo. Não obstante, Welzel só considera excludente do dolo o erro que recaia sobre um elemento constitutivo do tipo, e não também a errônea suposição de uma circunstância fática que, se existisse, tornaria a ação legítima (descriminante putativa).

Para Welzel, o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação deixa intocado o dolo, prejudicando apenas a consciência da ilicitude. Por isso só relevaria para excluir a culpabilidade, e com ela o crime, se inevitável. Quando evitável, a descriminante putativa autorizaria a punição pelo crime doloso, ainda que com pena diminuída em razão da atenuada reprovabilidade do agente equivocado.[13]

Neste ponto a doutrina de Welzel não se consolidou. Pois embora os seus mais ortodoxos seguidores tenham aderido à tese de que o erro sobre o pressuposto fático de uma causa de justificação mereceria o mesmo tratamento do erro de proibição,[14] para a maioria dos cultores da teoria da culpabilidade

---

a transformação do conceito de delito são reconhecidas inclusive por quem não adere ao conceito final de ação e as fundamentam autonomamente a partir de um conceito de "injusto pessoal" (JESCHECK-WEIGEND, *Tratado...*, § 22, n. 6, p. 228).

13. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad., prefácio e notas de Luiz Regis Prado São Paulo: Ed. RT. Título original: *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*. Tradução da versão espanhola anotada de José Cerezo Mir sob o título *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ariel, 1964. p. 129 et seq.

14. Assim Reinhart Maurach, Armin Kaufmann (Cf. TOLEDO. Franscisco de Assis. Erro de tipo e erro de proibição no projeto de reforma penal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 20, p. 23-38. São Paulo, jun. 1983. p. 31), bem como Bockelmann, Fukuda, Gössel, Hirsch, inicialmente, Eb. Schmidt e Warda (Cf. PAEFFGEN, Hans Ullrich. Observaciones acerca del error de tipo permisivo. In: FRISCH, Wolfgang et. al. *El error en el Derecho Penal*. 1 reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010. p. 185, nota 2). Ressalte-se que Hirsch, outrora ardoroso adepto da teoria estrita da culpabilidade, já não a defendeu em seus últimos trabalhos, como Alaor Leite oportunamente observa (HIRSCH, Einordnung und Rechtswirkung des Erlaubnistatbestandsirritum – Über eine vermittelnde Schuldtheorie, *FS* – Schroeder, 2006. p. 223 et seq. apud LEITE,

a descriminante putativa exclui a punição correspondente à forma dolosa do crime, assim como o erro de tipo.[15]

Não obstante, a versão minoritária de Welzel para a teoria da culpabilidade foi batizada por Reinhart Maurach como teoria estrita, enquanto a versão que considera excludente do dolo também a descriminante putativa, recebeu deste autor o rótulo de "teoria limitada da culpabilidade". Ocorre que Maurach, pelo menos inicialmente, alinhou-se à proposta de Welzel. E numa espécie de "golpe de markentig" teorético, marcou sua posição já na terminologia empregada para designar as variantes da teoria da culpabilidade.

Para tanto, valeu-se de adjetivos carregados de parcialidade e conteúdo retórico. Com efeito, por "estrita", Maurach exalta a solução de sua preferência como se ela fosse rigorosamente comprometida com os fundamentos da teoria da culpabilidade, enquanto por "limitada", deprecia a solução diversa, como se ela representasse uma ressalva arbitrária àquela teoria, ou uma concessão injustificada à teoria do dolo.[16]

Na Alemanha, onde o Código Penal não dispõe expressamente sobre a descriminante putativa, o debate doutrinário já não versa tanto sobre as suas

---

Alaor. Erro, causas de justificação e causas de exculpação no novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades* – Edição Especial – Reforma do Código Penal, p. 71-72, nota 51).

15. É o que se verifica no panorama doutrinário apresentado por Roxin sobre as consequências dogmáticas do erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação. (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – fundamentos – la estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, t. 1, 2003. Título original: *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlangen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2. Auflage Beck, München, 1994. p. 580 *et seq.*). A prevalência da solução proposta pela teoria limitada da culpabilidade para as descriminante putativas é também destacada por Hruschka. Segundo ele: "(...) claramente se ha impuesto la doctrina que trataba de igual manera el desconocimiento de las circunstancias que colman un tipo delictivo y la errónea representación de las circunstancias que colman un tipo de justificación: es decir, como excluyentes del dolo – o, por decirlo con Roxin –, la doctrina, según la cual, la representación de circunstancias que colman un tipo de justificación excluye el 'dolo de injusto'." (HRUSCHKA. ¿Realmente es limitada...? In: _____. *Imputación y derecho penal...*, p. 143). Também o reconhece Hans Ullrich Paeffgen, segundo o qual a teoria estrita da culpabilidade, apesar de seus proeminentes defensores, ficou em minoria. (PAEFFGEN. Observaciones... In: FRISCH et. al. *El error...*, p. 185).

16. Sobre o caráter retórico das denominações cunhadas por Maurach para as variantes da teoria da culbabilidade, ver HRUSCHKA. ¿Realmente es limitada...? In: _____. *Imputación y derecho penal...*

consequências, mas sim sobre o fundamento dogmático dessas consequências. Pois para o mesmo resultado; a exclusão do dolo em face do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, convergem, além da teoria limitada da culpabilidade, a teoria dos elementos negativos do tipo e a chamada teoria da culpabilidade orientada às consequências jurídicas.[17]

17. A diferenciação dessas três correntes teóricas supra-citadas, embora não seja unânime, como bem demonstra Gerald Grünwald (Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada. In: FRISCH *et al. El error*... p. 168-169), é reconhecida por Roxin (*Derecho penal*... p. 579 et seq.) e Günther Jakobs (JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. Título original: Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. edición, 1991, p. 445 et seq.). Maurach-Zipf, muito embora reconheçam três justificativas teóricas para a exclusão da pena correspondente ao dolo nos casos de descriminante putativa, classificam-nas como variações da teoría limitada da culpabilidade. (MAURACH, Reinhardt; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7.ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994. t. 1, p. 652) Roxin e Jakobs, por sua vez, ainda mencionam versões intermediárias da teoria da culpabilidade, que propõem para as descriminantes putativas um tratamento peculiar, que não corresponde ao do erro de tipo nem ao do erro de proibição. Roxin as designa sob o nome de "teoria da culpabilidade independente quanto às consequências jurídicas" (ROXIN. *Derecho penal*..., p. 582), e Jakobs como propostas de "consequência jurídica própria" para a suposição errônea de um tipo de justificação, em vista da natureza peculiar desta espécie de erro (JAKOBS. *Derecho penal*..., p. 450). Dessa "terceira via", há muitas variantes. Roxin cita, por exemplo, a proposta "*de lege ferenda*", defendida por Dreher, de que para os crimes cometidos em erro vencível sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, aplique-se a margem penal correspondente à modalidade culposa, quando prevista, ou uma atenuação da pena correspondente ao crime doloso, quando não houver modalidade culposa para o crime cometido (DREHER, *Der Irrtum über Rechtfertigungselementen*, Heinitz-FS, 1972, 227s apud ROXIN. *Derecho penal*..., p. 582). Jakobs também defende uma consequência própria para a descriminante putativa, mas rejeita a aplicação, em qualquer caso de erro evitável, das penas previstas para a forma dolosa do crime, ainda que atenuadas. Para este autor, que por fundamentos diversos acaba coincidindo com os defensores da teoria da culpabilidade que remete às consequências jurídicas, o agente que incorre em erro evitável sobre a ocorrência de uma causa de justificação, mesmo praticando um crime doloso (desde a perspectiva do injusto até a da culpabilidade) só pode ser punido com a margem penal correspondente à modalidade culposa. E sendo assim, quando a imprudência não for punível, tampouco deverá sê-lo, segundo Jakobs, a atuação dolosa de quem incorre em erro de tipo permissivo evitável. (JAKOBS. *Derecho penal*..., p. 450-452).

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Para a chamada teoria limitada da culpabilidade, a exclusão do dolo em casos de descriminante putativa se explica por aplicação analógica da regra prevista para o erro de tipo, no § 16, primeira parte, do Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch* – StGB).[18] Justifica-se a analogia, porque assim como o erro sobre os elementos constitutivos do tipo, a equivocada suposição de uma circunstância justificante, em verdade inexistente, é também um erro que recai sobre os pressupostos fáticos determinantes do caráter injusto da conduta. E segundo a teoria limitada da culpabilidade, o injusto doloso não requer apenas o "dolo típico", isto é; a vontade ou o consentimento voltados para a realização dos elementos objetivos do tipo, mas o "dolo de injusto", que envolve também a "não suposição de circunstâncias justificantes".[19]

Pode-se dizer, segundo a teoria limitada da culpabilidade, que o injusto doloso é necessariamente dirigido para aquilo que a lei proíbe – mesmo quando o agente desconheça a proibição –, e jamais para o permitido – ainda que o agente ignore a permissão. Sendo assim, a regra de exclusão do dolo, em caso

18. "*(1) Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt*" (DEUTSCHLAND. *Strafgesetzbuch*. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf]. Acesso em: 25.06.2014) Em versão castelhana: "*§ 16. (1) Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta*" (ALEMANIA. Código Penal. 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Traducción de Claudia Lopez Dias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. Título alemán: Strafgesetzbuch. 32. ed. München: Deutscher Taschenburch Verlag, des Verlages C. H. Beck, 1998. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_02.pdf]. Acesso em: 25.06.2014).

19. ROXIN. *Derecho penal...*, p. 586. Entre os seus adeptos, na doutrina alemã, estão Roxin (*Derecho penal...*, p. 583), Wolfgang Frisch (*El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad*. In: _____ *et al. El error...*, p. 66-67), Hruscka (¿Realmente es limitada...? In: _____. *Imputación y derecho penal...*, p. 142-143), e também Herzberg, Kuhlen, Nowakovski, Rudolphi, Schönke/Schröder/Cramer, Schönke/Schröder/Lenckner, Stratenwerth, Wolter e Zielinski, segundo Paeffgen (Observaciones.... In: FRISCH. *El error....*, p. 186, notas 5 e 6). No Brasil, ratificam a teoria limitada da culpabilidade, Francisco de Assis Toledo (O erro no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 52-53; *Princípios básicos...*, p. 274), Luís Augusto Sanzo Brodt (*Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 103-105), bem como Juarez Cirino dos Santos, que tampouco contesta a teoria dos elementos negativos do tipo (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: Parte geral*. 3. ed. rev. et. ampl. Rio de Janeiro: Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 308-310).

de erro sobre elementos constitutivos do tipo, consagrada no § 16 do StGB, não estabelece todo o conteúdo intelectivo do dolo, mas apenas parte dele. Pois embora os elementos do tipo – a matéria da proibição –, seja a referência, a direção e o sentido do dolo, este pressupõe, ainda, a suposição pelo agente de que não ocorrem quaisquer das causas legais de justificação da sua conduta; de que sua conduta não se dá nas circunstâncias que configuram, por assim dizer, a matéria da permissão.

A teoria dos elementos negativos do tipo, por sua vez, considera os pressupostos fáticos das causas de justificação como circunstâncias que, uma vez presentes, excluiriam a própria tipicidade da conduta. Pois para os adeptos desta concepção, o tipo, como categoria sistemática da teoria do delito, não é composto apenas pelos elementos descritivos da conduta em geral proibida, mas também pela negativa dos elementos que determinariam a sua excepcional permissão.

Concebido assim, como tipo total de injusto, o tipo sistemático abarca, além da conduta proibida, seu resultado, modo de execução etc., também as circunstâncias determinantes da legítima defesa ou do estado de necessidade, por exemplo. Mas estas, ao contrário daquelas, compõem o tipo negativamente; como seus elementos negativos. Isto porque, enquanto a forma da conduta, o resultado, o modo de execução etc. são condições positivas da tipicidade, que determinam as circunstâncias nas quais uma conduta é típica, as circunstâncias determinantes da legítima defesa, por exemplo, determinam quando uma conduta não o é.

Consequentemente, os cultores da teoria dos elementos negativos do tipo consideram imediata e logicamente aplicável à hipótese de descriminante putativa, as soluções legalmente previstas para o erro de tipo, como é a regra disposta no § 16, primeira parte, do StGB. Afinal, segundo essa teoria, o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação é também um erro sobre elementos constitutivos, ainda que negativos, do tipo total de injusto.[20]

20. Entre os que são ou foram seus adeptos, na Alemanha, citam-se Adolph Merkel, Reinhard Frank, Karl Engisch, Arthur Kaufmann, Hellmuth von Weber e Bernd Schünemann (Cf. JESCHECK-WEIGEND, *Tratado...*, § 25, n. III, nota 21, p. 266), bem como Lang-Hinrichsen, Roxin, Schaffstein e Schröder (Cf. PAEFFGEN. Observaciones... In: FRISCH et al. *El error...*, p. 186, nota 4). No Brasil, entre outros, acolhem-na REALE JÚNIOR, Miguel. (*Antijuridicidade concreta*. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1974. p. 35-36), VARGAS, José Cirilo de. (*Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 61) e mais recentemente LOPES, Luciano Santos. (*A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total do injusto*. Orientador: José Cirilo de Vargas. 2010.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Diferentemente da teoria limitada da culpabilidade e da teoria dos elementos negativos do tipo, a teoria da culpabilidade orientada às consequências jurídicas reconhece dolo de injusto na conduta de quem realiza um tipo penal supondo-se autorizado por uma circunstância em verdade inexistente. Não obstante, concorda que a hipótese deva ensejar às mesmas consequências do erro de tipo. Daí o nome conferido a esta versão da teoria da culpabilidade, igualmente surgida no contexto do direito alemão. É que para solucionar os casos de descriminante putativa, seus adeptos não reivindicam uma aplicação direta e nem tampouco analógica do disposto no § 16, primeira parte, do StGB – a regra que exclui o dolo – mas apenas das suas consequências jurídicas; a punibilidade exclusiva do fato com a pena eventualmente cominada à forma culposa, quando o erro deriva de negligência.

Essa chamada às consequências jurídicas do erro de tipo, ainda quando não se admite a exclusão do injusto doloso, fundamenta-se recorrendo à culpabilidade peculiar de quem supõe equivocadamente uma circunstância que, se existisse, justificaria a sua conduta. Pois, conforme Jescheck-Weigend, nesses casos a vontade de praticar a conduta típica não é impulsionada ou motivada por um déficit de internalização do direito pelo agente, como nos erros de proibição, mas por uma análise descuidada das circunstâncias às quais ele reage. Sendo assim, o que se reprova ao autor de um injusto praticado em erro evitável sobre a ocorrência dos pressupostos fáticos de uma causa de justificação é apenas a sua falta de atenção às circunstâncias do fato, o que corresponde à culpabilidade própria da conduta imprudente ou negligente.[21]

---

246 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: [www.bibliotecadigital.ufmg.br]. Acesso em: 20.06. 2014. p. 153 e ss.).

21. JESCHECK-WEIGEND. *Tratado...*, p. 499-500. Além de Jescheck-Weigend, a teoria da culpabilidade orientada às consequências jurídicas conquistou também a adesão de Maurach- Zipf (*Derecho penal...*, p. 653 e 660-661), que observam ser esta a opinião predominante. Entre seus demais adeptos na Alemanha, citam-se Wessels, Schlüchter, Lackner, Dreher-Trödle (Cf. MAURACH; ZIPF. *Derecho penal...*, p. 653), assim como Gallas, Blei, Herdegen, Krümpelmann e Bockelmann/VolK (Cf. ROXIN. *Derecho penal...*, p. 581, nota 67). Na doutrina brasileira, destaca-se a sua defesa por Alcides Munhoz Netto. Pois embora ele reconheça nas "descriminantes putativas fáticas", essencialmente, um erro sobre a antijuridicidade da conduta – que como tal seria irrelevante para o dolo, já segundo a sistemática do Código de 1969 – admite que por razões de política criminal seja adequado destinar ao agente, nesses casos, a pena correspondente à forma culposa do tipo de crime correspondente. Assim, referindo-se especificamente às descriminantes putativas, Munhoz Netto pondera, já chegando às suas conclusões: "Acentuou-se,

4. A ORIENTAÇÃO CONSAGRADA NO DIREITO BRASILEIRO E A PRETENSA GUINADA À TEORIA ESTRITA DA CULPABILIDADE PELO PROJETO DE CÓDIGO PENAL

O tratamento jurídico penal do erro na lei penal brasileira corresponde precisamente às soluções oferecidas pela teoria limitada da culpabilidade, que ademais foi reconhecidamente a fonte de inspiração dos projetistas da reforma da Parte Geral, operada em 1984 e capitaneada por Francisco de Assis Toledo.[22] Essa orientação dogmática veio a calhar, pois mantinha a solução tradicional para a descriminante putativa, já consagrada no art. 17, § 1.º, da Parte Geral revogada,[23] mesmo em novo contexto sistemático, que vinha conferir

---

também, ser aconselhável que as teorias do erro se fundamentem em teorias dos fins da pena, atendendo, assim as necessidades de retribuição ou de prevenção. Neste sentido, se, em virtude do erro, a alguém, for inevitável a realização do injusto típico, não ha razão para castigá-lo (...). Ao inverso, se evitável a prática do crime, ante a vencibilidade do erro, o castigo tem razão de ser, embora, do ponto-de-vista da missão do direito penal, não se justifique seja o autor tratado como delinquente doloso. E que, em tais situações, as suas metas de atuação coincidem totalmente com as concepções jurídicas do legislador e, apenas, por negligencia, a situação externa não foi corretamente percebida pelo agente. Cumpre, por isto, aplicar-lhe pena mais branda, que pode ser a do procedimento culposo, reputada suficiente pelo legislador, para atender as necessidades sociais de repressão ou prevenção" (NETTO, Alcides Munhoz. Descriminantes putativas fáticas. *Revista de Direito Penal*, ns. 17/18, p. 07-22, jan.-jun. 1975, p. 21. Igualmente em NETTO, Alcides Munhoz. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 112-119) Esta é, ainda, a posição de César Roberto Bitencourt (Erro de tipo e erro de proibição no direito brasileiro. *Ciência penal* – Coletânea de Estudos em homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM Ed., 1999. p. 71 et. seq.), Luiz Flávio Gomes (*Erro de tipo e erro de proibição* (e a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação): doutrina e jurisprudência. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 192 et seq.) e Sheila Jorge Selim de Sales (*Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 204 et. seq.).

22. "Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às descriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a 'teoria limitada da culpabilidade' ('Culpabilidade e a problemática do erro jurídico penal', de Francisco de Assis Toledo, *RT* 517:251)" (BRASIL. *Exposição de motivos da nova Parte Geral* – Lei 7.209, de 11.09.1984, n. 17).

23. "Art. 17. É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

ao erro de proibição consequências distintas daquelas decorrentes do erro de tipo. Mas como a lei – pelo menos segundo a boa técnica – não doutrina, pode-se dizer igualmente conforme ao vigente direito penal brasileiro, a teoria dos elementos negativos do tipo e a teoria da culpabilidade orientada às consequências jurídicas.

Com efeito, o prestígio da teoria da culpabilidade se revela em nosso Código pelo tratamento diferenciado conferido ao erro de tipo e ao erro de proibição. Pois enquanto o erro sobre um elemento constitutivo do tipo exclui o dolo, conforme o art. 20, *caput*, do CP, o erro sobre a ilicitude do fato isenta de pena ou implica na sua redução, conforme seja ou não evitável, nos termos do art. 21 do mesmo Diploma. Mas contrariando a versão estrita da teoria da culpabilidade, defendida por Welzel, o erro evitável sobre a ocorrência de uma causa de justificação só poderá ser punido a título de culpa, conforme o § 1.º do art. 20 do CP.

Como se vê, nossa legislação de 1984 representa, em matéria de erro, a consagração de soluções consolidadas na teoria do delito. Não obstante, e sem que qualquer inconveniente prático do direito vigente tenha se revelado ao longo da sua vigência, o novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal) surpreende com uma inovadora acolhida da teoria estrita da culpabilidade.

O projeto trata das descriminantes putativas como hipóteses de erro de proibição, estendendo-lhes o mesmo tratamento deste tipo de erro, no seu art. 35, § 3.º. Segundo o projetado dispositivo, se for evitável o erro sobre circunstância justificante da conduta típica, dever-se-á aplicar ao seu autor a pena correspondente à forma dolosa do crime, diminuída de um sexto a um terço.[24]

Dessa forma, os projetistas de um novo Código pretendem resgatar, no direito brasileiro, uma proposta de Welzel que, como já se afirmou, não vingou.

---

§ 1.º Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo."

24. Nos termos do dispositivo projetado, em referência: "Art. 35. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, exclui a culpabilidade. § 1.º Se o erro sobre a ilicitude for evitável, o agente responderá pelo crime, devendo o juiz diminuir a pena de um sexto a um terço. § 2.º Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. *§ 3.º Aplica-se o disposto neste artigo às hipóteses em que o agente supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima*"
BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 236/2012. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1]. Acesso em: 05.07.2014, grifo nosso.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Ao fazê-lo, o projeto rompe com uma solução tradicional e legalmente consagrada no direito brasileiro, abandonando justamente o que já está seguro na teoria do delito; a exclusão da punibilidade do fato a título de dolo, em casos de descriminante putativa. Ressalte-se uma vez mais que a discussão persistente sobre a matéria, a heterogeneidade da doutrina a esse respeito, não diz respeito às consequências jurídicas da descriminante putativa, mas sim à fundamentação teórica dessas consequências.

Conforme se lê no Relatório Final dos trabalhos de elaboração do Projeto de Código Penal (PL 236/2012), precisamente na exposição de motivos, a Comissão considera "caprichosa" a solução adotada pelo vigente Código Penal brasileiro para as descriminantes putativas, posto que distingue para efeito de tratamento, o erro que incide sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, do erro pertinente à sua existência ou aos seus limites normativos (erro de proibição indireto). Na sequência, o Relatório afirma ser "patente" o artificialismo do art. 20, § 1.º, do CP, ao argumento de que, excluindo-se o dolo do agente que erra um tiro disparado em uma situação putativa de legítima defesa, chegar-se-ia à conclusão absurda de que ele "responderá por tentativa de homicídio culposo"![25]

5. CRÍTICA À TEORIA ESTRITA DA CULPABILIDADE E À SUA ACOLHIDA NO PROJETO DE CÓDIGO PENAL

Tais razões, apontadas pela Comissão para uma de suas principais inovações em matéria de erro, chegam a surpreender pela ingenuidade e inconsistência teórica. Como se vê, o projetista fere aqui uma das mais intrincadas discussões da teoria do delito, e o faz como se tratasse de assunto banal; como se viesse corrigir uma cristalina impropriedade da Reforma de 1984, que tivesse escapado a juristas como Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior e Jair Leonardo Lopes.

Mas ao fazê-lo, menospreza a complexidade do tema. Incorre no grave erro de tentar simplificá-lo artificialmente, e chega assim a uma solução inadequada, que representaria um retrocesso arbitrário do direito penal brasileiro, sem esteio na sua elaboração doutrinaria ou jurisprudencial.

25. BRASIL. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da comissão de juristas encarregada da elaboração do anteprojeto de novo Código Penal*. Terceira parte: Exposição de motivos, p. 220. Disponível em: [www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas]. Acesso em: 06.07.2014.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Primeiramente, não é nada caprichoso o distinto tratamento conferido pela teoria limitada da culpabilidade ao erro, conforme ele recaia sobre os pressupostos fáticos ou sobre os limites normativos de uma causa de justificação. As distintas soluções para esses casos, afinal, refletem a diferença que existe entre a representação do fato e a sua valoração segundo o direito; diferença cujo reconhecimento sistemático está na raiz da teoria da culpabilidade.

Com efeito, uma coisa é o conhecimento ou representação do fato, com todas as suas circunstâncias, relevantes ou não. Outra coisa é a valoração desse fato como sendo contrário ao direito. A representação do fato é um juízo preliminar, antecedente, enquanto a sua valoração como ilícito é um juízo posterior, consequente. E sequer se pode afirmar que um juízo leve necessariamente ao outro, ou que a diferença entre eles resida apenas no ponto de vista. Afinal, a ilicitude de um determinado fato depende de uma variável totalmente independentes do fato, que é o direito. Como bem ilustra Hruschka, um mesmo fato, como a lesão causada a alguém com um punhal, pode ser valorado como jurídico ou antijurídico, conforme as normas que se leve em conta e conforme a interpretação que se faça dessas normas.[26]

Esta distinção elementar, entre a representação do fato e o reconhecimento da sua valoração conforme o direito é justamente o fundamento da separação do dolo em relação à consciência da ilicitude, operada pela teoria da culpabilidade.[27] Pois o elemento volitivo que constitui o dolo não requer mais do que a representação do fato querido. A consciência de que este fato contraria o direito é uma circunstância intelectiva adicional, desnecessária para a formação da vontade, ainda que lhe possa influenciar. Por isso a consciência da ilicitude não compõe sistematicamente o dolo, mas diz respeito apenas à sua reprovabilidade; à intensidade da culpabilidade pela conduta dolosa.

A importância da distinção entre o erro que recai sobre o fato, enquanto objeto do juízo de ilicitude, e o erro sobre a contrariedade desse fato ao direito, contudo, transcende a explicação sistemática. Bem o demonstra Figueiredo Dias, que distingue a reprovabilidade peculiar de cada uma dessas formas de

26. HRUSCHKA. ¿Realmente es limitada...? In: _____. *Imputación y derecho penal...*, p. 134-135.

27. Conforme Hruschka; "Cuando la 'teoría de la culpabilidad' llama la atención sobre la distinción entre dolo y conciencia de la antijuricidad, está haciendo uso de la diferencia genérica entre representación de un hecho y de circunstancias que son relevantes para el juicio de antijuricidad y el juicio de antijuricidad propiamente dicho" (HRUSCHKA. ¿Realmente es limitada...? In: _____. *Imputación y derecho penal...*, p. 135).

erro, mesmo sem qualquer compromisso com a teoria da culpabilidade. Conforme esse autor, a relevância do erro para a exclusão do dolo deve estar sempre orientada para a diferença que existe entre o "erro intelectual" e o "erro moral", observando a reprovabilidade própria de cada um.[28]

No erro moral ou de valoração, reprova-se a desconformidade da consciência ética do agente aos critérios de valor objetivamente consagrados pela ordem jurídica.[29] Mas quando o agente desconhece as circunstâncias fáticas da situação em que atua, o que se censura ao agente é sua omissão de se informar com o devido cuidado a respeito dessas circunstâncias.[30]

Quando o erro é intelectual, e afeta a percepção do fato pelo agente, fica prejudicado o confronto entre a sua consciência ética e os critérios de valor da ordem jurídica. Nestes casos, a consciência-ética "não é chamara a debate de forma esclarecida, não se exprime na conduta realizada e não pode ser atingida pelo juízo de censura da culpa", aqui compreendida em sentido amplo, como culpabilidade. "Por isso fica excluído o dolo do agente e a punição a esse título".[31]

Pois bem, a diferença entre o erro sobre o fato e o erro sobre a sua ilicitude, que fundamenta o distinto tratamento conferido pela lei brasileira ao erro de tipo e ao erro de proibição, verifica-se também nos erros que recaem sobre uma causa de justificação. Pois enquanto a suposição equivocada da iminência de agressão é um erro sobre o fato, a suposição de que é permitido reagir a uma agressão passada, por exemplo, é um erro sobre a ilicitude de tal reação.

Os reflexos na culpabilidade, da distinção entre o erro sobre os pressupostos fáticos e o erro sobre os limites normativos de uma causa de justificação, ignorados pela teoria estrita da culpabilidade, são bem revelados por Alaor Leite, em artigo especialmente dedicado à análise crítica do novo Projeto de Código Penal. Nas palavras deste autor: "O Projeto não enxerga qualquer

28. Segundo Figueiredo Dias, para se definir corretamente as consequências do erro, independentemente dele recair sobre um fato ou sobre uma norma, o importante "é distinguir o 'erro intelectual', que reside na não mobilização pelo agente das suas qualidades pessoais de conhecimento, atenção, esclarecimento e informação e, por isso mesmo, impede a orientação do agente para o problema do valor, do verdadeiro 'erro moral' que deriva de uma desconformação entre os critérios de valor aceites pelo agente e os reconhecidos pela ordem jurídica e, por isso mesmo, impede a valoração pessoal no sentido da valoração da ordem jurídica" (DIAS. *O problema...*, p. 484).

29. DIAS. *O problema...*, p. 400.

30. DIAS. *O problema...*, p. 433.

31. DIAS. *O problema...*, p. 400.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

diferença substancial entre o comportamento do autor que estende os limites da ordem jurídica levianamente e ao próprio arbítrio e amplia, assim, sua liberdade de ação em detrimento de outros, e o do autor que, em avaliação imprudente das circunstâncias, crê estar atuando nos estritos limites da ordem jurídica. No segundo caso, ao contrário do que propõe o Projeto, a ordem jurídica pode apenas dirigir ao sujeito o reproche pela falta de cuidado na avaliação das circunstâncias, mas não o reproche doloso, de violação programada da ordem jurídica".[32]

Ora, aquele que conhece bem as circunstâncias fáticas da sua conduta e ainda assim supõe que ela é excepcionalmente permitida, tem do fato uma avaliação subjetiva divergente da que objetivamente lhe dirige a ordem jurídica. Ele cultiva, pois, um sistema de valores pelo menos em parte divergente daquele que se pretende plenamente válido segundo o direito.

Consequentemente, ao agir, leva a cabo uma decisão objetivamente injusta, ainda que não valorada subjetivamente como tal. Assim, por exemplo, o médico que acredita poder realizar um aborto porque o nascituro apresenta cardiopatia grave e má formação dos membros, ao levar a cabo tal procedimento, toma uma decisão objetivamente repudiada pela ordem jurídica, que não tolera praticas de eugenia.

Por outro lado, aquele que, por não dedicar a devida atenção ou cuidado à percepção ou apreciação das circunstâncias de sua conduta, atua supondo uma situação de fato que, se existisse, tornaria essa conduta legítima, não revela por meio de sua ação um sistema de valores divergente daquele objetivamente consagrado. Ao atuar, o agente que supõe uma descriminante putativa revela uma decisão subjetiva que, considerados os seus pressupostos imaginários, não é objetivamente injusta.

Exatamente por isso só se lhe pode responsabilizar ou reprovar por sua conduta em função da negligência, isto é; pela falta do cuidado devido na apreciação do fato; jamais pela sua resolução de vontade; pela sua decisão em vista da situação subjetivamente considerada. Pois essa se conformou precisamente aos limites da norma permissiva e, portanto, foi uma decisão justa.

O distinto grau de culpabilidade, as distintas razões para se punir cada uma das modalidades de erro sobre a incidência de normas permissivas, já seria razão suficiente para responder à crítica que os projetistas de um novo Código fazem à Lei vigente. Com efeito, um verdadeiro capricho seria punir com a pena correspondente ao dolo, ainda que diminuída, a conduta do agen-

32. LEITE, Alaor. Erro... *Revista Liberdades...*, p. 72-73.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

te que por erro vencível sobre a situação de fato supõe uma descriminante putativa. Pois nesses casos, a toda evidência, o que se reprova na conduta do agente é justamente a falta do cuidado que poderia desfazer-lhe o equivoco, isto é; a negligência.

A crítica dirigida no Relatório da Comissão à teoria limitada da culpabilidade se revela, ademais, improcedente. Pois ao contrario do que ali se sustenta, não se pode vislumbrar segundo essa teoria, uma tentativa de crime culposo, no hipotético caso do agente que erra um tiro disparado em legítima defesa putativa.

Ocorre que para a teoria limitada da culpabilidade, a punibilidade do injusto praticado em erro evitável sobre a ocorrência de uma causa de justificação não se funda na intenção revelada na conduta – posto que esta é produto de uma decisão fundada no direito – mas sim no eventual resultado ofensivo da conduta, que é reprovável ao agente por sua negligência na apreciação dos fatos. E quando a punibilidade de uma conduta é fundada na negligência, não há falar em tentativa, seja porque então a punibilidade depende da efetiva causação de uma ofensa, seja porque a censura da negligência é totalmente indiferente ao que, sem sucesso, se tenha pretendido causar.

Tampouco se vislumbra uma "tentativa de crime culposo" no caso em referência, à luz do direito brasileiro, que consagra para a descriminante putativa evitável a mesma solução preconizada pela teoria limitada da culpabilidade. Pois segundo o art. 20, parágrafo único, do Código Penal, o agente que erra um tiro disparado em erro evitável sobre a iminência de uma agressão injusta, por exemplo, simplesmente não "responderá" – pois não será punível – por sua conduta, se desta não resultar modificação típica no mundo exterior. E se por ventura o agente causar um resultado material diverso do pretendido, menos gravoso, como ferir o suposto agressor com um tiro "de raspão", o injusto ocorrido terá sido uma lesão corporal culposa, e não uma tentativa de homicídio culposo.

Essa suposta incoerência dogmática que se aponta contra a teoria limitada da culpabilidade, acusando-a de ensejar a criação do que seria uma tentativa culposa, só se pode verificar quando se apreciam os casos de descriminante putativa desde a peculiar perspectiva da teoria estrita da culpabilidade. Ocorre que Welzel, desnecessariamente, reduz o conteúdo intelectivo do dolo aos elementos constitutivos do tipo, considerando o conhecimento deles não apenas necessário – como impõe a lei – mas também suficiente para a configuração do dolo.

É exatamente este o pomo da discórdia entre a teoria estrita e a teoria limitada da culpabilidade. Pois segundo a teoria limitada da culpabilidade, o

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

dolo, como elemento do injusto, não envolve apenas a vontade consciente de realizar os elementos objetivos do tipo, mas também a pressuposição de que não concorre, no caso concreto, uma situação objetivamente justificante da conduta típica.[33]

Frisch logra muito bem demonstrar o prejuízo para o dolo, decorrente do erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação, definindo o que seria, por assim dizer, o conteúdo material do dolo; a matéria que caracteriza os injustos dolosos e justifica o maior grau de reprovabilidade (culpabilidade), que se lhes dirige. Segundo este autor, os crimes tentados e os crimes dolosos consumados se caracterizam subjetivamente pelo que se pode chamar injusto da decisão do autor. Tal ocorre quando o autor se decide em favor de uma conduta que, por suas características objetivas, seu resultado, circunstâncias etc., contraria a orientação do ordenamento jurídico.[34]

Esse caráter injusto da decisão de agir é avaliado objetivamente, conforme o direito, e não segundo a percepção subjetiva do autor sobre a ilicitude de seu comportamento. Daí porque o erro de proibição não prejudica o dolo. Mas essa avaliação, como recai sobre uma decisão, não pode desconhecer as premissas fáticas, subjetivamente estabelecidas pelo autor, que orientaram a decisão avaliada.

Se ao decidir praticar uma conduta típica, o autor supôs, ainda que equivocadamente, a ocorrência de uma circunstância que à luz do direito – e não necessariamente desde a avaliação subjetiva do agente – autorizá-lo-ia a agir, então sua decisão não é objetivamente injusta. Por isso não há dolo quando o agente erra sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação.[35]

---

33. Nesse sentido Frisch, para quem: "*en los delitos dolosos se capta una forma específica de injusto de la decisión – caracterizada precisamente por la decisión a favor de una conducta típicamente descripta y no justificada in concreto*" (FRISCH. El error... In: FRISCH et al. *El error...*, p. 70).

34. FRISCH. El error... In: FRISCH et al. *El error...*, p. 64-65.

35. Nas palavras de Frisch: "Para que la decisión manifestada en el acto pueda ser caracterizada como un injusto actual de la decisión – resultante del pronunciamiento de sujeto en favor de una conducta típica –, como una decisión injusta puesta en obra y como una desviación de las máximas de decisión del ordenamiento jurídico, quien se decide por la conducta típica no puede suponer al mismo tiempo la concurrencia de una situación que, en caso de existir realmente, daría lugar a que el ordenamiento autorizara su decisión. Sería sencillamente inconsecuente permitir a alguien la realización de una determinada conducta (típica) cuando se presenta cierta situación y calificar al mismo tiempo como decisión a favor de una conducta incorrecta –o, por así decirlo, como un injusto de decisión o como un modelo antijurídico de comporta-

Essa concepção de dolo é, certamente, a mais coerente com a teoria da culpabilidade, pois é a que deriva da subjetivação do injusto, de que essa teoria é tributária. Aponta-se aqui um paradoxo; pois em que pese ter sido a subjetivação do injusto promovida principalmente pelo finalismo, foram justamente os mais tradicionais finalistas que insistiram em limitar o conteúdo intelectivo do dolo às circunstâncias constitutivas do tipo, segundo a dita versão "estrita" da teoria da culpabilidade.

Ora, na medida em que se reconhece que o conteúdo da vontade do agente não é um requisito da culpabilidade, mas uma característica do seu objeto, que é o injusto (ação típica e ilícita), então essa vontade só pode ser "vontade de injusto", isto é; tem de estar voltada para a realização de um fato objetivamente considerado injusto. E a realização desse fato injusto envolve, não apenas a ocorrência dos elementos constitutivos do tipo, mas também a inocorrência de circunstâncias justificantes da sua concretização.

Com efeito, é artificial a limitação do conteúdo intelectivo do dolo aos elementos objetivos do tipo, proposta por Welzel. Tal limitação contraria a afirmação do próprio Welzel, de que o "objeto do juízo de reprovabilidade da culpabilidade é a resolução de vontade antijurídica".[36] Pois a resolução de vontade antijurídica não requer apenas o reconhecimento, na conduta, daquelas circunstâncias que determinam a sua proibição geral (os elementos do tipo), mas também a suposição de que não ocorrem as circunstâncias que determinariam a sua permissão, em concreto.

Com muita razão, portanto, Hruschka conclui ser imerecida a pecha de "limitada", imposta por Maurach à teoria da culpabilidade hoje dominante.[37] Pelo contrário, foi Welzel quem limitou as consequências da teoria da culpabilidade. Pois, limitando aos elementos do tipo, o objeto do erro excludente do dolo, Welzel em verdade restringiu o potencial da teoria da culpabilidade. O potencial de fundamentar sistematicamente as diversas consequências jurídicas do erro conforme este recaia sobre o fato proibido ou apenas sobre a proibição; sobre os pressupostos do injusto ou apenas sobre o caráter injusto do fato.

---

miento – una resolución que tiene su origen en la suposición de que concurriría una situación semejante. Lo único en verdad consistente es admitir, más bien, que no se da entonces el injusto de la decisión" (FRISCH. El error... In: FRISCH et al. *El error...*, p. 64-65).

36. WELZEL. *O novo sistema...*, p. 129.

37. HRUSCHKA. Realmente es limitada..., p. 142 et seq.

6. CONCLUSÃO

Sendo assim, seria um retrocesso lamentável, quer do ponto de vista teórico, quer do ponto de vista político criminal, a adoção da teoria estrita da culpabilidade, a essa altura do debate doutrinário, pelo direito penal brasileiro.

Além de alargar desnecessariamente o poder punitivo e agravar as penas dos crimes praticados em erro evitável sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação, tal alteração viria consagrar em nosso direito uma nota dissonante do estado da arte em teoria do delito. Demonstraríamos, em vez de rigor dogmático, um ingênuo – quiçá cabotino – apego a uma formulação obsoleta e sempre minoritária da teoria da culpabilidade, que como se pretendeu demonstrar, não lhe é estritamente coerente.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A culpabilidade jurídico-penal, de Ana Cristina Ribeiro Bonchristiano, *RT* 633/255, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/25 (DTR\1988\135);
- A culpabilidade na reforma penal, de Manoel Pedra Pimentel, RT 605/257, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/847 (DTR\1986\71);
- Culpabilidade e a problemática do erro jurídico-penal, de Francisco de Assis Toledo, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/409 (DTR\2012\1619); e
- Teorias do dolo e teorias da culpabilidade teorias extremadas e teorias limitadas, de Francisco de Assis Toledo, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/1251 (DTR\2012\1624).

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 15-39. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Discriminação sexual e a necessidade de tutela penal

Sexual discrimination and the need of criminal protection

Maria Luiza Gorga

Mestranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Advogada.

Área do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: Trata-se de trabalho elaborado visando ao esclarecimento sobre a necessidade de proteção penal às minorias sexuais contra atos discriminatórios. Verifica-se a presença de dignidade penal e de carência de tutela, estando ainda tal possibilidade de proteção abrigada pelo ordenamento brasileiro e em conformidade com os princípios orientadores do direito penal.

Palavras-chave: Discriminação sexual - Homofobia - Direito penal - Proteção sexual.

Abstract: This work is for the enlightenment on the need of criminal protection of sexual minorities against discriminatory acts. There is a criminal status and lack of criminal tutelage of these acts, being the possibility of this protection sheltered by the Brazilian legal system and in accordance with the guiding principles of Criminal Law.

Keywords: Discrimination hate - Crimes - Criminal law - Protection.

Sumário: 1. Introdução - 2. Os princípios constitucionais: 2.1 A dignidade da pessoa humana - 3. Critérios constitucionais para criminalização de condutas: 3.1 O princípio da intervenção mínima; 3.2 O princípio da ofensividade; 3.3 O bem jurídico penal - 4. A proteção penal contra a discriminação sexual no direito comparado: 4.1 Legislação interna dos países - 5. A tutela penal da discriminação sexual - 6. Conclusão - 7. Bibliografia.

1. Introdução

A questão da discriminação sexual se reveste de importância devido a um crescente embate na sociedade entre aqueles que apóiam a causa e a igualdade de direitos dos cidadãos GLBTT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Travestis) e aqueles que, por quaisquer motivos, são contrários a estes avanços – dentre este grupo, além do embate ideológico, crescem, em número e em gra-

Gorga, Maria Luiza. Discriminação sexual e a necessidade de tutela penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 41-76. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

vidade, atos de violência moral e física contra indivíduos, sejam estes GLBTT ou apenas percebidos pelos agressores como tal.[1]

Tendo em vista a terminologia geralmente utilizada para se noticiar os casos, "homofobia", cumpre esclarecer o significado do termo, muito utilizado para se referir à discriminação sexual:

"Homofobia é a expressão utilizada para designar manifestações de ódio generalizado contra a população GLBTT (gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais). Trata-se de violência física, moral ou simbólica ligada à orientação sexual ou a identidade de gênero. Uma das suas marcas características é a atuação violenta do preconceito, por vezes de forma permanente, contra a integridade física e, também, moral do indivíduo, resultando, além das lesões corporais e assassinatos, na negação da manifestação e realização plena de elementos essenciais do ser humano, tais como a sexualidade e a livre afetividade. 'Em face das fortes reações que o desejo e a prática homossexuais costumam despertar no imaginário heterocêntrico dominante, cunhou-se, inclusive, o termo homofobia, para designar um misto de ódio e medo irracionais que muitos seres humanos, particularmente homens, sentem em relação a pessoas homossexuais. (...) Via de regra, a homofobia costuma estar associada ao machismo e ao fundamentalismo religioso, podendo assumir variadas formas de manifestação, associadas ou não à misoginia, variando desde o preconceito camuflado e racionalmente administrado até as explosões de violência física contra homossexuais'" (ALMEIDA, Luiz Mello de. Da diferença à igualdade: os direitos humanos de gays, lésbicas e travestis. In: LIMA, Ricardo Barbosa de (coord. geral) (et. al). *Direitos humanos no cotidiano*. Goiânia: Bandeirantes, 2001. p. 160-1).[2]

O que se percebe é que, independentemente da terminologia utilizada, se trata de uma atitude discriminatória e agressiva, sem fundamentação racional ou fática, por motivações inconscientes ou derivadas de posicionamentos mo-

1. Exemplos não faltam: [www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/51507-abracado-ao-irmao-gemeo-rapaz-e-atacado-e-morre.shtml], [http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/07/19/confundidos-com-casal-gay-pai-e-filho-sao-agredidos-no-interior-de-sp-homem-perdeu-parte-da-orelha.htm], [http://videos.r7.com/amigos-confundidos-com-homossexuais-sao-agredidos-na-avenida-paulista/idmedia/4e5c3b7b3d14493e4c738b2c.html] (acessados em: 11.07.2012).

2. SALES, Dimitri Nascimento. Direito à visibilidade: direito humano da população GLBTT. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação – perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007. vol. 2, p. 927-944.

rais incutidos no indivíduo, seja por religião ou outro meio (família, escola etc.), que leva à agressão dos indivíduos da comunidade GLBTT.

Esta temática é importante, pois existe uma violência a que desde muito cedo, na infância ou na juventude, se submetem os homossexuais, homens e mulheres. Diz Juan Herrero Brasas[3] que existe uma violência ativa, que todos percebem, e uma passiva ou, posta de outra forma, disfarçada e psicológica. Esta se dá no insulto público, nos gestos de chacota e ridicularização, como manifestações de acosso a um grupo social. Ao lado dela, é também violência social e silenciosa a falta de proteção judicial contra essas ações simbólicas, que estão nos discursos, nos símbolos, na cultura de forma geral. A falta de ação jurídica é um consentimento, uma cumplicidade com essa violência diuturna – uma evidência da denegação de igualdade plena.

Ainda, colocando a temática em análise em foco no Legislativo, encontra-se em discussão a temática do PL 122/2006, desarquivado pela Senadora Marta Suplicy em fevereiro de 2011. Este, após as emendas a que foi submetido, em sua atual proposta de redação estende o rol de cidadãos protegidos de forma especial pela Lei 7.716, de maneira a abarcar a proteção contra o preconceito de gênero, identidade sexual, orientação sexual e preconceito contra idosos e deficientes físicos, sendo as questões de identidade e orientação sexual um ponto particular de controvérsia.[4]

Além deste Projeto de Lei, e ainda mais importante, existem no Projeto de reforma do Código Penal[5] (em trâmite no Senado com a numeração PLS 236/2012) disposições expressas que tratam da discriminação sexual, visan-

3. HERRERO BRASAS, Juan A. *La sociedad gay: una invisible minoria*. Madri: Foca, 2001. p. 103.

4. Outra iniciativa a se notar é a proposta de Emenda à Constituição 111/2011, de autoria da Senadora Marta Suplicy, que visa incluir no art. 3.º da CF a "promoção do bem de todos sem preconceitos relativos à identidade de gênero ou orientação sexual", em cuja justificação se encontra que "a reiteração de episódios de homofobia e violência de gênero no Brasil fortemente aconselham a explicitação desse conteúdo (...) o ordenamento jurídico nacional repudia toda forma de discriminação baseada em gênero". Ainda, a proposta de EC 27/2007, para mudança da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, incluindo a orientação sexual como direito individual e coletivo dos cidadãos a ser protegido contra discriminação, seguindo na esteira de Estados como Mato Grosso, Pará e Sergipe.
Para mais leis em todas as esferas da União: [www.abglt.org.br/port/leis_os.php] (acessado em: 10.07.2012).

5. Disponível em: [www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o--anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas] (acessado em: 10.07.2012).

do a igualar esta ao racismo, bem como a agravar a pena em casos de crimes como injúria, lesão corporal e homicídio caso a motivação seja a discriminação sexual.[6]

O direito é um instrumento que, historicamente, já serviu tanto para criar e manter a estigmatização – *apartheid*, segregação racial nos Estados Unidos da América etc. – quanto para combatê-la, abrindo o caminho para sua eliminação. Entre os grupos de identidade que se formaram ao longo dos últimos séculos e conseguiram superar – ao menos em parte ou superficialmente – os estigmas sociais por meios jurídicos podem-se mencionar as mulheres, os negros e os estrangeiros. Do ponto de vista da cultura majoritária, as formas de inferiorização desses grupos eram respaldadas pelo direito, fosse afirmativamente, fosse pelo silêncio.[7]

A negação de direitos, ou mesmo os discursos que publicamente afirmam que não se podem condenar os homossexuais – mas que também não se deve "estimulá-los" – têm como resultado o estímulo contrário, isto é, o estímulo a violências físicas e morais. Já que não podem ter direitos iguais, a mensagem enviada pelos juristas que assim se pronunciam é de reforço dos preconceitos e ideias pseudocientíficas, indivíduos que não merecem os mesmos direitos devem ser de alguma forma inferior, é uma mensagem de desigualdade.

Não se pode perder de vista que toda decisão legislativa em matéria penal passa, obrigatoriamente, por uma análise de política criminal. Neste aspecto, se valora se é interessante para a sociedade e para o sistema a proteção daquele bem, de acordo com os objetivos buscados pelo Estado.

Sendo assim, deve-se visualizar nesta questão da proteção da orientação sexual contra a discriminação uma forma do Estado, através da política criminal, se utilizar de um dos efeitos da criminalização – o efeito pedagógico – para estabelecer uma linha de combate à discriminação e à violência crescente contra homossexuais, conforme atestam os diversos casos noticiados na grande mídia, bem como as estatísticas em estudos específicos sobre o tema.[8]

---

6. [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1111088-confira-as-mudancas-previstas-no-projeto-de-reforma-do-codigo-penal.shtml] (acessado em: 10.07.2012).

7. LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 2. São Paulo, 2005. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000100004&script=sci_arttext]. Acesso em: 21.07.2012.

8. Relatórios do Grupo Gay da Bahia (www.ggb.org.br/) evidenciam em números o fenômeno da discriminação sexual. O relatório de 2004 aponta a ocorrência de 156 assassinatos motivados exclusivamente pela orientação sexual da vítima ou sua iden-

Conquanto a função do direito penal não seja apenas a de atuar de forma pedagógica, não se pode fechar os olhos a esta importante função. Bem como não pode o Estado deixar de adotar medidas coercitivas de determinado comportamento social que visem a uma melhora na convivência e tolerância, alinhando-se com os princípios constitucionais de fraternidade e igualdade entre o povo brasileiro.

As discussões no Legislativo, quando se atém à juridicidade da questão, se focam apenas em algum princípio constitucional ou penal, defendendo-o como absoluto e inviolável. Entretanto, não existem princípios ou direitos absolutos, como se verá mais adiante.

Este tipo de análise é errôneo, os princípios devem ser vistos em conjunto, de forma holística, para que todos se apliquem sobre a questão, posto que princípios não são aplicados como regras rígidas, mas são feitos para serem flexíveis, sopesando-se no caso concreto a sua melhor utilização.[9]

Com efeito, o Estado Democrático de Direito baseia-se na democracia e na efetividade dos direitos fundamentais, sob o ponto de vista de sua interdependência e indivisibilidade. O sistema constitucional – que estatui o tratamento igualitário, o respeito à dignidade da pessoa humana e à liberdade moral dos cidadãos – é um sistema jurídico com uma agenda moral crítica que não pode ser ignorada.

Após a verificação dos princípios constitucionais, a análise dos princípios específicos do direito penal poderá levar a uma conclusão de fato científica sobre o tema, dando o embasamento adequado e necessário a qualquer posicionamento.

---

tidade de gênero, todos cometidos com extrema crueldade, bem como inúmeras violações a direitos humanos, entre elas a tortura. Já em 2011, foram 282 ocorrências de homicídios, 180% do número registrado em 2004.

Este é um fenômeno global, conforme se pode ver na análise de William B. Rubenstein, na obra *The Real Story of US Hate Crimes Statistics: An Empirical Analysis*, que exige a atuação estatal, a se destacar: "When the raw data are adjusted for the prevalence of a group in the population, they suggest that gay people report hate crimes at per capita rates that are higher than any other group", p. 2, disponível em: [http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Rubenstein-Hate-Crimes-Empirical-Analysis-2003.pdf] (acesso em: 10.07.2012).

Ainda, relatório aponta que o Sul e o Sudeste lideram ranking de homofobia no Brasil: [http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI5612397-EI6594,00 Sul+e+Sudeste+lideram+ranking+de+homofobia+no+Brasil+aponta+relatorio.html] (acessado em: 10.07.2012).

9. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 33.

Pode-se, ainda, acrescentar a observação de Axel Honneth,[10] segundo a qual a negativa de reconhecimento gera uma violência física (o abuso físico), que é o impedimento de alguém estar fisicamente seguro no mundo, e uma violência não física. Esta se desdobra em duas formas características. A primeira é a exclusão de alguém de uma esfera de direitos, negando à pessoa autonomia social e possibilidade de interação. A isso ele chama ostracismo social: A forma de reconhecimento de que esse tipo de desrespeito priva uma pessoa é o respeito cognitivo pelo estatuto de responsabilidade moral que tão custosamente teve de ser adquirido no processo de interação social. A segunda forma de violência não física, propriamente, é a negativa de valor a uma forma de ser ou de viver, e é ela que está por trás das formas de tratamento degradante e insultuoso a certas pessoas e grupos, pois promove o desrespeito por formas individuais ou coletivas de viver.

Na justificação de motivos do Estatuto da Diversidade Sexual,[11] proposto pela Ordem dos Advogados do Brasil, por seu Conselho Federal, se encontra:

"Ninguém duvida que exista um direito subjetivo à livre orientação sexual e à identidade de gênero. Via de consequência há o dever jurídico de esse direito ser reconhecido e respeitado. No entanto, por se tratar de segmento alvo de perseguição religiosa, está sujeito à marginalização e à exclusão social. E, como todos os segmentos sociais vulneráveis, merece regras protetivas diferenciadas".

De se notar a proliferação de manifestações internacionais sobre o assunto, como reflexo da crescente preocupação dos Estados e Organizações Internacionais com os indivíduos que sofrem diariamente violações aos seus direitos e à sua integridade tendo por base apenas sua orientação sexual.

É possível citar diversos documentos internacionais que tratam, direta ou indiretamente, do tema da discriminação sexual. A seguir, é feita referência, com seus respectivos artigos específicos, de forma a demonstrar a existência de uma ordem global de proteção e respeito – inclusive, documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, sendo necessário o cumprimento de tais determinações como demonstração de responsabilidade internacional.

1. Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, em seus arts. 1.°, 2.° e 7.°, já é possível vislumbrar a proteção implícita:[12]

10. HONNETH, Axel. *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge: Mass.: The MIT Press, 1996. p. 57.

11. www.direitohomoafetivo.com.br/NoticiaView.php?idNoticia=246 (acessado em: 10.07.2012).

12. Ainda: a Proclamação de Teerã, emitida pela Conferência Internacional de Direitos Humanos em 1968, em seu art. 1.° (1.° É indispensável que a comunidade interna-

"Art. I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Art. II

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. "

"Art. VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação".

2. A Comissão Permanente do Brasil na ONU, que em 2003 apresentou um projeto de Resolução "Sobre os direitos humanos e a orientação sexual" (Conhecido como a Resolução Brasileira).[13]

---

cional cumpra sua obrigação solene de fomentar e incentivar o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos, sem distinção nenhuma por motivos de raça, cor, sexo, idioma ou opiniões políticas ou de qualquer outra espécie.), o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, em seus arts. 2.°, 3.° e 4.° e, ainda, Neste mesmo âmbito, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu art. 2.°.

Também: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, em seu preâmbulo e art. 2.° e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, em seus arts. 1.1., 2.° e 24.

13. E/CN.4/2003/L.92, 59.° período de sessões, tema 17 do programa. Este Projeto de Resolução foi proposto por Alemanha, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, República Tcheca e Suécia.

Ainda, a Declaração da Noruega, de 2005, sobre as violações aos direitos humanos por orientação sexual e identidade de gênero, na Comissão de Direitos Humanos, assinada por 54 Estados (Albânia, Alemanha, Andorra, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Bósnia-Herzegovina, Brasil, Bulgária, Canadá, Chile, Croácia, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Guatemala, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia, Malta, México, Montenegro, Nova Zelândia, Países Baixos, Panamá, Peru, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, República da Coréia, República de Moldávia, Romênia, Sérvia, Suécia, Suíça, Timor-Leste, Ucrânia, Uruguai e Noruega).

3. Os Princípios de Yogyakarta, apresentados na reunião do Conselho de Direitos Humanos em 2007, que são princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, assinado pelo Brasil através de Sonia Onufer Corrêa, Pesquisadora Associada da Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (Abia) e cocoordenadora do Observatório de Sexualidade e Política, em conjunto com representantes de mais de 20 países. Este documento, em seu princípio 2.°, afirma:

"Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante a lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações".

4. Ainda tratando da temática de forma específica, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, de 2000, trás em seu art. 21:

"Art. 21.

Não discriminação

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual".

5. Por fim, a discussão, na Organização dos Estados Americanos, da Convenção Interamericana Contra o Racismo e Outras Formas de Discriminação, que em seu ponto 3.°[14] trata da discriminação direta e indireta, sendo a primeira presente nos casos de tratamento diferenciado nas esferas da vida pública ou priva-

14. RÍO, Josefina Alventosa del. Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Español. Disponível em: [www.oberaxe.es/files/datos/491178328f3bc/orientacion.pdf]. Acesso em: 10.07.2012: "la discriminación directa se produce 'en todos los casos de tratamiento diferenciado, en cualquier esfera de la vida pública o privada, baseado en factores como la raza, color, etnia, sexo, edad, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiencia, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social que no tenga un objetivo o justificación razonable. El tratamiento carece de objetivo o justificación razonable si no apunta a un fin legítimo o si no existe um vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido'.

da, enquanto o segundo caso diz respeito a casos em que um fator neutro, como a orientação sexual, não pode ser exercido satisfatoriamente pelos indivíduos.

Não restam dúvidas de que o tema é fartamente discutido no direito internacional sendo, no entanto, vítima da dificuldade de efetiva implantação de tais compromissos nos Estados.

Se, conforme entendido do pensamento kantiano, o amor universal não pode significar afeição ou afeto universal, este pode significar e significa respeito universal.[15]

2. Os princípios constitucionais

Um princípio é uma norma nuclear de um sistema, seu alicerce, sendo disposição que transmite seu valor a todas as normas, sendo o critério para a exata compreensão e elaboração destas, posto seja ele que define a própria racionalidade do sistema normativo e vinculam o legislador.[16]

Assim sendo, violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma,[17] pois da desatenção ao mandamento principiológico decorre a violação de todo o sistema de comando, a subversão de todos os valores fundamentais, o que leva a grave inconstitucionalidade – por ação ou omissão – do ato ou da norma.

O direito não é mero produto da somatória de regras avulsas, mas é um ordenamento significativo, é coerência e unidade de sentido, deve ter incor-

---

Por su parte, 'Se produce discriminación indirecta toda vez que, en cualquier esfera de la vida pública o privada, un factor aparentemente neutro, como una disposición, criterio o práctica, no puede ser fácilmente satisfecho o cumplido por personas que pertenecen a un grupo específico definido en base a elementos como la raza, color, etnia, sexo, edad, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiencia, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social, a menos que tal factor tenga un objetivo o justificación razonable. En ese caso, la misma reserva indicada para la definición anterior sobre la proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido se aplica al concepto de discriminación indirecta'."

15. www.cfh.ufsc.br/~wfil/dudi2.htm (acessado em: 10.07.2012).
16. Mello, Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 537.
17. Lopes, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, Estado e Constituição*. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 77.

porado os valores fundamentais em si e em suas normas, valores estes que se traduzem nos princípios do sistema, que se voltam não apenas à estrutura, mas garantem os direitos dos indivíduos e grupos sociais, conforme também afirma Mauricio Antonio Ribeiro Lopes.[18]

Alguns princípios constitucionais são considerados normas de direitos fundamentais, se dirigindo à conformação, reconhecimento ou garantia constitutiva de direitos e liberdades, proibindo a agressão à esfera jurídico-constitucional dos cidadãos, vistos estes direitos sob diversas óticas, como o reconhecimento a prestações estatais. Nas palavras de André Ramos Tavares:

"O fundamental, portanto, apresenta a conotação daquilo sem o que não há como se identificar uma Constituição. São preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional".[19]

Já Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery asseveram que:

"São fundamentais, entre outros, os preceitos constitucionais relativos: ao Estado Democrático de Direito (CF 1.º *caput*); (b) à soberania nacional (CF 1.º I); (c) à cidadania (CF 1.º II); (d) à dignidade da pessoa humana (CF 1.º III); (e) aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF 1.º IV); (f) ao pluralismo político (CF 1.º V); (g) aos direitos e garantias fundamentais (CF 5.º); (h) aos direitos sociais (CF 6.º a 9.º); (i) à forma federativa do Estado brasileiro; (j) à separação e independência dos poderes; (l) ao voto universal, secreto, direto e periódico".[20]

E ainda, no julgamento da ADPF 33 no STF, o relator Min. Gilmar Mendes asseverou que "Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5.º, dentre outros)".

Robert Alexy apresenta a Lei de Colisão para solucionar a colisão de princípios. Assim, do mandado contido nos enunciados das normas de direitos fundamentais se deduz o caráter de princípio dos direitos fundamentais, e desse caráter se deduz a máxima da proporcionalidade, como critério de solução de eventual colisão entre princípios de direitos fundamentais.[21]

---

18. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, Estado e Constituição*. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 79.

19. TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 124.

20. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa M. A. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 1478.

21. Alexy, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 54.

A máxima da proporcionalidade de Alexy é verificada pelos critérios da adequação do meio utilizado para a persecução do fim, necessidade desse meio utilizado e a aplicação estrito senso da proporcionalidade, isto é, da ponderação. Assim, diante de uma colisão entre direitos fundamentais, primeiramente, se utiliza da adequação do meio, posteriormente, utiliza-se a necessidade desse meio, e em seguida, se ainda não solucionada a colisão, a ponderação.

As Constituições dos Estados Democráticos de Direito, como o Brasil, trazem em si valores e princípios que visam reger um sistema penal justo e harmônico, seja com princípios tão básicos quanto os princípios estruturais, até mesmo princípios de caráter filosófico e quase metafísico, como o da dignidade da pessoa humana, todos relacionados a um conceito finalista de busca do bem comum.

Nas Constituições se encontram, em parte, o conteúdo de normas penais. Em textos mais recentes, como o brasileiro, se encontram inclusive mandamentos explícitos de criminalização, verdadeiras ordens de criminalização obrigatória, como nos casos de racismo e tráfico de entorpecentes – conforme se depreende do texto Constitucional: "Art. 5.º (...) XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; e XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (...) o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins".

O direito penal é um braço do direito que interfere na esfera de liberdade dos indivíduos, enquanto protege diferentes esferas de direitos de outros indivíduos. Entretanto, as ações a serem consideradas proibidas dependem verdadeiramente da evolução dos princípios constitucionais – e não da moral social, como muitos fazem crer. A aplicação de um Código Penal como o brasileiro, fruto de um contexto ideológico superado, deve se realizar sempre à luz dos princípios constitucionais.

Sendo assim, necessária para a proteção penal do bem de um indivíduo ou grupo social é a análise dos princípios da Carta Maior que regem aquele sistema, e não apenas a moral social, que pode muitas vezes se encontrar atrasada em relação aos avanços protetivos e garantistas de uma Constituição de um Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, deve-se obedecer à célebre lição de Ruy Barbosa, de que se deve obter a igualdade através do tratamento proporcionalmente desigual, na medida das desigualdades.[22] Dessa forma, devem-se aproximar os distin-

22. Lição que trouxe em sua "Oração aos Moços", disponível em [www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf]. Acesso em: 10.07.2012.

tos nessa relação de satisfação pessoal, não extraindo daí uma média aristotélica, mas uma adequação às peculiaridades, sendo esta uma necessária forma de respeito à individualidade do homem, vedando-se, conforme bem afirmado por Alexandre de Moraes,[23] diferenciações arbitrárias e discriminações absurdas.

De se notar que a atuação eficaz do Estado não implica que este satisfaça a todos os indivíduos a todo o tempo, mas é indispensável que, aplicando os princípios e normas, não se sacrifique a ninguém.

Consolidando este raciocínio, nas palavras do eminente Min. Celso de Mello:

"O respeito efetivo pelos direitos individuais e pelas garantias fundamentais outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos em geral representa, no contexto de nossa experiência institucional, o sinal mais expressivo e o indício mais veemente de que se consolida, em nosso País, de maneira real, o quadro democrático delineado na Constituição da República".[24]

Como forma de ilustrar que o respeito aos direitos previstos nas Constituições também abrange, ainda que este não esteja explicito no texto, a proteção da orientação sexual dos indivíduos, existem exemplos na legislação estrangeira, como na França, onde há posicionamento reconhecendo que a não discriminação por sexo já abrange a não discriminação por orientação sexual, não sendo necessária uma maior especificação por parte do legislador.[25]

Ainda ilustrando com exemplos do direito estrangeiro, a Constituição Espanhola foi reformada para se adequar à Constituição Européia, inserindo em seus dispositivos expressamente a proibição de discriminação sexual.[26]

Com estas considerações, passa-se a uma análise mais detida dos princípios considerados mais relevantes à temática.

---

23. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 36.

24. Julgamento do MS 25.617-6, STF, j. 24.10.2005. *DJE* 03.11.2005.

25. BORILLO, Daniel. La protection juridique de la minorité gay et lesbienne dans l'Union Européenne et en France, disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/18349] (acessado em: 10.07.2012): "L'avocat général de la CJCE, suivant les arguments de l'avocat de la demanderesse, a considéré que la notion de discrimination fondée sur le sexe pouvait également comprendre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle".

26. SÁNCHEZ, Maria Martin. Inclusión de la prohibición de discriminación por orientación sexual en el artículo 14 CE, em adecuación a la constitución europea, disponível em [www.uclm.es/actividades0304/seminarios/reforma_constitucional/ponencias/maria.pdf]. Acesso em: 10.07.2012.

2.1 *A dignidade da pessoa humana*

A dignidade da pessoa humana é princípio norteador da Constituição brasileira e, desta forma, de todo o sistema normativo. Esta não pode ser entendida apenas como um apelo à ética, mas ter seu conteúdo verdadeiramente determinado e seguido pela conduta Estatal e individual.

"A regra maior da Constituição Pátria é o respeito à dignidade humana, verdadeira pedra de toque de todo o sistema jurídico nacional. Este valor implica adotar os princípios da igualdade e isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas".[27]

Dignidade é elemento imprescindível à condição humana, cabendo ao Estado proporcionar as condições a cada indivíduo para seu desenvolvimento. Conforme ensina o Des. Carlos Teixeira Giorgis,[28] esta é um valor supremo, que não admite qualquer discriminação.

De se notar, conforme afirmado por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes,[29] que a proteção constitucional não se dá em branco, ou seja, não se protege meramente a "vida" – a existência corpórea, a respiração etc. –, mas uma existência que busca proteger um sentimento individual de satisfação pela própria vida, trata-se de uma proteção voltada finalisticamente à felicidade do povo, que rejeita qualquer retrocesso. Tal observação feita quanto o direito à vida, aplica-se necessariamente a todos os demais direitos dispostos no art. 5.º da CF, que já em seu caput dispõe que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes".

O mencionado sentimento de satisfação pessoal deve ser entendido como uma criação de valores uniformes, que balizem a atuação estatal, de forma que se permita a condição necessária para a autorrealização de todos os indivíduos. Satisfação, esta, que se entende como a presença de ao menos a potencialidade de acesso à escolha, aos meios e aos objetivos que sejam condição para esta

27. COSTA, M. E. O.; VIEIRA, M. A. M. B.; VIEIRA, V. Liberdade de orientação sexual como direito da personalidade: Homossexualismo – Limitações a direitos em face do ordenamento civil brasileiro. In: MINHOTO, A. C. B. (org.). *Constituição, minorias e inclusão social*. São Paulo: Rideel, 2009. Série Temas especiais. p. 140-171.

28. TJRS, ApCiv 70001388982, j. 14.03.2001, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis.

29. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Direito penal Estado e Constituição*. São Paulo: IBC-Crim, 1997. p. 183-197.

autorrealização – felicidade que se juridifica com o princípio da dignidade da pessoa humana.[30]

Como condição de autorrealização, impossível não considerar a segurança de ter respeitadas suas escolhas de foro íntimo, sua integridade física, sua liberdade (incluindo-se não apenas a liberdade de ir e vir, mas também de demonstrar afeto e viver seu afeto), e mesmo sua vida.[31] O Estado Democrático pressupõe a possibilidade de que as minorias atinjam seus objetivos, não obstante o predomínio da vontade da maioria.

No entanto, nota-se que em casos de minorias, como, no caso em tela, aquela que foge à heteronormatividade – ou seja, as minorias que não se enquadram no padrão heterossexual no qual se insere a maior parte da população mundial –, não encontra resguardo legislativo de igualdade civil, e tampouco encontra no direito penal uma proteção voltada particularmente à sua vida, liberdade e segurança, proteção esta que, em face dos sempre crescentes índices de violência a este grupo, se faz necessária como medida de efetivação das garantias constitucionais.

Neste sentido, no direito italiano, podemos encontrar posicionamento no sentido de que o objetivo da tutela penal é tornar efetiva a igualdade entre os homens, com pleno reconhecimento e respeito aos indivíduos, que possuem direito a não discriminação.[32]

No que concerne à concepção da dignidade humana como principio diretor, ela indica a idéia de que quaisquer dimensões do atuar humano devem prestigiar essa mesma essência, implicando o respeito, a consideração e o estimulo a integração social pela só condição de ser humano.[33]

---

30. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 244-257.

31. De se notar, a Declaração Universal Sobre os Direitos Sexuais de 1997, neste mesmo sentido.

32. VISCONTI, Costantino. Il Reato di Propaganda Razzista tra Dignità Umana e Libertà di Espressione, p. 5: "l'obbietivo della tutela penale è quello di 'rendere effettiva l'uaglianza tra gli uomini, che implica pieno riconoscimiento e rispetto dell'indentitá culturale dell'individuo e del suo gruppo di appartenenza', visto che il venir meno di tale 'riconoscimento' e 'rispetto' 'da parte di appartenenti alla collettività locale, in cui concretamente la persona od il gruppo di persone esposte vivono e operano, rappresenta uma reale minaccia per il loro diritto alla non discriminazione, determinando realmente e concretamente rapporti sociali in cui non sono accettati ne riconosciuti nella loro 'diversità', quali meritevoli de una piena dignità di uomini".

33. GARCIA, Emerson. Dignidade da pessoa humana: Referenciais metodológicos e regimes jurídicos. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 8, Belo Horizonte, jan.-jun. 2007. p. 157.

Como bem explicitado pelo Prof. Pierpaolo Cruz Bottini:[34]

"A discriminação, por sua vez, é a antítese da dignidade e a negação do pluralismo. Por isso, a linha da política criminal brasileira é o progressivo combate ao preconceito, seja ele racial (Lei 7.716/1989), por motivos religiosos (art. 280 do CP) ou por outras razões".

Já em abordagem mais específica, enquadrando-se ao caso em exame, em excerto, que trata da atuação de organizações colombianas e do Estado Colombiano:[35]

"Essa dupla proteção dá origem a um direito à identidade pessoal, isto é, o direito à autodeterminação, autopossessão e autogoverno. Em palavras da Corte (Constitucional da Colômbia):

"Se a orientação sexual está biologicamente determinada, como sustentam algumas pesquisas, então a marginalização dos homossexuais é discriminatória e violadora da igualdade, pois equivale a uma segregação em razão do sexo (CP, art. 13). Ao contrário, se a preferência sexual é assumida livremente pela pessoa, como sustentam outros enfoques, então essa escolha está protegida como um elemento essencial de sua autonomia, sua intimidade e, em particular, de seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade (CP, art. 16). (...) O núcleo do livre desenvolvimento da personalidade se refere então àquelas decisões que uma pessoa toma durante sua existência e que são consubstanciais à determinação autônoma de um modelo de vida e de uma visão de sua dignidade como pessoa. Em uma sociedade respeitosa da autonomia e da dignidade, é a própria pessoa que define, sem interferências alheias, o sentido de sua própria existência e o significado que atribui à vida e ao universo, pois tais determinações constituem a base mesma do que significa ser uma pessoa humana" (COLÔMBIA, C-481, 1998b).

A refletir sobre a passividade com a qual o tema é tratado, encontramos trecho de Iris Gastelum, afirmando que enquanto centenas de homossexuais são vitimas de violência, enquanto se mantem polemicas a respeito da origem da homossexualidade no indivíduo.[36]

34. www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0412201007.htm (acessado em: 04.11.2012).

35. RIPOLL, Julieta Lemaitre. O amor em tempos de cólera: Direitos LGBT na Colômbia. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 6, n. 11, dez. 2009. p. 79-97.

36. GASTELUM, Iris. Una Aproximación a la Homofobia Desde un Recorrido Histórico. *Revista D'estudis de La Violència*, n. 1, jul.-out. 2007, p. 13: "Y mientras la polémica que pone en tela de juicio la completa aceptación social de la homosexualidad se centra en cuestionar su origen genético o patológico, cada día cientos de homosexuales son victimas de la violencia en todas sus modalidades".

Como bem definido por Maria Martín Sánchez, ao defender a orientação sexual como condição de desenvolvimento da personalidade humana, afirma que, se há alguma circunstância ou condição pessoal ou social que tem o condão de afetar o pleno desenvolvimento da personalidade, é a orientação sexual – devendo esta, portanto, ser protegida contra a discriminação.[37]

E ainda, nas palavras de Maria Berenice Dias,[38] em uma abordagem bem específica, também afirmando que a sexualidade integra a natureza humana:

"Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade de livre orientação sexual".

Desta forma, verifica-se que a dignidade da pessoa humana abrange diversas facetas, que devem ser protegidas todas, sob pena de não se tutelar a dignidade da pessoa humana, mas apenas alguns aspectos individuais do que a constitui. Entre estas facetas, e atualmente esquecida, se encontra a orientação sexual, que como exposto deve ser reconhecida e tutelada sob a ótica deste princípio, como condição basilar para a realização plena e a felicidade do indivíduo.

3. CRITÉRIOS CONSTITUCIONAIS PARA CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS

3.1 O princípio da intervenção mínima

A ideia central deste princípio é a proteção de bens jurídicos através da mediação da necessidade desta proteção. O direito penal apenas concederá sua proteção quando fracassarem ou forem insuficientes as barreiras protetivas dos demais ramos jurídicos.[39]

37. SÁNCHEZ, Maria Martín. Inclusión de la Prohibición de Discriminación por Orientación Sexual en el Art. 14 CE, en Adecuación a la Constitución Europea. p. 4, disponível em: [www.uclm.es/actividades0304/seminarios/reforma_constitucional/ponencias/maria.pdf]. Acesso em: 10.07.2012: "Respecto a la inclusión de la 'orientación sexual' como causa prohibida de discriminación sometida a juicio estricto através de esta fórmula, em princípio, parece que si existe alguna condición o circunstancia personal o social que pueda afectar al individuo y al pleno desarollo de su personalidad, es su orientación sexual".

38. DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e os direitos humanos. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, vol. 3, n. 5, Franca, nov. 2000. p.163-165.

39. CONDE, Francisco Muñoz. *Introducion al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p.74.

Compartilhando das ideias de Claudio do Prado Amaral,[40] de que é a missão do direito penal a proteção de bens jurídicos diante de uma lesão ou colocação em perigo, se pode dar ainda um salto, e considerar que faz parte desta missão a proteção de valores internos de caráter ético-social que está incluída na sociedade.

Em um Estado Democrático de Direito, cabe ao direito penal apenas a proteção dos bens considerados mais fundamentais para uma sociedade, que garantam as condições mais básicas e indispensáveis para a efetivação da livre realização da personalidade.

No Estado brasileiro existem diversas garantias que a Constituição elencou como fundamentais, entre elas a vida, a liberdade e a igualdade. A Carta brasileira inclui ainda, em seu art. 1.°, III: "Art. 1.° A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana".

Ou seja, como fundamentos do Estado e garantias fundamentais, só se pode legitimamente restringi-los na medida em que seja necessário para a proteção de outro bem e, assim mesmo, somente se a via penal for o único caminho eficiente, o meio necessário e razoável para a proteção do bem pretendido pela norma legal. Sendo assim, não basta que o bem jurídico a ser protegido possua dignidade penal, deve-se somar a este critério a carência da tutela penal.

Portanto, deve o Estado intervir de maneira precisa, aplicando o direito penal de forma mínima e subsidiária, apenas de forma a proporcionar as condições essenciais de funcionamento da sociedade e de desenvolvimento da personalidade do homem.

A intervenção mínima se coaduna com a necessidade de fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal, e sendo assim se justificará a ingerência penal quando houver o ataque, intolerável e grave, a um bem jurídico da maior importância, sendo estes todos aqueles essenciais ao indivíduo, como a possibilidade de viver em comunidade e ter garantidas as condições necessárias para o desenvolvimento de sua personalidade.[41]

40. AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios penais – Da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCrim, 2003. p. 136.

41. AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios penais – Da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCrim, 2003. p. 144.

Colocando a temática da discriminação sexual sob a lente deste princípio, segundo Roger Raupp Rios,[42] seria um atentado à dignidade humana, à democracia e à liberdade não incluir a homofobia entre as discriminações sancionadas pela lei penal, cujas funções são insubstituíveis – proporciona a punição de atentados graves aos bens jurídicos, mas tem também caráter simbólico e pedagógico (faces da proteção geral positiva e negativa) que não pode ser esquecido por ser inerente ao direito penal.

Certo é que a atuação penal, sendo subsidiária, não pode atuar enquanto não esgotada a atuação das demais instâncias formais – administrativa, civil etc. – e informais – escola, ONGs, Igreja etc. –. No entanto, ainda mais certo é que, não por isso, podem os indivíduos e grupos que sofrem graves lesões diárias a seus direitos mais fundamentais ficarem à mercê destes outros meios de controle quando estes se mostram claramente ineficazes, conforme evidenciado na reflexão de Mariana Salomão Carrara:[43]

"Esperar que todas as áreas de atuação não criminais atinjam resultados satisfatórios de modo a legitimar uma atuação penal residual pode ser extremamente deletério às pessoas que continuam vivendo graves sanções sociais diárias por conta de sua identidade e orientação sexual, lesões consideradas de menor monta pelo direito penal. Esperar a permissão social para a tipificação é determinar que até mesmo os adolescentes que estão atualmente, ou que estarão daqui a alguns anos, passando por grave crise por conta das pressões social e familiares exercidas sobre sua própria sexualidade devam aguardar a evolução lenta, gradual e segura da sociedade, até que possam ser protegidos pelo mesmo sistema que protege de forma inquestionável bens jurídicos de menor relevância na saúde psíquica do indivíduo".

3.2 O princípio da ofensividade

Segundo o princípio da ofensividade, só haverá crime quando a conduta tiver oferecido ao menos um perigo comprovado de lesão ao bem jurídico,

42. RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Direito e democracia – Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 2, n. 2, Canoas: Ulbra, ago.-dez. 2001. p. 282-285.

43. CARRARA, Mariana Salomão. Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas. *RBCCrim* 84/341. São Paulo: Ed. RT, maio.-jun. 2010.

sendo este o interesse socialmente relevante eleito para receber a proteção do direito penal. Na exata lição de Luiz Flávio Gomes:[44]

"O princípio da ofensividade, por sua vez, nada diz diretamente sobre a missão ou forma do direito penal, senão que expressa uma forma de compreender ou de conceber o delito: o delito como ofensa a um bem jurídico".

Sendo assim, para haver ofensa, o bem jurídico deve ser definido e dotado, ao menos minimamente, de relevância social.[45]

O ilícito penal deverá ser construído a partir do desvalor que expressa o resultado da ofensa aos bens jurídicos. É a valoração da ofensividade ao bem que torna perceptível e jurídico-penalmente interessante a construção e a concretização de um ilícito típico.[46]

Como bem destacado por Manuel da Costa Andrade,[47] o direito penal se legitima apenas na proteção de valores ou metas imanentes ao sistema social – este, erigido sobre a Constituição, que dá o controle e o fundamento do direito penal –, e não a fins outros, ideológicos, religiosos ou moralistas.

A construção do ilícito criminal, conforme a exigência de que crime seja um fato típico ofensivo, se molda então a partir do princípio da ofensividade, conjugado e fundido ao princípio da legalidade.

Ao se falar de limites à criminalização, na esfera da ofensividade, se encontra posicionamento que não apenas os define, como também serve a justificar a proteção jurídica no caso em análise, posto que aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e pelo Estado, em face da necessária tolerância que deve existir no convívio de pessoas que são, necessariamente, diferentes.[48]

Considerando-o como um subprincípio da ofensividade, analisa-se também o princípio da necessidade, segundo o qual só deve ser criminalizada a conduta que ofenda bens ou valores fundamentais de forma grave ou que os tenha

44. GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 41.

45. No mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar. p. 376-377.

46. Nesse sentido: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76.

47. ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fasc. 2, 1992. p. 173-205.

48. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 56.

exposto a perigo idôneo, não sendo possível resolver a controvérsia por outros meios de controle social.[49]

Este princípio se liga fortemente ao princípio da intervenção mínima do direito penal, sendo este de caráter indiscutivelmente subsidiário, fragmentário. Funda-se na exigência de que o interesse a ser protegido na norma apresente relevância suficiente para justificar a consequente delimitação na esfera de liberdade, inerente ao direito penal.

De acordo com Miguel Reale Júnior, sobre a necessidade, o meio visado não será necessário se houver à disposição outro mais suave ou menos restritivo, de tal modo que somente se considerará necessário o meio pelo qual o fim objetivado não possa ser alcançado de outra maneira que afete menos o indivíduo. Desse modo, a colisão se resolve em favor do principio de meio menos gravoso.[50]

O direito penal não é um sistema contínuo, como o direito civil, mas um sistema descontínuo, em linha com seu caráter fragmentário, alimentado por aquelas condutas antijurídicas que a segurança jurídica não se satisfaz pelos meios ordinários, existe a necessidade de intervenção do direito penal.

O fundamento material do princípio da necessidade, na Constituição brasileira, pode ser depreendido do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político como fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1.°, III e V), da garantia da liberdade (art. 5.°, *caput*) e do amplo rol de direitos individuais e coletivos do referido art. 5.°. Desta forma, se aplica a pena quando fracassarem todos os demais meios de proteção.[51]

O importante a se considerar na incriminação, é que esta avaliação de necessidade deve ser feita tendo-se como referencia a posição prioritária do ser humano dentro do sistema penal, com a localização de uma necessidade individual na origem de todo bem penalmente protegível.[52]

Com os relatórios de casos de homicídios praticados exclusivamente motivados por discriminação sexual e as notícias constantemente divulgadas na

49. BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 29.

50. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 25-26.

51. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 84.

52. ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho Penal Económico y Constitución, *Revista Penal* 1/2.

mídia,[53] não parece restarem dúvidas de que o princípio da necessidade está atendido neste caso.

No tema da discriminação sexual, a demonstrar a incidência do princípio da ofensividade neste caso, há parecer emitido em janeiro de 2010 da Comissão da Diversidade Sexual de Combate a Homofobia da OAB/SP, por sua presidente Adriana Galvão Moura Abílio:[54]

"Destarte, baseado teoria tridimensional do direito, defendida por Reale (2002), conclui-se que houve um fato, do qual surgiu uma valoração social e a necessidade de surgimento de normas na tentativa de se inibir o notável crescimento de crimes ocorridos por discriminação ou preconceito devido a orientação sexual".

3.3 O bem jurídico penal

O direito penal possui princípios além daqueles explicitamente insculpidos como princípios constitucionais, já analisados. Entre estes, se encontram regras como a proibição da analogia, a tipicidade (não pode haver tipos penais vagos ou indeterminados), a culpabilidade, a proibição da retroatividade in malam partem e o da proporcionalidade.

Entretanto, na criminalização de condutas os princípios que interessam são aqueles já analisados, insculpidos na Constituição Federal. De toda forma, necessária se faz uma análise do bem jurídico a ser protegido pelo direito penal, aquele bem que possui a chamada dignidade penal.

A discussão sobre o bem jurídico penal se liga intimamente ao princípio da ofensividade, posto que, conforme Zaffaroni,[55] o princípio da ofensividade

53. Exemplos: [http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/07/20/saber-que-eles-estao-soltos-me-deu-medo-de-sair-na-rua-diz-homem-que-teve-orelha-arrancada-ao-ser-confundido-com-gay.htm] e [http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/07/19/cabeleireiro-recebe-tres-tiros-no-rosto-no-interior-de-sao-paulo.htm], ainda [http://drauziovarella.com.br/sexualidade/violencia-contra-homossexuais/], [http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/899160-adolescente-confessou-ter-matado-namorada-da-irma-diz-delegado.shtml] e [http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0304201101.htm], e também [http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/07/21/agressoes-e-mortes-exigem-criminalizacao-urgente-da-homofobia-defendem-especialistas.htm] (acessado em: 10.07.2012).

54. Disponível em: [http://pt.scribd.com/doc/99817225/Parecer-Oab-Homossexuais]. Acesso em: 10.07.2012.

55. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar. p. 110: "El principio de la lesividad se introdujo en la construcción del sistema

foi introduzido no sistema penal juntamente com o conceito de bem jurídico, posto que se não há lesão a um bem jurídico, não há delito.

A decisão legislativa de criminalização deve se iniciar com a demonstração de existência de uma disfunção social, ou seja, a falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta ou a falta de resposta que existe por parte do sistema jurídico penal.[56] O direito penal, se permanecer passivo ante este conflito, poria em sério risco a sobrevivência da própria ordem social.

Examinando a crescente onda de casos de discriminação sexual, dos mais leves aos mais extremos, verificada está a existência de uma disfunção social em levante, com uma falta de resposta adequada do direito penal a exercer seu papel de proteção das minorias e de dissuasor das condutas lesivas de indivíduos à esfera jurídica de outros.

O bem jurídico penal pode ser objeto de uma tríplice classificação: bens jurídicos penais de natureza individual – que pertencem a um indivíduo sem afetar aos demais, como a vida, integridade física etc. –, os bens jurídicos penais de natureza coletiva – são indivisíveis em relação a seus titulares, pertencem ao interesse público, como a incolumidade pública, a paz pública etc. – e os bens jurídicos penais de natureza difusa – que se referem à sociedade em sua totalidade, os indivíduos não têm disponibilidade sobre eles sem afetar a coletividade e traz em si uma conflituosidade social, que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como a proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc.[57] De acordo com esta tríplice classificação, se colocaria o bem jurídico a ser protegido in casu, qual seja, a orientação sexual, nesta última categoria.

Segundo o entendimento majoritário, só assumem dignidade penal as condutas que lesem bens jurídicos, ou seja, que sejam socialmente danosas. O conceito de dignidade penal implica, assim, um princípio de imanência social – a necessidade de não se perseguir penalmente fins moralistas ou ideológicos – e um princípio de consenso.[58]

Este princípio de consenso postula a redução do direito penal ao núcleo irredutível dos valores ou interesses que contam com o apoio generalizado da

---

penal con el concepto de bien jurídico (mientras no hay lesión a un bien jurídico – sea por lesión propiamente dicha o por peligro cierto – no hay delito)".

56. RIPOLLÉS, José Luis Diés. *A racionalidade das leis penais*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 21.

57. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Princípios da tutela penal dos interesses ou direitos difusos*. São Paulo: Justitia, jul.-dez. 2007. p. 216-217.

58. Idem, ibidem, p. 218.

comunidade. A definição de uma conduta como socialmente danosa, lesiva de bens jurídicos cuja integridade é importante, não esgota, porém, o problema da legitimidade da criminalização. A dignidade penal constitui apenas a legitimação negativa (Hassemer) sendo suficiente para impor a descriminalização ou contrariar uma nova criminalização, mas não para impor, ou legitimar positivamente, a criminalização. Tal depende, ainda, da carência de tutela.[59]

Neste sentido, René Ariel Dotti[60] destaca como interesses que merecem a proteção penal, entre outros:

"o interesse no livre desenvolvimento das minorias. Conforme acentua Zaffaroni, o Direito Penal não tutela os valores em si mesmos e nem os pode impor a ninguém; tutela, isso sim, o direito da maioria a não ser ofendida nesses valores, sem prejuízo de garantir também às minorias que vivam conforme sua própria natureza e destino, sempre que se abstenham de ofender as maiorias".

Nesta seleção de bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal, a Constituição serve como norte, e valores por ela abrigados como a liberdade, a segurança, o bem-estar social e a justiça não podem restar desabrigados por este,[61] sempre atentando ao caráter fragmentário e à necessidade de intervenção do direito penal, que são princípios que ajudam a definir o que seriam um bem jurídico com dignidade penal.

O conceito material de bem jurídico é valorado primeiramente pela Constituição e, depois, pelo legislador ordinário sendo, além de valorado, um conceito relativo a um determinado tempo e sistema social, pois nem todos os valores presentes na Constituição podem ou devem ser elevados à categoria de objeto de tutela penal.

Entretanto, não apenas os bens expressos na Constituição poderão ser objeto da tutela penal, mas é permitido ao legislador conferir tal proteção também aos bens que estejam implicitamente elevados a nível constitucional. Um importante requisito para esta expansão é a necessidade de tal bem estar firmado na sociedade.[62]

59. Idem, ibidem, p. 218. E ainda: AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCrim, 2003. p. 142.

60. DOTTI, René Ariel. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max limonad, 1984. p. 70-75.

61. Neste sentido: PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro parte geral*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 5.

62. Neste sentido: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 98.

Na área penal, existem funções a ser alcançadas pelo bem jurídico, sendo estas a função de garantia – limitação do *jus puniendi*, de caráter político criminal –, a função teleológica – interpretação dos tipos, condicionando seu alcance à proteção dos bens jurídicos elencados –, a função individualizadora – presente no momento de concreta definição da pena – e a função sistemática – presente na divisão e classificação de tipos do Código Penal.[63] Tais funções cumpridas pelo bem jurídico são indispensáveis, de forma a manter o direito penal dentro dos limites de racionalidade impostos pelo princípio republicano.

Ainda a conceituar o bem jurídico, se diz que estes são os direitos que temos a dispor de certos objetos, assim uma conduta que nos perturbe ou impeça na disposição destes, afeta ao bem jurídico, e algumas destas condutas estarão proibidas na norma penal,[64] como forma de assegurar a paz social. Conforme afirmado por Manuel da Costa Andrade,[65] a dignidade penal, o juízo qualificado de intolerabilidade social, pode ser observada em vários prismas.

"No plano transistemático, dignidade penal significa que só bens jurídicos de eminente dignidade de tutela devem gozar de proteção penal. No plano axiológico-teleológico o juízo de dignidade penal privilegia a dignidade de tutela do bem jurídico e a potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo de lesão para os bens jurídicos. Por último, e no plano jurídico-sistemático, a dignidade penal mediatiza e actualiza o postulado segundo o qual o ilícito penal se distingue e se singulariza face às demais manifestações de ilícitos conhecidas da experiência jurídica. E isto posta entre parêntese a questão de saber se a distinção revela do qualitativo ou apenas do meramente quantitativo".

Constitui questão delicada a existência de imperativos explícitos ou implícitos de criminalização. A Constituição brasileira é plena de obrigações de tutela penal, como o art. 5.°, XLI, especialmente relevante *in casu*, que trata da punição por qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais. Neste mandado expresso de incriminação, como em outros presentes no Texto Constitucional, o legislador procedeu aos mesmos critérios de política criminal já citados para eleger determinadas condutas à proteção penal obrigatória.

63. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 106.

64. Neste sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar. p. 373.

65. ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências a uma doutrina teleológico-racional de crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* 2/173-205. Lisboa, 1992.

Sendo assim, adere-se ao posicionamento de que, diante de cláusulas expressas de criminalização na Constituição, existe uma vinculação ao legislador ordinário a tal, já tendo sido cumprida a etapa de valoração de necessidade de intervenção penal, restando a este a determinação da mais adequada técnica de tutela penal.[66]

No caso em tela, há uma evidente conflituosidade social entre a proteção da minoria afetada pela discriminação sexual e o *status* quo vigente. Ainda, existe o bem jurídico penal individual de cada um dos membros do grupo minoritário – sua orientação sexual –, que possuem sua vida, integridade física, honra e liberdade violados constantemente.

Neste sentido, em material do Governo espanhol,[67] sobre a discriminação, se coloca que são necessários dois requisitos para que uma característica de diferenciação seja vista como causa de discriminação: que seja condição inerente ao indivíduo e que o tratamento desigual prejudique a um grupo da sociedade, ao se lhe negarem direitos que outros grupos possuem. Desta forma, os homossexuais e transexuais se enquadram como categoria discriminada, excluída de direitos e sujeita a violência.

Pelo exposto, conclui-se que a conduta de discriminação sexual viola bens como a liberdade, honra, integridade física e vida, expõem gravemente a perigo as relações sociais na comunidade juridicamente organizada, caracterizam uma lesão particularmente grave do bem jurídico, não apenas dos bens jurídicos supracitados, mas também, e principalmente, da orientação sexual dos indivíduos, sendo, portanto, uma conduta detentora de dignidade penal.

---

66. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 112-114.

67. RÍO, Josefina Alventosa del. Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Español, disponível em: [www.oberaxe.es/files/datos/491178328f3bc/orientacion.pdf]. Acesso em: 10.07.2012: "Aunque siempre se ha defendido que este elenco no suponía una lista exhaustiva de las causas que dan lugar a la discriminación, así como que el concepto de discriminación tiene naturaleza evolutiva, exigiéndose dos requisitos para que un motivo de diferenciación sea causa de discriminación: en primer lugar, la existencia de una condición inherente o innata al individuo que sea la causante de un trato desigualitario, y en segundo lugar, que dicho trato perjudique a un colectivo de la sociedad al negárseles derechos que se les atribuye a otros sujetos, situándose dicho colectivo en una situación de inferioridad. En este sentido, el colectivo de personas homosexuales y transexuales ha considerado que en algunos ámbitos dichas personas han sido objeto de actitudes discriminatorias al excluirlos de determinados derechos establecidos en los respectivos ordenamientos y al ser objeto de rechazo social, incluso de violencia física".

Defende-se que a orientação sexual, conquanto às vezes seja atingida em conjunto com os demais bens jurídicos já citados e que já se encontram estabelecidos firmemente em nosso ordenamento, é também bem jurídico penal passível de proteção própria, sendo violado isoladamente com atos de discriminação.

Além da clara dignidade penal, está a discriminação sexual abrangida pelo mandamento de incriminação do art. 5.°, XLI, da CF, constituindo a inexistência de tal incriminação uma omissão por parte do legislador ordinário, uma proteção deficiente.

Por força deste dito "princípio da proibição de proteção deficiente" o Estado ou a legislação não podem ser insuficientes em relação à tutela dos direitos fundamentais, ou seja, ele cria um dever de proteção para o Estado, incluindo-se os mecanismos de natureza penal, para assegurar a proteção de um direito fundamental.[68] Sobre este princípio, o Exmo. Min. Gilmar Mendes, em voto no RE 418.376:[69]

"Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental".

Ou seja, desta forma, sendo o bem jurídico em questão, a orientação sexual, um direito fundamental do indivíduo, não pode o Legislador ou o Estado deixarem de protegê-lo através do direito penal, sob pena de controle de constitucionalidade.

A análise dos princípios constitucionais não traz óbice à criminalização da discriminação sexual, estando demonstrada a existência de grave ofensa à orientação sexual, bem jurídico fundamental dos indivíduos pertencentes ao grupo, a falta de efetividade de outros ramos do direito, bem como a necessidade de proteção imediata em virtude das frequentes e graves violações.

---

68. GOMES, Luiz Flávio. Princípio da proibição de proteção deficiente. Disponível em: [www.lfg.com.br] 16.12.2009. Acesso em: 04.11.2012.

69. [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2205553].

4. A PROTEÇÃO PENAL CONTRA A DISCRIMINAÇÃO SEXUAL NO DIREITO COMPARADO

A discussão sobre a proteção no âmbito penal de condutas que firam os direitos de minorias, como as que têm por base diferenças na identidade de gênero ou orientação sexual, não são exclusivas do Brasil.

Apesar da existência, em pleno século XXI, de práticas homofóbicas sancionadas e mesmo praticada pelos Estados,[70] diversos países adotaram ou estão discutindo a adoção de proteções específicas em suas Constituições ou Códigos Penais, de modo a garantir uma proteção mais efetiva contra a discriminação sexual.

Apesar da incidência de proteções específicas em diversos países, sua existência mundial ainda é insuficiente à proteção das minorias sexuais.

No entanto, tal fato não se dá por inexistência de compromissos ou mandamentos de proteção no direito internacional ou interno dos países, conforme poderá ser comprovado a seguir, mas pela morosidade legislativa ou desinteresse dos Estados em atender a esta minoria. Como acontece no Brasil, existem diversos interesses que se contrapõem à proteção penal por discriminação sexual, como por exemplo, de setores religiosos que se sentem ameaçados.[71]

4.1 Legislação interna dos países

Além de documentos internacionais, como já exposto no decurso deste trabalho, existem ainda diversos exemplos da adoção de proteção penal pela

70. Relatório de 2011 da ONG ILGA (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association) sobre homofobia patrocinada pelo Estado: [http://ilga.org/ilga/en/article/1161]. Acesso em: 10.07.2012.

71. Dados de 2010 já demonstram esta problemática no Brasil: [www.estadao.com.br/noticias/nacional,bancada-evangelica-no-congresso-cresce-quase-50,622384,0.htm]. Acesso em: 10.07.2012; e ainda: "no site [http://tuna.taubaina.com.br/abccjesus/] católicos conservadores pregam violência anti-homossexual. São a favor da pena de morte para os homossexuais, com artigos como "Providencie a castração do seu filho" e "Equipamento antimasturbação" e também "Técnicas de humilhação para crianças" e ainda relatos como "Meu vizinho é um monstro homossexual": "Como ele é um homossexual, já é mau por natureza" (CERQUEIRA, Marcelo; MOTT, Luiz. Matei porque odeio gay. Ed. Grupo Gay da Bahia, 2003, disponível em: [www.asylumlaw.org/docs/sexualminorities/Brazil-MATEI%20PORQUE%2036A05C.pdf]. Acesso em: 10.07.2012).
Ainda: [http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/judiciario/mp-investiga-se-silas-malafaia-teve-conduta-homofobica/]. Acesso em: 11.07.2012.

discriminação sexual no ordenamento de vários Estados, demonstrando uma preocupação efetiva, além de demonstrações em órgãos de *soft Law*, de promover uma proteção às minorias sexuais.

Houve uma reforma no Código Penal Espanhol em 2010, com a inserção em seu art. 22.4.°, a agravante por motivo de discriminação sexual – abrangendo sexo, orientação sexual e identidade de gênero –, em virtude de este ser também um motivo que trás maior desvalor à conduta.[72]

Nos Estados Unidos, existe o "*Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act*", ou simplesmente "*Matthew Shepard Act*", aprovado pelo Congresso em 2010 e tornado lei pelo Presidente Barack Obama no mesmo ano. Foi concebido como uma resposta aos assassinatos de *Matthew Shepard e James Byrd Jr.*, e inclui na lei federal contra crimes de ódio os crimes motivados pela condição da vítima, real ou percebida pelo agressor, de seu gênero, orientação sexual, identidade de gênero ou deficiência.[73]

Na Nova Zelândia, existe o "*Human Rights Act*",[74] de 1993, que proíbe, entre outras circunstâncias, a discriminação em virtude de sexo e orientação sexual.

Foi realizada em 1997 uma alteração no Tratado que rege a União Européia, que dispõe que se deverá atuar para combater a discriminação por orientação sexual.[75]

E ainda, em resolução do Parlamento Europeu sobre a homofobia, se estabeleceu que os Estados membros devem condenar as manifestações de ódio e

---

72. OLIVARES, Gonzalo Quinteros. *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentários*. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 37: "Artículo 22. Son circunstancias agravantes:
4. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad".

73. http://en.wikipedia.org/wiki/Matthew_Shepard_Act (acessado em: 10.07.2012).

74. [www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0082/latest/DLM304212.html] (acessado em: 10.07.2012).

75. BORILLO, Daniel. La protection juridique de la minorité gay et lesbienne dans l'Union Européenne et en France, disponível em [http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/18349] (acessado em: 10.07.2012): "par le traité d'Amsterdam du 20 octobre 1997 lorsqu'il introduit un nouvel article 13 ainsi rédigé: "Sans préjudice des autres compétences qui sont conférées à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre toute action appropriée pour combattre la discrimination fondée sur le sexe, l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les croyances, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle".

violência que caracterizam a homofobia, bem como deveriam adotar meditas legislativas visando por fim à discriminação em todas as frentes do direito.[76]

No direito francês, existe circunstância penal agravante, inserida no Código Penal em 2003, em casos de crime motivados por discriminação sexual.[77] Existe, inclusive, uma lei, do ano de 2004, relativa a crimes contra a honra com previsão específica do conteúdo homofóbico do delito.[78]

Em 2011, na Colômbia, foi sancionada lei que pune com 1 a 3 anos de cárcere atos de discriminação, incluindo nestas a discriminação por orientação sexual.[79]

Existem medidas, ainda, em diversos países,[80] como México,[81] Chile,[82] Albânia[83] e Montenegro.[84]

76. Idem, ibidem: "Le 18 janvier 2006 le Parlement Européen vote une résolution sur l'homophobie en exhortant notamment les États membres et la Commission à condamner fermement les propos haineux et les incitations à la haine et à la violence à caractère homophobe et à veiller à ce que la liberté de manifestation, garantie par tous les traités relatifs aux droits de l'homme, soit effectivement respectée et invite instamment les États membres à adopter des dispositions législatives visant à mettre fin à la discrimination dont sont victimes les partenaires de meme sexe en matière de succession, de propriété, de location, de pensions, d'impôts, de sécurité sociale etc."
77. Idem, ibidem: "Il faut également signaler qu'il existe en France un dispositif pénal qui considère les crimes homophobes comme circonstance aggravante".
78. Idem, ibidem: "concernant la criminalisation de propos injurieux ou diffamatoires ainsi que l'incitation à l'haine, une nouvelle loi (qui reforme celle de 1881 sur la liberté de la presse) a elargie le crime d'injure, de diffamation et d'incitation à la haine aux propos au contenu homophobe".
79. [www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10855506.html] (acessado em: 10.07.2012).
80. http://es.wikipedia.org/wiki/Legislaci%C3%B3n_sobre_la_homosexualidad_en_el_mundo#Europa (acessado em: 10.07.2012).
81. www.thefreelibrary.com/Mexico+protects+its+gay+and+lesbian+citizens+with+new+law.-a0108149079.
82. [www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20111108/pags/20111108163510.html] (acessado em: 10.07.2012).
83. [www.ilga-europe.org/home/news/latest_news/albania_protects_lgbt_people_from_discrimination] (acessado em: 10.07.2012).
84. [www.ilga-europe.org/home/news/for_media/media_releases/montenegro_fulfils_eu_membership_requirement_and_protects_lgbt_people_from_discrimination] (acessado em: 10.07.2012).

Tudo isso demonstra que existe uma tendência global na proteção das minorias sexuais, utilizando-se de todos os meios disponíveis ao direito, inclusive o direito penal. Desta forma, não se mostra descabida ou em descompasso com a evolução do direito e da sociedade a adoção pelo Brasil de medidas protetivas penais para a proteção contra a discriminação sexual dos indivíduos.

5. A TUTELA PENAL DA DISCRIMINAÇÃO SEXUAL

Considerando todo o exposto, a criminalização dos atos atentatórios à orientação sexual dos indivíduos é justificada por diversos motivos, que foram expostos ao longo deste trabalho.

Tendo-se em mente que a dignidade da pessoa humana é o que conforma a essência de um conjunto normativo, bem como o fato de que esta é princípio basilar da Constituição brasileira, pode-se concluir que o respeito efetivo a este princípio e às garantias fundamentais e direitos individuais são atos dos quais dependem o quadro democrático do Estado de Direito brasileiro. Assim, qualquer atitude atentatória à dignidade da pessoa humana é ato atentatório aos princípios básicos do Estado brasileiro, devendo ser tais atitudes coibidas pelo ordenamento jurídico.

Com uma tutela penal de atos voltados à discriminação pela orientação sexual, se busca uma existência protegida a todos os cidadãos, a qual envolve, necessariamente, um sentimento de satisfação pessoal, dependendo esta satisfação do respeito a questões de foro íntimo do indivíduo, bem como o respeito a sua liberdade, se não por outro motivo que pela simples condição de ser humano. Portanto, indispensável à proteção da orientação sexual contra discriminações e violências contra o indivíduo que se motivem por tal característica pessoal.

A orientação sexual reconhecidamente afeta o pleno desenvolvimento da personalidade, sendo condição essencial para tanto que esta seja respeitada em sua totalidade. É um bem essencial ao indivíduo, devendo ser respeitado pela sociedade e pelo Estado, posto que, caso contrário, haverá ofensa a este bem jurídico essencial, a orientação sexual de cada cidadão, que constitui parte de cada um, não podendo ser deixada a margem pelo Estado.

Além da inegável importância que a orientação sexual e seu desenvolvimento livre e pleno possuem para o indivíduo, fica demonstrada a necessidade de proteção em face dos crescentes índices de violência praticada contra homossexuais, o que demonstra a existência de uma disfunção social e a consequente necessidade de uma intervenção adequada por parte do direito.

Havendo uma clara carência de tutela da questão por parte de outros ramos do ordenamento jurídico, resta ao direito penal atuar em seu papel de protetor último dos bens fundamentais e da garantia da vida harmônica em sociedade.

Ademais, na Constituição Federal brasileira, o legislador constituinte já valorou a necessidade de tutela e garantiu assim a legitimidade da intervenção penal neste caso, de acordo com a interpretação pela inserção da orientação sexual como bem jurídico fundamental, decorrente daqueles inscritos no art. 5.º da CF. Resta, portanto, ao legislador ordinário, apenas a determinação do mais adequado meio de tutela penal a ser dado para a questão.

O melhor entendimento seria o da proteção tanto da orientação sexual quanto à discriminação em si, quanto à adoção de agravantes a tipos já existentes quando o crime for cometido motivado pela orientação sexual da vítima, visto haver neste caso uma clara majoração do juízo de reprovabilidade da conduta.

Justifica-se a proteção contra a discriminação por ser a orientação sexual um bem jurídico, dotado de dignidade penal e carência de tutela. Justifica-se também a adoção de agravantes a tipos já existentes pela análise dos princípios da ofensividade e culpabilidade, sendo o cometimento de crimes e lesões a um indivíduo exclusivamente por sua orientação sexual um claro caso de conduta reprovável em medida superior ao juízo já inscrito no tipo comum.

6. CONCLUSÃO

É possível concluir que a problemática da discriminação sexual se faz presente na sociedade, não apenas de forma reprimida e individual, mas como um fenômeno coletivo que, cada vez mais, se externa em episódios de extrema violência.

Analisados os princípios constitucionais e penais, se verifica que existem graves violações perpetradas pelo legislador brasileiro à dignidade da pessoa humana e às proteções constitucionalmente garantidas a todos os indivíduos, especialmente violando as garantias fundamentais que, como visto, engloba a proteção contra a discriminação por orientação sexual.

Desta forma, atendidos os pressupostos de existência de condutas ofensivas, que lesam bens jurídicos importantes (vida, integridade física, honra), clamando por uma necessária atuação do direito, se verificam também estarem atendidos os pressupostos de ter o bem jurídico violado dignidade penal.

Verifica-se, ao se analisar o contexto social atual, não existirem outros ramos do direito aptos a tutelar tais bens jurídicos ou oferecer a proteção neces-

sária aos indivíduos, como a crescente violência, física e moral, e até mesmo manifestações segregacionistas podem atestar.

A existência de legislação semelhante em diversos países do globo demonstra a tendência mundial à proteção das minorias sexuais, em resposta à mencionada violência crescente a que tal população está submetida. Sendo assim, não estaria o legislador brasileiro inovando ao adotar em sua legislação penal a proteção por discriminação sexual – ainda, a não adoção de tais medidas configura violação de obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro.

A adoção de medidas pelo Estado brasileiro é possível e desejável, existindo formas de fazê-lo como demonstrado acima, obedecendo a todos os princípios e regras norteadores da atividade legislativa em matéria penal, bem como à política criminal que tem em melhor interesse a convivência pacífica dos cidadãos.

Qualquer demora injustificada de efetivação da proteção dos cidadãos contra a discriminação por orientação sexual caracteriza falha do Estado na proteção aos direitos humanos e garantias fundamentais da República brasileira, violando ainda o papel precípuo do direito penal de guardião último dos cidadãos.

7. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios penais – da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCrim, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fasc. 2, 1992.

ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências a uma doutrina teleológico-racional de crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 2, Lisboa, 1992.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

BORILLO, Daniel. *La protection juridique de la minorité gay et lesbienne dans l'Union Européenne et en France*.

BRASAS, Juan A. Herrero. *La sociedad gay: una invisible minoria*. Madri: Foca, 2001.

COSTA, M. E. O.; VIEIRA, M. A. M. B.; VIEIRA, V. Liberdade de orientação sexual como direito da personalidade: Homossexualismo – Limitações a direitos em face do ordenamento civil brasileiro. In: MINHOTO, A. C. B. (org.). *Cons-*

tituição, minorias e inclusão social. São Paulo: Rideel, 2009. Série Temas especiais.

CARRARA, Mariana Salomão. Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas. *RBCCrim*, n. 84, São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2010.

CERQUEIRA, Marcelo; MOTT, Luiz. *Matei porque odeio gay*. Ed. Grupo Gay da Bahia, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducion al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

_____. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e os direitos humanos. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, vol. 3, n. 5, Franca, nov. 2000.

DOTTI, René Ariel. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max limonad, 1984.

GARCIA, Emerson. Dignidade da pessoa humana: Referenciais metodológicos e regimes jurídicos. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 8, Belo Horizonte, jan.-jun. 2007.

GASTELUM, Iris. Una Aproximación a la Homofobia Desde un Recorrido Histórico. *Revista D'estudis de La Violència*, n. 1, jul.-out. 2007.

GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2005.

HONNETH, Axel. *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts. Cambridge*. Mass.: The MIT Press, 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. Sur.

Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 2. São Paulo, 2005.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____. *Direito penal Estado e Constituição*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa M. A. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

OLIVARES, Gonzalo Quinteros. *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentários*.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro parte geral*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RÍO, Josefina Alventosa del. *Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Español.*

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. Direito e Democracia – *Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 2, n. 2. Canoas: Ulbra, ago.-dez. 2001.

RIPOLL, Julieta Lemaitre. O amor em tempos de cólera: Direitos LGBT na Colômbia. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 6, n. 11, dez. 2009.

RIPOLLÉS, José Luis Diés. *A racionalidade das leis penais*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

RUBINSTEIN, William B. *The Real Story of US Hate Crimes Statistics: An Empirical Analysis.*

SALES, Dimitri Nascimento. Direito à visibilidade: direito humano da população GLBTT. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação – perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007. vol. 2.

SÁNCHEZ, Maria Martín. *Inclusión de la Prohibición de Discriminación por Orientación Sexual en el Artículo 14 CE, en Adecuación a la Constitución Europea.*

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Princípios da tutela penal dos interesses ou direitos difusos.*

TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

VISCONTI, Costantino. *Il Reato di Propaganda Razzista tra Dignità Umana e Libertà di Espressione.*

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar.

ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho Penal Económico y Constitución. *Revista Penal*, n. 1.

Endereços eletrônicos consultados:

http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/07/20/saber-que-eles-estao-soltos-me-deu-medo-de-sair-na-rua-diz-homem-que-teve-orelha-arrancada-ao-ser-confundido-com-gay.htm (acessado em: 10.07.2012).

http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/07/19/cabeleireiro-recebe-tres-tiros-no-rosto-no-interior-de-sao-paulo.htm (acessado em: 10.07.2012).

http://drauziovarella.com.br/sexualidade/violencia-contra-homossexuais/ (acessado em: 10.07.2012).

http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/899160-adolescente-confessou-ter-matado-namorada-da-irma-diz-delegado.shtml (acessado em: 10.07.2012).

http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0304201101.htm (acessado em: 10.07.2012).

http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/07/21/agressoes-e-mortes-exigem-criminalizacao-urgente-da-homofobia-defendem-especialistas.htm (acessado em: 10.07.2012).

http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI5612397-EI6594,00 Sul+e+Sudeste+lideram+ranking+de+homofobia+no+Brasil+aponta+relatorio.html (acessado em: 10.07.2012).

http://www.ggb.org.br/ (acessado em: 10.07.2012).

http://www.direitohomoafetivo.com.br/NoticiaView.php?idNoticia=246 (acessado em: 10.07.2012)

http://www.abglt.org.br/port/leis_os.php (acessado em: 10.07.2012).

http://ilga.org/ilga/en/article/1161 (acessado em: 10.07.2012).

http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,bancada-evangelica-no-congresso-cresce-quase-50,622384,0.htm (acessado em: 10.07.2012).

http://en.wikipedia.org/wiki/Matthew_Shepard_Act (acessado em: 10.07.2012).

http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0082/latest/DLM304212.html (acessado em: 10.07.2012).

http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10855506.html (acessado em: 10.07.2012).

http://es.wikipedia.org/wiki/Legislaci%C3%B3n_sobre_la_homosexualidad_en_el_mundo#Europa (acessado em: 10;07.2012).

http://www.thefreelibrary.com/Mexico+protects+its+gay+and+lesbian+citizens+with+new+law.-a0108149079 (acessado em: 10.07.2012).

http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20111108/pags/20111108163510.html (acessado em: 10.07.2012).

http://www.ilga-europe.org/home/news/latest_news/albania_protects_lgbt_people_from_discrimination (acessado em: 10.07.2012).

http://www.ilga-europe.org/home/news/for_media/media_releases/montenegro_fulfils_eu_membership_requirement_and_protects_lgbt_people_from_discrimination (acessado em: 10.07.2012).

http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/judiciario/mp-investiga-se-silas-malafaia-teve-conduta-homofobica/ (acessado em: 11.07.2012).

http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf (acessado em: 10.07.2012).

http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/dudi2.htm (acessado em: 10.07.2012).

http://www.direitohomoafetivo.com.br/NoticiaView.php?idNoticia=246 (acessado em: 10.07.2012).

http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1111088-confira-as-mudancas-previstas-no-projeto-de-reforma-do-codigo-penal.shtml (acessado em: 10.07.2012).

http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas (acessado em: 11.07.2012).

http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/51507-abracado-ao-irmao-gemeo-rapaz-e-atacado-e-morre.shtml (acessado em: 11.07.2012).

http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/07/19/confundidos-com-casal-gay-pai-e-filho-sao-agredidos-no-interior-de-sp-homem-perdeu-parte-da-orelha.htm (acessado em: 11.07.2012).

http://videos.r7.com/amigos-confundidos-com-homossexuais-sao-agredidos-na-avenida-paulista/idmedia/4e5c3b7b3d14493e4c738b2c.html (acessado em: 11.07.2012).

http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123 (acessado em: 04.11.2012).

http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2205553 (acessado em: 04.11.2012).

http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0412201007.htm (acessado em: 04.11.2012).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas, de Mariana Salomão Carrara – *RBCCrim* 84/312 (DTR\2010\543); e
- Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 99/187 (DTR\2012\451011).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 949/425 (JRP\2014\3717).

Há futuro na dogmática penal para os delitos de acumulação?

Is there a future in criminal dogmatics for cumulative criminal offenses?

Wellington Boigues Corbalan Tebar

Mestrando em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal (2012). Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo - Presidente Prudente/São Paulo (2013). Advogado.

Área do Direito: Penal; Ambiental

Resumo: Este trabalho objetiva analisar o desenvolvimento teórico dos denominados "delitos por acumulação", a fim de se constatar se tal figura pode ser acolhida pela dogmática jurídico-penal. Para tanto, inicialmente, foi apresentado o conceito do bem jurídico ambiente que julgamos mais coerente com a sua dimensão coletiva. Em sequência, demonstramos que a figura dos delitos de acumulação tem uma dupla face: numa acepção mais ampla, constitui-se em fundamento estritamente dogmático de interpretação do tipo penal; numa acepção mais restrita, constitui-se em verdadeira técnica de tipificação. Depois, demonstrada a inadequação dos delitos de acumulação à estrutura dogmática do direito penal, analisamos algumas propostas teóricas que visam dar solução a este problema, bem como apresentamos a nossa proposta para a condução de um futuro juridicamente adequado para a figura dos delitos de acumulação.

Palavras-chave: Delitos de acumulação - Interpretação do tipo penal - Técnica de tipificação - Estrutura dogmática do direito penal - Adequação ao direito administrativo - Mecanismos sancionadores de apoio - Direito contraordenacional - Direito administrativo sancionador.

Abstract: This paper aims to assess the dogmatic development of the "cumulative criminal offenses", in order to verify if such institute can be adjusted to the dogmatic structure of Criminal Law. To do so, we first presented the concept of the environmental legal good that we believe is more consistent with its collective dimension. Subsequently, we demonstrated that the figure of cumulative criminal offenses has a double aspect: in a broader sense, it is a strictly dogmatic gist to interpretation of the criminal law, in stricter sense, it is actually a technique used in criminal law making. Then, after demonstrating the inadequacy of the cumulative criminal offenses regarding to dogmatic structure of Criminal Law, we analyzed some theoretical proposals aimed at solving this problem. Finally, we presented our proposal of a legally suitable future for the figure of cumulative criminal offenses, in order to avoid the violation of the dogmatic structure of the Criminal Law.

Keywords: Cumulative criminal offenses - Interpretation of the criminal law - Criminal Law making technique - Dogmatic structure of Criminal Law - Adequacy to Administrative Law - Enforcement mechanisms - Administrative Offenses Law - Administrative Sanctioning Law.

Tebar, Wellington Boigues Corbalan. Há futuro na dogmática penal para os delitos de acumulação? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 77-124. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O bem jurídico ambiental: 2.1 Teorias do bem jurídico; 2.2 Definição do bem jurídico penal ambiental; 2.3 Apontamentos introdutórios sobre a estrutura típica dos delitos ambientais – 3. Desvendando os delitos de acumulação: 3.1 Os delitos de acumulação como fundamento dogmático de interpretação do tipo penal; 3.2 Os delitos de acumulação como técnica de tipificação – 4. Propostas de (re)adequação dos delitos de acumulação à dogmática penal: 4.1 A noção de contexto de acumulação; 4.2 Os crimes de perigo abstrato em contextos instáveis – 5. Desenhando o futuro jurídico da figura da acumulação – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, vivemos em uma sociedade seduzida pelo desenvolvimento multifacetado, cujo progresso mostra, às claras, o seu lado obscuro e seu potencial de risco.[1] Com efeito, o progresso científico incorporou a técnica aos processos de criação, de modo que se observa uma progressiva diluição dos nexos de causalidade entre os fatos e seus efeitos, potencializando um expansionismo desenfreado gerador de incerteza, o que resulta em um problema complexo de grande relevância que se projeta para o direito.[2]

O direito possui uma grande quantidade de instrumentos aptos a reagir contra o potencial cataclísmico do progresso, dentre os quais podemos citar o instituto da responsabilidade. Conforme outrora já afirmou Alejandro Nieto, à medida que a sociedade vai se tornando tecnologicamente complexa, converte-se, de forma progressiva, em sociedade de risco. E a sede natural do risco é a responsabilidade.[3]

O direito penal, enquanto ramo da ciência jurídica, não se mostrou indiferente aos malefícios característicos da sociedade de risco, de modo que podemos observar, hoje, a expansão do direito penal[4] em direção a novos âmbitos

1. ESTEVE PARDO, José. La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos. *Revista de Administración Pública*, n. 161. Mayo-ago. 2003. p.53-82, p.64-65.
2. ESTEVE PARDO, José. La protección de la ignorância (...) 2003. p. 53-82, p.55 [como na nota 1].
3. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid, 1994. p. 38.
4. A "expansão do direito penal" refere-se ao fenômeno pelo qual o direito penal passou a intervir em âmbitos que antes não eram objeto de regulação, ou ampliar os pressupostos típicos naquelas esferas nas quais já atuava. Isso se deve, em grande parte, ao desenvolvimento científico e tecnológico, que gerou novos riscos e novas formas de criminalidade, mais sofisticadas, capazes de comprometer a integridade dos bens vitais para a sociedade. Muito embora tal "expansão" a novos âmbitos geradores de

geradores de lesividade social. Acontece que o fenômeno da expansão do direito penal gera uma série de problemas, que são apresentados pela doutrina, e que, de alguma forma, ameaçam a estrutura dogmática garantista do direito penal. Segundo Silva Sanchez, a tendência geral referida pelo termo "expansão" tem como características a "criação de novos bens jurídico-penais, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia", que reconduzem a uma restrição ou reinterpretação das garantias clássicas do direito penal substantivo e do direito processual penal.[5]

Num primeiro momento, tecnicamente, a maioria dos problemas relativos à proteção dos ramos emergentes do direito penal começa na (des)consideração da teoria do bem jurídico. Isso porque, embora o bem jurídico seja um dogma manipulável,[6] a maioria dos autores o considera o ponto inaugural da estrutura dogmática do direito penal. Em outras palavras, a filiação a uma determinada teoria do bem jurídico parece já definir ou determinar o caminho dogmático pelo qual se vai percorrer a estrutura jurídico-penal de proteção daquele bem jurídico. E é por esta única razão que, no próximo capítulo, ocuparemo-nos, brevemente, de apontar qual é a teoria do bem jurídico mais coerente para abarcar o ambiente enquanto bem jurídico penal.

Ressalta-se que as críticas em relação ao "problema" da expansão do direito penal em matéria ambiental não são recentes. Hassemer já apontava, como

---

lesividade social tenha gerado um intenso debate sobre sua a (ir)razoabilidade e, por consequência, o questionamento da própria legitimidade do moderno direito penal, a questão é que não podemos confundir o referido fenômeno com as propostas que propugnam um modelo penal securitário, que nada têm a ver com os riscos tecnológicos, ou às novas formas de criminalidade próprias da sociedade de risco, pois, embora sejam bem sucedidas em mascarar seus fundamentos no fenômeno de expansão do direito penal vinculado à consolidação da moderna sociedade de risco, objetivam incidir sobre a delinqüência clássica (violência doméstica, delitos contra a liberdade sexual, delinquência patrimonial) "sobrepenalizando" medidas punitivas (Cf. VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Los bienes juridicos colectivos en el derecho penal: Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección de los intereses macrosociales, p. 4-5. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20091207_03.pdf] Acesso em: 19.03.2013).

5. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. rev.. y ampl. Madrid: Civitas, 2001. p. 20.

6. DIAS, Augusto Silva. *Delicta in se e Delicta Mere Prohibita: Uma análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica.* Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 606.

problemas incontornáveis, a (indevida) utilização preventiva do direito penal, o excessivo recurso à acessoriedade administrativa e a proliferação de normas penais em branco que abusam da utilização de fatos cuja ilicitude depende de configurações extrapenais.[7]

Entretanto, a pretensão, aqui, não é analisar as variadas críticas desferidas contra o direito penal ambiental, ao contrário, este trabalho será focado em dois pontos bem específicos: 1. a definição do bem jurídico ambiental e a repercussão desta definição na criação da figura dos "delitos de acumulação"; e 2. a análise da viabilidade dos "delitos de acumulação" sob o ponto de vista da estrutura dogmática jurídico-penal, no sentido de questionar se o direito penal é realmente o ramo do direito mais adequado para acolher tal figura jurídica.

Definir o bem jurídico ambiental é fundamental para a linha de argumentação que se seguirá e, em certo ponto, à própria compreensão da figura da acumulação. Com efeito, as características próprias do bem jurídico ambiental mutante criam desafios perturbadores para o direito penal.[8] Estes desafios reclamam a criação de estruturas jurídico-penais de proteção peculiares, das quais podemos citar os delitos de acumulação.

2. O BEM JURÍDICO AMBIENTAL

2.1 Teorias do bem jurídico

A definição do bem jurídico ambiental depende, em certo grau, da teoria do bem jurídico adotada, razão pela qual não podemos nos furtar a analisar, ainda que brevemente, as teorias do bem jurídico pertinentes ao trabalho, quais sejam, a monista-pessoal, a dualista-pessoal[9] e a coletivista.

---

7. HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista de Ciência e Cultura Lusíada* – série de Direito – número especial – 1996 – Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada – Porto, p.327-328.

8. Dada a complexidade da realidade criminosa ambiental, há trabalhos científicos que já estudaram, inclusive, a inserção dos delitos ambientais no universo dos crimes organizacionais ou, talvez muito mais grave, dos crimes organizados (Cf. SANTOS, Cláudia. O crime ambiental: crime organizacional ou crime organizado? *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. 2009. vol. III, p.579-590).

9. Para uma visão geral sobre as teorias monista-pessoal e dualista-pessoal, Cf. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. *RBCCrim* 50/57-90. set.-out. 2004, p.66-78.

TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. Há futuro na dogmática penal para os delitos de acumulação? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 77-124. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

As teorias pessoais do bem jurídico exigem, como pressuposto inafastável de legitimação do bem jurídico eleito, a necessária referência ao indivíduo. Segundo a concepção monista-pessoal, o bem jurídico protegido pela norma penal tem sempre como único ou imediato referencial a pessoa individual, de modo que a proteção dos bens jurídicos coletivos somente seria legítima se utilizada como meio à proteção dos bens jurídicos individuais clássicos. Isso significa que o bem jurídico coletivo não é protegido de forma autônoma, mas somente enquanto condição necessária à proteção dos interesses individuais. Por outro lado, a concepção dualista-pessoal admite que os bens jurídicos coletivos possam ser objeto de tutela autônoma, porém devem sempre conservar um referente individual, isto é, a proteção dos bens coletivos só é legítima enquanto serve ao desenvolvimento pessoal do indivíduo.[10]

Por outro lado, pela teoria coletivista do bem jurídico, os bens coletivos são legítimos e autônomos, devendo ser protegidos de forma imediata, de modo que, se algum referente individual houver, este é representado unicamente pelo consenso estabelecido acerca da necessidade de sua proteção. Não há, dessa forma, funcionalização do bem jurídico a interesses individuais.[11]

10. Nota-se que a funcionalização do bem coletivo, mesmo se entendido de forma autônoma, aos bens individuais transforma o bem coletivo em bem jurídico intermediário, o que reflete na estrutura típica do delito ambiental, pois, se a finalidade é a proteção dos bens jurídicos individuais, então os delitos, ainda que contenham certo componente ecológico, são construídos na forma de se exigir a lesão ou o perigo àqueles para configuração do ilícito-típico. Para uma exasperada crítica à "retro-referência a bens individuais" na proteção dos bens coletivos. Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Limites objetivos e subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. Madrid: Edisofer S.L., 2007. Segundo a autora, afastar a "retro-referencia a bens jurídicos individuais" implica que, desde uma perspectiva de tipicidade penal, não haja uma relação nem mediata – na linha de sua consideração como bens jurídicos intermédios – nem imediata com os bens jurídicos penais individuais. Visa-se, assim, afastar dois problemas inerentes à funcionalização do bem coletivo aos bens individuais: (1) se o que se protege nos delitos de perigo são os bens jurídicos individuais, então o bem jurídico supra-individual, em razão da realização da conduta típica, resta-se efetivamente lesionado, razão pela qual carece de sentido a sua caracterização como delito de perigo, pois lesão ocorreu (ainda que no bem jurídico intermédio); (1) por outro lado, se se entender que a postulação do bem coletivo somente se legitima na proteção dos bens jurídicos individuais, então a técnica dos delitos de perigo não estaria legitimada em nenhum caso, por ofender o princípio da ofensividade, posto que a ofensa aos bens individuais, nesse caso, seria, meramente, reflexa (p. 36-39).

11. Sobre os reflexos do fundamento da proteção do bem jurídico e respectiva configuração axiológica, Cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro e los daños

Nota-se que a principal problemática da "referência" não está ligada, propriamente, à questão da titularidade do bem jurídico,[12] mas no desenvolvimento teórico-dogmático de tal referência, bem como na fundamentação da legitimidade dos bens jurídicos coletivos.

Luís Greco elucida, referindo-se às lições de Hefendehl e Alexy, que a referência à coletividade é regida por três critérios: *não exclusividade* do gozo, *não rivalidade* do consumo e *não distributividade*. Pela não exclusividade do gozo,

---

cumulativos. *Revista electrónica de ciencia penal y criminologia* – Artículos – RECPC 04-08 (2002) – p.1-30, p.04-06).

12. A princípio, a questão da titularidade poderia ser determinada por um mero juízo de contraposição, no sentido de que se os bens jurídicos individuais são aqueles que servem aos interesses de uma pessoa ou determinado grupo de pessoas, então os bens jurídicos coletivos ou universais são aqueles que servem aos interesses de muitas pessoas, consideradas na sua generalidade (HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Trad. Eduardo Salazar Ortuño. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. p.1-13 – Artículos – RECPC 04-14 (2002), p. 3). Nota-se, então, que os titulares do bem jurídico ambiental são as pessoas, consideradas na sua coletividade, isto é, enquanto seres comunitários. É de se rechaçar, conforme lição de José de Figueiredo Dias, uma concepção ecocêntrica pura do bem jurídico protegido, pois significaria atribuir direitos próprios e efetivos à natureza, desrespeitando-se a autodeterminação e a dignidade da pessoa humana. Desiderato este a que o direito penal se revela como instrumento ilegítimo e inadequado (DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois. *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. vol.1, p. 371-392, p. 382). Neste sentido é também a lição de Rafael Alcácer Guirao, que defende não caber uma fundamentação biocêntrica ou ecocêntrica do meio ambiente enquanto bem jurídico penal, pois a natureza não tem direitos e nem, portanto, temos nós deveres para com a natureza (ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro e los daños cumulativos*, (...). p.1-30, p. 3 – como na nota 11). Adotando posição radicalmente diversa, defendendo o ambiente como co-titular – ao lado da coletividade e da humanidade – do bem jurídico supra-individual difuso "equilíbrio ecológico" ou "equilíbrio do ecossistema", e, consequentemente, como sujeito passivo dos crimes ambientais, temos Paulo Vinicius Sporlerder de Souza (*O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais* (...). p. 74-81 – como na nota 9). O principal problema em se considerar o ambiente como co-titular do bem jurídico é que esta posição se baseia numa falsa premissa, qual seja a de coincidência de interesses de todos os co-titulares. Será que os interesses da humanidade são os mesmos do ambiente, enquanto ente autônomo dotado de direitos? Acredito que a resposta a esta pergunta seja evidentemente negativa. Para o ambiente, enquanto ente autônomo, qualquer forma de poluição, ainda que mínima, poderia ser considerada uma agressão, dando vazão à tão combatida ideia de equiparação do ambiente ao corpo humano, para efeitos de lesão.

nenhuma pessoa poderia ser excluída da fruição do bem; pela não rivalidade do consumo, nenhuma pessoa poderia impedir ou dificultar o consumo pelas demais; e, finalmente, pela não distributividade, o bem coletivo não seria passível de divisão em parcelas atribuíveis individualmente a cada pessoa. Para Greco, seria plausível recorrer somente ao terceiro critério, pois o critério da não rivalidade do consumo não embasa qualquer justificação quanto aos bens não consumíveis, ao passo que a não exclusividade do gozo é consectário lógico da não distributividade, pois se o bem não pode ser dividido, por conseqüência, tampouco pode ser fruído individualmente. Deste modo, é "*bem coletivo* aquele que não pode ser dividido em parcelas passíveis de atribuição aos indivíduos".[13]

Perfilhamo-nos a este entendimento, pelo qual o bem jurídico coletivo caracteriza-se pela indivisibilidade, que impede a atribuição de parcela da titularidade do todo a *qualquer* indivíduo, bem como impossibilita a exclusão de *qualquer* pessoa na fruição bem. Desse modo, o bem jurídico ambiental é um bem coletivo, pois embora não se possa dividir o ambiente em parcelas determinadas de titularidade individual, não se pode negar a possibilidade de fruição humana do referido bem.

A legitimidade dos bens jurídicos coletivos decorre da sua eleição como objeto de consenso comunitário, isto é, na formação da consciência coletiva em relação à preservação daquele bem. No caso do ambiente, a preservação é consensualmente considerada como condição necessária para a manutenção de uma condição de vida digna,[14] razão pela qual a eventual limitação na fruição do bem também pode integrar o objeto de consenso, no qual se baseia o reconhecimento recíproco. Nota-se, então, que a legitimidade do bem jurídico ambiente está justamente no seu referente coletivo, entendido numa dupla

13. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: CORIA, Dino Carlos Caro (director). *Anuario de Derecho Penal Económico y de la empresa.* ADPE 2 (2012). p. 63-73, p.65-66.

14. Concordamos com Paulo de Sousa Mendes quando afirma que "o recém-descoberto valor do ambiente não advém, pelo menos na perspectiva jurídica, de qualquer mudança de atitude dos seres humanos para com os demais seres vivos, no sentido de os primeiros passarem a considerar estes últimos como titulares de direitos. Mais prosaicamente, operou-se a promoção do ambiente, como um todo indistinto, à categoria de *síntese valorativa* por razões de pura conveniência da espécie humana". Com efeito, longe de "um eventual desarrimo antropocêntrico do direito", "basta que reconheçamos a utilidade humana da proteção ao ambiente, como um todo, para termos descoberto, do mesmo passo, a razão primitiva da inclusão do ambiente no catálogo de bens jurídicos" (MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000. p. 99-100).

perspectiva, sob o ponto de vista da pessoa comunitária: o *interesse* de fruição dos bens ambientais[15] e o dever fundamental de proteção dos bens ambientais.

Cabe, aqui, um esclarecimento necessário ao estudo que se desenvolve. Muito embora a Constituição da República Portuguesa, em seu art. 66, n. 1, bem como a Constituição da República Brasileira, em seu art. 225, prevejam o direito ao ambiente enquanto direito fundamental, não concordamos com esta qualificação, pelo menos não na acepção clássica jurídica (r)estrita que representa, pois isto redundaria na inconveniência de reduzi-lo a uma mera questão de titularidade o que, em última análise, poderia implicar na aceitação tácita da possibilidade de livre disposição por parte de seus titulares, significando que poderiam reivindicar prestações positivas a título individual, desconsiderando a dimensão comunitária do bem jurídico ambiental. Concordamos, então, com Carla Amado Gomes, ao dispor que, na lógica dos direitos coletivos, o "direito" ao ambiente envolve, na verdade, um *interesse* de fruição dos bens ambientais, aliado a um *dever de conservação* dos mesmos, num contexto de solidariedade comunitária. Nota-se que o *interesse* na preservação e promoção da qualidade dos bens ambientais pressupõe uma certa concepção de vida em comunidade, ou seja, é um *interesse* de realização comunitária, de modo que algumas restrições podem ser impostas ao *interesse* na fruição imediata dos bens naturais. Com efeito, o homem é um ser cultural e natural, com obrigações perante os seus semelhantes que incluem o respeito pela integridade dos bens naturais. Neste sentido, os bens ambientais naturais são de uso coletivo, em razão de sua dimensão imaterial, entendida como a *utilidade* indivisível, inapropriável e insusceptível de avaliação pecuniária.[16]

Portanto, é nossa convicção que o ambiente (enquanto valor constitucional) não se traduz num direito fundamental,[17] mas sim num interesse de frui-

15. Ressaltando a importância dessa dimensão, temos Jorge de Figueiredo Dias, ao defender que a verdadeira característica do bem jurídico coletivo, notadamente o bem jurídico ecológico, reside no fato de que deve ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém fique excluído desse gozo, pois é nesta possibilidade de gozo que reside o interesse legítimo na integridade do bem jurídico coletivo (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente* (...). p. 384 – como na nota 12).

16. GOMES, Carla Amado. *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Proteção do Ambiente*. Lisboa: 2007. p. 15-149. Edição Digital (E-book) disponível em: [www.oh-multimedia.com/ebooks/ebookTESE_PDFinteractivo.pdf]. Acesso em: 07.02.2013.

17. Na doutrina portuguesa, alguns autores consideram o direito ao ambiente como um direito fundamental, principalmente em razão da previsão do art. 66 da Constituição da República portuguesa. Segundo Canotilho e Vital Moreira, "a compreensão antro-

ção limitado pelo dever fundamental de proteção, cuja utilidade não pode ser dividida ou apropriada individualmente. A noção de se elevar um *interesse* (e não um direito) à categoria de bem jurídico é plenamente possível, desde que tal *interesse* tenha sido objeto de consenso, isto é, desde que exprima uma ordem de reconhecimento.[18] Disto resulta que tais bens coletivos, para serem legítimos, não necessitam ser reconduzidos aos bens jurídicos individuais, nem mesmo reduzidos a uma mera soma daqueles,[19] pois são verdadeiros bens

---

pocêntrica de ambiente justifica a consagração do direito ao ambiente como um direito constitucional fundamental". Entretanto, referidos autores também ressaltam, em momento posterior, a "natureza coletiva do bem constitucionalmente protegido", natureza esta que parece desviar "o direito ao ambiente" da noção de direito fundamental (CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. vol. I, p. 845-848). Também no sentido de considerar o direito ao ambiente como direito fundamental, Cf. SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 63. Para uma ampla abordagem doutrinária e jurisprudencial acerca do direito ao ambiente enquanto direito humano fundamental, Cf. LOPES, Manuela Baptista. A propósito do direito ao ambiente como direito humano fundamental na Constituição e na Jurisprudência. *Tribunal Constitucional, 35.º aniversário da Constituição de 1976*. vol. II, p. 147-196.

18. Sobre diferença conceitual e oposição histórico-dogmática entre direitos e bens jurídicos, Cf. DIAS, Augusto Silva. *Delicta in se e Delicta Mere Prohibita* (...). p. 641 a 655 [como na nota 6].

19. Na verdade, há uma parcela da doutrina que entende que se os bens jurídicos coletivos podem ser reduzidos a uma mera soma dos bens jurídicos individuais, então são falsos bens jurídicos, também chamados de aparentes, razão pela qual devem ser erradicados do ordenamento jurídico penal. Dá-se o exemplo da "saúde pública" que, para alguns autores, nada mais é do que a soma da "saúde" de todos os membros da sociedade, de modo que não se trata propriamente de um bem jurídico coletivo, mas mera soma de bens jurídicos individuais. Neste sentido, Cf. HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?* (...). especialmente p. 9 [como na nota 12]. Luís Greco aponta que o argumento, do jeito que é utilizado, é insuficiente, pois impregnado por uma visão puramente ontologicista do bem jurídico, na medida em que se propõe a distinguir bens coletivos verdadeiros e falsos com base em assertivas sobre o ser, sobre o que existe de verdade e o que é mera aparência. Ao deslocar a discussão para o plano ontológico, o argumento torna-se vulnerável a críticas também ontológicas, pois, em última análise, se existe ou não uma "saúde pública" é uma difícil questão de ontologia social, isto é, da teoria que enumera as entidades existentes na sociedade. Desse modo, para contornar as críticas, o defensor do bem jurídico supostamente aparente pode deixar de se referir a um número indeterminado de pessoas e adotar uma instituição social como fundamento. É por esta razão que Greco propõe que a abordagem mais correta seria tornar as questões de justificação política e normativa independentes de outros problemas filosófico-gerais, entre os quais os de ontologia social, de modo que propõe, então, seu próprio teste de divisibilidade: o fato de que um número indeter-

autônomos. O que não significa dizer que nenhum bem jurídico possa, em certa medida, possuir qualquer suporte em legítimos interesses individuais,[20] notadamente os de fruição.

2.2 Definição do bem jurídico penal ambiental

Se a principal característica do bem coletivo é a indivisibilidade, então o ambiente deve ser entendido enquanto realidade global, universal, de modo que todos os seus componentes e estruturas compõem o todo indivisível, sendo, por consequência, também indivisíveis. Concordamos, assim, com Paulo de Sousa Mendes, ao salientar que "o ambiente, enquanto bem jurídico, não pode ser confundido com pedaços desgarrados da Natureza. Não faz sentido querer erigir todas as criaturas em repositórios autônomos de valores transcendentes".[21]

Não admitimos como correta, portanto, a concepção de bem jurídico ambiental apresentada por Frederico de Lacerda da Costa Pinto, para quem o ambiente é um "*bem complexo* ou de *síntese*, onde se unificam parcelas significativas e autonomizáveis (qualidade do solo, do ar, da água etc.)".[22]

2.3 Apontamentos introdutórios sobre a estrutura típica dos delitos ambientais

Delimitado o bem jurídico, devemos, agora, definir qual conduta dirigida contra ele será sancionada penalmente. Esse caminho nos leva, diretamente, às

---

minado de indivíduos tem interesse em um bem não é razão para postular um bem coletivo. Além do "teste da divisibilidade", Greco propõe mais outros dois critérios para análise dos bens jurídicos "sob suspeita" (de aparência), quais sejam o "teste da circularidade", pelo qual um bem coletivo não pode ser postulado, se a única finalidade é legitimar um dispositivo penal, e o "teste da não especificidade", pelo qual não é permitido postular um bem jurídico coletivo como objeto de proteção de determinada norma penal, se a afetação desse bem necessariamente pressupõe a simultânea afetação de um bem individual (GRECO, Luís. *Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?* (...). p. 68-72 – como na nota 13).

20. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente* (...). p. 384 [como na nota 12].

21. MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* (...). p. 99 [como na nota 14].

22. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Sentido e limites da proteção penal do ambiente. Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários. 2009. vol. 3, p.591-602, p.594.

questões referentes à estrutura de formulação do tipo penal. Segundo Hefendehl, distinguem-se habitualmente três tipos de estruturas típicas: os delitos de lesão, os delitos de perigo concreto e os delitos de perigo abstrato. Entretanto, em relação aos bens coletivos, a estrutura de incriminação suscita uma reflexão de adequação, pois não se pode dizer que uma conduta seja capaz de lesionar o bem jurídico, ou colocá-lo em perigo de forma concreta,[23] de modo que uma parcela da doutrina considera os crimes perigo abstrato como técnica ideal de proteção do ambiente.[24]

O esforço de adequação da estrutura típica dos delitos ambientais se deve ao fato de que, em razão do caráter global do bem ambiental e da "natureza caótica dos fenômenos ambientais", torna-se difícil a comprovação da afetação causal concreta do substrato empírico,[25] entendido como "conjunto dinâmico das condições naturais da vida humana",[26] pois não há um núcleo personalizável passível de experimentar imediata afetação. Sendo assim, o bem ambiental é caracterizado por uma vincada tenacidade, quiçá uma relativa intangibilidade, peculiaridade que repercutirá na técnica de tutela, pois ações individuais isoladas, desprovidas de um contexto associativo ou acumulativo, não são capazes de afetá-lo, devido a sua "capacidade de resistência".[27]

Como as noções de lesão e perigo são, portanto, diluídas pela inerente elasticidade do bem jurídico, este parece reclamar uma repetição de feitos singulares, em si mesmo inócuos (se tomados em relação à globalidade do bem jurídico), para efetivamente produzir um prejuízo ao ambiente.[28] Em outras

23. HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?* (...). p. 4-5 [como na nota 12].

24. Neste sentido, GIACOMO, Roberta Catarina; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Breves reflexões sobre a administrativização do direito penal, delitos por acumulação e antecipação da tutela penal na proteção do bem jurídico ecológico. 2009. p. 14. Disponível em: [www.diritto.it]. Acesso em: 16.02.2013.

25. MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* (...). p. 123 [como na nota 14]. Neste sentido, também ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro e los daños cumulativos* (...). p. 6 [como na nota 11].

26. MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* (...). p. 103-104 [como na nota 14].

27. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras: contributo ao debate sobre o delito acumulativo*. 2011. Tese de doutoramento em ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 389.

28. MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes Jurídicos Intermedios e y Delitos de Peligro*. Granada: Comares, 1997. p. 36-39.

palavras, o comportamento deve ser analisado de forma *global* para fundamentar-se como típico.[29] É nesta perspectiva global que se encontra o fundamento dos delitos de acumulação.[30]

3. DESVENDANDO OS DELITOS DE ACUMULAÇÃO

Os delitos de acumulação têm uma dupla face: numa acepção mais ampla, constitui-se em fundamento estritamente dogmático de interpretação do tipo penal; numa acepção mais restrita, constitui-se em verdadeira técnica de tipificação.[31]

3.1 Os delitos de acumulação como fundamento dogmático de interpretação do tipo penal

É de se ressaltar que parte da política criminal desenvolvida como resposta à nova configuração da sociedade tecnológica eleva o direito penal a fator de proteção das gerações futuras. É essa prioridade axiológica do "asseguramento" do futuro que outorga legitimidade à tipificação dos danos cumulativos.[32]

Segundo Alcácer Guirao, o caráter global dos novos interesses de proteção desloca a questão do bem jurídico para uma perspectiva coletiva, pois

29. OLIVEIRA, Cristina. Meio ambiente e sociedade tecnológica: notas sobre a intervenção da dogmática penal para proteção da natureza através dos delitos acumulativos. *Revista Jurídica*, n. 24, Temática n. 8, 2010-2011. p. 113-142, p.127.

30. Conforme definição precisa de Guilherme Costa Câmara, "o ambiente é um bem jurídico de dimensão coletiva, uma vez que é inapropriável, não distribuível, bem de fruição universal e indistinta da qual ninguém pode se ver excluído, não possuindo núcleo personalizável capaz de suportar direta afetação; enfim, um bem macrossocial, que, de regra, não apresenta suscetibilidade para ser globalmente lesionado por comportamentos individuais não cumulativos" (CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 399 – como na nota 27).

31. É certo que, conforme já salientou Augusto Silva Dias, o conceito de acumulação é tido como eminentemente dogmático pela doutrina jurídico-penal, e não uma técnica legislativa (DIAS, Augusto Silva. *What if everybody did it?* Sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, ano 13. jul.-set. 2003. p. 303-345, p.305). Entretanto, procuraremos demonstrar que os defensores dos delitos de acumulação, em certa altura, acabam por propor ou perfilhar determinada estrutura típica, a fim de compatibilizar o conceito com a ciência jurídico penal.

32. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro e los daños cumulativos* (...). p. 11-13 [como na nota 11].

se opera a substituição da figura do "agente individual" pela figura do "ator coletivo", enquanto inserido na sociedade em seu conjunto, reconduzindo-se, dessa forma, a imputação da responsabilidade pelos grandes riscos globais às ações mínimas, que, embora inócuas, uma vez acumuladas, poderiam levar ao comprometimento do bem jurídico ambiental. Tal é o pressuposto dos chamados "danos cumulativos", que foram introduzidos recentemente na discussão político-criminal como único mecanismo efetivo para proteger *diretamente* ao meio ambiente.[33]

É com base nesta fundamentação que se admite formas de imputação baseadas numa idéia de ação coletiva, isto é, os ilícitos-típicos são constituídos por comportamentos que se assentam numa lógica de que são (ou serão) praticados por um grande número de pessoas.[34] A técnica dos delitos de acumulação propõe, então, em verdade, o alargamento da responsabilização individual.[35]

Jesús-María Silva Sanchez tece críticas à estrutura dogmática dos delitos de acumulação.[36] São duas as objeções fundamentais dirigidas contra o instituto:

33. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro e los daños cumulativos* (...). p. 8-9 [como na nota 11].

34. DIAS, Augusto Silva. *What if everybody did it?* (...). p. 306 [como na nota 31].

35. COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental.* X Salão de Iniciação Científica PUCRS, 2009. p. 6.

36. É de se notar que, muito embora critique a figura da acumulação, Silva Sanchez admite, resignadamente, que a lógica da acumulação constitui um desenvolvimento coerente do processo expansivo do direito penal, que desde logo pode ser admitida, desde que não se imponha penas privativas de liberdade como forma de sanção aos delitos de estrutura cumulativa (p. 136). Esta ressalva vai de encontro à divisão estrutural dogmática do direito penal defendida por Silva Sanchez. Segundo o autor, haveria um direito penal de dupla identidade ou, nas palavras do autor, um "direito penal a duas velocidades". A primeira velocidade representa a tutela de bens jurídicos individuais, caracterizada pela estrutura dogmática clássica individualista (núcleo personalizável, estrutura típica de delitos de lesão etc.) e pela rigidez das garantias penais, razão esta pela qual seria legítima a imposição de penas privativas de liberdade. Por outro lado, a segunda velocidade seria caracterizada pela tutela de bens jurídicos supra-individuais, universais, cuja estrutura dogmática e os princípios fundamentais informadores e as garantias do direito penal seriam relativizados, razão pela qual não seria legítima a imposição de penas privativas de liberdade (p. 129-162). Sendo assim, os delitos de acumulação são legítimos representantes da segunda velocidade do direito penal, pois as garantias penais clássicas são flexibilizadas, na medida em que se viola o princípio da proporcionalidade, ao se punir contribuições que, individualmente, não possuem carga de lesividade própria. Por esta razão, não se poderia justificar a imposição de uma pena grave aos sujeitos individuais, isto é,

1. a violação do princípio da culpabilidade, ao fundamentar-se a sanção penal *ex iniuria tertii*; 2. a violação do princípio da proporcionalidade, ao impor-se a sanção penal em razão de uma lesão (ou perigo) ao bem jurídico que não é atribuível à conduta do sujeito concreto individualmente considerado.[37]

Quanto à violação do princípio da culpabilidade, a ideia de acumulação não pode ser admitida como critério de imputação da responsabilidade penal, pois a conduta, que o sujeito realizou e que desta perspectiva individual é inócua, somente adquire relevância penal numa perspectiva integrada de que terceiros praticarão condutas semelhantes, de modo que a sanção penal, assim fundamentada, é uma sanção *ex iniuria tertii*. Com efeito, a conduta, em si considerada, não apresenta qualquer lesividade concreta constatável por um juízo *ex ante*, mas simplesmente um perigo presumido, perigo estadístico ou, mais corretamente, um perigo global.[38]

Replica-se que a fundamentação da responsabilidade penal em virtude do que também é realizado por terceiras pessoas não significa violar o princípio da culpabilidade. Isso porque sem a existência da proibição, um grande número de pessoas realizará pequenos danos, cuja acumulação dará lugar a grandes

---

pena de prisão (p. 135-136) (SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal* (...). – como na nota 5).

37. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal* (...). p. 132 [como na nota 5]. Neste sentido, Cf. MENDOZA BUERGO, Blanca. El papel del derecho penal en la protección del medio ambiente. Estudos em homenagem ao Prof. Jorge de Figueiredo Dias. 2009. vol. 2, p. 669-695, p. 682; GIACOMO, Roberta Catarina; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Breves reflexões sobre a administrativização do direito penal* (...). p. 14 [como na nota 24].

38. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal* (...). p. 127 [como na nota 5]. Neste mesmo sentido, Alcácer Guirao, ao apontar que, do ponto de vista da autonomia pessoa, o que fundamenta a responsabilidade do agente não é senão o prognóstico de realização de ações futuras por parte de outros agentes. É dizer: estamos diante de uma fundamentação do injusto *ex iniuria tertii*, indubitavelmente rechaçado desde os pressupostos legítimos de imputação configurados em torno da competência da própria autonomia individual com respeito ao prejuízo de uma esfera de liberdade alheia, que exige uma reprovação de culpabilidade baseada numa conduta lesiva individual, e não em uma "culpabilidade coletiva" ou vicarial (ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro e los daños cumulativos* (...). p. 14 – como na nota 11). Também Augusto Silva Dias, defendendo que o contexto cumulativo rompe com o modelo de responsabilidade individual, limitada pelo envolvimento pessoal do agente na produção do fato danoso, ao mesmo tempo que cria uma figura de responsabilidade baseada num provável risco global produzido por inúmeras intervenções, ou seja, baseada em fatos de terceiros (DIAS, Augusto Silva. *What if everybody did it?* (...). p. 341 – como na nota 31).

lesões, de modo que o juízo de culpa se baseia na própria conduta, remetendo-se a responsabilidade ao injusto da própria ação.[39] Ou seja, fica claro que não se parte "apenas de uma acumulação hipotética de repetição, mas sim realista, visto que na falta de sanção, essas ações seriam provavelmente realizadas por um soma expressiva de pessoas".[40]

Entretanto, por mais convincente que esse argumento possa parecer, não pode ser acatado integralmente como fundamento isento de qualquer crítica, pois, além do fato de ser eminentemente empírico,[41] pois supostamente pressupõe uma probabilidade real de repetição das condutas semelhantes, desconsidera a regra da imputação subjetiva (culposa) do dano à conduta praticada pelo agente. É dizer, a ideia de acumulação desconsidera o elemento subjetivo do agente na (previsibilidade) ocorrência do evento danoso, imputando-lho de maneira objetiva.[42]

---

39. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro e los daños cumulativos* (...). p. 13 [como na nota 11].

40. COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental* (...). p. 10-11 [como na nota 35]. Jorge de Figueiredo Dias acrescenta que a punição destes comportamentos individuais, em si inócuos, só será legítima se as condutas que contribuem para a lesão ecológica, na lógica da repetição, forem, mais do que possíveis, "indubitavelmente previsíveis e muito prováveis, para não dizer certas" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente* (...). p. 390-391 – como na nota 12). Neste sentido, Silva Sanchez aponta que o fundamento utilizado não reside numa idéia de acumulação hipotética, mas no fato de que a conduta individualmente considerada não se mostra um risco relevante, mas se admite que a performance geral seria desastrosa, já que a realização daquela conduta por uma pluralidade de pessoas não constitui simplesmente uma hipótese, mas uma realidade atual ou iminente (SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal* (...). p. 131 – como na nota 5).

41. Sobre a deficiência da utilização de argumentos empíricos para a justificação de argumentos jurídicos, Cf. GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do tribunal constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *RBCCrim* 87. p. 84-102, 2010. Dentre as deficiências, podemos citar: não se sabe se os danos serão realmente evitados com a proibição das condutas; o argumento pode não ser generalizável; não se sabe se as condutas deixariam realmente de ser praticadas, sem uma rígida fiscalização. O problema geral reside no fato de que "as conclusões derivadas de argumentos empíricos dependem da situação do mundo e são portanto *contingentes*, porque não apenas o nosso conhecimento do mundo, mas o próprio mundo enquanto objeto desse conhecimento está em constante mudança" (p. 88-90). Voltaremos a esse assunto mais a frente.

42. Neste sentido, Augusto Silva Dias, ao afirmar que "O direito penal sistêmico promove uma flexibilização daquelas estruturas [de imputação individual] e destes princípios

Ora, se o fundamento criminalizador dos delitos de acumulação sustenta-se na somatória de pequenas atuações – o que torna imprescindível a contribuição de terceiros – pode-se afirmar que, no momento da prática da conduta, o sujeito concebe a sua ação como insignificante, pois não tem consciência de que os efeitos dela advindos possam ser aptos a comprometer sua parcela de responsabilidade com o outro. Em outras palavras, o agente ignora o fato de que todos poderiam atuar da mesma forma, o que afasta sua intenção de comprometer a condição de existência do objeto de proteção,[43] o que seria condição suficiente para afastar a responsabilização penal, a título subjetivo.

É neste sentido que Augusto Silva Dias aponta uma segunda vertente de violação da culpabilidade pela noção dos delitos de acumulação, pois o risco de dano (global) no qual se baseia a imputação da conduta perigosa decorre apenas da noção de acumulação, de modo que referido risco não é normalmente previsível para cada um dos agentes (contribuidores singulares), pois o dano final (global) depende de múltiplos fatores (a quantidade de pessoas envolvidas na mesma atividade, a dimensão do contributo de cada uma) que escapam à previsibilidade e ao domínio do agente. É dizer: a noção de acumulação implica "atribuir a alguém algo que jamais será produzido pela sua ação, mas somente pela combinação de fatores aleatórios e com o concurso de uma pluralidade de agentes que atuam ignorando-se reciprocamente".[44]

Quanto à violação do princípio da proporcionalidade, deve-se ressaltar que o juízo de proporcionalidade pressupõe a comparação de dois termos: a pena que se impõe e a carga de ofensividade da conduta, isoladamente considerada, praticada por quem a pena deverá ser imposta. Isso significa que a pena deve ser atribuída precisamente a cada sujeito, individualmente considerado.[45] Este fundamento basilar é totalmente desconsiderado pela noção de acumulação, pois cada conduta (que, em verdade, somente contribui, mas não causa, por si só, o dano), mesmo que ínfima, recebe a mesma pena que seria atribuída àquela conduta que eventualmente causasse o dano global.

[proporcionalidade, ofensividade e culpa], propugnando formas de responsabilidade objetiva, quase objetiva e vicarial, na qual se inclui precisamente a imputação baseada na acumulação de ações similares de terceiros" (DIAS, Augusto Silva. *What if everybody did it?* (...). p. 324 – como na nota 31).

43. OLIVEIRA, Cristina. *Meio ambiente e sociedade tecnológica* (...). p. 131 [como na nota 29].

44. DIAS, Augusto Silva. *What if everybody did it?* (...). p. 341 [como na nota 31].

45. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal* (...). p. 133-134 [como na nota 5].

Ainda, pode-se dizer que a estrutura dogmática dos delitos de acumulação viola o princípio da ofensividade de forma dupla: na perspectiva da relação entre conduta singular e bem jurídico e na perspectiva da relação entre a conduta singular e as demais condutas semelhantes.

Numa primeira perspectiva, considerando-se a relação entre a conduta singular e bem jurídico, considera-se violada a ofensividade, pois a conduta singularmente considerada não é capaz de, por si só, afetar o bem jurídico coletivo, exigindo, para tanto, o concurso de outras condutas singulares. Afinal, é justamente pelo fato da conduta, em si, ser inofensiva que se busca, na figura da acumulação, o seu conteúdo de significação jurídico-penal.[46]

Numa segunda perspectiva, considerando-se a relação entre a conduta singular e as demais condutas, considera-se violada a ofensividade, pois as condutas, independentemente do grau de ofensividade que apresentam, são tratadas com a mesma severidade, já que o que se reprova é a lesão global, seja qual for a intensidade do contributo. Em outras palavras, há, na verdade, uma total desconsideração da ofensividade, pois a punibilidade da ação cumulativa não tem por base a lesividade da ação, mas simplesmente "a sua disfuncionalidade como perturbação do ambiente".[47]

É justamente aqui que os delitos de acumulação mostram o seu lado perverso. Com efeito, em razão do caráter global do bem jurídico ambiental, não se pode falar de um único fato sobre o qual se projetam as várias ações individuais, pois, na verdade, as condutas integradas na relação de acumulação estão dispersas pelo tempo e pelo espaço, incidindo ilimitadamente pelo todo, isto é, repercutem na pluralidade de fatos que constituem o fenômeno global, de modo que estaríamos diante de uma espécie de "autoria acessória universal de um fato global e permanente".[48] Em última análise, ao equiparar, para fins de pena, todas as condutas, de diferentes graus de ofensividade,[49] os delitos de acumulação acabam por promover uma verdadeira socialização da punição, *rectius* sanção penal, o que subverte, completamente, a lógica da responsabilização penal e os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

---

46. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 388-390.
47. DIAS, Augusto Silva. *What if everybody did it?* (...). p. 339 [como na nota 31].
48. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal (...). p. 135 [como na nota 5].
49. Conforme já salientou Feinberg, as "contribuições são desiguais em quantidade e em valor social" (FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal Law: Harm to the others*. Oxford University Press, 1984. vol. 1, p. 228-229).

Por fim, Kuhlen mesmo reconhece que a proteção penal do ambiente, pautada na transcendência da proteção das condições de vida das gerações futuras, exige, necessariamente, em razão dos problemas sistêmicos e de grandes riscos, a alteração e "funcionalização" dos princípios garantísticos e de imputação próprios do direito penal tradicional.[50] E disto ainda não estamos dispostos a abrir mão.

3.2 Os delitos de acumulação como técnica de tipificação

A concepção dos delitos de acumulação, desenvolvida por Lothar Kuhlen, como fundamentação ao delito de contaminação de águas do Código Penal Alemão (§ 324 STGB), pressupõe a subsunção, no tipo penal, de determinados atos concretos que, contemplados em si mesmos, não colocam em perigo, nem sequer abstrato, o bem jurídico protegido, mas que, em contexto de acumulação, isto é, se produzidas em grande número, têm capacidade de produzir consequências lesivas.[51]

É de se concluir, então, que os tipos acumulativos não exigem a comprovação fática da causalidade lesiva entre o contributo singular e o dano global,[52] de modo que a ideia de acumulação serve, então, de equivalência material à relação de causalidade lesiva que deveria ser observada entre a ação (individual) e o bem jurídico,[53] atribuindo certo conteúdo material ao ilícito típico.

Nota-se que o caráter global do ambiente, aliado a uma perspectiva sistêmica do poder de destruição da ação humana (coletiva), situa esta linha de política criminal intervencionista mais além da tipificação preferente de delitos de perigo abstrato.[54] Fato que é admitido por Lothar Kuhlen, pois, se a lesividade do ambiente somente pode ser justificada em virtude da expectativa de realização de ações similares por terceiros, prejudicada fica a construção de um delito ecológico na estrutura típica de lesão ou mesmo de perigo, devendo-se, ainda, renunciar à relação de perigo abstrato entre ação individual e bem

50. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro e los daños cumulativos* (...). p. 13 [como na nota 11].

51. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal* (...). p. 131 [como na nota 5].

52. DIAS, Augusto Silva. *What if everybody did it?* (...). p. 308 [como na nota 31].

53. HEFENDEL, Roland. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?* (...). p. 9-11 [como na nota 12].

54. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El papel del derecho penal en la protección del medio ambiente* (...). p. 683 [como na nota 36].

TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. Há futuro na dogmática penal para os delitos de acumulação? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 77-124. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

protegido, o que implica, em realidade, num grau de perigo inferior aos delitos de perigo abstrato.[55]

Conforme justifica Kuhlen, os crimes de acumulação são diretamente relacionados aos crimes de perigo abstrato, mas com estes não se confundem, pois os delitos de acumulação prescindem da perigosidade geral da conduta, requisito indispensável à configuração dos delitos de perigo abstrato.[56]

Assim, para superar o problema da distância que se coloca entre a conduta singular e o bem jurídico penalmente protegido, enquanto relação naturalística, os delitos de acumulação devem estar sujeitos a uma "prognose realista", o que significa que o legislador deve se utilizar de dados das ciências empíricas para a formulação da incriminação.[57] O que implica dizer que, necessariamente, o legislador terá que recorrer ao modelo de violação de um dever baseado em valores-limite, isto é, ao modelo do ilícito de desobediência.[58]

É aqui que, a nosso ver, os delitos de acumulação se revelam como verdadeira técnica de tipificação, pois, os adeptos da acumulação delitiva parecem constantemente recorrer ao modelo de acessoriedade administrativa, na forma dos delitos de desobediência,[59] para justificá-la. Mesmo os autores que se

55. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro e los daños cumulativos* (...). p. 14 [como na nota 11].

56. COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental* (...). p. 12 [como na nota 35].

57. DIAS, Augusto Silva. *What if everybody did it?* (...). p. 308-309 [como na nota 31].

58. DIAS, Augusto Silva. *What if everybody did it?* (...). p. 336-337 [como na nota 31].

59. Podemos citar, aqui, Jorge de Figueiredo Dias, que, já em seu pioneiro estudo sobre o direito penal ambiental, discutia qual seria a técnica de tipificação mais apropriada para os delitos ecológicos, tendo chegado à conclusão de que "a solução está em constituir os delitos ecológicos como delitos de desobediência à entidade estadual encarregada de fiscalizar os agentes poluentes e competentes para lhes conceder ou lhes impor limitações ou proibições de atividade" (DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o papel do direito penal na proteção do ambiente. Separata do n. 1 de jan.-jun. 1978. *Revista de Direito e Economia*. Universidade de Coimbra. p. 17-18). Os delitos de acumulação, enquanto modalidade de delitos ecológicos, também deveriam ser construídos como delitos de desobediência a prescrições ou limitações administrativas, isto é, submetidos à cláusula da acessoriedade administrativa. Neste sentido, Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente* (...). p. 389-391 [como na nota 12]; DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. 2009. vol. 3, p. 603-614, p. 613-614. Com relação à interpretação específica da noção dos delitos de acumulação nos tipos penais, Figueiredo Dias teve a oportu-

posicionam radicalmente contra os delitos de acumulação, ao interpretarem um tipo penal cuja estrutura siga um modelo de acessoriedade administrativa, baseada em valores-limite, acabam por reconhecer a *possibilidade* da acumulação delitiva.[60]

A primeira grande objeção que se pode fazer em relação aos delitos de acumulação, estruturados na forma de delitos de desobediência, baseados em valores-limite, é justamente a crítica à acessoriedade administrativa. Ora, neste caso, o conteúdo integral do ilícito só é revelado em função das normas administrativas, diga-se, sem dignidade penal,[61] de modo que a ilicitude típica dos delitos ecológicos é reduzida a uma pura desobediência das prescrições administrativas, o que é inadmissível, pois subverte a lógica de todo o sistema

---

nidade de, ao interpretar o art. 279.º do Código Penal Português em sua redação original, defender que a "medida inadmissível" da poluição poderia resultar da capacidade cumulativa da conduta incriminada (DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português. A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro. *Stvdia Ivridica* n. 81, Colloquia, n. 13, 2005. p. 179-202). Neste mesmo sentido, Flávia Noversa Loureiro que, ao interpretar a mesma expressão ("medida inadmissível"), afirmou que "Através da criação de valores-limites de poluição, a autoridade administrativa poderia estabelecer certo valor, não por atenção ao dano que o portador da licença por si só poderia produzir, mas por levar igualmente em consideração a quantidade de portadores de licenças iguais ou semelhantes" (LOUREIRO, Flávia Noversa. *A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos – subsídio para o estudo da figura da acumulação*. Tese de mestrado em ciências jurídico-criminais da Universidade de Coimbra, 2007. p. 203-204).

60. Podemos citar, aqui, Augusto Silva Dias que, ressalvando, claramente, que o ilícito-típico previsto no art. 279.º do Código Penal Português (em sua redação original) não se coaduna com a validade jurídico-penal por ele defendida, entende que o referido tipo penal comporta a noção de acumulação, justamente por conta da presença da expressão "em medida inadmissível", que consagra a acessoriedade em relação ao ato administrativo. Dá-nos um exemplo: "ao abrigo de um poder discricionário conferido por lei, a Administração impõe às fábricas de curtumes que laboram ao longo do curso de um rio limites muito pequenos de descarga poluente, tendo em conta a toxicidade dos dejectos e o numero elevado de empresas. A imposição destes limites resultou da avaliação realista de que se todas lançassem uma quantidade de detritos superior àquela, feneceriam provavelmente toda a flora e fauna fluviais e poderiam ocorrer conseqüências nocivas para o <<padrão de vida>> e mesmo para a saúde das populações ribeirinhas" (DIAS, Augusto Silva. *Delicta in se e Delicta Mere Prohibita* (...). p. 846-852 – como na nota 6).

61. Conforme mesmo confessa Jorge de Figueiredo Dias (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente* (...). p. 385 – como na nota 12).

jurídico, pondo o edifício punitivo ao serviço do sacrifício da pessoa, que deveria ser considerada um fim em si mesma.[62]

A segunda grande objeção que se pode fazer em relação aos delitos de acumulação refere-se ao próprio condicionamento destes aos valores-limite estabelecidos pela autoridade administrativa. Não se está, aqui, a advogar contra os valores-limite,[63] mas a tentar demonstrar que a noção da acumulação delitiva é incompatível com a fixação de valores-limite pela autoridade administrativa.

Em primeiro lugar, parece-nos que o estabelecimento de valores-limite nega a premissa lançada pela própria noção da acumulação delitiva, consistente na punição de uma universalidade de condutas semelhantes que, embora inócuas por si mesmas, adquirem capacidade lesiva quando acumuladas. Isso porque estabelecer valores-limite significa delimitar um "âmbito aceitável de dano" e, por consequência, aceitar que "os contributos individuais não estão subtraídos à alçada delimitadora do princípio da insignificância",[64] o que seria impossível diante da globalidade do bem ambiental e do contexto ilimitado, temporal e espacialmente, de integração das condutas cumuladas.

Mais coerente seria, então, a construção de um tipo penal de perigo potencial, sem recurso a qualquer forma de acessoriedade administrativa, capaz de englobar no ilícito-típico todas as condutas presentes e futuras, singulares ou cumuladas, dirigidas contra o ambiente e que supostamente possam vir a lesá-lo, ou ao menos contribuir para tal lesão, de modo a excluir qualquer possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, pois não é a lesividade concreta da conduta singular, mas o potencial de dano das condutas cumuladas que fundamenta a proteção do bem jurídico ambiental, na forma dos delitos de acumulação.

Não precisamos pensar muito, contudo, para contestar a sanidade do que se acabou de afirmar, pois um tipo penal com essas características só não seria

62. POMBO, Nuno. *A fraude fiscal: a norma incriminadora, a simulação e outras reflexões*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 220-221. Nota-se que o autor, embora num primeiro momento se posicione contra os delitos de acumulação, num segundo momento entende-os admissíveis, "para afastar a impunidade e a relativização da proteção dos bens jurídicos", especialmente em relação aos crimes fiscais, pois "não incriminar os comportamentos desviantes", que "evitam, por assim dizer, a imposta solidariedade social, fará nascer na comunidade a ideia de que a infração, não só não merece censura jurídica, como até se mostra compensadora de uma perspectiva econômica" (p. 224-226).

63. Sobre a importância e a utilidade dos valores limites, Cf. MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* (...). p. 148-151 [como na nota 14].

64. DIAS, Augusto Silva. *What if everybody did it?* (...). p. 309 [como na nota 31].

mais feroz, talvez, que o monstro marinho mitológico que Hobbes utilizou como alegoria. Sendo assim, embora pareça soar, de fato, contraditório com a idéia de acumulação, o estabelecimento dos valores-limite busca atender às exigências de criação de um certo significado concreto de intensidade pelo qual o comportamento adquire relevância jurídica suficiente para reclamar a censura penal.[65]

Em segundo lugar, constatada a necessidade dos valores-limite, encontramos, aqui, um segundo problema. Isso porque a prognose na qual se embasará a fixação de tais valores deverá ser realista, baseada inclusive em elementos empíricos da ciência.

A questão é que o grande problema da "prognose realista" é que se trata de um argumento eminentemente empírico, sujeito, portanto, às deficiências que o são inerentes. A ciência empírica exige, por óbvio, observação, que, muito embora forneça os dados necessários à fixação dos valores-limite, escapa, completamente, ao domínio subjetivo do agente, o que cria obstáculos incontornáveis à estrutura subjetiva de responsabilização penal.

Na medida em que o poder destrutivo dos comportamentos e a "certeza"[66] de cumulação somente é percebido por um "observador munido da melhor informação empírica", a danosidade das ações individuais não é percebida publicamente pelo autor.[67] Como admitir, então, que o sujeito singular, que não poderia desvendar a nocividade de seu comportamento, nem mesmo a acumulação com condutas semelhantes, pois a consciência da ilicitude de tal modo de agir está adstrita ao "observador munido da melhor informação empírica", seja punido penalmente?

A sedução do argumento empírico, especialmente aplicado aos delitos de acumulação, implica em conseqüências que tornariam inviável a vida em comunidade e o desenvolvimento econômico. Isso porque, considerando que o ambiente é um bem jurídico universal, todas as condutas semelhantes, presentes e futuras, locais, regionais ou globais, que acumuladas poderiam representar certo grau de ofensividade ao ambiente, deveriam ser consideradas para

65. Sobre a importância do princípio da insignificância como critério limitador de tipos penais, Cf. FAYET JUNIOR, Ney. Da configurabilidade do princípio da insignificância em face da continuidade delitiva. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. 2010. p. 295-321.

66. Flávia Loureiro afirma, ao fundamentar os delitos por acumulação, que "se sabe, com certeza, que tal comportamento será repetido por um número inquantificável de pessoas" (LOUREIRO, Flávia Noversa. *A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos* (...). p. 188 – como na nota 59).

67. DIAS, Augusto Silva. *What if everybody did it?* (...). p. 313 [como na nota 31].

fins de fixação de valores-limite, o que significaria fixar "âmbitos de dano aceitáveis" em patamares tão baixos que qualquer atividade seria completamente inviabilizada, inclusive as industriais.[68]

68. Ainda que se pense em nível local, num primeiro momento os problemas parecem se resolver, contudo, eles persistem e de forma mais grave. Vamos supor, por exemplo, que, numa determinada região, há 10 fábricas que despejam cargas poluentes num rio local. É plenamente possível que a autoridade administrativa considere que a cumulação do despejo de cargas poluentes de todas as fabricas represente uma ameaça à qualidade das águas do rio, razão pela qual estabelece os valores-limite com base no potencial lesivo resultante da acumulação e não com base em cada emissão individualmente considerada. Agora, vamos supor que, numa outra região, várias pessoas utilizam o bosque local para confraternizações e que, ao final destas, sempre jogam as sobras dos alimentos nas águas de um rio localizado nas proximidades deste bosque. O "observador munido da melhor informação empírica" conclui, com certeza, que o despejo das sobras dos alimentos no rio pode afetar, de forma grave, a qualidade das águas deste rio. É plenamente possível, então, que a autoridade administrativa considere tal constatação empírica para a fixação dos valores-limite, que irão limitar a atuação dos particulares da área. Veja que, nos dois exemplos narrados acima, supostamente parece haver uma correta aplicação da noção de acumulação delitiva, exteriorizada na fixação dos valores-limite. Entretanto, vamos considerar, agora, que ambas as situações se referem ao mesmo rio, isto é, a qualidade das águas rio está sendo comprometida tanto pelo despejo de cargas poluentes por parte das fábricas, quanto pelo despejo das sobras de alimentos por parte dos particulares. Neste caso, como seriam fixados os valores-limite? A autoridade administrativa deveria considerar todas as condutas que afetam o "pequeno universo" do rio, e estabelecer uma só margem de valores-limite, ou se deveriam estabelecer margens de valores-limite para cada grupo específico de "condutas semelhantes"? Caso a resposta seja que a autoridade administrativa deva considerar todas as condutas, ainda que de âmbito local, que certamente concorrem para a possível afetação da qualidade das águas do rio, então o funcionamento das fábricas poderia ser comprometido, pois os valores-limite seriam fixados em patamares muito baixos. Caso a reposta seja que a autoridade administrativa deva considerar grupos específicos de "condutas semelhantes" e atribuir os valores-limite de acordo com as características próprias destes grupos, parece-me que seria a solução mais coerente (claro que analisando a situação desta perspectiva particular). Entretanto, deve-se estar preparado para enfrentar as consequências que dela advém. Essa solução somente poderia ser aceitável se ela efetivamente considerar as particularidades de cada grupo e o efetivo potencial lesivo das contribuições. Em outras palavras, tal diferenciação somente seria aceitável se, no exemplo dado, os valores-limite impostos às fábricas fossem fixados em patamares mais baixos que os impostos às pessoas singulares, pois são aquelas que detêm a maior capacidade lesiva, caso contrário estaríamos diante de uma discriminação injustificada. E sabemos que é isso o que geralmente acontece, isto é, a discriminação injustificada na aplicação da lei. A seletividade do direito penal é uma realidade inafastável, aplicando-se também à área ambiental. É aqui que o argumento empírico perde força, pois ele se torna suscetível a ataques de argumentos também

TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. Há futuro na dogmática penal para os delitos de acumulação? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 77-124. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Além do mais, há um detalhe muito importante no universo dos delitos de acumulação que não pode ser ignorado: a incidência permanente e ininterrupta de pelo menos uma das "prerrogativas" da Administração Pública, qual seja o "poder de polícia".[69] Caso se trate de atividades industriais potencialmente poluidoras, incide o poder de polícia, na forma do licenciamento ambiental, de modo que a Administração Pública estabelecerá os valores-limite ao final do referido procedimento. Por outro lado, caso se trate de particulares singulares, incide o poder de polícia, na forma do dever de fiscalização, pois, diferentemente das empresas, os particulares não buscam a Administração Pública para "regularizar" ou "legalizar" sua situação (até mesmo porque a eles falta a consciência da ilicitude para tanto), de modo que caberá ao "observador" se "munir da melhor informação empírica" para a fixação dos valores-limite. Esta última situação é a mais perturbadora, pois implicaria na necessidade de um Estado-vigilante, onisciente e onipresente, que tudo vê. De uma forma ou de outra, há uma inegável movimentação da máquina pública, pois esta é a instância competente para tratar de assuntos sistêmicos, e, por esta razão, é que os delitos de acumulação podem ser considerados penalmente indignos.

---

empíricos, como aqueles fornecidos pelas constatações nefastas que compõem as cifras negras. Ao referir-se sobre um levantamento estatístico sobre as ações de combate a crimes ambientais (Lei 9.605/1981 – Lei brasileira de Crimes Ambientais), realizado pela Polícia Militar do Rio Grande do Sul, Marcia Elaine Berbich Moraes constatou que, dentre os responsáveis apontados, "não se vê nenhum poluidor de peso", pois a lei é injustamente aplicada "uma vez que prende aquele que pesca o peixe e autoriza aquele que mata o rio (licenciamento ambiental)" (MORAES, Marcia Elayne Berbich de. *A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente na sociedade de risco* (Lei 9.605/1998). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 183-184). Contudo, confessamos não ser dotados da competente capacidade do "observador munido da melhor informação empírica" para fazer tal afirmação.

69. Para Marcello Caetano, a polícia corresponde a "um modo de intervenção administrativa <<no exercício de actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais>> a fim de evitar a produção ou generalização de danos sociais" (...) E as medidas de polícia constituem "uma das formas de exercício dos poderes de polícia: mais rigorosamente, um dos actos de polícia, que se distinguiam pelo seu carácter funcionalmente repressivo" (MARCELLO apud LOMBA, Pedro. Sobre a teoria das medidas de polícia administrativa. *Estudos de Direito de Polícia*. Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002, Regência: Jorge Miranda. vol. I, p. 177-232, p. 182). Mais precisamente, estaríamos diante de uma "polícia administrativa especial", posto que especializada num determinado objeto, qual seja o ambiente, razão pela qual poderíamos falar numa "polícia do ambiente" (SOUSA, António Francisco de. Polícia administrativa: Autoridades, órgãos e competências. *Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, n. 9/12, 2003. p. 61-111, p. 74-75).

Não há como esquivar-se do fato de que, adotando-se um modelo de acessoriedade administrativa, o ilícito típico somente se revela na violação das prescrições impostas pela Administração Pública. Da mesma forma como não há como se esquivar do fato de que a tarefa que os delitos de acumulação exige é assaz complexa, mesmo para o próprio direito administrativo, e, ao se recorrer à acessoriedade administrativa, o direito penal perde a sua dignidade, por ficar totalmente dependente do (imaginário) Estado-vigilante (ideal) para definir o conteúdo material da proibição penal.

É sabido que o direito administrativo é protagonista na disciplina jurídico-normativa do ambiente,[70] pois possui flexibilidade e plasticidade na elaboração de suas normas.[71] Se assim o é, assim o deveria permanecer, mantendo-se a simetria do aparato punitivo, principalmente considerando-se os chamados delitos de acumulação, que introduzem ao direito penal uma lógica essencialmente administrativa de gestão punitiva *sistêmica* dos riscos.

Por fim, fica a pergunta: há algo a se fazer pela doutrina dos delitos de acumulação? Alguns doutrinadores se esforçam para conformar a noção da acumulação delitiva na estrutura dogmática do direito penal. A seguir, veremos algumas propostas.

4. PROPOSTAS DE (RE)ADEQUAÇÃO DOS DELITOS DE ACUMULAÇÃO À DOGMÁTICA PENAL

4.1 A noção de contexto de acumulação

Guilherme Costa Câmara, em sua tese de doutoramento, apresenta uma interessante proposta de adequação da noção dos delitos de acumulação ao "direito penal de lesão", baseada nas noções de "bens jurídicos representativos", "contributo-lesão", "contexto real de acumulação" e "limiar da insignificância".

70. É verdade que vários autores já tenham chegado à conclusão de que a acessoriedade administrativa é uma realidade inevitável no Direito Penal, mas também não é menos verdade que a dependência penal do direito administrativo não está isenta de críticas, tais como a configuração demasiadamente aberta dos tipos penais e o cruzamento dos sistemas de garantia (legalidade administrativa X legalidade criminal), que dificultam a obtenção de soluções processualmente eficazes (PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Sentido e limites da protecção penal do ambiente* (...). 2009. p. 598-599 – como na nota 22).

71. RODRIGUES, Anabela. Princípio da responsabilidade e direito ao ambiente (o crime de poluição). *Actas das I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito do Ambiente*, 2002. p. 9-23, p. 10.

Muito embora considere o bem jurídico ambiental como uma realidade universal insuscetível de ser lesionado por condutas singulares, o autor adota a noção de "bens jurídicos representativos" para contornar esse problema. Assim, o autor reconhece as águas, o ar e o solo como bens jurídicos (parciais) a proteger, pois são "referentes ou substratos reais dotados de tangibilidade e em ininterrupta cadeia ôntica com o bem jurídico total do ambiente".[72] A delimitação do objeto de proteção, na figura dos "bens jurídicos representativos" revela-se como decisiva para a estruturação do delito cumulativo como delito de lesão.[73]

Aliada à noção dos "bens jurídicos representativos", o autor propõe, também, a utilização da noção de "contributo-lesão"[74] a uma componente do bem jurídico ambiental para a criação de tipos cumulativos, isto é, "o contributo-

72. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 487-488 [como na nota 27].

73. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 506 [como na nota 27].

74. São adeptos do conceito de contributo-lesão, para a configuração da acumulação delitiva, Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves. Segundo os referidos autos, nos crimes ambientais, "a ofensividade se encontra na conduta que sabe pôr em causa o bem jurídico que se frui e que se lesa. E lesa porque o seu contributo é em parte já lesão. Não a lesão consistentemente final, que há de revelar em sede de determinação quantitativa de níveis técnicos aplicados a escalas regionais, nacionais, ou mesmo mundiais, mas sim a lesão-contributo, sem a qual a lesão final não se chegava a realizar. É nesse passo individual que se encontra a lesão que alguns autores não reconhecem como existente para que haja legitimidade jurídico-penal". "É na atitude contrária ao direito, eticamente reprovável, na consciência de danificação de um bem jurídico reconhecidamente autônomo que é o ambiente que se percepciona a contrariedade ao ordenamento jurídico-penal". "Por outras palavras, não se tem que esperar pela lesão final, por ser a forma visível da irreversibilidade do dano global (à escala regional, nacional ou mundial), porque há já o preenchimento de um ilícito típico na lesão do bem jurídico ambiente quando há lesão-contributo, pois esta é já reveladora de uma anti-juridicidade ética e de uma conduta objetivamente desvaliosa, quer na sua acepção positiva ou omissiva, quer no seu resultado-contributo. A lesão contributo já é lesão, mesmo não se verificando uma repercussão direta na vida do homem, porque já algum impacto no ambiente". "Se o dano final é o efeito a médio/longo prazo, o dano-contributo é bem real no imediato da conduta lesiva, ficando o bem jurídico ambiente lesado na quota abstratamente danificável pelo contributo individual, e tal configura, em nossa opinião, o referente axiológico-material da incriminação, o que permite, em consequência, encontrar a legitimidade da intervenção jurídico-penal na tutela do ambiente" (ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira. O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade. In: ANDRADE,

-degradação efetivamente ocorrido e individualmente imputável".[75] Deste modo, o delito cumulativo é fundamentalmente um crime de resultado real de lesão (dos componentes ou entidades do meio ambiente natural).[76]

Para fins de analisar o "contributo-lesão" que cada conduta exerce "no bem jurídico representativo", Guilherme Costa Câmara defende a confirmação empírica da prognose antecipada dos comportamentos reiterados, a ser realizada tomando-se por base um "contexto real de acumulação", de modo que a noção de ofensividade não será flexibilizada e a ação poderá recuperar um conteúdo material que lhe empreste contornos de injusto penal.[77]

O "contexto real de acumulação" é nada mais do que um "delimitado território", ou, mais precisamente, um "contexto situacional de acumulação de danos", representado por determinada província ou território em que se encontra ativo um contexto instável de acumulação, em razão da aglomeração de várias ações.[78] Nota-se, desde já, que não há somente um "contexto real de acumulação", há vários critérios para sua delimitação e o autor não o considera elemento objetivo da descrição típica, mas verdadeira causa objetiva de punibilidade.[79]

Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira (org.). *Direito penal hoje: novos desafios, novas respostas*. 2009. p. 291-321, p. 298-299).

75. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 497 [como na nota 27].

76. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 506 [como na nota 27].

77. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 493-494 [como na nota 27].

78. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 506-508 [como na nota 27]. Ainda, segundo o autor, O "contexto real de acumulação" seria a "conjuntura em que em razão da conjugação de heterogêneos e flutuantes fatores pode contemplar-se, objetivamente, uma elevada propensão ao surgimento de efeitos de acumulação, sumação ou sinergismo, efeitos estes capazes de arrastar o bem jurídico ecológico (mercê quaisquer de suas componentes) já para uma ofensa de dano". O autor apresenta os seguintes aspectos empírico-normativos para a delimitação do contexto real de acumulação: (a) contribuição simultânea ou sucessiva de várias cadeias causais, a densificar um entorno ou "campo causal" constituído por múltiplos e dosificados contributos individuais, geralmente da mesma espécie, realizados em concurso uniforme não vinculado; (b) campo espacial delimitável (aspecto territorial do contexto); (c) campo temporal aberto: perdurabilidade do processo cumulativo às faixas temporais breves (p. 588).

79. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 596 [como na nota 27].

De determinado "contexto real de acumulação", exige-se, ainda, a determinação do "limiar da insignificância" para cada contributo singular, tomando-se em conta os massivos aportes individuais, que poderá ser obtido pela conjugação de dois requisitos: a delimitação do objeto da ação (componentes naturais) e a delimitação da "zona de relevância", que poderá ser menor em relação à dimensão total do objeto da ação. A "zona de relevância" poderia ser, por exemplo, uma área urbana.[80]

Como o tipo de acumulação está estruturado a partir da técnica da acessoriedade administrativa, cabe à Administração especificar os limites toleráveis de emissões ou imissões, isto é, fixar as cotas ou níveis máximos de poluibilidade ou degradabilidade para certa atividade. O limiar da insignificância, pois, revela-se na delimitação de valores-limite.[81]

Por fim, não basta, para a constituição material do ilícito-típico, a mera violação das prescrições administrativas, pois ainda se deve analisar se o sujeito estava dentro dos limites de um "contexto real de acumulação", bem como se o dano efetivamente ocorreu, no caso concreto, a fim de se constatar um contributo socialmente desvalioso.[82] Sendo assim, caso o contributo singular esteja aquém dos valores-limite, o fato é atípico; agora, caso o contributo singular ultrapasse os valores-limite, deve-se analisar se está configurada, ou se ainda persiste, a "conjuntura situacional de acumulação", pois, se o agente não adentrou aos domínios de um "território de acumulação", o fato será atípico.[83]

São duas as principais críticas que podemos apontar em relação à construção teórico-dogmática realizada pelo autor. A primeira se refere à ado-

80. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 572-573 [como na nota 27].

81. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 508 [como na nota 27].

82. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 574 [como na nota 27].

83. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 592 [como na nota 27]. Não surpreende, então, que o autor entenda o art. 279 do Código Penal Português (com a redação dada pela Lei 59/2007, de 04.09.2007) um delito de acumulação, pois esta viria indicada pela exigência de que a degradação assuma "forma grave" (p. 599), e enxergue no tipo penal uma estrutura de desobediência qualificada pelo dano, ou, nas palavras do autor, "uma estrutura de delito cumulativo (configurada com esteio na técnica de acessoriedade administrativa mitigada) cortado por um resultado de dano" (p. 609).

ção da noção dos "bens jurídicos representativos". A segunda se refere a considerar o "contexto situacional de acumulação" uma causa objetiva da punibilidade.

Quanto aos "bens jurídicos representativos", o autor afirma expressamente que uma visão analítica e parcelar do bem jurídico ecológico é a "única forma de efetivar-se uma tutela real do bem jurídico ambiental em sentido total".[84] Considerando-se que o bem jurídico ambiental é global, parece difícil que acreditar que a proteção parcelar de seus componentes seja, de fato, a "única forma" de se tutelar o referido bem jurídico. Com efeito, é plenamente possível que determinado componente ambiental tenha sido afetado (lesão), mas que a totalidade do bem permaneça hígida, o que seria injustificável do ponto de vista penal, pois o bem jurídico é o ambiente e não "seus representantes".

Na verdade, a falha dos "bens jurídicos representativos" está, justamente, na demasiada importância que é atribuída a eles, admitindo-se, inclusive, que gozem de certa autonomia em relação ao bem representado, pois, geralmente, supõe-se que a proteção deste pode ser seguramente alcançada por uma suposta proteção eficaz daqueles, o que nem sempre pode ser verificado como verdadeiro (mais uma vez, estamos no campo da empiria). Além disso, tomar os bens representativos como realidades autônomas parece confundir o bem jurídico total com o seu substrato real.[85]

Além disso, devemos concordar com o fato de que utilizar o conceito de bens representativos condena o ambiente às malhas da acessoriedade administrativa, gerando uma profusão de atos concretos,[86] o que se revela especialmente verdadeiro tomando-se por base a grande quantidade de critérios apresentada pelo autor para definir os institutos que utiliza para legitimar a figura da acumulação, diga-se a maioria deles de competência da autoridade administrativa.

84. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 574 [como na nota 27].

85. O que é inclusive confessado pelo autor, ao dispor que: "o bem jurídico coletivo em causa tem a peculiaridade de apresentar uma singular coincidência entre as suas componentes (ou elementos do bem jurídico total) e o seu substrato real. Objeto da ação e componentes do bem jurídico também tendem a se confundirem (CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras* (...). p. 489 – como na nota 27).

86. LOUREIRO, Flávia Noversa. *A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos* (...). p. 151 [como na nota 59].

Dir-se-á que a lei penal é única, porém os atos administrativos, que conferem conteúdo material ao ilícito-típico, poderão ser intermináveis, exigindo-se um esforço demasiadamente complexo até mesmo à autoridade administrativa. Com efeito, é a autoridade administrativa que terá que definir os "contextos reais de acumulação", as "zonas de referências" e os "limiares de insignificância", expressados nos valores-limite, para cada espaço territorial delimitado. Teríamos, então, uma multiplicação desenfreada de atos administrativos concretos, cada qual aplicável a somente determinada parcela territorial, o que, em última análise, geraria insegurança jurídica, ao se constatar que o conteúdo material do ilícito-típico penal está diluído em cada um destes atos administrativos concretos, dos quais o agente não pode todos eles conhecer.[87] Ora, se o agente não sabe que está adentrando aos domínios de um "contexto real de acumulação", como puni-lo, considerando-se a lógica da responsabilização penal subjetiva?

Para resolver esse problema, o autor convenientemente transformou o "contexto real de acumulação" numa condição objetiva de punibilidade,[88] de modo que adentrar aos domínios de um contexto de acumulação é irrelevante do ponto de vista subjetivo do agente, o que repercutirá, diretamente, na im-

87. No Brasil, a acessoriedade administrativa na definição nos "contextos reais de acumulação" poderia gerar obstáculos incontornáveis. A federação brasileira é composta por três classes de entes (União, Estados e Municípios). Somente a União tem competência para legislar em matéria penal (art. 22, I, da CF). Por outro lado, todos os entes da Federação (União, Estados e Municípios) são competentes para legislar (art. 24, VI e VIII) e editar atos administrativos (art. 23, VI e VII) em matéria ambiental. É possível, então, que a delimitação de algum dos "contextos reais de acumulação" seja de competência de autoridade administrativa estadual. Neste caso, o ilícito-típico da lei penal estaria sendo determinado por um ente absolutamente incompetente em matéria penal, o que daria ensejo à inconstitucionalidade material. Para uma análise desenvolvida em contexto semelhante ao aqui exposto, Cf. LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. *Revista de Concorrência e Regulação* 5/239-276. 2011.

88. Segundo ensina Julio Frabrini Mirabete, há casos em que "a punibilidade, por razões de política criminal, está na dependência do aperfeiçoamento de elementos ou circunstâncias (...) exteriores à conduta [do agente]. São chamadas de condições objetivas porque independem, para serem consideradas como condições de punibilidade, de estarem cobertas pelo dolo do agente. Deve-se entender que, constituindo-se a condição objetiva de punibilidade de acontecimento futuro e incerto, não coberto pelo dolo do agente, ela é exterior (...) ao crime" (MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 109).

possibilidade de qualquer tipo de defesa baseada na ausência de dolo ou culpa do sujeito.[89]

Esta visão parece contradizer todo o esforço do autor em readequar a noção dos delitos de acumulação à dogmática penal. Vejamos: o autor estabelece que o objetivo do seu trabalho é buscar um coerente conteúdo material para os delitos de acumulação. Numa certa altura, afirma que o "contexto real de acumulação" é justamente o fundamento chave para recuperar um conteúdo material do injusto penal, pois impede que a noção de ofensividade seja flexibilizada, noção esta que está intimamente ligada com a previsibilidade do potencial danoso da conduta por parte do agente. Entretanto, num outro momento, o autor afirma que o "contexto real de acumulação" é, na verdade, uma condição objetiva de punibilidade. A condição objetiva de punibilidade, por sua vez, é exterior à conduta, não estando acobertada pelo dolo do agente. É aqui que reside a contradição: se a ofensividade está inserida na dimensão material do ilícito e ela pressupõe a previsibilidade do agente em atuar de forma danosa, como considerar, então, o "contexto" real de acumulação, a epítome da ofensividade, uma condição objetiva de punibilidade?

Em verdade, ao transformar o contexto real de acumulação em condição objetiva de punibilidade, o autor voltou ao ponto do qual partiu, isto é, a clássica visão dos delitos de acumulação que desconsidera o elemento subjetivo do agente na (previsibilidade da) ocorrência do evento danoso, imputando-lho de maneira objetiva. Até mesmo porque não seria razoável exigir da pessoa carregar um mapa (se é que isso seria possível) com a descrição completa e detalhada de todos os contextos de acumulação e zonas de relevância espalhados pelo território, para saber exatamente se e quando estiver entrando naqueles domínios.

4.2 Os crimes de perigo abstrato em contextos instáveis

Fábio Roberto D'Ávila, analisando a questão exclusivamente sob o ponto de vista da ofensividade, propõe a recondução da ideia dos delitos de acumulação

89. As consequências dogmáticas de se enquadrar determinado "instituto" como condição objetiva da punibilidade são extremamente relevantes, pois "isso significa que esses elementos da descrição típica deixam de estar sujeitos às regras de imputação dolosa e negligente do fato, não lhes sendo igualmente aplicável o regime de preterintencionalidade, nem as soluções legais do erro sobre elementos do tipo" (PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Sentido e limites da protecção penal do ambiente* (...). 2009. p. 596 – como na nota 22).

aos limites materiais legítimos de um ilícito-típico de perigo abstrato,[90] na modalidade de cuidado-de-perigo.[91]

90. Talvez o grande problema em se propor tal solução reside no fato de que, já num primeiro momento, deve-se estar preparado a analisar as críticas referentes à (falta de) legitimidade dos crimes de perigo abstrato enquanto técnica de incriminação. Para uma detalhada análise sobre a utilização de noções conceituais deficientes para caracterização dos crimes de perigo e a necessidade de desenvolvimento de critérios específicos de legitimidade, Cf. GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim*, n. 49, ano 12, jul.-ago. 2004, p. 89-147. Neste sentido, Cf. KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. Trad. Nuria Pastor Muñoz. *INDRET, Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, 2009. p. 1-19. Segundo o autor, o principal problema técnico, atinente à fundamentação do injusto nos delitos de perigo, é que todos os delitos de perito têm "o elemento negativo comum de que o injusto não consiste na lesão de um bem jurídico" (p. 3). A essa concepção tradicional dos delitos de perigo, orientada segundo um esquema espaço-temporal, Kindhäuser denominou de "paradigma da agressão" (p. 7). O paradigma da agressão denota um fracionamento espaço-temporal de um feito punível, cujo injusto mais grave é a lesão do bem jurídico; a situação existente justamente antes da lesão, na qual depende mais ou menos a causalidade que se produza uma lesão da substância do bem, corresponde ao perigo concreto; e todos os demais estágios prévios são estados de colocação em perigo abstrato (p. 8). Disto resulta que "o injusto de perigo seria unicamente um estagio prévio ao injusto de lesão", não constituindo um injusto autônomo (p. 9). E é justamente aqui que reside a crítica de Kindhäuser, pois o injusto de perigo há de ter um significado autônomo com respeito ao injusto de lesão. Para Kindhäuser, o fundamento de legitimação dos delitos reside na diminuição do valor do bem jurídico, quando prejudicados em sua função de meio do livre desenvolvimento pessoal. A diminuição do valor não radica na mera modificação da substância, mas na redução da possibilidade do bem jurídico em servir ao livre desenvolvimento, por se encontrar em um estado de insegurança. É nesta redução de possibilidade do bem jurídico servir ao livre desenvolvimento que os delitos de perigo encontram legitimação (p. 10). Por outro lado, analisando a questão da legitimidade dos delitos de perigo e propondo, inclusive, uma nova terminologia à categoria das estruturas típicas, Cf. HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y limites de los delitos de peligro. Trad. E. A. Donna y D. Styma. *Revista Latinoamericana de Derecho*, n. 9-10, año 5. 2008, p. 157-181. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx]. Acesso em: 22.03.2013. Para Hirsch, a divisão dos delitos de "colocação em perigo" em delitos de "colocação em perigo concreto", nos quais a criação do perigo é um elemento do tipo penal que deve ser constatada pelo juiz no caso concreto, e delitos de "colocação em perigo abstrato", nos quais se proíbem comportamentos estabelecidos pelo legislador, não é suficiente, pois se trata de um ponto de vista que reduz a questão a uma mera divisão do trabalho entre juiz e legislador (p. 159). Nos delitos de perigo concreto, o bem jurídico efetivamente é posto em perigo, de modo que a situação de perigo deve ser analisada do ponto de vista do objeto ameaçado e não do

Segundo D'Ávila, as possíveis formas de ofensa penal são resultado da ponderação do princípio da ofensividade com o princípio da intervenção penal necessária. A zona de tensão, gerada pela ponderação desses dois princípios jurídico-penais, fixa os limites do que é possível em termos de ofensa e, portanto, jurídico penalmente tutelável. No centro desta zona de tensão e, igualmente, como ponto de referência, temos a forma de ofensa consubstanciada no dano/violação em seu estágio extremo, representado pelo máximo atingimento do bem jurídico, ou seja, a completa destruição deste. E, como limite máximo em termos de distanciamento do bem jurídico, temos a forma de ofensa representada pelo perigo/violação na sua modalidade de cuidado-perigo.[92]

---

ponto de vista do autor (p. 160). Por outro lado, no que se chama de delitos de perigo abstrato, a sua caracterização não exige a colocação de um bem em perigo, pois a ação contém ou cria o risco de que o bem possivelmente se encontre em situação de perigo (p. 161). Ainda que nada haja sido posto em situação de perigo, existe o risco, é dizer, a "perigosidade" da ação. Nota-se, então, que, neste caso, o perigo da ação deve ser analisado do ponto de vista do autor (p. 161). Portanto, a denominação "perigo concreto" e "perigo abstrato" é insuficiente, pois, ao reduzir-se à dualidade do intérprete (juiz) e criador da norma (legislador), desconsidera a principal diferença: a colocação em perigo de um determinado bem e uma (mera) perigosidade de uma ação (a qual também pode consistir na criação de uma situação de risco). É por esta razão que Hirsch propõe que os delitos de perigo devem ser objetivamente diferenciados entre "delitos de colocação em perigo" e "delitos de perigosidade". Os delitos de colocação em perigo são delitos de resultado, ao passo que os delitos de perigosidade são meros delitos de ação. Ao contrário dos delitos de colocação em perigo, que são sempre delitos concretos, os delitos de perigosidade podem ser materialmente um delito concreto ou abstrato. Neste sentido, faz sentido dividir os "delitos de perigosidade" em delitos de "perigosidade concreta" e delitos de "perigosidade abstrata" (p. 161-165). Nos crimes de perigosidade concreta, cria-se um risco concreto apto a danificar bens de outros, de modo que a lei alude à criação de uma "determinada situação". Nos crimes de perigosidade abstrata, há uma mera desobediência da norma (p. 168-169). Segundo o autor, o direito penal não pode se transformar em um direito de polícia, razão pela qual os delitos de perigosidade abstrata, por sua natureza, não pertencem ao direito penal, somente admitindo-se a sua legitimação em casos muito excepcionais (p. 171-175). Para Hirsch, o fundamento de legitimação dos delitos de perigosidade abstrata está, justamente, no interesse protegido, no bem protegido, pois só assim se esclarece se um tipo penal se refere à lesão de um bem jurídico ou se se trata de uma ação anterior à dita lesão (p. 179).

91. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (...). p. 391 [como na nota 46].

92. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (...). p. 89 [como na nota 46].

Nota-se, então, a existência de um halo na concepção de bem jurídico, correspondente ao "campo de atuação" ou "esfera de manifestação" do bem jurídico, necessário à própria existência do bem jurídico como categoria dinâmica. Este halo, que circunda o bem jurídico, referente à sua esfera de manifestação, permite que o bem jurídico se expresse com tranqüilidade. É a mera interferência nesta esfera de manifestação do bem jurídico, capaz de retirar deste a tranqüilidade de sua expressão, que fundamenta os delitos de cuidado-de-perigo. Neste sentido, não se exige a colocação concreta em perigo do bem jurídico, pois esta categoria de delitos visa, na verdade, proteger o bem jurídico através da proteção do campo de atuação desse mesmo bem jurídico.[93] Assim, pode-se claramente perceber que o resultado nos crimes de perigo abstrato consiste na criação de uma "situação de instabilidade na esfera de manifestação do bem jurídico".[94]

Para averiguação desta "situação de instabilidade", o autor propõe dois critérios para o acertamento da ofensividade dos delitos de cuidado-de-perigo: um critério objetivo positivo, representado pela possibilidade de dano (cujos contornos podem se manifestar no "pouquíssimo provável", no "remoto" e no "penalmente relevante"); e um critério normativo negativo, expressado pela não insignificância. Este critério composto exige um duplo juízo. Deve-se, inicialmente, 1. realizar um juízo *ex ante* de que há uma possibilidade real e objetiva de dano ao bem jurídico protegido e, num segundo momento, 2. um juízo negativo de significação dessa possibilidade, sob o âmbito normativo do tipo. Caso seja constatada a possibilidade do dano, caberá ao magistrado verificar se o dano não é jurídico-penalmente insignificante.[95]

Pois bem, o autor entende que a base de uma correta compreensão da problemática que envolve a ofensividade, no campo da acumulação delitiva, é o contexto, pois é o contexto que permite afirmar ou negar a possibilidade de dano ao bem jurídico, servindo, portanto, de critério objetivo de uma ofensa de cuidado-de-perigo. Com efeito, não se trata de uma mera questão de acumulação de condutas, mas dos efeitos de uma determinada conduta em contexto de grande instabilidade. Daí porque o autor prefere denominar este grupo de casos de "crimes de perigo abstrato em contextos instáveis".[96]

---

93. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (...). p. 161-162 [como na nota 46].

94. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (...). p. 164 [como na nota 46].

95. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (...). p. 171-173 [como na nota 46].

96. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (...). p. 391-392 [como na nota 46].

Os fatores que integram esse contexto não são, na verdade, conhecidos ou conhecíveis *ex ante*, pois são "flutuantes, incertos, muitas vezes meramente prováveis e, simultaneamente, são esses mesmos fatores que condicionam a possibilidade de afetação da conduta". É precisamente a concorrência de todos esses fatores necessários que pode levar a conduta, enquanto fator também concorrencial, não apenas a uma ofensividade de cuidado-de-perigo, mas a uma situação de concreto pôr-em-perigo ou até mesmo efetivo dano.[97] A noção de instabilidade resgata, então, em parte, o significado de realização de condutas materialmente idênticas àquela perpetrada pelo agente, ao considerá-las como elementos reais inseridos no contexto.[98]

No caso dos crimes ambientais em contexto instável, o injusto dos crimes de perigo abstrato não é mais a possibilidade não insignificante de dano, mas a "possibilidade de conjugação dos fatores necessários para a ocorrência de um dano/violação do objeto juridicamente tutelado", de modo que caberá ao juiz, então, verificar se a conduta praticada pelo autor está inserida no contexto de instabilidade, bem como se é possível a conjugação dos fatores necessários a ocasionar indubitavelmente um dano ao bem jurídico ambiental. Nota-se, então, que é o "ambiente de instabilidade" que fornece os dados necessários tanto à análise da possibilidade de acertamento do dano, quanto à definição do seu conteúdo de significação, atestando a sua (não)insignificância. "Daí poder-se compreender a previsão normativa de cláusulas mínimas, ou seja, de condutas que, embora formalmente típicas, não detém, abstratamente contextualizadas, qualquer conteúdo de significação".[99] Em outras palavras, "a lógica que perpassa as chamadas cláusulas mínimas (ou de bagatela) não é outra coisa senão a consideração, *in abstrato*, do impacto de uma determinada conduta em relação a um dado contexto".[100]

Como o próprio autor confessa que pretende analisar a questão dos delitos de acumulação sob o prisma da ofensividade, então a crítica também será dirigida neste sentido. Pois bem, a crítica referida ao modelo trazido pelo autor

97. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (...). p. 392-393 [como na nota 46].

98. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (...). p. 395 [como na nota 46].

99. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (...). p. 394 [como na nota 46].

100. D'AVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *RBCCrim* 67/29-58. jul.-ago. 2009, p. 50.

é que o âmbito normativo do tipo, representado pelo juízo negativo da significação da possibilidade do dano, é extremamente amplo, conferindo demasiada discricionariedade ao juiz na definição do fato típico.

Por exemplo, como demonstra o próprio autor, determinado juiz poderá considerar que, em certos casos, como é o dos danos nucleares, a possibilidade remota preenche a condição de possibilidade jurídico-penalmente significativa, enquanto que em outros casos a possibilidade de afetação pode manifestar-se de forma mais restrita.[101] Trata-se de um juízo que, em termos práticos, irá coincidir com o próprio âmbito do tipo e variar, em termos de significação, de acordo com o tipo de ilícito a que está relacionado.[102] Ou seja, supostamente há um núcleo "moldável" de ofensividade, totalmente a cargo do juiz.

Não que isso seja, em si mesmo, condenável, pois este inconveniente pode ser superado ao se exigir um pesado ônus argumentativo por parte do juiz na delimitação da possibilidade de ofensa não insignificante. Na verdade, o problema é que, ao se alargar o âmbito normativo do tipo, sujeitando-o à discricionariedade judicial, ainda persiste o problema do comprometimento da previsibilidade do agente em estar concorrendo para um evento danoso, justamente por não haver, rigidamente, um núcleo de ofensividade estritamente delimitado na lei penal.

5. DESENHANDO O FUTURO JURÍDICO DA FIGURA DA ACUMULAÇÃO

Por fim, resta-nos analisar se há algum futuro, dentro do direito, para a figura da acumulação. Entendemos que sim, mas esse futuro não reside, por óbvio, no direito penal.

Primeiramente, conforme já salientamos alhures, a figura da acumulação adéqua-se, do ponto de vista de um preciso rigorismo técnico, ao direito administrativo, ramo cuja função é, justamente, disciplinar e responder aos desafios da gestão sistêmica de riscos. Mais precisamente, a figura da acumulação poderia ser introduzida como um parâmetro a ser obrigatoriamente considerado na realização da avaliação de impacto ambiental, da qual resultará um ato administrativo fixador de valores-limite.

Esta constatação dificilmente receberá criticas daqueles que defendem a figura da acumulação no campo penal, justamente porque, conforme também já

101. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (...). p. 174 [como na nota 46].

102. D'AVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos (...). p. 29-58, p. 39-40 [como na nota 100].

tivemos a oportunidade de evidenciar, os defensores dos delitos de acumulação o fazem através da remissão do ilícito penal à desobediência de uma prescrição administrativa, qual seja o ato administrativo que fixou os valores-limite, ato este oriundo de um procedimento de avaliação de impacto ambiental.

Quanto a consideração dos efeitos cumulativos no procedimento de avaliação ambiental, podemos citar o exemplo do Canadá. O "Environmental Assessment Act" do Canadá, na subseção 16, (1), "a", prevê que todo procedimento de avaliação de impacto ambiental deve incluir "quaisquer efeitos ambientais cumulativos que provavelmente possam resultar da combinação com outros projetos ou atividades que foram ou serão realizadas".[103]

O guia de referência da Agência Canadense de Avaliação de Impacto Ambiental dispõe que os efeitos ambientais cumulativos podem ser definidos como: "os efeitos sobre o ambiente que resultam da combinação dos efeitos de um projeto com os efeitos de outro projeto ou atividades passadas, presentes, ou que estejam na iminência de serem implantadas. Estes efeitos podem ocorrer através de um certo período de tempo e espaço".[104]

Sendo assim, para a definição dos "efeitos cumulativos" (e a consequente elaboração dos valores-limite), poderia ser incluída "qualquer atividade humana considerada relevante para a avaliação, tais como a pescaria ou a caça perto da atividade desenvolvida". Por exemplo, se a construção de uma ponte afeta uma determinada população de peixes, então outros fatores de estresse incidentes sobre aquela mesma população de peixes, tais como aqueles provenientes de um moinho próximo, poderiam ser incluídos no procedimento de avaliação de efeitos cumulativos.[105]

O conceito de efeitos ambientais cumulativos reconhece que os efeitos ambientais de atividades humanas individuais podem combinar-se e interagir entre eles e causar efeitos agregados que podem ser diferentes, em natureza e extensão, dos efeitos gerados pelas atividades individuais. Ao se exigir a consideração destes efeitos cumulados, tem-se em mente que os ecossistemas

103. Todas as versões do "Environmental Assessment Act" Canadense (publicação original e atualizações legislativas) estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: [http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-15.2/PITIndex.html]. Acesso em: 31.07.2013.

104. Informações extraídas do "Reference Guide: Addressing Cumulative Enviornmental Effects" disponível no site da "Canadian Environmental Assessment Agency": [www.ceaa.gc.ca]. Acesso em: 31.07.2013.

105. Informações extraídas do "Reference Guide: Addressing Cumulative Enviornmental Effects", disponível no site da "Canadian Environmental Assessment Agency": [www.ceaa.gc.ca]. Acesso em: 31.07.2013.

não podem sempre lidar com os efeitos combinados das atividades humanas sem que isto cause a eles mudanças funcionais ou estruturais fundamentais.[106] Nota-se, então, que "efeitos cumulativos" é um conceito, usado na lei ambiental, que busca considerar mudanças causadas pelas ações humanas a partir de uma perspectiva holística, primariamente preventiva.[107]

É claro que o conceito de "efeito ambiental" de que trata o "*Environmental Assessment Act*" é um pouco mais amplo do que aquele referido pela figura da acumulação, pois engloba "qualquer mudança que a atividade possa causar no ambiente, incluindo qualquer efeito que provoque qualquer mudança nas condições sócio-econômicas ou de saúde, no patrimônio físico e cultural, na utilização da terra e nos recursos tradicionalmente utilizados pelas pessoas aborígenes, ou em qualquer estrutura, local ou coisa que seja de significância histórica, arqueológica, paleontológica ou arquitetônica".[108] Entretanto, a mudança das condições sócio-econômicas (como desemprego) somente seria considerada um efeito ambiental cumulativo quando causada por uma mudança no ambiente, tal como a destruição do habitat de uma espécie de peixe.[109]

Importante notar que a amplitude do conceito de "efeito ambiental" é elemento afeto às políticas regulatórias, razão pela qual não vamos nos prender à sua análise, pois sempre poderá ser adequada a uma determinada realidade, no sentido de se considerar apenas efeitos ambientais diretos para fins de determinação da acumulação (excluindo-se os efeitos sociais). Por outro lado, não é forçoso constatar que há muitas semelhanças entre os "efeitos cumulativos ambientais", considerados na avaliação de impacto ambiental canadense, e a figura da acumulação, objeto deste trabalho, razão pela qual se justifica analisar as dificuldades e os méritos da experiência canadense.

---

106. Informações extraídas do "Reference Guide: Addressing Cumulative Enviornmental Effects", disponível no site da "Canadian Environmental Assessment Agency": [http://www.ceaa.gc.ca]. Acesso em: 31.07.2013.

107. CHIASSON, Cindy. *The Quandary of Cumulative Effects – Fitting a Science Peg in a Law Hole*. Environmental Law Centre – Environmental Education for Judges and Court Practitioners – A Symposium on Environment in the Courtroom: Key Environmental Concepts and the Unique Nature of Environmental Damage – March 23-24, 2012 – University of Calgary, p. 1-10, p. 1.

108. Disponível em: [http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-15.2/PITIndex.html]. Acesso em: 31.07.2013.

109. Informações extraídas do "Reference Guide: Addressing Cumulative Enviornmental Effects", disponível no site da "Canadian Environmental Assessment Agency": [http://www.ceaa.gc.ca]. Acesso em: 31.07.2013.

Dentre os pontos semelhantes podemos citar: a consideração das atividades individuais numa perspectiva holística conseqüencial de acumulação e a consideração da acumulação das atividades individuais sob uma perspectiva científica (o que se alinha à hipotética "prognose realista" de acumulação das condutas seriadas, que só pode ser constatada pela atuação do "observador munido da melhor informação [da ciência] empírica").

As semelhanças entre ambos os institutos não se limitam aos fundamentos que os formam a base conceitual, mas também convergem quanto às dificuldades de aplicação. Com efeito, a determinação dos efeitos de acumulação, mesmo para a Administração Pública, no bojo de procedimentos regulatórios, é assaz complicada, justamente pela natureza complexa dos fenômenos em questão.

Como discutido acima, a gestão dos efeitos cumulativos é extensivamente baseada na ciência. Ela busca considerar múltiplos efeitos de significância individual variável através de âmbitos de área geográfica e tempo. Entretanto, a base ecossistêmica holística desta abordagem projeta-se contra a orientação específica dos atuais sistemas regulatórios. Por exemplo, a legislação ambiental canadense é fortemente direcionada à regulação dos efeitos ambientais de designadas atividades, numa lógica "*case by case*", de modo a responder punitivamente quando os limites e proibições de cada uma destas atividades forem violados. Neste sentido, a legislação ambiental e os sistemas regulatórios canadenses não têm experimentado completo sucesso na identificação das causas, prevenção e evitação do dano ambiental, que é o aspecto chave da gestão dos efeitos cumulativos.[110]

Ainda com relação à realidade canadense, outro desafio de trazer a gestão dos efeitos cumulativos para o sistema regulatório ambiental é justamente tentar reconciliar a natureza fraturada do sistema (de competência administrativa em matéria ambiental) com a inerente necessidade de integração que a gestão dos efeitos cumulativos demanda. O atual sistema canadense reconhece deveres regulatórios através dos níveis governamentais federal, provincial e municipal, devido à jurisdição constitucional comum em matéria do ambiente, além de também reconhecer deveres regulatórios a vários departamentos governamentais e agências dentro de qualquer nível governamental,[111] o que poderia gerar conflitos de competência (na definição da jurisdição).[112]

110. CHIASSON, Cindy. *The Quandary of Cumulative Effects – Fitting a Science Peg in a Law Hole* (...). p. 8 [como na nota 107].

111. CHIASSON, Cindy. *The Quandary of Cumulative Effects – Fitting a Science Peg in a Law Hole* (...). p. 8-9 [como na nota 107].

112. Problema semelhante também seria enfrentado na República Federativa brasileira. Conforme já salientado em ponto anterior neste trabalho (nota 87), a federação bra-

O maior problema, talvez, seja mesmo o de atribuição de responsabilidade, pois, num contexto em que os valores-limite são fixados numa lógica de efeitos cumulativos, será provavelmente impossível identificar uma particular ação ou atividade, ou um particular ofensor que causou o excesso, dificultando-se, assim, a responsabilização[113] e, em última análise, a reparação do dano.

Mesmo diante destas dificuldades, consideramos que o instituto não deve ser descartado. Ao contrário, devemos desenvolver nossos instrumentos jurídicos administrativos para que os efeitos cumulativos sejam devidamente considerados, promovendo-se uma ampla, eficiente e integral proteção ambiental, pela vertente da prevenção.

Por fim, caso a barreira preventiva tenha falhado e caso algum método sancionatório adicional ao administrativo seja necessário,[114] entendemos que tal

---

sileira é composta por três classes de entes (União, Estados e Municípios) e todos os entes da Federação (União, Estados e Municípios) são competentes para legislar (art. 24, VI e VIII, da CF/1988) e editar atos administrativos (art. 23, VI e VII, da CF/1988) em matéria ambiental.

113. CHIASSON, Cindy. *The Quandary of Cumulative Effects – Fitting a Science Peg in a Law Hole* (...). p. 9 [como na nota 107].

114. Nota-se que, até então, estávamos a tratar do poder sancionatório administrativo geral, que não tem caráter necessariamente contraordenacional. Conforme ensina Carla Amado Gomes: "Constituindo o direito do ambiente um ramo voltado para a protecção da integridade dos componentes ambientais naturais (no sentido do art. 6.º da Lei 11/1987, de 7 de abril, Lei de Bases do Ambiente=LBA), pauta-se por um *princípio de proibição sob reserva de permissão*, a fim de evitar impactos intoleráveis que possam redundar em danos ecológicos. Daí que a intervenção administrativa autorizativa – e todos os seus "derivativos" de fiscalização e sancionamento de infracções – surja como inevitável na regulação dos comportamentos neste domínio e, consequentemente, a administração deva ter ao seu dispor mecanismos de *enforcement* das prescrições não cumpridas. Trata-se aí do poder sancionatório administrativo geral, não necessariamente de carácter contraordenacional, sublinhe-se. A tutela contraordenacional traduz uma realidade essencialmente pecuniária – sem coima, não há tutela contraordenacional. Ora, a tutela sancionatória administrativa é independente desta, na medida em que se exprime através de medidas restritivas que penalizam o incumprimento de comportamentos antijurídicos do particular, nomeadamente incumprimento de deveres que resultam de normas de regulação administrativa ou de actos autorizativos. Trata-se de medidas inibitórias do gozo do direito ou da autorização, que se materializam em actuações materiais como selagem ou apreensão de equipamentos, ou suspensão e revogação de autorizações" (GOMES, Carla Amado. As contraordenações ambientais no quadro da Lei 50/2006, de 29 de Agosto: Considerações gerais e observações tópicas. *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*. 2012. vol. I, p. 457-478, p. 459).

função deve ser desempenhada pelo direito das contraordenações[115] (tal como no direito Português), ou, de forma semelhante, pelo direito administrativo sancionador[116] (tal como no direito espanhol), excluindo-se, dessa forma, o rigoroso aparato repressivo do direito penal.

115. Augusto Silva Dias analisa a questão do ponto de vista do direito das contraordenações, também no sentido de que este, assim como o direito administrativo sancionador, dispensa ponderações de ofensividade da conduta concreta. Nas palavras do autor "desde logo [a figura da acumulação delitiva] não respeita o princípio da ofensividade, pois o contributo singular é insuscetível de afetar o bem jurídico coletivo. Só a soma objetiva com outros contributos singulares pode produzir esse efeito. A punibilidade da ação cumulativa tem por base, portanto, a sua disfuncionalidade como perturbação do ambiente ou do âmbito prévio do bem jurídico. Essa disfuncionalidade constitui a exteriorização social de uma dimensão interna, relativa ao direito, que é a infração de um dever de ordenação. Tudo elementos que apontam no sentido da similitude estrutural entre o delito cumulativo e o ilícito contraordenacional (DIAS, Augusto Silva. *What if everybody did it?* (...). p. 339 – como na nota 31).

116. Silva Sanchez analisa a questão do ponto de vista do direito administrativo sancionador. A questão decisiva que diferencia o direito penal do direito administrativo sancionador é o critério teleológico, isto é, a finalidade a que se destinam. O direito penal destina-se a proteger bens jurídicos concretos, em casos concretos, e segue critérios de lesividade ou perigosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio. O segundo se destina a ordenar, de modo geral, setores de atividade (reforçar, mediante sanções, um determinado modelo de gestão setorial). Por esta razão, o direito administrativo sancionador não tem porque seguir critérios de lesividade ou perigosidade concreta, pois deve, em verdade, atender a considerações gerais, estadísticas, de modo que não se exige do seu aparato uma rigidez das regras de imputação e persecução (regida pelos critérios da oportunidade e não da legalidade). Como se vê, o direito administrativo sancionador é o reforço da gestão ordinária da Administração Pública, de modo que seria correto afirmar que é o ramo destinado a sancionar condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão. Seu interesse reside na globalidade do modelo, na integridade do setor, e por isso tipifica infrações e sanciona desde as perspectivas mais gerais. Não se trata, aqui, de risco concreto como risco em si mesmo relevante e imputável pessoalmente a um sujeito determinado, pois o determinante é a visão macroeconômica ou macrossocial (as <<grandes cifras>>; o <<problema estrutural>> ou <<sistêmico>>). Precisamente por ser esta sua perspectiva própria, o direito administrativo sancionador não precisa, para sancionar, que a conduta, em si mesma concebida, seja relevantemente perturbadora de um bem jurídico, nem tampouco é necessária uma análise de lesividade no caso concreto. Do mesmo modo, tampouco parece errôneo afirmar que o direito administrativo sancionador não é regido por critérios de legalidade na persecução dos ilícitos, mas por puros critérios de oportunidade. É necessário, apenas, que o gênero de condutas represente, em termos estatísticos, um perigo para o modelo setorial de gestão ou, se se preferir, em termos menos técnicos, para o regular andamento de determinado setor de atividade. Nesta medida, o direito administrativo sancionador

Ora, o regime das contraordenações é mais receptivo à estruturação de um aparato punitivo direcionado à repressão dos efeitos cumulativos, pois permite aplicar sanções pelo mero descumprimento de deveres legais de proteção.[117] Desaparece aqui, então, o entrave que se observa no direito penal, representado pela indignidade dos "delitos de desobediência", baseados no estabelecimento dos valores-limite, cujo ilícito somente se revela, em verdade, pela pura e simples violação das prescrições administrativas autorizativas.

Por sua vez, o direito administrativo sancionador também comportaria a estruturação de um aparato punitivo destinado à repressão dos efeitos cumulativos, pois tem uma dupla natureza administrativa e punitiva, constituindo uma manifestação do *Ius Puniendi* do Estado.[118] Em razão de sua natureza administrativa, incrusta dentro do sistema jurídico suas próprias técnicas, de modo que os princípios basilares do direito penal, tal como o princípio da legalidade, poderiam adquirir novas feições, afastando-se o rigorismo do direito penal e permitindo-se uma maior flexibilidade da norma (administrativa) no estabelecimento das infrações puníveis.

O tribunal constitucional espanhol, por exemplo, já declarou a constitucionalidade da utilização dos temos indeterminados nas normas sancionadoras, desde que sejam suscetíveis de concreção em cada caso concreto, em virtude das técnicas de controle dos conceitos jurídicos indeterminados,[119] muito em-

---

é, essencialmente, o direito do dano cumulativo ou, também, do dano derivado da repetição, que exime a valoração do fato específico, requerendo somente a valoração acerca de qual seria a transcendência global de um gênero de condutas, se é que este gênero era estimado como lícito (SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal* (...). p. 125-127 – como na nota 5). Neste mesmo sentido, Mendoza Buergo, ao afirmar que nas infrações cumulativas se pune a conduta não porque, por si mesma, suponha ou crie um risco, mas pelos temidos efeitos adversos cumulativos que podem ser gerados em caso de uma eventual repetição massiva do mesmo comportamento. Este é sem dúvida um tipo de conduta paradigma que pode constituir uma infração administrativa que, entretanto, pretende ser atribuído como injusto penal, na medida em que se levam em consideração ações futuras realizadas por outros eventuais e indeterminados autores. Estes, por sua vez, serão responsáveis por um risco que unicamente surge em caso de repetição de condutas por outros (MENDOZA BUERGO, Blanca. *El papel del derecho penal en la protección del medio ambiente* (...). p. 682 – como na nota 37).

117. GOMES, Carla Amado. *As contraordenações ambientais no quadro da Lei 50/2006, de 29 de agosto: Considerações gerais e observações tópicas*, (...). p. 461 [como na nota 114].

118. PEMAN GAVIN, Ignacio. *El Sistema Sancionador Español (Hacia una teoria general de las infracciones y sanciones administrativas*. Barcelona: Cadecs Editorial, 2000. p. 199.

119. PEMAN GAVIN, Ignacio. *El Sistema Sancionador Español* (...). p. 233 [como na nota 118].

bora a utilização de tais termos dificulte a descrição clara e concreta dos comportamentos suscetíveis de punição.

6. CONCLUSÃO

O bem jurídico ambiental é um bem coletivo, pois não se pode dividi-lo em parcelas determinadas de titularidade individual. Neste sentido, a legitimidade do ambiente enquanto bem jurídico está no seu referente coletivo, entendido numa dupla perspectiva, sob o ponto de vista da pessoa comunitária: o *interesse* de fruição dos bens ambientais e o dever fundamental de proteção dos bens ambientais. Disto resulta que tal bem coletivo, para ser legítimo, não necessita ser reconduzido aos bens jurídicos individuais, nem mesmo reduzido a uma mera soma daqueles, pois é um verdadeiro bem autônomo.

A principal característica do bem coletivo é a indivisibilidade, então o ambiente deve ser entendido enquanto realidade global, universal, de modo que todos os seus componentes e estruturas compõem o todo indivisível, sendo, por consequência, também indivisíveis. Em razão desta visível (quase) intangibilidade do bem jurídico ambiental, as noções de lesão e perigo se diluem, de modo que a afetação do bem jurídico parece reclamar a conjugação de condutas singulares que, em razão da globalidade do bem jurídico ambiental, são em si mesmas inócuas. Daí surge, então, a doutrina dos chamados delitos de acumulação.

Acontece que os delitos de acumulação afrontam a estrutura dogmática do direito penal, de modo que, em nosso entender, a figura da acumulação poderá desempenhar melhor o seu papel de proteção ambiental (preventiva) fora daquele ramo do direito. Com efeito, a figura da acumulação melhor se adéqua ao direito administrativo, cuja função é, justamente, disciplinar e responder aos desafios da gestão sistêmica de riscos. Mais precisamente, a figura da acumulação poderia ser introduzida como um parâmetro a ser obrigatoriamente considerado na realização da avaliação de impacto ambiental, da qual resultará um ato administrativo fixador de valores-limite.

Não se desconhece, por óbvio, que a determinação dos efeitos de acumulação, mesmo para a Administração Pública, no bojo de procedimentos regulatórios, é assaz complicada, justamente pela natureza complexa dos fenômenos em questão (interação dos componentes ambientais entre si e as condutas seriadas). Entretanto, mesmo diante das dificuldades, consideramos que o instituto não deve ser descartado. Ao contrário, devemos desenvolver nossos instrumentos jurídicos administrativos para que os efeitos cumulativos sejam devidamente considerados, promovendo-se uma ampla, eficiente e integral proteção ambiental, pela vertente da prevenção.

TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. Há futuro na dogmática penal para os delitos de acumulação? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 77-124. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Por fim, caso a barreira preventiva falhe e caso algum método sancionatório adicional ao administrativo seja necessário, entendemos que tal função deve ser desempenhada pelo direito das contraordenações (tal como no direito português), ou, de forma semelhante, pelo direito administrativo sancionador (tal como no direito espanhol), excluindo-se, dessa forma, o rigoroso aparato repressivo do direito penal.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro e los daños cumulativos. *Revista electrónica de ciencia penal y criminologia – Artículos – RECPC* 04-08 (2002). p. 1-30.

ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira. O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade. In: ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira (org.). *Direito penal hoje: novos desafios, novas respostas.* 2009. p. 291-321.

CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras: contributo ao debate sobre o delito acumulativo.* Tese de doutoramento em ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada.* 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed. 2007. vol. I.

CHIASSON, Cindy. *The Quandary of Cumulative Effects – Fitting a Science Peg in a Law Hole.* Environmental Law Centre – Environmental Education for Judges and Court Practitioners – A Symposium on Environment in the Courtroom: Key Environmental Concepts and the Unique Nature of Environmental Damage – March 23-24, 2012 – University of Calgary, p.1-10.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Limites objetivos e subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos.* Madrid: Edisofer S.L., 2007.

COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental.* X Salão de Iniciação Científica PUCRS, 2009.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico.* Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

_____. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *RBCCrim* 67/29-58. jul.-ago. 2009.

DIAS, Augusto Silva. *Delicta in se e Delicta Mere Prohibita: Uma análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica.* Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

_____. *What if everybody did it?* Sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 3/303-345, ano 13. jul.-set. 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. 2009. vol.3. p.603-614.

_____. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português. A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro. *Stvdia Ivridica*, n. 81, Colloquia, n. 13. 2005, p.179-202.

_____. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois. *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. vol. 1 p.371-392.

_____. Sobre o papel do direito penal na proteção do ambiente. Separata do n.1. jan.-jun. 1978. *Revista de Direito e Economia*. Universidade de Coimbra.

ESTEVE PARDO, José. La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos. *Revista de Administración Pública* 161/53-82. Mayo-ago. 2003.

FAYET JUNIOR, Ney. Da configurabilidade do princípio da insignificância em face da continuidade delitiva. GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. 2010. p. 295-321.

FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal Law: Harm to the others*. Oxford University Press, 1984. vol.1.

GIACOMO, Roberta Catarina; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Breves reflexões sobre a administrativização do direito penal, delitos por acumulação e antecipação da tutela penal na proteção do bem jurídico ecológico, 2009. Disponível em: [www.diritto.it]. Acesso em: 16.02.2013.

GOMES, Carla Amado. As contraordenações ambientais no quadro da Lei 50/2006, de 29 de agosto: Considerações gerais e observações tópicas. *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, 2012. vol. I, p.457-478.

_____. Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Proteção do Ambiente. Lisboa: 2007. Edição Digital (E-book) disponível em: [www.oh-multimedia.com/ebooks/ebookTESE_PDFinteractivo.pdf]. Acesso em: 07.02.2013.

GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: CORIA, Dino Carlos Caro (director). *Anuario de Derecho Penal Económico y de la empresa*. ADPE 2 (2012), p. 63-73.

_____. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do tribunal constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *RBCCrim* 87/84-102. 2010.

_____. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim* 49/89-147, ano 12. jul.-ago. 2004.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. Conferência proferida no I Congresso Internacional de Direito do Ambiente, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. *Revista de Ciência e Cultura Lusíada* – série de Direito – número especial – 1996 – Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada – Porto, p. 327-328.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Trad. Eduardo Salazar Ortuño. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia*, p.1-13. Artículos – *RECPC* 04-14 (2002).

HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y limites de los delitos de peligro. Trad. E. A. Donna y D. Styma. *Revista Latinoamericana de Derecho*, n. 9-10, año 5. 2008. p. 157-181. Disponível em: [www.juridicas.unam.mx]. Acesso em: 22.03.2013.

KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. Trad. Nuria Pastor Muñoz, Doctora en Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. *INDRET, Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, 2009. p.1-19.

LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. *Revista de Concorrência e Regulação* 5/239-276, 2011.

LOMBA, Pedro. Sobre a teoria das medidas de polícia administrativa. *Estudos de direito de polícia*. vol. I. Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002, Regência: Jorge Miranda, p.177-232.

LOPES, Manuela Baptista. A propósito do direito ao ambiente como direito humano fundamental na Constituição e na Jurisprudência. *Tribunal constitucional, 35.º aniversário da Constituição de 1976*, Vol. II, p.147-196.

LOUREIRO, Flávia Noversa. *A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos – subsídio para o estudo da figura da acumulação*. Tese de mestrado em ciências jurídico-criminais da Universidade de Coimbra, 2007.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes Jurídicos Intermedios e y Delitos de Peligro*. Granada: Comares, 1997.

MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000.

MENDOZA BUERGO, Blanca. El papel del derecho penal en la protección del medio ambiente. *Estudos em Homenagem ao Prof. Jorge de Figueiredo Dias*. 2009. vol. 2, p. 669-695.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Marcia Elayne Berbich de. *A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente na sociedade de risco (Lei 9.605/1998)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid, 1994.

OLIVEIRA, Cristina. Meio ambiente e sociedade tecnológica: notas sobre a intervenção da dogmática penal para proteção da natureza através dos delitos acumulativos. *Revista Jurídica*, n. 24, Temática n. 8, 2010-2011, p.113-142.

PEMAN GAVIN, Ignacio. *El Sistema Sancionador Español (Hacia una teoria general de las infracciones y sanciones administrativas*. Barcelona: Cadecs Editorial, 2000.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Sentido e limites da proteção penal do ambiente. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*.2009. vol.3, p. 591-602.

POMBO, Nuno. *A fraude fiscal: a norma incriminadora, a simulação e outras reflexões*. Coimbra: Almedina, 2007.

RODRIGUES, Anabela. Princípio da responsabilidade e direito ao ambiente (o crime de poluição). *Actas das I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito do Ambiente*, 2002, p. 9-23.

SANTOS, Cláudia. O crime ambiental: crime organizacional ou crime organizado? *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. 2009. vol. III, p. 579-590.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2005.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed., ver. y ampl. Madrid: Civitas, 2001.

SOUSA, António Francisco de. Polícia Administrativa: Autoridades, órgãos e competências. *Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, n. 9/12, 2003, p.61-111.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. *RBCCrim* 50/57-90, set.-out. 2004.

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Los bienes juridicos colectivos en el derecho penal: Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección de los intereses macrosociales. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derecho-penal/assets/files/articulos/a_20091207_03.pdf]. Acesso em: 19.03.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O ilícito penal nos crimes ambientais. algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental, de Fabio Roberto D'Avila – *RBCCrim* 67/29 (DTR\2013\11651).

TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. Há futuro na dogmática penal para os delitos de acumulação? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 77-124. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal

Torture and Inhuman and Degrading Treatment: A Criminal Law Approach

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular da PUC-RS e Professor da Escola Superior da Magistratura (Ajuris). Juiz de Direito no RS.

Jayme Weingartner Neto

Mestre (Coimbra) e Doutor (PUC-RS) em Direito. Professor da Unilassalle. Desembargador do TJRS.

Área do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O presente artigo discute o problema da ilegitimidade jurídica da tortura e da imposição de tratamentos desumanos e degradantes na perspectiva do direito penal e na ordem jurídica brasileira, com destaque para a compreensão da distinção entre os tipos penais da tortura, lesão corporal e dos maus tratos.

Palavras-chave: Tortura – Tratamentos desumanos e degradantes – Dignidade humana – Direito penal.

Abstract: This paper discusses the problem of the legal ilegitimacy of torture and the imposition of inhuman and degrading treatment in the perspective of criminal law andin the Brazilian legal order, focusing the understanding of the distinction between the crimes of torture, corporal ofense and bad treatment.

Keywords: Torture – Inhuman and degrading treatment – Human dignity – Criminal law.

Sumário: 1. Considerações preliminares: problematização e delimitação do tema – 2. O Marco Constitucional: dignidade da pessoa humana a e proibição absoluta (ou relativa) da tortura e de todo e qualquer tratamento desumano e degradante – 3. Análise da opção legislativa (penal) brasileira e de sua consistência jurídico-constitucional – 4. Considerações finais.

1. Considerações preliminares: problematização e delimitação do tema

A discussão em torno da ilegitimidade jurídica (mas também moral) da tortura e da imposição de tratamentos desumanos e degradantes na esfera das relações humanas perpassa o processo civilizatório e mesmo, em certo sentido,

Sarlet, Ingo Wolfgang; Neto, Jayme Weingartner. Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 127-142. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

o qualifica ou desqualifica. Não é à toa que se poderia afirmar – embora não apenas nesse caso – que tanto mais uma determinada sociedade se pode chamar de civilizada quanto maior for o respectivo repúdio a práticas (públicas e privadas) de caráter desumano e degradante, incluída a imposição de penas cruéis e desumanas e a própria tortura.

Nessa perspectiva, a evolução constitucional e a experiência do direito internacional (nos planos universal e regional) em termos de tratados de direitos humanos, revelam, hoje, uma gradual e praticamente consensual tendência no sentido da proscrição, tanto da tortura, quanto de práticas desumanas e degradantes em geral, seja mediante inserção de tal vedação em tratados mais abrangentes, seja por meio da criação de documentos específicos, ademais do aperfeiçoamento dos mecanismos de controle e das respectivas sanções, ainda que de efeito limitado na seara internacional.

No plano doméstico, da legislação interna dos Estados, contudo, ainda se verificam imensas diferenças no trato da questão. Com efeito, já na seara da regulação legal (em sentido amplo) da matéria são significativamente distintas as alternativas encontradas, ainda que, de regra, se parta da proibição constitucional (explícita ou implícita) da tortura e do tratamento desumano e degradante. Bastaria aqui ilustrar com o exemplo da tortura, onde as respostas legislativas, especialmente quanto à definição do respectivo âmbito de proteção e das sanções previstas em caso de violação da proibição, são ainda bastante variadas. A própria distinção entre a tortura e as outras modalidades, designadamente o tratamento desumano ou degradante, não é líquida e segue gerando amplo debate, como, aliás, se poderá observar no caso brasileiro, logo mais adiante. Igualmente acirrada a discussão em torno da possibilidade de, a depender das circunstâncias, relativizar a proibição da tortura ou práticas similares em prol da proteção de outros interesses e direitos de matriz constitucional. Aqui, como se pode constatar, assume relevo tanto o "se" quanto o "como", pois a relativização poderia se dar mediante a previsão de exceções, vale dizer, de situações nas quais a tortura e eventual tratamento desumano ou degradante seria permitido, ou apenas por meio da aplicação de sanções menos gravosas ao autor da tortura (a depender da justificação apresentada em concreto) ou do aproveitamento (no todo ou em parte), como ocorre na hipótese da prova ilícita, de informações e provas em geral obtidas mediante a prática de tortura (sem prejuízo da controvérsia em torno das consequências a serem tomadas em relação aos autores de eventuais indignidades).

De qualquer sorte, o espectro de questões é imenso, de modo que imperiosa a delimitação do tema para efeitos desse ensaio. Desde logo – convém enfatizar – a nossa análise vai centrada na ordem jurídica brasileira, ainda que vez por outra se busque socorro no direito estrangeiro ou internacional, neste último caso, em função das obrigações assumidas pelo Brasil quando da ratificação de tais instrumentos, que

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 127-142. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

integram a ordem jurídica interna dotados de hierarquia supralegal, pelo menos de acordo com a atual orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Dito isso e tendo presente que a Constituição Federal de 1988 (doravante apenas CF), no seu art. 5.°, III, estabeleceu uma categórica proibição da tortura e de todo e qualquer tratamento desumano e degradante (além de, no art. 5.°, XLIII, considerar inafiançável, imprescritível e insuscetível de graça ou anistia a tortura; e no art. 5.°, XLVII, proibir a imposição de penas cruéis), são dois pontos que se pretende explorar.

Num primeiro momento, tendo em conta que o fio condutor é o do direito constitucional, é o caso de inserir a proibição da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes no contexto mais amplo da Constituição Federal, designadamente para o efeito de identificar a sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. No segundo passo, à vista das particularidades de determinadas situações concretas que têm sido discutidas especialmente na seara judicial, importa identificar e avaliar como a legislação infraconstitucional, designadamente na esfera penal, acabou por definir e distinguir entre a tortura e as outras duas modalidades insculpidas no Texto Constitucional (tratamento desumano ou degradante).

Assim, e por força de uma necessária delimitação do espectro que se oferece, é a distinção entre os ilícitos de tortura, lesão corporal e maus tratos tal como levada a efeito pela legislação brasileira que aqui nos ocupa. É, portanto, a consistência jurídico-constitucional de tal opção legislativa e de suas respectivas sequelas que será o objeto de nossa reflexão, inclusive no que diz com as respectivas consequências na esfera penal. Para tanto, adiantando aqui o percurso a ser transcorrido, iniciaremos com a perspectiva constitucional, discutindo a relação entre a garantia da dignidade da pessoa humana e a proibição da tortura, para, na sequência, investir na conformação legal da questão, do ponto de vista penal e da distinção entre tortura e delitos eventualmente correlatos, além de seus respectivos desdobramentos.

2. O MARCO CONSTITUCIONAL: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A E PROIBIÇÃO ABSOLUTA (OU RELATIVA) DA TORTURA E DE TODO E QUALQUER TRATAMENTO DESUMANO E DEGRADANTE[1]

Assumindo-se como correto que a dignidade da pessoa humana (que aqui assume papel central), na condição de norma jurídica, possui a dupla natureza

1. O presente segmento foi inspirado basicamente em obra do primeiro autor (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 149 e ss.).

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 127-142. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

de princípio e regra, sendo a primeira passível, mesmo que em situações excepcionais, de ponderação com outros princípios e bens jurídico-constitucionais,[2] resta saber se e em que medida a dignidade na sua versão de regra poderá ser tida como de caráter absoluto (ao menos no sentido emprestado por Robert Alexy), de que não é possível resolver eventual conflito mediante ponderação e um juízo de proporcionalidade. Para tanto, nada melhor do que lançar um olhar sobre o exemplo da proibição da tortura e de todo e qualquer tratamento desumano e degradante, objeto da presente investigação.

No caso brasileiro, de acordo com o que dispõe o art. 5.°, III, da CF, a tortura (assim como todo e qualquer tratamento desumano e degradante), como se sabe, encontra-se vedada por norma de direito fundamental específica, com estrutura de regra, pois se trata de norma proibitiva de determinada conduta. Ainda que inexistisse dispositivo constitucional específico vedando expressamente a tortura, tal prática implica inequivocamente a coisificação e degradação da pessoa, transformando-a em mero objeto da ação arbitrária de terceiros, sendo, portanto, incompatível com a dignidade da pessoa, regra que veicula aspecto nuclear da proteção da dignidade da pessoa humana.

Tal linha de entendimento, aliás, revela-se absolutamente afinada com a evolução jurídico-constitucional contemporânea e a opção do legislador internacional em matéria de direitos humanos, que, ainda mais no caso da tortura, guarda umbilical ligação com a própria proteção da dignidade da pessoa e da aplicação, neste caso, da referida fórmula-objeto, que veda toda e qualquer coisificação (instrumentalização) da pessoa humana. Convém registrar, no contexto, que entre nós já existe pacífica e reiterada posição do STF,[3] chancelando a vedação absoluta da tortura, ainda que tal reconhecimento, por si só, não impeça a ocorrência de tal prática, mas tenha por efeito a sua ilegitimidade jurídica. Da jurisprudência internacional, destacamos um dos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, do dia 28.07.1999 (caso Selmouni contra a França), onde – em que pese ter a Corte se declarado incompetente para o efeito de estabelecer uma indenização pelos danos causados – foi reconhecido que o uso da força por ocasião de um interrogatório, especialmente (mas não exclusivamente) quando caracterizado a tortura, é manifestamente incompatível com a vedação estabelecida pelo art. 3.° da Convenção Europeia de Direitos

2. Cf. por todos e de modo paradigmático ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 94 e ss.

3. Cf., por exemplo, a decisão proferida no *HC* 70.389/SP, relatado pelo Min. Celso de Mello e publicado no *DJ* 23.06.1994, hipótese em que se tratava de tortura contra criança e adolescente.

Humanos, que proíbe a tortura e qualquer tratamento desumano ou degradante, assim como se trata de ato incompatível com a dignidade da pessoa humana.[4] Também o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, desde o início de sua profícua judicatura, situa a hipótese da tortura e do tratamento desumano e degradante (inclusive mediante referência reiterada aos métodos utilizados no período nacional-socialista) como absolutamente vedada com base na dignidade da pessoa humana, colacionando-se, em caráter ilustrativo, decisão mais recente onde estava em causa a prática de tortura na esfera de investigação policial, o conhecido caso "Daschner", no qual o Tribunal afirmou que a utilização da tortura reduz a pessoa inquirida à condição de mero objeto do combate ao crime, representando violação de sua pretensão de respeito e consideração constitucionalmente tutelada, além de destruir pressupostos fundamentais da existência individual e social do ser humano.[5]

Nesse mesmo contexto, da vedação da prática de atos degradantes e desumanos, situa-se o problema da humilhação, ou seja, de o quanto atos praticados por pessoas que submetem outras pessoas a situações humilhantes, para efeito de aferição da ocorrência de uma violação da dignidade da pessoa humana, podem e devem ser equiparadas às hipóteses do tratamento desumano e/ou degradante. Que a resposta há de ser positiva, no sentido de que atos de humilhação representam também uma violação da dignidade, parece (ou deveria parecer) incontroverso e tem sido amplamente reconhecido, embora a polêmica em torno de quais os atos que efetivamente podem ser enquadrados na hipótese. Um exemplo digno de nota, ainda mais em função da discussão que gerou na esfera pública, pode ser encontrado na Súmula 11 do STF que restringiu o uso de algemas por parte da autoridade judiciária e policial, exigindo justificativa devidamente fundamentada para tanto, mas que aqui não será objeto de desenvolvimento.

O caso da tortura e da vedação de qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante assume, além disso, importância no que diz com a discussão a respeito da existência, ou não, de direitos absolutos, no sentido de absolutamente imunes a qualquer tipo de intervenção restritiva. De outra parte, sem

4. Cf. decisão citada na *Revue Trimmestrielle des Droits de L'Homme*, 2000. p. 123 e ss., seguida de um comentário de Pierre Lambert.

5. Cf., BVerfg (K), NJW 2005, 656 (657), tradução livre da seguinte passagem no original: "Die Anwendung von Folter macht die Vernehmungsperson zum blossen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung ihres verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert-und Achtungsanspruchs und zerstört grundlegende Voraussetzungen der individuellen und sozialen Existenz des Menschen".

que se vá desenvolver o ponto propriamente dito, há que relembrar – mais uma vez! – que se está em face, no que diz com a estrutura normativa, de uma regra impeditiva de determinada (s) condutas (tal, como formulada expressamente no art. 5.º, III, da CF), regra que, de outra parte, diz respeito justamente ao que se poderia enquadrar no âmbito do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a vedação da tortura e a impossibilidade de "flexibilização" (ponderação com outras regras e/ou princípios) da regra correspondente não se revela incompatível com a tese de que na sua condição de princípio a dignidade da pessoa humana não é absolutamente infensa a algum tipo de restrição (pelo menos no que diz com a definição do seu âmbito de proteção pelo legislador e pelo juiz), embora se reconheça que o tema merece maior reflexão.[6] A própria regra proibitiva da tortura e de qualquer tratamento desumano ou degradante não deixa de assegurar uma razoável margem de apreciação por parte tanto do legislador (a quem incumbe, em primeira linha, selecionar os atos que se enquadram na hipótese) quanto por parte dos órgãos jurisdicionais, que terão inclusive a missão de avaliar a correção da opção legislativa ao definir o que (e o que não é) tortura ou mesmo o que configura (ou não) tratamento desumano ou degradante, ou, para mencionar outro exemplo importante, o que são penas cruéis, já que também vedadas por regra constitucional expressa no Brasil e em muitos outros Estados, mas também proscrita no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Algo similar, apenas para ampliar o espectro, se passa com o assim chamado mínimo existencial, que, na acepção de Robert Alexy, exerce a função de um direito subjetivo definitivo a prestações (com ou sem articulação com outros direitos fundamentais) e em face do qual cedem os princípios colidentes,[7] o que não dispensa uma regulação legal do conteúdo do mínimo existencial e uma – nesse caso relativamente ampla – margem de conformação legislativa.

Para que fique suficientemente clara a nossa posição, o que se está a dizer é que eventual margem de ação para definição (com vistas à extração de efei-

6. No mesmo sentido, v., por último, SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, 2009. p. 200-202.

7. Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte.* Op. cit., p. 465 e ss. Tal entendimento (muito embora nem sempre as decisões judiciais demonstrem argumentativamente e de modo controlável como no caso concreto se dá o juízo de ponderação) tem sido recorrentemente adotado na prática decisória dos Tribunais brasileiros, inclusive pelo STF, quando em causa direitos sociais a prestações (v., por ex. o julgamento da STA 175, março de 2010, rel. Min. Gilmar Mendes).

tos jurídicos, ainda mais quando se trata de justificar a imposição de sanções, como se verifica precisamente no caso da discussão travada no presente texto) do que significa tortura e/ou tratamento desumano e degradante (ou mesmo mínimo existencial), não equivale a dizer que, mesmo com o objetivo de salvar vidas de terceiros, se possa – no âmbito de uma "ponderação" das dignidades dos envolvidos – considerar juridicamente legítima a prática da tortura, muito embora não sejam tão poucos assim os defensores de tal possibilidade.[8] Com efeito, volta-se a frisar que a regra impeditiva da tortura e de tratamento desumano e degradante já poderia (como de fato, assim o tem sido em diversos ordenamentos jurídicos) ser deduzida diretamente como expressão da dignidade da pessoa humana, no âmbito de um conteúdo mínimo universalizável, como, de resto, demonstra a evolução no plano do próprio direito internacional dos direitos humanos onde, seja no plano regional, seja no plano universal, a tortura foi categoricamente proscrita.

O exemplo da vedação da tortura bem ilustra a já referida função da dignidade da pessoa humana como cláusula (ética e jurídica) de barreira, que fundamenta uma espécie de "sinal de pare", inclusive no sentido de operar como um "tabu" (no sentido de não ter sua validade absoluta condicionada a qualquer justificativa de matriz dogmática, não estar sujeito a uma ponderação e dela não necessitar para efeitos de ter sua eficácia jurídica e de regulação reconhecida),[9] a estabelecer um "território proibido", onde o Estado não pode intervir e onde, além disso, lhe incumbe assegurar a proteção da pessoa (e sua dignidade) contra terceiros. Por outro lado, que mesmo tal uso da dignidade, por várias razões (independentemente da correção – importa repisar – da proibição da tortura e de outras condutas manifestamente ofensivas à dignidade) não se revela imune a controvérsias, vai aqui assumido, assim como se assume a opção de não desenvolver o tópico. O que nos amima, como já anunciado, é avaliar a legitimidade da opção do legislador infraconstitucional (no Brasil) ao definir os delitos de tortura, maus tratos e lesões corporais e a melhor maneira de harmonizar tal opção e as necessárias distinções entre tais figuras típicas

8. Cf., na doutrina alemã (embora se trate de entendimento minoritário), BRUGGER, Winfried., *Menschenwürde.Menschenrechte, Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, *1996*. p. 23. Nos Estados Unidos da América, onde o tema alcançou significativa repercussão especialmente após o trágico atentado de 11.09.2001, v., dentre tantos, a discussão do problema em POSNER, Richard. *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emercency.* Oxford University Press, 2006. p. 77 e ss.

9. Sobre a dignidade da pessoa humana como "Tabu" v., por todos, POSCHER, Ralf. "Die Würde des Menschen ist Unantastbar", *JZ* 2004. p. 756 e ss.

com o princípio da dignidade da pessoa humana e a proibição constitucional da tortura e de tratamentos desumanos e degradantes. É o que buscaremos fazer na sequência.

3. ANÁLISE DA OPÇÃO LEGISLATIVA (PENAL) BRASILEIRA E DE SUA CONSISTÊNCIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

O quadro legal que se nos apresenta no plano doméstico revela relativa complexidade, dada a convivência de normas de épocas diversas e com motivações político-criminais diferentes. O fio condutor, como já adiantado, seja em virtude do mandamento constitucional expresso de criminalização da tortura (art. 5.°, XLIII, da CF), seja pela existência de regras constitucionais específicas (proibição da tortura e de tratamento desumano e degradante, proibição da imposição de penas cruéis e a garantia da integridade física e moral dos presos, respectivamente art. 5.°, III, XL,VII, letra *e* e XLIX, da CF), ou mesmo – o que por si só já seria suficiente – por força da consagração expressa da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e estruturante (art. 1.°, III, da CF), há de ser a narrativa constitucional.

Já nesse plano é preciso sublinhar que o legislador infraconstitucional brasileiro levou a efeito opção que não se revela imune a alguma polêmica. É que o legislador infraconstitucional desbordou daquilo que se poderia designar de leito natural, ou seja, do direito internacional, que conceitua a tortura como crime próprio, *a priori* restrito a um especial sujeito ativo, agente dotado de autoridade pública, de tal sorte que se chegou a cogitar da inconstitucionalidade da formulação legal doméstica, por configurar eventual excesso inconstitucional.

Com efeito, o art. I, 1, da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Res. 39/46 da Assembleia Geral da ONU, 10.12.1984), ao conceituar "tortura", vincula-se a "um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial".[10] Mas, tanto, não tor-

10. Para uma discussão mais ampla sobre a proibição da tortura no direito internacional, veja-se FOLEY, Conor. *Combate à tortura: manual para magistrados e membros do Ministério Público*. Human Rights Centre, University of Essex (1. ed. publ. no Reino Unido, 2003). p. 7-16. "O limite exato entre 'tortura' e quaisquer outras formas de 'penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes' é de difícil identificação em geral, dependendo muitas vezes de circunstâncias específicas do caso e de características da vítima em particular. Ambos os termos incluem maus tratos físicos ou mentais que tenham sido infligidos intencionalmente, ou com o consentimento ou

na a opção da Lei 9.455/1997 inconstitucional, mesmo adotada a atual posição do STF que confere hierarquia supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos devidamente internalizados. Primeiro, porque a "vinculação do legislador decorrente do específico dispositivo constitucional diz com a obrigação de construir fundamentos mínimos (e não de observar limites máximos) de tutela penal".[11] Clássico, no Estado democrático de direito, o espaço de configuração legislativa inclusive nessa seara, o que, de resto, guarda sinergia com a própria normativa internacional citada. Com efeito, lido na integralidade, o citado art. I da Convenção, no seu item 2, logo ressalva: "O presente artigo não prejudica a aplicação de qualquer instrumento internacional ou lei nacional que contenha ou possa vir a conter disposições de alcance mais amplo".

A repulsa à tortura, no texto constitucional, é decisão fundamental que já vem estampada, consoante frisado e desenvolvido no item anterior, no inc. III do art. 5.º da CF: "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Tal dispositivo também foi invocado pelo STF – igualmente como já ventilado – ao editar a Súmula Vinculante 11, a disciplinar o uso de algemas, no caso, em virtude de eventual configuração de tratamento degradante violador da dignidade da pessoa humana.[12]

Ao que tudo indica – e não se trata de exclusividade brasileira – parece haver uma gradação na enumeração levada a efeito pelo constituinte, situada a tortura no ápice da gravidade. O legislador português, por exemplo, elencou a tortura no capítulo dos crimes contra a humanidade, tipificando no art. 243.º (introduzido por uma reforma de 1995 e em face da Convenção contra a Tortura internalizada em 1988) a tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos. Conservou-se, por outro lado, no leito tradicional do

a aquiescência de pessoas no exercício de funções públicas" (p. 11, item 1.18). Há versão mais recente e modificada (FOLEY, Conor. *Protegendo os brasileiros contra a tortura: um manual para juízes, promotores, defensores públicos e advogados*. Brasília: International Bar Association (IBA)/Ministério das Relações Exteriores Britânico e Embaixada Britânica no Brasil, 2011), mantida a mesma ideia (p. 24-5), reconhecendo-se, à p. 12, que "existem algumas diferenças entre as definições de tortura contidas na lei brasileira e na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, alcance, e a quem se aplica (...)".

11. FELDENS, Luciano. Comentário ao art. 5.º, XLIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo. W.; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 399.

12. Sobre o tema, v. SARLET, Ingo W; WEINGARTNER NETO, Jayme. "Dignidade da pessoa humana e o uso de algemas: uma proposta para uma adequada extensão e eficácia da Súmula Vinculante 11 do STF". *Revista de Estudos Criminais* 50/61-78, jul.-set. 2013.

direito internacional,[13] delimitando-o como delito próprio, sujeito ativo quem tem por função a prevenção, perseguição, investigação ou conhecimento de infrações criminais, a execução de sanções penais ou a proteção, guarda ou vigilância de pessoa detida ou presa, e ainda acresceu especial fim de agir: obter confissão, depoimento, declaração ou informação, castigar ou intimidar a vítima. Trata-se de crime específico, "o que se justifica por historicamente estes comportamentos serem obras de pessoas cujas funções os facilitam".[14]

A opção legislativa brasileira seguramente foi outra, embora igualmente legítima. No caso doméstico, convém sublinhar, a tensão é maior, especialmente nas áreas fronteiriças já indicadas, quando em exame a tortura privada, ou seja, cujo agente não é investido da autoridade estatal. Muito embora a sua estrutura de regra, que ancora no âmbito do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana e não permite que, por meio da técnica da ponderação, se venha a legitimar juridicamente a tortura, ainda que motivada pela proteção de outros bens fundamentais, a vedação da tortura "não deixa de assegurar uma razoável margem de apreciação por parte tanto do legislador (a quem incumbe, em primeira linha, selecionar os atos que se enquadram na hipótese) quanto por parte dos órgãos jurisdicionais, que terão inclusive a missão de avaliar a correção da opção legislativa".[15] Aliás, tal margem de apreciação, consoante já

13. Tem-se em mente o direito internacional geral (convencional ou costumeiro), cujas normas emanam de fontes diversas como: "convenções internacionais, que estabelecem regras e costumes internacionais com prova de prática geralmente aceita como lei, os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas e as sentenças judiciais, além de ensinamentos de eminentes juristas" (FOLEY, *Combate à tortura*. p. 7, item 1.6).

14. ANTUNES, Maria João. *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial. Arts. 202.º a 307.º*. Jorge de Figueiredo Dias (dir.). Coimbra: Coimbra Ed., 1999. t. II, p. 587. Quanto à gradação conforme a gravidade do comportamento do agente (que se reflete na medida da pena: "na base da pirâmide estão os tratamentos degradantes, seguindo-se-lhes, sucessivamente, os tratamentos desumanos, os tratamentos cruéis e, no topo, a tortura, como a forma mais grave" (p. 588). Em Portugal, há conceito legal de tortura: "o ato que consista em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou psicológico grave ou no emprego de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação de vontade da vítima" (art. 243.º, 3, do CP). O emprego de meios e métodos de tortura particularmente graves configura o delito qualificado, "designadamente espancamentos, electrochoques, simulacros de execução ou substâncias alucinatários" (art. 244.º, 1, *b*).

15. SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 155. Tem-se,

adiantado, guarda harmonia inclusive com o que dispõe o direito internacional dos direitos humanos.

Assim, não passou despercebido aos comentadores a tensão entre algumas penas e determinadas práticas: "Uma situação sensível e delicada é a reprimenda dos pais em relação aos filhos. Os castigos corporais, apesar de bem mais moderados do que antigamente, ainda representam grande ameaça às crianças e aos adolescentes. Pais que castigam com rigor excessivo podem estar enquadrados nas situações previstas no Texto Constitucional".[16]

Com efeito, o *jus corrigendi*, como clássico exercício regular de um direito, cujo abuso configuraria maus tratos, é causa de justificação (art. 23, III, 2.ª parte, do CP) em vias de extinção, se é que já não está sepultado. Nesse sentido, confira-se a seguinte passagem:

"É muito polêmica a regulação do direito de correção dos pais sobre os filhos, que, no âmbito internacional, tende decididamente a desaparecer. Assim, na Alemanha, a lei para a proscrição da violência na família de 2000 estabelece que 'os filhos têm direito a uma educação sem violência. Os castigos corporais, as lesões psíquicas e outras medidas degradantes são ilícitos'. Uma tendência similar é encontrada em muitos países europeus, como, por exemplo, na Espanha.

Também no Brasil, um projeto de lei em vias de ser aprovado proíbe a aplicação de sanções corporais de qualquer natureza praticadas pelos pais ou quaisquer outras pessoas a qualquer título (alteração que incluirá o art. 18-A na Lei 8.069/1990 – ECA).

Por outro lado, a normativa vigente no direito civil de alguns países permite corrigir moderadamente os filhos menores de idade não emancipados, sempre que seja objetivamente em seu próprio interesse e para favorecer sua educação (assim, art. 1.634, I, do CC brasileiro, mas que em nenhum momento autoriza expressamente a coerção física). Em alguns países, este tipo de regulação pode permitir algum tipo de castigo corporal, breves privações de liberdade ou em geral condutas caracterizáveis como coações. Todavia, consideramos necessário restringir ao máximo estas faculdades corretivas pois são práticas

pois, "eventual margem de ação para definição (com vistas a extração de efeitos jurídicos, ainda mais quando se trata de justificar a imposição de sanções) do que significa tortura e/ou tratamento desumano e degradante".

16. ARAÚJO, Luiz Alberto David. Comentário ao art. 5.º, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo. W.; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 250.

sujeitas a se transformarem em abusos. Em todo caso, a regulação penal está condicionada pelas normas civis, mas tudo aquilo que exceder a mera correção (por exemplo, palmadas que provoquem autênticas lesões) ficará excluído da justificação e será, por isso, punível".[17]

Nelson Hungria, em texto cuja primeira edição remonta a 1943, referia-se, nos comentários ao art. 136 do CP, à *emendatio propinquorum* (disciplina familiar/doméstica), e anotava a evolução dos costumes, a partir do declínio do poder do *pater familias*, sendo que, no Brasil, ainda há menos de meio século, exercia-se impunemente com vara de marmelo e férula tal poder na esfera doméstica. Ainda de acordo com as palavras de Nelson Hungria, "tais processos pedagógicos, porém, estão hoje radicalmente condenados. (...) Na atualidade [início da década de 40], é vedado tudo quanto ultrapasse a *vis modica*, a leve percussão, e se o fato expõe a perigo a saúde da vítima, entra na órbita do ilícito penal".[18]

Na dinâmica cultural de sociedades plurais e complexas, o Brasil acaba de legislar,[19] consagrando o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante. A evolução histórico-cultural esboçada, a indicar as diversas sensibilidades em torno de situações fáticas muitas vezes pantanosas, mostra a necessidade de estabelecer, em perspectiva, diretrizes razoáveis para enfrentar o tema.

Para navegação de fronteiras, pondera-se:

"(i) O crime de maus-tratos, inclusive pelo que significa em termos de menor reprovação político-criminal, permanece literalmente como sendo de incidência excepcionalíssima; essa a função precípua de um crime de perigo, de

17. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. [et al.]; *Direito penal brasileiro – parte geral: princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 421-2.

18. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, arts. 121 a 136*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. V, p. 452. Adiante, no que interessa ao deslinde do caso: "O Código não subordina a incriminação dos *maus tratos* à sua *habitualidade*; mas, em certos casos, somente com esta poderá apresentar-se o *eventus periculi*, indispensável ao crime. Fora de tais casos, a reiteração dos maus tratos constituirá *crime continuado*" (p. 453).

19. A Lei 13.010, de 26.06.2014, no que toca direto ao ponto, acresceu o art. 18-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que, proibindo ambos, distingue castigo físico (ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física que resulte em sofrimento físico ou lesão) de tratamento cruel ou degradante (conduta ou forma cruel de tratamento que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize).

aplicação subsidiária, que há de ser aplicado apenas para situações de meras vias de fato no âmbito doméstico ou lesões de baixo conteúdo de injusto, evidenciado e pertinente o fim educativo;[20]

(ii) Já o crime de tortura tipifica-se, também pelo que significa em termos de maior reprovação político-criminal, nos casos em que o domínio parental, orientado para castigar ou prevenir condutas filiais, sendo externalizada por meio de violência ou grave ameaça, substancia-se em resultado de intenso sofrimento físico ou mental – devendo ser verificado com critérios apertados o correlato elevado grau de injusto;

(iii) Outrossim, quando materializadas lesões corporais na atuação dos pais sobre os filhos, mas não na extensão e/ou intensidade exigíveis para o gravoso patamar da tortura, a desclassificação primária (salvo peculiaridades que justifiquem saltar o degrau direto para os maus tratos) ocorre para a figura da lesão corporal no contexto da violência doméstica".

É perceptível, nesse contexto, que o próprio legislador, na edição da Lei 9.455/1997, distinguiu duas grandes espécies de tortura, submetendo-as a exigências típicas diversas no seu art. 1.º, mais apertadas no segundo grupo (inc. II), justo onde prevê a tortura-castigo/prevenção, cujos contornos se desenrolam amiúde nas relações privadas, domésticas e familiares. Elemento comum é o "emprego de violência ou grave ameaça" – e só! No primeiro caso (inc. I), os elementos subjetivos nos aproximam daquilo que se pode designar de leito natural da incriminação da tortura na experiência internacional. Com efeito, resulta claro na alínea *a* a finalidade de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou terceiro. A alínea *b* contempla a tortura que tem por escopo provocar ação ou omissão de natureza criminosa, levando em conta, na hipótese, as organizações criminosas e o poder dos grupos paralelos. A terceira modalidade que integra o presente grupo, prevista na alínea *c*, refere-se a prática de tortura motivada por razões de discriminação racial ou religiosa, o que, aliás, tem sido fonte de boa parte dos conflitos geopolíticos atuais. Já no âmbito da segunda constelação (inc. II), a tortura implica que a

20. Trata-se de subsidiariedade *implícita* ou *tácita*, considerando-se o bem jurídico protegido. "Ocorre, por exemplo, nos delitos de perigo concreto frente aos de lesão, nos que se protege o mesmo bem jurídico diante de diversas espécies de ataque. Diante da expansão do direito penal do risco e dos delitos de perigo, será muito frequente que a mesma conduta possa pertencer ao marco de um crime de perigo (antecipação do campo de proteção) e de lesão com relação ao mesmo bem jurídico, ou inclusive, poderá se tratar de diferentes bens jurídicos, se existir entre eles uma vinculação experimental" (FERRÉ OLIVÉ, p. 603).

ação anime-se "como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo".[21]

Registre-se, ainda, que inclusive os verbos nucleares do tipo penal, vestibulares aos incisos, são diversos, pois *constranger* (inc. I) é um *minus* em relação a *submeter* (inc. II). Assim, ao passo que no primeiro caso basta constranger, num grau de afetação visivelmente menor do bem jurídico tutelado, no segundo é preciso submeter, o que implica dominar, subjugar. Além disso, é de fundamental relevância que o próprio elemento normativo varia sensivelmente: na hipótese do inc. I *basta causar sofrimento* físico ou mental; no caso do inc. II, *submete-se alguém a intenso sofrimento* físico ou mental.

À vista do exposto, é possível afirmar que o legislador, em adequada opção político-criminal, estabeleceu requisitos menos rigorosos para a tortura do inc. I, que se poderia designar de "tortura-de-finalidade-hedionda". Por outro lado, ao sancionar também a tortura-castigo/prevenção, influu os critérios de aperfeiçoamento típico. No primeiro caso, a intensa e incontroversa reprovação no plano do direito internacional, aqui concretizada no plano doméstico, gera um balanceamento que se satisfaz com menos conteúdo de injusto de modo a configurar a prática do ilícito violador da dignidade humana. No segundo caso, na esfera do que se pode ter como sendo um *plus* de incriminação, abarca mesmo fins que se podem compreender a depender da situação concreta e das circunstâncias, designadamente quando configuradas situações sociais e afetivas sutis e complexas, como se dá nos casos de castigo e prevenção no âmbito familiar, tudo de modo a aumentar, por meio da ponderação, as exigências típicas, para com isso configurar, a depender do caso, maior conteúdo de injusto.

Em suma, o que se pretende demonstrar é que no primeiro crime, o especial fim de agir (particularmente reprovável) coaduna-se com atos objetivamente menos gravosos à dignidade das vítimas; no segundo crime, porque o fim transcendente não é, à partida, nefasto, é necessário cometer mais atos, ou então ato mais intenso, contra a dignidade das vítimas.

Importa sublinhar, ainda nessa quadra, que eventualmente os agentes públicos podem praticar, em casos de especiais relações de sujeição (em que se

21. Observa-se, de passagem, que a "tortura gratuita", simples e terrível ato de sadismo, praticada entre estranhos, fortuita talvez, encontrará séria dificuldade de enquadramento típico no direito brasileiro. Quadro similar no direito português, que também exige intencionalidades específicas (*para* obter confissão, *para* castigar, *para* intimidar), de parte do agente: "Este elemento subjetivo exclui a incriminação dos casos que são conhecidos como de *tortura gratuita*, previstos, p. ex., no art. 175.° do CP espanhol" (ANTUNES. Op. cit., p. 589).

verifica uma submissão *a priori*), a tortura-castigo/prevenção. Neste contexto híbrido, é possível sufragar a recondução do injusto ao leito natural do direito internacional, de tal sorte que o *standard* não precisa ser tão estrito quanto o da tortura privada nas relações domésticas. Aliás, segundo o Demonstrativo de Casos do Brasil perante o Sistema Interamericano de direitos humanos a maioria das violações dos direitos das crianças e dos adolescentes abarcam "casos de violência praticada contra adolescentes infratores submetidos a medidas privativas de liberdade em unidades da Febem (sic) dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro".[22]

Portanto, e por outro lado, não é a finalidade educativa (elemento subjetivo) que diferencia a tortura-castigo/prevenção do crime de maus tratos, no abuso dos meios de correção. É sim a gravidade objetiva da conduta, a par do elemento normativo *intenso sofrimento*, que vai discernir, para o juiz, se o mesmo fenômeno externalizado (determinada lesão corporal, por exemplo) vai plantar raízes numa ponta ou noutra do espectro tipológico, ou permanecer a meio termo, na órbita, portanto, das lesões na esfera da violência doméstica. Acrescente-se que a finalidade transcendente (para castigar/educar) não é incompatível com motivação banal ou desproporcional e tampouco anula o dolo de lesão.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que importa fique retido, à vista das anotações precedentes, é que também no tocante ao problema da filtragem constitucional do problema da tortura, dos maus tratos e de lesões corporais, tipos penais que devem ser compreendidos à luz da regra constitucional proibitiva da tortura e de tratamentos desumanos e degradantes, se há de examinar sempre o conjunto da obra,[23] ou seja, o caso concreto em todas as suas circunstâncias e no seu respectivo contexto, inventariando e avaliando todos seus matizes, a englobar diversos aspectos psíquicos, as distintas possibilidades em termos de ofensas corpo-

22. FOLEY, *Combate à tortura*. p. 142; *Protegendo os brasileiros*. p. 228.

23. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral – questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Ed. RT. t. I; Portugal: Coimbra Ed., 2007. p. 978-89, discorre sobre o "critério da unidade ou pluralidade de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global" para resolver a muitas vezes complexa questão de identificar unidade ou pluralidade de crimes, e eventual concurso. Para maiores detalhes, cf. TJRS, ApCrim 70056671076, 3.ª Câm. Crim., j. 08.05.2014, rel. Des Jayme Weingartner Neto.

rais e as incontáveis variações de instrumento, ademais das consequências do ato. É apenas tal avaliação que permitirá, à luz do marco normativo referido – internacional, constitucional e legislativo, mas também dos precedentes jurisprudenciais – identificar e diferenciar a prática de tortura, de maus-tratos ou de lesões corporais no âmbito da violência doméstica, cuidando-se de tortura apenas nos casos de intenso sofrimento físico e/ou psíquico. A prudência hermenêutica, na linha exposta, permite harmonizar a severa reação à tortura, imperativo axiológico, devidamente modulado normativamente, com os ajustes tópicos na incessante busca do justo (da resposta proporcional), tarefa indeclinável da jurisprudência.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro, de Eduardo Luiz Santos Cabette, *RBCCrim* 59/287, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 7/351 (DTR\2006\836); e
- O direito à vida e o crime de tortura. regulamentação do inc. III do art. 5.º da Constituição Federal, de Vanessa Vieira de Mello – *RDCI* 28/89 (DTR\1999\301).

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 127-142. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013

A critique regarding criminal classification and how "organized crime" is addressed by the Penal Code Bill and by Law number 12.850/2013

Gamil Föppel El Hireche

Doutor em Direito Penal Econômico (UFPE). Membro da Comissão de Juristas, nomeado pelo Senado Federal, para atualização do Código Penal. Membro da Comissão de Juristas, nomeado pelo Senado Federal, para atualização da Lei de Execuções Penais. Agraciado com a Medalha do Mérito Legislativo, outorgada pela Câmara dos Deputados, em 2011. Professor Adjunto da FDUFBA. Professor da Faculdade Baiana de Direito, da Escola da Magistratura da Bahia, de Pernambuco e do Espírito Santo e da Escola Superior do TRF da 1.a. Região. Professor da Escola Superior da Advocacia em São Paulo e Pernambuco. Advogado.

Rudá Santos Figueiredo

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pelo Juspodivm-IELF.. Coordenador-adjunto da Pós-graduação em Ciências Criminais da Faculdade Baiana de Direito e do Curso Ciclo-SE. Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Direito. Advogado.

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo examina e critica a proposta de tipificação das figuras relativas ao denominado "crime organizado" contida no Projeto de Código Penal (PLS 236) e na Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013, observando que os novos tipos representam manifestações de Direito Penal de Emergência, de Direito Penal do Inimigo e de Direito Penal Simbólico. Defende-se que não há distinção entre o que se chama de "crime organizado" e a figura tradicional de "bando ou quadrilha", que já punia a conduta de quem se agrupava para cometer delitos.

Abstract: The article examines and criticizes the creation of new crimes to fight the so called "organized crime" by the Criminal Code Bill and number 12.850 law, noticing that these new crimes are a representation of Emergence Criminal Law, Symbolic Criminal Law and Criminal Law for Enemies. It defends that there are no differences between what is called "organized crime" and the traditional figure of "bando ou quadrilha", which have been punishing those who gang in order to perpetrate crimes.

Hireche, Gamil Föppel El; Figueiredo, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal - Direito penal de emergência - Direito penal simbólico - Direito penal do inimigo - Crime organizado - Projeto de Código Penal - Lei 12.850/2013.

KEYWORDS: Criminal Law, Emergence Criminal Law, Symbolic Criminal Law, Criminal Law for Enemies, Organized crime, Penal Code Bill, 6.578-B Bill, 12.850/2013 law.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O regramento proposto pelo Projeto de Código Penal ao assim denominado *Crime Organizado* - 3. Da inexistência de "crime organizado". Emergência, Direito Penal do Inimigo, Seletividade e Simbolismo: 3.1 O Direito Penal do Inimigo, Seletividade e o Crime Organizado: 3.1.1 Direito Penal de Emergência, Direito Penal do Inimigo e "Crime Organizado"; 3.1.2 Simbolismo e "Crime Organizado": 3.2 Considerações conclusivas acerca da inexistência de diferença ôntica entre formação de bando ou quadrilha ou associação criminosa e crime organizado e da consubstanciação de um discurso de direito penal do inimigo, simbólico de emergência no trato do tema - 4. Os equívocos do discurso oficial. Das conceituações de "crime organizado". Do estado atual das coisas. Críticas à tipificação proposta no Projeto de Código Penal. Da inexistência de uma possível conceituação de "crime organizado" ou "organização criminosa" que difira essencialmente do atual delito de "formação de bando ou quadrilha" ou do proposto "associação criminosa". Dos problemas encontrados na tipificação, violação à taxatividade, à proporcionalidade, à isonomia e ao *ne bis in idem*. Das tentativas doutrinárias de conceituação: 4.1 Críticas à tipificação proposta no Projeto de Código Penal. Da inexistência de uma possível conceituação de "crime organizado" ou "organização criminosa" que difira essencialmente do atual delito de "formação de bando ou quadrilha" ou do proposto "associação criminosa". Dos problemas encontrados na tipificação, violação à taxatividade, à proporcionalidade, à isonomia e ao *ne bis in idem*. Da equivocada fundamentação do discurso oficial; 4.2 O estado atual da questão da conceituação legal de "crime organizado" ou "organização criminosa" e a Lei 12.850/2013; 4.3 Das tentativas doutrinárias de conceituar "crime organizado". Categorização frustrada; 4.4 Notas conclusivas concernentes às críticas à tipificação proposta no Projeto de Código Penal - 5. Conclusões - 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O Projeto de Novo Código Penal, da lavra de comissão de juristas formada pelo Senado, ora tramitando nesta casa, propunha diversas e significativas mudanças no ordenamento pátrio, notadamente, no que concerne à seara criminal.

Dentre tais mudanças, observa-se que o Projeto reserva especial atenção ao denominado "crime organizado". Com efeito, o Novo Código Penal, aprovado conforme proposto pela Comissão do Senado responsável por sua elaboração, versa acerca de delitos denominados *associação criminosa*, *milícias* e de *organização criminosa*. Entrementes, estes delitos tiveram sua criação engendrada e antecipada pela Lei 12.850/2013, de sorte que tais figuras típicas foram, desde a promulgação desta lei, positivadas no ordenamento pátrio.

O tratamento dado à temática (com a tipificação de delitos a ser denominados *associação criminosa*, *milícia* e *organização criminosa*), sob o escopo de

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

enfrentar o que se convencionou chamar *crime organizado*, contudo, notadamente quanto à tipificação de *organização criminosa*, *permissa venia*, através de exame dos aspectos criminológicos e dogmáticos concernentes à questão, não está infenso a críticas, mas, pelo contrário, sequer deveria ser positivado.[1]

Efetivamente, o precípuo escopo deste artigo é examinar a proposta de tipificação contida no Projeto de Código Penal. Com, a promulgação da Lei 12.850/2013 impõe-se sejam examinados também os seus contornos, uma vez que delineia os contornos do combate ao "crime organizado" para os tempos vindouros, tendo criado, inclusive, consoante pretendera também o Projeto de Novo Código Penal, figuras de "associação criminosa" e de "organização criminosa", a fim de superar o antigo tipo de "formação de bando ou quadrilha".

2. O REGRAMENTO PROPOSTO PELO PROJETO DE CÓDIGO PENAL AO ASSIM DENOMINADO *CRIME ORGANIZADO*

O Projeto de Código Penal contém três figuras típicas diversas para proteger a paz pública, em combate à composição de grupos para cometer crimes e uma especial, relativa à união de pessoas para cometer tráfico de drogas. Deveras, estará previsto no art. 255 do Código, acaso seja aprovado o Projeto, o delito de *associação criminosa*, que restará consubstanciado na só conduta de associarem-se três ou mais pessoas com a finalidade de praticar crimes, *in verbis*:

"Associação criminosa

Art. 255. Associarem-se três ou mais pessoas, de forma estável e permanente, para o fim específico de cometer crimes:

Pena – prisão, de um a três anos, sem prejuízo das penas relativas aos crimes cometidos pela associação criminosa.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada".

A redação típica do art. 255, é certo, com a promulgação da Lei 12.850/2013, perdeu o objeto, uma vez que seu art. 24 assim versa:

"Art. 24. O art. 288 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

1. Em respeito ao leitor, deve-se registrar que, com muita satisfação, o primeiro autor deste texto integrou a comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto. Porem, apesar disso, obviamente, não concordou com todas as decisões da aludida comissão. No que diz respeito ao tratamento do crime organizado, inclusive, apresentou o único voto contrário à tipificação da matéria.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

'Associação criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente'" (NR).

É necessário mencionar que a "associação para o tráfico de drogas" consubstanciaria, na forma do Projeto, espécie singular de associação a ser tipificada no art. 216, e terá pena de 02 (dois) a 08 (oito) anos. Veja-se:

"Art. 216. Associarem-se três ou mais pessoas, de forma estável, para o fim específico de praticar qualquer dos crimes previstos nos artigos 212 a 214:

Pena – prisão, de dois a oito anos e pagamento de setecentos a mil e duzentos dias-multa.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada".

A alteração legislativa, no entanto, conforme já se tangenciou, não cessa nos pontos acima declinados, com o novo tratamento figurando no proposto art. 255. Com efeito, o Projeto de Código Penal insculpe regra tendente a tipificar a figura da *organização criminosa*, fazendo-o da seguinte forma:

"Organização criminosa

Art. 256. Organizarem-se três ou mais pessoas, de forma estável e permanente, para o fim específico de cometer crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos, mediante estrutura organizada e divisão de tarefas, com hierarquia definida e visando a auferir vantagem ilícita de qualquer natureza:

Pena – prisão, de três a dez anos, sem prejuízo das penas relativas aos crimes cometidos pela organização criminosa.

§ 1.º A pena aumenta-se até a metade se a organização criminosa é armada, se um ou mais de seus membros integra a administração pública, ou se os crimes visados pela organização tiverem caráter transnacional".

Assim, percebe-se que o tipo penal de "organização criminosa" se materializará, acaso aprovado o art. 256 conforme acima declinado, quando presentes as seguintes elementares: (A) Organizarem-se três ou mais pessoas (tipo objetivo que demanda quantidade de agentes inferior ao do tipo penal de bando ou quadrilha previsto no art. 288 do CP atual); (B) Estabilidade e permanência do grupo; (C) Escopo específico de cometer crimes para os quais seja cominada pena máxima igual ou superior a quatro anos; (D) Estrutura organizada; (E) Divisão de tarefas; (F) Hierarquia definida; (G) Finalidade de auferir vantagem.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Observa-se, assim, que o Projeto de Código Penal pretende dispor acerca do tratamento da fantasmagórica figura de "organização criminosa" através de tipo penal bastante semelhante àquele já contido na Lei 12.850/2013, salvo pela exigência de um número maior de pessoas nesta última (quatro ou mais) e pela inexistência de menção a *hierarquia* como elementar típica, embora se fale em "ordenação estruturada" do grupo como exigência:

"Art. 1.º, § 1.º. Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Art. 2.º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas".

O tipo penal de milícias, no Projeto, por sua vez, será figura qualificada do crime de organização criminosa, quando esta se destinar a estabelecer domínio ilegítimo sobre espaço territorial determinado, mediante violência ou grave ameaça, requerendo vantagens patrimoniais a título de prestar serviços de segurança, de luz etc. Eis o que dispõe a proposta da qualificadora:

"§ 2.º Se a organização criminosa se destina a exercer, mediante violência ou grave ameaça, domínio ilegítimo sobre espaço territorial determinado, especialmente sobre os atos da comunidade ou moradores, mediante a exigência de entrega de bem móvel ou imóvel, a qualquer título ou de valor monetário periódico pela prestação de serviço de segurança privada, transporte alternativo, fornecimento de água, energia elétrica, venda de gás liquefeito de petróleo, ou qualquer outro serviço ou atividade não instituída ou autorizada pelo poder público ou constrangendo a liberdade do voto.

Pena – prisão, de quatro a doze anos, sem prejuízo das penas relativas aos crimes cometidos pela organização miliciana".

Pena – prisão, de quatro a doze anos, sem prejuízo das penas relativas aos crimes cometidos pela organização miliciana.

Será superada, assim, a atual figura denominada "constituição de milícia privada", prevista no art. 288-A do CP, delito praticado por quem "Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código".

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Vê-se que o proposto tipo do art. 256, § 2.º, do Projeto, contém uma série de elementares outras para sua configuração (inclusive aquelas relativas à organização criminosa simples), pois apenas haverá crime de milícias se destinada a "organização criminosa" a: "a exercer, mediante violência ou grave ameaça, domínio ilegítimo sobre espaço territorial determinado, especialmente sobre os atos da comunidade ou moradores, mediante a exigência de entrega de bem móvel ou imóvel, a qualquer título ou de valor monetário periódico pela prestação de serviço de segurança privada, transporte alternativo, fornecimento de água, energia elétrica, venda de gás liquefeito de petróleo, ou qualquer outro serviço ou atividade não instituída ou autorizada pelo poder público ou constrangendo a liberdade do voto".

Ante a exposição e exame dos dispositivos propostos no Projeto de Novo Código Penal que a clássica figura do *bando ou quadrilha* seria superada, sendo adotadas novas nomenclaturas e regramentos derredor do comportamento de unir-se em coletividade para cometer crimes.

Antes, no entanto, do novo Código, a Lei 12.850 avançou por sobre o tratamento do "crime organizado", cunhando novos tipos e alterando o tratamento dos antigos bando ou quadrilhas, quanto ao *nomen juris* do delito (que passará a denominar-se "associação criminosa"); o número de pessoas necessário para incidência do tipo penal (três ou mais pessoas).

Ante tal quadro, premente examinar criticamente o Projeto quanto ao tratamento do chamado *crime organizado*. Outrossim, analisar a Nova Lei que o aborda.

Da fundamentação constante do Projeto, se depreende, em verdade, que "crime organizado" e "organização criminosa" (diversamente do que dispunha a Lei 9.034/1995, a qual entendia que formação de bando ou quadrilha ou organização ou associação criminosa de qualquer espécie seriam hipóteses de "crime organizado") são tratados como sinônimos e distintos da associação criminosa (que em sua maior parte se identifica com a "formação de bando ou quadrilha"). É dizer, a tipificação de "organização criminosa" puniria exatamente o comportamento que consubstanciaria "crime organizado" e, através desta, buscar-se-ia o combate a essa pretensa modalidade delitiva:

"A tipificação do crime de organização criminosa era uma exigência imposta a qualquer reforma do sistema penal, ante o compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro após aprovação pelo Congresso Nacional, por intermédio do Decreto Legislativo 231, de 29.05.2003, do texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (...). Ademais, com a tipificação proposta, diferencia-se com bastante rigor esse novo crime do atual crime de quadrilha ou bando, como previsto no vigente Código Penal em seu art. 288 e que, da forma como proposto, passará a ser tipificado no art.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

256. Importante ressaltar que a associação constituída de três pessoas com a finalidade de praticar crimes já caracteriza o delito, mas a proposta elementariza o tipo da quadrilha ou bando, nominando-o doravante como associação criminosa, com a necessária estabilidade e permanência, impedindo que se afirme a existência do referido crime apenas com o ato associativo".[2]

Quanto ao delito de associação criminosa, com efeito, se antes da promulgação da Lei 12.850, a modificação cingir-se-ia a alteração da denominação do crime e ao número de pessoas necessário a sua perfectibilização, com este novel diploma, não haverá alteração quanto a tal figura. A inovação central e principal, portanto, é a criação do delito de "organização criminosa" e de sua figura qualificada a "milícia", delitos estes dos quais a execução deverá ensejar a imposição de pena superior àquela prevista para o delito de "associação criminosa". Destarte, a legislação empresta ao comportamento de formação de "organização criminosa" maior desvalor que aquele emprestado à formação de "associação criminosa".

Nesse sentido, o Projeto abraça a Política Criminal de enfrentamento do denominado "crime organizado", fazendo-o através do entendimento de que existem grupos humanos que atendem os seguintes critérios (segundo os quais se teria "crime organizado" ou "organização criminosa"): (A) Organizarem-se três ou mais pessoas (tipo objetivo que demanda quantidade de agentes inferior ao do tipo penal de bando ou quadrilha previsto no art. 288 do CP atual); (B) Estabilidade e permanência do grupo; (C) Escopo específico de cometer crimes para os quais seja cominada pena máxima igual ou superior a quatro anos; (D) Estrutura organizada; (E) Divisão de tarefas; (F) Hierarquia definida; (G) Finalidade de auferir vantagem.

No entanto, em verdade, a positivação acima descrita se afigura como manifestação clara e inequívoca de Direito Penal do Inimigo, do Direito Penal de Emergência, com as marcas da seletividade e do simbolismo. Com efeito, trata-se de legislação que se apega na inexistente distinção entre o que se denomina "organização criminosa" e o que se entendia por "formação de bando ou quadrilha" e que passou a consubstanciar "associação criminosa".

Ao se perguntar ao texto por que a organização criminosa é diferente da associação, apenas se pode supor que é por: 1. a organização é pleonasticamente "organizada"; 2. a organização tem divisão de tarefas e hierarquia, em outras palavras, é, reitere-se, "organizada"; 3. a organização é diferente, pois se forma para cometer delitos cuja pena é maior e que tem por subjacente a finalidade

2. Disponível em: [www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas]. p. 357-358.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

de obter vantagem. O trabalho debruçar-se-á criticamente sobre estes aspectos ulteriormente, de antemão apenas observando a tautologia da conceituação, bem como o apego aos delitos outros que seriam cometidos, a revelar violação ao *ne bis in idem* e que, em verdade, a organização nada tem de diferente da associação, no que concerne ao seu eixo central, nada mais sendo sua tipificação do que medida simbólica de trato dos grupos formados para cometer crime, com a criação de delito com pena muito maior, como se fosse essa Política Criminal a panaceia dos problemas pátrios.

Antes disso, contudo, examinar-se-ão as questões atinentes ao Direito Penal do Inimigo,[3] ao Direito Penal de Emergência, ao simbolismo, que são pontos que denotam exatamente o porquê de a lei não conseguir tipificar acertadamente um delito de "organização criminosa" essencialmente distinto do delito de "associação criminosa" (consoante o texto proposto).

Em verdade, o tratamento de "organização criminosa" perpassa a questão do Direito Penal do Inimigo, com a eleição de determinados grupos de criminosos, os "organizados", como pessoas a serem combatidas, notadamente através da (necessária, segundo o discurso legitimador deste combate) diminuição dos seus direitos, surgindo um direito ao combate; da seletividade, pois pressuposta do Direito Penal do Inimigo, como elemento necessário à formação exatamente dos inimigos a serem combatidos; do Direito Penal de Emergência, pois a positivação cada vez mais de regras que recrudescem o sistema penal, em razão de fatos (ainda que isolados) instigadores da opinião e insatisfação públicas; do simbolismo penal, pois ao revés de adotar uma Política Criminal de tratamento das causas da criminalidade, sempre se recorre ao reforço ao Direito Penal e à diminuição de direitos e garantias, o que não, *per se*, não soluciona nem os efeitos e nem a origem dos delitos.

3. DA INEXISTÊNCIA DE "CRIME ORGANIZADO". EMERGÊNCIA, DIREITO PENAL DO INIMIGO, SELETIVIDADE E SIMBOLISMO

Através deste *paper*, são suscitadas questões acerca da figura do "crime organizado", que denotam que o tratamento destinado a esse símbolo e toda a Política Criminal ao seu derredor, em verdade, consubstanciam manifestação do Direito Penal do Inimigo e do Direito Penal de Emergência, com toda a carga de simbolismo e seletividade que acompanham estas degenerescências. Com base em tais

3. HIRECHE, GAMIL FÖPPEL EL. Análise Criminológica das Organizações Criminosas. Da Inexistência à impossibilidade de conceituação. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

constatações, critica-se a tipificação das condutas de milícia, associação criminosa e organização criminosa na Lei 12.850/2013 e no Projeto de Código Penal.

Deve-se, portanto, entender a relação entre os discursos penais acima mencionados e a temática do "crime organizado". Sobre este ponto, já se viu que o Projeto de Código, como a Lei 12.850/2013, no tratamento do "crime organizado", manteve (com redução quantitativa da elementar típica da plurissubjetividade e dando-lhe o nome de "associação criminosa") a tipificação do tradicional delito de "formação de bando ou quadrilha", mas criando o delito chamado de "organização criminosa".

3.1 O direito penal do inimigo, seletividade e o crime organizado

Inicialmente, no direito pátrio, sabe-se que o tratamento dado ao chamado "crime organizado" se deu através das Leis 9.034/1995 e 10.217/2001. Entrementes, sempre houve e continua havendo diversas dificuldades quanto ao tratamento dado a esta suposta figura. O Projeto de Código Penal e a Lei 12.850/2013 não são diferentes, conforme se verá, pretendendo a positivação de tipo penal de maneira, *data venia*, deficitária e equivocada. Trata-se, no entendimento albergado neste trabalho de dificuldade intransponível, decorrente em verdade da inexistência de uma conceituação ôntica do que se pode denominar "crime organizado". Deveras, o discurso acerca do "crime organizado" ou de "organização criminosa", em verdade, trata de figura não diferente do tradicional tipo de "formação de bando ou quadrilha" (art. 288 do CP) ou da novel "associação criminosa" inaugurada pela Lei 12.850, com os contornos gongóricos que lhe dão discursos de emergência, simbólicos e de Direito Penal do Inimigo.

É bem verdade que as Leis supramencionadas (9.034/1995 e 10.217/2001), ao contrário do Projeto de Novo Código Penal e da Lei 12.850/2013, jamais intentaram positivar normas penais incriminadoras, não contendo qualquer conceituação do que seria "crime organizado", criando, contudo, paradoxalmente, sistema investigatório amplo (de combate), no qual se permitem diversas violações a direitos das pessoas, em casos em que esta não-conceituada figura se fizesse presente.[4-5]

4. Cf. HIRECHE, Gamil Föppel El. *Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio: manifestação do direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. passim.

5. Neste passo, convém invocar o próprio art. 1.º da Lei: "Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

De toda sorte, é certo que desde a Lei 9.034/1995 o direito brasileiro já tem em si regramento que o aparelha para combater o "crime organizado", mencionando em seu art. 1.º que seriam espécimes desta pretensa prática delitiva "ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo". Assim, o crime organizado se dividiria em: 1. quadrilha ou bando; 2. associação criminosa; 3. organização criminosa.

Consoante acima exposto, o Projeto de Novo Código Penal disporá sobre o "crime organizado" de maneira distinta àquela das Leis 9.034/1995 e 10.217/2001, através da tipificação dos delitos de "associação criminosa" (que englobará a conduta hoje tipificada através do art. 288 – formação de bando ou quadrilha) e de "organização criminosa".

Nessa trilha, é certa a necessidade de examinar a (in)existência de "crime organizado" ou "organização criminosa" (consoante o Projeto de Código Penal e a Lei 12.850) sob o ponto de vista ontológico. Reitere-se que, evidentemente, não se pode negar que as pessoas, por vezes, se unem com o fito de cometer delitos e que esses grupos, naturalmente, se organizarão com o fito de cometer tais infrações; no entanto, tal comportamento é perfeitamente representado pela figura da "associação criminosa" ou, no passado, pelo crime de "formação de bando ou quadrilha". Assim, deve-se consignar que não se questiona a existência de quadrilhas ou bandos que pratiquem crimes, ou, ainda, a existência de associações criminosas.[6] A questão que se impõe é se existe ou não esta "entidade", conhecida como "crime organizado" ou "organização criminosa" (uma que vez que o Projeto de Código Penal e a Lei 12.850/2013 identifica "formação de bando ou quadrilha" e "associação criminosa"), que diferiria das clássicas figuras atinentes a bandos, quadrilhas e associações.

É incontestável que existem grupos que praticam delitos, mas, para estes, sempre existiu a figura do delito de *formação de bando ou quadrilha* e, em razão da Lei 12.850/2013, ora existe o delito de *associação criminosa*. Resta saber, portanto, se há ou não uma categoria de "crime organizado", distinta da figura básica de *associação criminosa*, a reclamar, assim especificidades de tratamento jurídico.

O "crime organizado" ou as "organizações criminosas", como conceito dissociado da figura já existente e punível da formação de bando ou quadrilha,

---

ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo". (grifo nosso)

6. Como previstas, por exemplo, na lei 6368/76.

ao que tudo indica, é manifestação de um discurso de emergência do Direito Penal, de Direito Penal Simbólico e de Direito Penal do Inimigo.

Fato é que existe no trato da questão do "crime organizado" ou das "organizações criminosas" um discurso oficial, no qual se consigna referência a uma pretensa proteção de bens jurídicos e um discurso escamoteado, um discurso de combate a certas classes de pessoas, certos grupos de pessoas. Estes grupos seriam, consoante tal discurso, diferentes dos *bandos*, *quadrilhas* ou *associações criminosas* como o conhecemos, seriam representantes do "crime organizado", reclamando, pois, maiores punições para seus comportamentos e diminuição de direitos para sua investigação, julgamento e condenação.

Inicialmente, observa-se que o combate ao "crime organizado" está indelevelmente ligado ao chamado Direito Penal do Inimigo, sobretudo considerando a utilização cada vez mais do rigor penal e da diminuição de direitos como Política Criminal. Seguramente, a maior manifestação do Direito Penal do Inimigo se relaciona com as próprias organizações criminosas.

O Direito Penal do Inimigo, como consabido, é, em verdade, o não-direito dos não-cidadãos, das não-pessoas, ou, conforme a própria tese que o alberga: dos inimigos. É o direito de combate aos inimigos. Conforme preconiza Jakobs, é a manifestação da violência estatal em combate às pessoas incomuns, aos que, mais do que udelinquentes, seriam inimigos da ordem posta.[7] O inimigo é punido pelo que é, e não pelo que faz, por sua perigosidade e não por sua culpabilidade, devendo ser combatido antes mesmo que aja. Isto é uma forma de manifestação do simbolismo jurídico-penal. Essencialmente, o Discurso do

7. Sobre esta aspecto, convém notar que, para Jakobs, o fim do direito penal seria não a proteção de bens jurídico-penais, mas o corroborar da vigência da norma. A noção é repercussão da adoção de uma ideal de prevenção geral positiva da pena (efetivado na ratificação da ordem social e reforço da fidúcia no direito vigente enquanto regulador das condutas em sociedade), uma vez que como Jakobs afirma: "El Derecho Penal tiene por misión garantizar la identidad dela sociedad. Esto se lleva a cabo tomando el hecho punible en su significado, como aportación comunicativa, como expresión de sentido, y además, respondiendo ante él. Por medio de su hecho el autor se aferra a la afirmación de que su comportamiento, esto es, la defraudación de una expectiva normativa, se encuadraría dentro de los comportamientos que son válidos, y así, pues, la expectativa normativa em cuestión sería para la sociedad un accesorio no relevante. Mediante la pena se declara en contra de esta afirmación, que esto no es así, que por el contrario, el comportamiento defraudador no pertenece, ni antes ni ahora, a aquella configuración social que hay que tener en cuenta" (JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid, Civitas Ediciones, 2004, p. 75).

Direito Penal do Inimigo é simbólico, pois apela para o lado imaginário das pessoas, para os seus medos e frustrações, para a necessidade de se resguardarem dos estranhos, dos diferentes.

Contudo, cumpre indagar: quem é o inimigo? Efetivamente, antes de combater o inimigo, é preciso identificá-lo, rotulá-lo, demarcá-lo como perigoso. Inimigo, consoante a arguta lição de Jock Young é o outro, são os demônios, são os marginais, é aquele que difere dos detentores do poder e desafia a ordem por eles impostas ou o equilíbrio de forças que conduzem à manutenção das posições sociais.[8] Se de um lado estão os demônios, os ímpios, do outro estão os sacralizados, os cidadãos de bem, no que se percebe a existência, claramente, do papel de controle social do Direito Penal, seja sob o ponto de vista simbólico (selecionando pessoas, representando uma resposta palatável e nem sempre adequada aos medos por muitas vezes engendrados e incutidos no meio social com relação a demônios que põem em risco a continuidade da comunidade) ou do monopólio da violência, de uma camada social sobre as outras, de algumas pessoas sobre outras.

Com efeito, conforme dantes tangenciado, trata-se, em verdade, de um não-direito, do regramento atinente ao combate aos inimigos. Ele refoge à idéia de pessoa: passa a coisificar e materializar, personifica e encarna a necessidade de lutar, de reprimir. Veja-se a respeito o que diz Jakobs: "*Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona*".[9] Jakobs, através da racionalização do Direito Penal do Inimigo entende que os inimigos por sua perigosidade, não podem ser tratados como cidadãos: é um não-direito, portanto, ao inimigo, mas um direito ao combatente, um direito a quem combate o inimigo, um direito de pura coação física, um direito à guerra.[10] Trata-se, portanto, o Direito Penal do Inimigo de manifestação do Direito Penal do Autor, o qual se contrapõe ao Direito Penal do Fato, uma vez que se volta à punição de pessoas pelo que são e não pelo que fizeram.

Pesa notar que as ponderações acima efetivadas se adéquam perfeitamente ao discurso de combate às organizações criminosas. De fato, em relação ao "crime organizado", são afastadas diversas garantias processuais, máxime

8. YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

9. JAKOBS JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal Del Enemigo*. Madri: Civitas Ediciones, 2003, p. 40.

10. *Idem Ibidem*, p. 33.

porque, neste caso, as normas protetivas, por se tratarem de criminosos, de inimigos, não vigem. E são afastadas essas garantias, porque é necessário combater os "criminosos organizados", estes que não adentram pretensamente em um estado de cidadania, são os inimigos do Estado, havendo até quem diga que pretendem formular um Estado paralelo. Um exemplo muito claro disso é, no Brasil, o já existente Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que, viola as garantias fundamentais em nome do combate aos inimigos, em nome do combate aos "criminosos organizados". Também as tipificações sobre as quais se debruça este trabalho são exemplificadoras do que ora se aduz: têm proposta penalizadora severa, para um comportamento carente de esteio ontológico, conforme se verá através de análise detida do texto e das tentativas de conceituação do fenômeno.

Se um discurso como o do Direito Penal do Inimigo, conquanto apresente tantos problemas, continua a ser empregado, é porque, seguramente, há algum interesse, há alguma finalidade na sua aplicação. Trata-se, a toda evidência, o Direito Penal do Inimigo do instrumento perfeito para dominação social: através de fundamentos simbólicos, do temor das pessoas dos "demônios", resta legitimada a violência estatal de maneira desmedida, ilimitada, desproporcional. Claramente, o Direito Penal do Inimigo evidencia um não-direito do combatido e, outrossim, o direito do combatente de persegui-lo e inocuizá-lo antes mesmo que qualquer pretenso, imaginado (ou não), conjecturado (ou não), ato lesivo venha a ocorrer.

Se o Direito Penal, essencialmente, é seletivo, o Direito Penal do Inimigo representa a mais alta carga de seletividade que se pode pensar, como veículo de exclusão de pessoas (e não de comportamentos), selecionando, pois, inimigos e veiculando o direito de combatê-los. Destarte, o Direito Penal do Inimigo, cuja manifestação mais nítida é o combate às organizações criminosas, não é um mal para quem o defende, antes disso, ele representa uma exitosa tarefa. Nessa trilha, premente observar que a análise histórica permite demonstrar que o discurso do Direito Penal do Inimigo é um discurso de controle social. Elege-se o inimigo, para, em seguida, passar a combatê-lo. Quem escolhe os inimigos é, em última análise, aquele que tem o poder e apenas agrega, assim, para si mesmo, maior poderio, sempre avançando por sobre os inimigos e legitimando o combate pelo combate, legitimando o monopólio da força e seu uso desmedido em prol de uma pretensa proteção. No império romano, os demônios, os inimigos, os criminosos organizados eram os bárbaros; no feudalismo, os despossuídos de terra e os sarracenos; nas grandes navegações, as nações que pretendiam competir com a Inglaterra; na fase da bipolaridade econômica mundial, eram os comunistas; mais recentemente, os

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

inimigos maiores são os da máfia japonesa, colombiana e, ainda mais recentemente, a criminalidade dos árabes. Na Alemanha, sobre as origens históricas do combate aos inimigos, tem-se principalmente III Reich, para além de outras demonstrações.[11-12]

Como cediço, atualmente, os EUA seleciona os inimigos e, em nome de pretensa cooperação ao combate à criminalidade organizada, utiliza sua máquina de guerra, inclusive com a ocupação de territórios. Assim foi na invasão ao Iraque, na Guerra em que envolveu o Paquistão, na Invasão aos países americanos etc. Não se pode deixar de observar, nesse sentido, a vigência do Patriot Act (promulgado em 2001), que contém diversas medidas voltadas ao combate do terrorismo.

Destarte, o discurso do Direito Penal do Inimigo é um discurso de separação de pessoas, de seleção das vítimas do poder de punir. Ou seja, o discurso tem uma finalidade: separar classes, a função do Direito Penal do Inimigo é, sobretudo, política. Neste passo, ainda em aproximação ao problema, convém invocar M. Isabel Sánchez García da Paz, que reconhece, desde o início da criminalização do "crime organizado" que se estuda, esta função escamoteada.[13]

---

11. RIPOLLES, Quintano. *El Derecho, valor de cultura*. Madrid, 1966, p. 39 e ss.

12. Nesse sentido, Juarez Cirino identifica que: "O discurso sobre crime organizado é um antigo discurso do poder contra inimigos internos com diferentes denominações, como indicam situações históricas conhecidas. O Novo Testamento informa que a doutrina de Cristo ameaçava o poder dos sacerdotes do Templo – e apesar de dizer que seu Reino não era deste mundo e que deviam dar a César o que era de César, foi crucificado. Quando Cristo chega ao poder como cristianismo da Igreja Católica, o inimigo interno é o herege: as fogueiras da Inquisição queimaram milhares de hereges na Idade Média, como mostra *O nome da Rosa*, de Humberto Eco, por exemplo. No Brasil-Colônia os inimigos internos eram os libertadores: enforcaram Tiradentes, líder do crime organizado contra a Coroa portuguesa. Sob o fascismo, os judeus eram a nova face do crime organizado – e o resultado foi o holocausto. No período das ditaduras militares do Brasil, Argentina e Chile, por exemplo, os comunistas são os inimigos internos – como resultado, as prisões, a tortura e os assassinatos em massa. Hoje, as ossadas descobertas no Brasil, as mães da Plaza de Mayo na Argentina e o processo contra Pinochet no Chile mostram onde estava o crime organizado – ou quem eram os verdadeiros criminosos" (SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime Organizado. *RBCCrim*, n. 42, ano 11. jan.-mar. 2003. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 214).

13. PAZ, M. Isabel Sanchéz Gacía. Función político criminal del delito de associación para delinquir. desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado. *Homenage al Dr. Marino Barbero Santos*. Cuenca: Ediciones Universidad Salamanca, 2001. p. 646.

3.1.1 *Direito penal de emergência, direito penal do inimigo e "crime organizado"*

Efetivamente, o Direito Penal do Inimigo veicula o discurso de dominação perfeito em períodos de emergência, em que a sociedade clama por combate ao crime e aos criminosos, notadamente, a sociedade de riscos hodierna, quando se vê solapada por delitos graves ou pelo medo. Através do Direito Penal do Inimigo, a pretexto de combater os inimigos, o poder de punir transborda e os direitos e garantias das pessoas são engolfados por seus deletérios efeitos. Afinal, consoante esta linha intelectiva, não há limites para a obtenção de segurança, a um direito, em verdade, ao combate, um direito do combatente contra o inimigo.

A mídia e a denominada opinião pública, nesse diapasão, obtêm papel fulcral na Política Criminal, porquanto, consoante anota Baratta, a relação entre população e Estado passa a se dar tecnocraticamente, de sorte que a atividade política se torna um espetáculo, no qual não vigora a satisfação das necessidades reais do povo, mas meramente da denominada "opinião pública".[14] Hoje, pode-se assistir a crimes que ocorrem a muitos quilômetros de distância: a queda das torres gêmeas, o atentado na Espanha, o *antrax*, a morte de uma personalidade, enfim, os problemas, conquanto geograficamente distantes, cada vez mais fazem parte do cotidiano das pessoas, da sua realidade.

Quanto às "organizações criminosas", o discurso do risco e da emergência é ainda mais aplicado. Veja-se, por exemplo, que, quando da edição da Lei 9.034/1995, foram criadas as figuras do grampo ambiental, do agente infiltrado, do juiz inquisidor, da delação premiada, da obrigatoriedade do regime inicial fechado e a proibição de apelar em liberdade, que configuram exceções ao Processo Penal tradicional, para atender a necessidade de enfrentar essa nova "emergência", que, algum dia, se tornará obsoleta, sendo necessária uma nova forma de tutela a bens e interesses, invasiva e violadora das garantias fundamentais.

3.1.2 *Simbolismo e "crime organizado"*

A figura do "crime organizado", como já se viu, é marca da seletividade inerente ao Direito Penal do Inimigo. Nada obstante, para além de configurar o etiquetamento acima descrito, ocasionando a diminuição das garantias, em verdade, não se tem em seu bojo a reação estatal efetiva contra os crimes cometidos no seio social, senão uma medida simbólica. Deveras, para além das concepções declaradas ou explícitas da pena em relação à "criminalidade

14. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista do IBCCrim*, ano 2, 1994. p. 22.

organizada", que tendem a uma determinada finalidade, existe outra "função" – não declarada – em relação às penas: a de incutir, nas pessoas, uma aparência de tranquilidade, de segurança. Justifica-se a redução de garantias individuais, cada vez mais, numa ótica de prevenção geral, ou seja, reduzem-se os direitos fundamentais em nome da segurança coletiva.

Deveras, para a generalidade das pessoas, a existência ou a promulgação de uma lei parecem ter o condão de fazer com que os crimes deixem de ocorrer, razão pela qual se passaria, enfim, a ter a tão sonhada e almejada segurança. Entretanto, embora a cada dia mais surjam novas e recrudescidas leis penais, paradoxalmente, tudo continua como antes, sem alterações substanciais, sem mudanças de fundo.

É através deste simbolismo da intervenção penal, da aparência mastodôntica que essa seara secular detém, que o Estado passa ao largo de uma efetiva Política de Segurança Pública, para deter-se simplesmente em uma Política Criminal de emergência, sempre aumentando penas, sobrelevando a intervenção penal, restringindo direitos comuns a todas as pessoas, todas as vezes que um fato (ainda que isolado) assombre a comunidade.[15] A função simbólica, portanto, retira o foco de preocupação das pessoas com o que o Estado deveria se preocupar, exemplificativamente: saúde, educação, distribuição de renda. A crença é de que o Direito Penal será a panaceia para os problemas. Nesse contexto, um Estado inoperante consegue passar, para os cidadãos, uma imagem de força, de trabalho, de empenho, de proteção. É indispensável, no entanto, que se abandone este falacioso discurso de promover uma falsa segurança.

No Brasil, são vários os exemplos da simbólica legislação de emergência, que repousa seus olhos por sobre os inimigos da paz social. Destaca-se, é certo, a lei dos crimes hediondos, mas não só. Deveras, cada vez mais este "simbolismo" penal dá contornos ao ordenamento, no que se destaca o tratamento da fantasmagórica figura da "criminalidade organizada" e com tudo que dela deriva, como o famigerado e malfadado RDD (iniciais do Regime disciplinar diferenciado, criado por conduto da Lei 10792/2003), voltado, sobretudo, para as "organizações criminosas".

O Projeto de Código Penal, ao propor a tipificação de "organização criminosa" segue esta equivocada trilha. O discurso derredor da "criminalidade organizada" e de suas figuras se insere exatamente nessa contextura penal

15. DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. *Discursos sediciosos crime, direito e sociedade*, n. 12, ano 7, 2.º semestre de 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 123.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

de Emergência, e de funcionalidade simbólica. Tanto por isso, não é de embasbacar que, em que pese à existência de diploma legislativo com medidas investigativas que seriam permitidas em desfavor das ditas "organizações" ou "associações", não havia até recentemente em qualquer lei sequer o conceito do que seria "crime organizado", "organização criminosa" ou "associação criminosa". Ora, a Lei serviu exatamente a sua função, apaziguar, criar uma falsa sensação de segurança contra um inimigo demonizado e não tratado em sua exata dimensão, seja no que concerne aos seus contornos ou nas suas causas. Efetivamente, a simbologia jurídico-penal atende a funções não-declaradas do poder de punir, promovendo não só a inflação do poder de punir, do poder do Estado de intervir em nas esferas individuais das pessoas (notadamente, aquelas que o desagradam, ou aquelas que são objeto do dissabor da mídia), como também retirando o foco, ainda que momentaneamente, dos reais problemas.

O Estado, verdadeiramente, quer fazer crer nas pessoas em sociedade que um grupo de 4 (quatro) ou mais pessoas (na nova Lei, 03 – três – ou mais) é capaz de abalar toda a paz social, como se ele Estado, detentor da potestade, fosse incapaz de lidar com estes grupos sem se valer da diminuição de direitos e de legislação pirotécnica, acaso a união de pessoas seja organizada, com hierarquia, divisão de tarefas e a finalidade seja cometer delitos cuja pena máxima seja igual ou superior a 04 (quatro) anos e que os delitos tenham por finalidade a obtenção de vantagens de qualquer natureza (grupos de extermínio, por exemplo, não seria organização criminosa). Tanto pior, por diversas vezes, a pecha de "crime organizado" recai sobre grupos absolutamente carentes de qualquer tipo de cariz organizacional, e Estado e mídia querem fazer crer que essas pessoas estão pondo em risco a ordem jurídica, devendo ser privadas do mínimo tratamento humano no cárcere (como no RDD).

De fato, o ordenamento pátrio já reflete a tendência que acabamos de expor, seja através do RDD, da Lei de Crimes Hediondos etc., sem que se perceba que a criminalidade não cede, que o tratamento das questões criminais não perpassa o recrudescimento do tratamento legal. O Projeto de Código Penal e a Lei 12.850/2013 recaem exatamente nas falácias e armadilhas do discurso simbólico, se debruçando sobre comportamentos essencialmente idênticos ao tradicionalmente denominado formação de *bando* ou *quadrilha*, para recrudescer o tratamento dado a certos delitos, os delitos dos inimigos, como se verá ao observar que a diferenciação entre "organização criminosa" e "associação criminosa" (que, basicamente, tem o mesmo contorno do atual delito de "formação de bando ou quadrilha", apenas diminuindo a exigência concernente à sua elementar plurissubjetiva).

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

3.2 Considerações conclusivas acerca da inexistência de diferença ôntica entre formação de bando ou quadrilha ou associação criminosa e crime organizado e da consubstanciação de um discurso de direito penal do inimigo, simbólico de emergência no trato do tema

Conforme acima suscitado, a categorização "crime organizado" não tem respaldo ontológico, valendo-se dos mecanismos e fundamentos do Direito Penal do Inimigo, para, nas situações de Emergência, veicular programas de Política Criminal simbólicos, que não só ampliam o poder de punir do Estado e de quem detém seu controle, como, em verdade, apenas servem a uma falsa sensação de segurança, embora as causas da criminalidade não sejam efetivamente atacadas.

Assim o recrudescimento da legislação penal é cíclico, com a participação até dos veículos de comunicação de massa, com a difusão do medo, até que haja uma nova emergência, situação esta que demandará mais etiquetas e/ou diminuições de direitos, sem que com isso haja a solução do problema da criminalidade.

As disposições do Projeto e da Lei 12.850/2013 serão pormenorizadamente examinadas adiante, mas, antes de tudo, era necessário tecer as considerações atinentes ao simbolismo, o direito penal de emergência e o direito penal contra o inimigo, que denotam a degenerescência do tratamento penal dado a certos comportamentos.

4. OS EQUÍVOCOS DO DISCURSO OFICIAL. DAS CONCEITUAÇÕES DE "CRIME ORGANIZADO". DO ESTADO ATUAL DAS COISAS. CRÍTICAS À TIPIFICAÇÃO PROPOSTA NO PROJETO DE CÓDIGO PENAL. DA INEXISTÊNCIA DE UMA POSSÍVEL CONCEITUAÇÃO DE "CRIME ORGANIZADO" OU "ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA" QUE DIFIRA ESSENCIALMENTE DO ATUAL DELITO DE "FORMAÇÃO DE BANDO OU QUADRILHA" OU DO PROPOSTO "ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA". DOS PROBLEMAS ENCONTRADOS NA TIPIFICAÇÃO, VIOLAÇÃO À TAXATIVIDADE, À PROPORCIONALIDADE, À ISONOMIA E AO *NE BIS IN IDEM*. DAS TENTATIVAS DOUTRINÁRIAS DE CONCEITUAÇÃO

A tipificação do delito de "organização criminosa" conforme propõe o Projeto de Código Penal é passível de diversas críticas, que conduzem à conclusão de que não deveria ser positivada. Também aquela contida na Lei 12.850/2013 padece de problemas, problemas estes, inclusive, bastante semelhantes àqueles encontrados no Projeto de Código. Este tópico se amalgama exatamente com

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

o posicionamento já acima encartado e explanado, segundo o qual não existe "*crime organizado*", como algo dissociado do que se entende por *associação criminosa*. Tem-se, em verdade, uma categorização frustrada e decorrente de sos-laios de Direito Penal do Inimigo, Direito Penal de Emergência e simbolismo.

É necessário salientar, antes de iniciar os pontos atinentes a este tópico, que, evidentemente, a questão da existência é, de fato, prejudicial à conceituação. Decerto, não se pode conceituar algo que inexiste. É dizer, não se pode conceituar o "crime organizado" ou as "organizações criminosas" como algo distinto dos "bandos ou quadrilhas" ou das "associações criminosas", porque não existe essa distinção.[16] A conceituação será, assim, inarredavelmente, equivocada, como espelho da própria inexistência do que se pretende conceituar. De toda sorte, impende examinar os conceitos já empregados a "organização criminosa", a "crime organizado", até mesmo para demonstrar a equivocidade do tratamento especial que se dá a estas manifestações do Direito Penal do Inimigo.

Nesse diapasão, não se pode ignorar as visões opostas à ora albergada, que entendem existentes as "organizações criminosas" como figuras de diferentes dos "bandos" e "quadrilhas". Destarte, embora se advirta que, no entendimento deste artigo não existe "crime organizado" ou "organizações criminosas", senão como grupos idênticos às "associações criminosas" (consoante a proposta de novel terminologia contida no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013), mas simplesmente selecionados, demarcados, deturpados e, após, combatidos como se distintos fossem, deve-se examinar as tentativas de fazê-lo, com enfoque nos tipos penais que o Projeto de Código Penal.

4.1 Críticas à tipificação proposta no Projeto de Código Penal. Da inexistência de uma possível conceituação de "crime organizado" ou "organização criminosa" que difira essencialmente do atual delito de "formação de bando ou quadrilha" ou do proposto "associação criminosa". Dos problemas encontrados na tipificação, violação à taxatividade, à proporcionalidade, à isonomia e ao ne bis in idem. *Da equivocada fundamentação do discurso oficial*

O Projeto de Código Penal, como acima salientando, propunha a criação do delito "associação criminosa", que restaria consubstanciado com a união permanente de 03 (três) ou mais pessoas para cometer crimes. Seria alterado

16. SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime Organizado. In: *Direito Penal e Direito Processual Penal Uma Visão Garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 147.

assim o tradicional delito de "formação de bando ou quadrilha", crime este, no entanto, que, como já visto, já conta com novos contornos (inclusive com a nova nomenclatura proposta pelo Projeto de Código), a partir da validade da Lei 12.850/2013. Por outro lado, para o trato, efetivamente, do "crime organizado", o Projeto propõe a tipificação do delito de "organização criminosa", consoante já foi possível demonstrar, delito tipificado, outrossim, pela Lei 12.850/2013.

O delito de "associação criminosa", consoante a proposta, restará inserto no art. 255 do CP. Será idêntico ao delito de "associação criminosa" conforme tipificado pela Lei 12.850/2013. Veja-se, novamente o seu teor:

Associação criminosa

"Art. 255. Associarem-se três ou mais pessoas, de forma estável e permanente, para o fim específico de cometer crimes:

Pena – prisão, de um a três anos, sem prejuízo das penas relativas aos crimes cometidos pela associação criminosa.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada".

Há, ainda, o delito de "associação para o tráfico de drogas", que seria tipificado pelo art. 216:

"Art. 216. Associarem-se três ou mais pessoas, de forma estável, para o fim específico de praticar qualquer dos crimes previstos nos artigos 212 a 214:

Pena – prisão, de dois a oito anos e pagamento de setecentos a mil e duzentos dias-multa.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada".

Originariamente, "organização criminosa", por sua vez, consoante o Projeto de Novo Código Penal, seria tipificado através da positivação do art. 256, nos seguintes termos:

Organização criminosa

"Art. 256. Organizarem-se três ou mais pessoas, de forma estável e permanente, para o fim específico de cometer crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos, mediante estrutura organizada e divisão de tarefas, com hierarquia definida e visando a auferir vantagem ilícita de qualquer natureza:

Pena – prisão, de três a dez anos, sem prejuízo das penas relativas aos crimes cometidos pela organização criminosa.

§ 1.º A pena aumenta-se até a metade se a organização criminosa é armada, se um ou mais de seus membros integra a administração pública, ou se os crimes visados pela organização tiverem caráter transnacional".

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Contudo, o Projeto que ora tramita sofreu mudanças por intervenção do Senador Vital do Rego, de sorte que a figura típica passaria a contar com a seguinte redação:

"Art. 260. Organizarem-se três ou mais pessoas, de forma permanente, para o fim específico de cometer crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos, mediante estrutura organizada e divisão de tarefas, com hierarquia definida e visando a auferir vantagem ilícita de qualquer natureza:

Pena – prisão, de três a dez anos, sem prejuízo das penas relativas aos crimes cometidos".

Nessa linha, a estabilidade da dita "organização" se torna relevante para fins de configuração da prática delitiva, consoante tipificação engendrada pelo legislador. De outra banda, através da alteração no Projeto promovida pelo referido Senador, se tornou possível a existência de concurso material entre o delito de "organização criminosa" e o futuro delito de "terrorismo".

Consoante dantes salientado, ante tal quadro, a "organização criminosa" se materializará quando presentes as seguintes elementares: (A) Organizarem-se três ou mais pessoas (tipo objetivo que demanda quantidade de agentes inferior ao do tipo penal de bando ou quadrilha previsto no art. 288 do CP atual, mas idêntica àquela encontrada no delito de "associação criminosa" que o substituirá); (B) Permanência do grupo; (C) Escopo específico de cometer crimes para os quais seja cominada pena máxima igual ou superior a quatro anos; (D) Estrutura organizada; (E) Divisão de tarefas; (F) Hierarquia definida; (G) Finalidade de auferir vantagem de qualquer natureza. Este delito, consoante o Relatório Final do Projeto, foi pensado para o enfrentamento do "crime organizado"

A diferença, pois, entre "organização criminosa", o delito pensado para o combate ao "crime organizado" (ou seja, o representante do "crime organizado" enquanto figura típica), e "associação criminosa", residiria, supostamente, nas seguintes elementares: (A) escopo específico de cometer crimes para os quais seja cominada pena máxima igual ou superior a quatro anos; (B) estrutura organizada; (C) divisão de tarefas; (D) hierarquia definida; (E) finalidade de auferir vantagem. Ponto por ponto, se demonstrará, nessa trilha, a ilegitimidade e o equívoco da diferenciação.

Inicialmente, é preciso refletir acerca da seguinte elementar: estrutura organizada. Sobre este ponto, observa-se clara tautologia na redação do artigo, que pode ser resumida na seguinte frase: a organização criminosa seria organização, porque é organizada. Trata-se de elementar que não pode idoneamente servir, portanto, para diferençar "associação criminosa", mesmo porque carece

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

completamente de definição clara, a violar, portanto, o princípio da taxatividade ou da legalidade estrita.[17]

É claro que se poderia pensar que o Projeto e a Lei 12.850/2013, simplesmente, recai em redundância, e, quando trata da questão da "organização" das "organizações", versa, em verdade, sobre as elementares seguintes: 1. hierarquia; 2. divisão de tarefas.

Sucede que os tradicionais bandos ou quadrilhas (ou associações criminosas como tipifica a Lei 12.850/2013) podem ter hierarquia e divisão de tarefas. Nesse sentido, importa anotar que grupos deste jaez se formam para, permanentemente, planejar cometer crimes e executá-los, atividades estas que apenas não pressupõem hierarquia e divisão de tarefas, pois é possível a existência de bandos rudimentares, contudo, são admitidas e naturais com a continuidade dos grupos, que, considerando seu intento, cada vez mais quererão obter eficiência em suas atividades. Historicamente, frise-se, bandos e quadrilhas foram notórios por seus chefes, ou seja, em razão da hierarquia[18] que as impregnava. Por oportuno, aliás, premente colacionar a explanação efetivada por Nelson Hungria acerca do delito de "formação de bando ou quadrilha", que muito bem poderia ser aplicada, nos tempos atuais, ao "crime organizado", até mesmo pelo discurso determinista, pendente a legitimar uma seletividade natural:

"A delinquência associada ou de grupo fez-se, na atualidade, um alarmante fenômeno de hostilidade contra a ordem jurídico-social. Certos indivíduos que, por circunstâncias múltiplas, notadamente por influência de um ambiente criminógeno, a agravar-lhes a inconformação com a própria incapacidade de êxito pelos meios honestos, coligam-se como militantes inimigos da sociedade, formando entre si estáveis associações para o crime e entregando, pelo encorajamento e auxílio recíprocos, a todas as audácias e a todos os riscos. É o banditismo *organizado*. Seus componentes, chefes ou gregários, íncubos ou súcubos, são, via de regra, homens sem fé nem lei, que não conhecem outra

17. Sobre o princípio, Ferrajoli explica com suficiência o seguinte: "Apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva... usarei a expressão 'princípio da estrita legalidade' para designar a reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. e rev. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 39).

18. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. IX, p. 178.

moral além dos aberrantes pontos de honra com que requintam a solidariedade para o malefício. Pela mútua sugestão e pelo fermento da imoralidade no seio do 'bando' ou 'quadrilha', fazem do crime o seu meio de luta pela vida, caracterizando-se por singular impiedade, afrontoso desplante, menosprezo a todos os preconceitos, ou extrema insensibilidade ética".[19]

Diante disso, é necessário concluir que hierarquia e divisão de tarefas não poderiam jamais ser exclusividade do delito "organização criminosa" e não são. Pensando por outro viés, acaso tivesse respaldo esta tese, e tais elementares fossem exclusivas, distinguindo "bandos ou quadrilhas" de "organizações criminosas", não se poderia apenar, nos tempos atuais, os grupos que se unissem permanentemente para cometer delitos, que tivessem hierarquia e divisão de tarefas. Isso porque, não fossem esses elementos admitidos e desvalorados pelo tipo previsto do art. 288 do CP, não haveria enunciado que os proibisse.

Deveras, é certo afirmar que bandos ou quadrilhas não necessariamente terão divisão de tarefas ou hierarquia, mas podem tê-las e historicamente foram marcados por essas características, consoante a própria doutrina observa. Assim sendo, não se faz possível dissociar, como pretende o Projeto, "associação criminosa" de "organização criminosa" em razão de tais elementares.

Tal crítica pode ser transportada de maneira idêntica à elementar "visando auferir vantagem ilícita de qualquer natureza". Ora, que o propósito de cometer crimes e obter vantagens, consoante o Código, subjaz os delitos de "associação criminosa" (ou "formação de bando ou quadrilha" e "organização criminosa" é bastante claro. Aliás, segundo leciona Nelson Hungria desde 1958: "comumente, a quadrilha ou bando se forma para fazer do crime *um meio lucrativo*"[20] (grifos aditados). O texto, no entanto, determina que "organizações" apenas existem se a função do grupo for obter vantagem ilícita de qualquer natureza. É dizer, um grupo de extermínio jamais seria uma "organização criminosa".

Deveras, é certo que "associações criminosas" ou os atuais "bandos" e "quadrilhas" podem ter por subjacente a finalidade de obtenção de vantagem ilícita, mas podem não tê-la. De toda sorte, trata-se de elementar que não serve para distinguir o delito de associação criminosa do delito de "organização criminosa".

É certo que não há referência no tipo à vantagem financeira, mas, é razoável supor que a principal preocupação do tipo penal é esta vantagem. Isso demonstra a seletividade de que se reveste o discurso incriminador, voltado, claramente, para o enfrentamento da criminalidade denominada de "colarinho

19. Idem, p. 175.

20. HUNGRIA, Nelson. *Op. Cit.*, p. 179.

branco", já que associar-se para cometer tráfico teve tratamento próprio (no que já se antevê, ante a identidade de elementares, um conflito apenas superável pela aplicação do critério da especialidade). Nesse diapasão, importa observar que o Projeto faz referência à Convenção de Nova York como fundamentadora de sua equivocada empreitada, Convenção esta (promulgada no Brasil através do Dec. 5.015/2004) que indica que há "grupo criminoso organizado" se há finalidade de "obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material".

De toda sorte, transportar o desvalor dos delitos que o grupo pretende cometer para criar outro dispositivo viola o princípio do *ne bis in idem*, pois, a toda evidência, o que se terá é a imputação por organização criminosa porque se cometeu delito cujo objetivo é obter vantagem ilícita (fator este que já é objeto de repulsa do ordenamento através da criminalização do comportamento engendrado pelo grupo).

Resta, no entanto, ainda, como possível nota distintiva restante: a finalidade de cometer delitos cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos. Essa elementar, como as outras, não é idônea para diferençar "associação" de "organização", pois, como diz o próprio Relatório Final do Projeto a "organização", por ser "organizada" é que se diferenciariam os delitos[21] e não simplesmente por voltar-se ao cometimento de delitos cujas penas máximas fosse superior ou igual a quatro anos.

Trata-se, ainda, de elementar que, mais uma vez, viola o *ne bis in idem*.[22] Não é legítimo transportar o desvalor de um comportamento típico para outros tipos penais gerando superposição de punições. Se um tipo penal já pune um determinado comportamento, a punição deve estar delimitada a este tipo penal. Não se pode, por exemplo, punir as pessoas pelo crime de furto e criar um tipo qualificado de formação de bando ou quadrilha para o cometimento de furto, punindo um grupo de pessoas por furtos e por este delito de formação de quadrilha qualificado.

---

21. Disponível em: [www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas]. p. 358.

22. Sobre o princípio do *ne bis in idem*, importa observar a arguta lição de Paulo Queiroz: "Também em razão do princípio da proporcionalidade (e legalidade), é vedado *bis in idem*, isto é, dupla valoração do mesmo fato jurídico, de modo a recriminalizá-lo ou a agravar-lhe a pena duplamente. Semelhante princípio proíbe, portanto, a duplicidade de sanções para o mesmo sujeito, por um mesmo fato e por sanções que tenham um mesmo fundamento, isto é, que tutelem um mesmo bem jurídico" (QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 5 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 53).

Sustentar como elementar do delito de "organização criminosa", como nota distintiva, aliás, que o dissociaria do delito de "associação criminosa" (tipo que substituirá o atual "formação de bando ou quadrilha" acaso aprovado o Projeto), as penas dos delitos planejados ou praticados pelo grupo é transportar o fundamento de outra norma penal para o próprio delito.

Será certo afirmar, nesse contexto, que apenas existe a organização para punir grupos que se formam para cometer certos delitos, a proteção, portanto, consoante distinção deste jaez, será não apenas à paz pública, mas ao mesmo bem jurídico protegido pela norma cuja violação é objetivo do grupo criminoso. É dizer, afirmar que "organização criminosa" é diferente de "associação criminosa", sendo ambos os delitos pretensamente protetores da paz pública, porque as organizações se formam para cometer delitos específicos, devendo ser combatida de maneira mais veemente (no que se observa a diferença abissal entre as penas dos tipos penais propostas a figurar nos arts. 255 e 256 do CP consoante o Projeto de Código), faz com que a proteção transborde a paz pública (já protegida pelo delito de associação criminosa), para abarcar o bem jurídico protegido pela tipificação dos comportamentos objetivados pela suposta "organização", o que configura violação ao princípio do *ne bis in idem*. Nessa senda, convém observar, com Nelson Hungria, quando em 1958 comentava o Código Penal, especificamente o tipo penal do art. 288, que é a associação, *per se*, que gera a intranquilidade no seio social e não outros fatores, justificativa, aliás, que sempre explicou o porquê de ser a "formação de bando ou quadrilha" (o que aplica evidentemente à novel figura de "associação criminosa") um delito autônomo, consumado no momento associativo.[23]

Milícias, delito de tipificação proposta a figurar no art. 256, § 2.°, como espécie de "organização criminosa", padece dos mesmos defeitos de seu *caput*, o qual é, inclusive, referido expressamente como elementar. É dizer, só se poderá falar em milícia, acaso se tenha "organização criminosa". Veja-se:

"§ 2.° Se a organização criminosa se destina a exercer, mediante violência ou grave ameaça, domínio ilegítimo sobre espaço territorial determinado, especialmente sobre os atos da comunidade ou moradores, mediante a exigência de entrega de bem móvel ou imóvel, a qualquer título ou de valor monetário periódico pela prestação de serviço de segurança privada, transporte alternativo, fornecimento de água, energia elétrica, venda de gás liquefeito de petróleo, ou qualquer outro serviço ou atividade não instituída ou autorizada pelo poder público ou constrangendo a liberdade do voto".

23. HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 177.

Ante tal contexto, não é difícil observar que, efetivamente, aprovado e promulgado o Projeto de Novo Código Penal, imperarão as denúncias por "organização criminosa" sempre que se tiver o cometimento de delito cuja pena máxima cominada seja igual ou superior a quatro anos. A persistência nessa categorização frustrada e que serve a discursos penais não oficiais, como o Direito Penal do Inimigo, terá efeitos significativos e deletérios no ordenamento pátrio, com a violação de diversos direitos fundamentais e princípios sob o pretenso motivo de combater o "crime organizado".

4.2 O estado atual da questão da conceituação legal de "crime organizado" ou "organização criminosa" e a Lei 12.850/2013

Vigorava, até recentemente, como acima aventado, para tratar do "crime organizado", a Lei 9.034/1995 (modificada pela Lei 10.217). Tratava-se, no entanto, de Lei de que não conceituava o que seria "crime organizado", mencionando apenas em seu art. 1.º que seriam espécimes desta pretensa prática delitiva "ilícitos decorrentes de ações praticadas por *quadrilha ou bando ou organizações ou associações* criminosas de qualquer tipo". Destarte, deveras, o diploma não conceituava "organização criminosa", como o Projeto de Código Penal e Lei 12.850/2013.

Havia quem sustentasse que o conceito de "organização criminosa" poderia e deveria ser retirado da Convenção de Palermo, suprindo esta lacuna. Entrementes, tal tese não se compatibilizava legitimamente com o ordenamento, haja vista que um Decreto não poderia dispor sobre matéria penal, jamais poderia criar tipos penais, sob pena de se violar o princípio da legalidade (só há crime previsto em lei, válida em sentido formal e material, cuja previsão há de ser feita pela União através de Lei Ordinária). A ratificação da mencionada convenção, assim, fazia do Brasil partidário da cooperação internacional ao crime organizado, mas isto não trazia, para o Direito interno, o conceito almejado e esperado pelos adeptos da lei e da ordem.

O STF, inclusive, nesse sentido, acertadamente, ao julgar o HC 96.007/SP, entendeu que não existia no ordenamento pátrio tipo que definisse "organização criminosa".[24]

---

24. Veja-se o que noticiou o informativo 670 do STF, acerca desta ação mandamental no bojo da qual se obteve a extinção de ação penal por suposto delito de lavagem, considerando que não se poderia identificar o delito antecedente, uma vez que a figura de "organização criminosa" não tem respaldo no ordenamento: "Em conclusão, a 1.ª T. deferiu *habeas corpus* para trancar ação penal instaurada em desfavor dos pacientes.

Sobre tema, importa examinar ainda a polêmica Lei 12.694/2012 (lei do juiz sem rosto), que, no combate às organizações criminosas, permite colegiados de 1.ª instância e a relativização do princípio da identidade física do juiz, a denotar, mais uma vez, os traços do combate ao "inimigo" e às "emergências". Tal diploma intenta conceituar "organização criminosa" através do seu art. 2.º que assim dispõe:

"Art. 2.º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional".

Tratava-se, no caso, de *writ* impetrado contra acórdão do STJ que denegara idêntica medida, por considerar que a denúncia apresentada contra eles descreveria a existência de organização criminosa que se valeria de estrutura de entidade religiosa e de empresas vinculadas para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante fraudes, desviando numerários oferecidos para finalidades ligadas à igreja, da qual aqueles seriam dirigentes, em proveito próprio e de terceiros. A impetração sustentava a atipicidade da conduta imputada aos pacientes – lavagem de dinheiro e ocultação de bens, por meio de organização criminosa (Lei 9.613/1998, art. 1.º, VII) – ao argumento de que a legislação brasileira não contemplaria o tipo 'organização criminosa' – v. Informativo 567. Inicialmente, ressaltou-se que, sob o ângulo da organização criminosa, a inicial acusatória remeteria ao fato de o Brasil, mediante o Dec. 5.015/2004, haver ratificado a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional – Convenção de Palermo (...). Em seguida, aduziu-se que o crime previsto na Lei 9.613/1998 dependeria do enquadramento das condutas especificadas no art. 1.º em um dos seus incisos e que, nos autos, a denúncia aludiria a delito cometido por organização criminosa (VII). Mencionou-se que o *Parquet*, a partir da perspectiva de haver a definição desse crime mediante o acatamento à citada Convenção das Nações Unidas, afirmara estar compreendida a espécie na autorização normativa. Tendo isso em conta, entendeu-se que a assertiva mostrar-se-ia discrepante da premissa de não existir crime sem lei anterior que o definisse, nem pena sem prévia cominação legal (CF, art. 5.º, XXXIX). Asseverou-se que, ademais, a melhor doutrina defenderia que a ordem jurídica brasileira ainda não contemplaria previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa. Realçou-se que, no rol taxativo do art. 1.º da Lei 9.613/1998, não constaria sequer menção ao delito de quadrilha, muito menos ao de estelionato – também narrados na exordial. Assim, arrematou-se que se estaria potencializando a referida convenção para se pretender a persecução penal no tocante à lavagem ou ocultação de bens sem se ter o delito antecedente passível de vir a ser empolgado para tanto, o qual necessitaria da edição de lei em sentido formal e material. Estendeu-se, por fim, a ordem aos corréus" (HC 96.007, 1.ª T., j. 12.06.2012, rel. Min. Marco Aurélio, Informativo 670.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

A conceituação, portanto, padece dos mesmos equívocos já apontados em relação ao tipo proposto pelo Projeto de Código Penal e às frustradas tentativas doutrinárias de categorização. Não obstante, ainda viola a proporcionalidade ao conceituar "organização criminosa" como sendo a união de 03 (três) ou mais pessoas, quando o tipo penal contido no art. 288 do Código Penal tipifica bando ou quadrilhas apenas quando há união de 04 (quatro) ou mais pessoas.

De mais a mais, este tipo, que encerra frágil conceituação de "crime organizado", se for admitida sua legitimidade, apenas pode servir para fins de aplicação da Lei 12.694/2012, uma vez que o enunciado que conceitua organização criminosa expressa servir o seu âmbito de incidência "Para os efeitos desta Lei".

A chamada "Lei do Juiz sem Rosto" replica ideia veiculada através da Lei 6.806/2007, do Estado de Alagoas, através da qual, inconstitucionalmente, o referido componente da República Federativa do Brasil criou uma Vara (17.ª – Décima Sétima) com competência exclusiva para processar e julgar os delitos envolvendo atividades de organizações criminosas (Crime Organizado). Segundo o art. 2,º do referido diploma:

"Art. 2.º A 17.ª Vara Criminal da Capital terá titularidade coletiva, sendo composta por cinco Juízes de Direito, todos indicados e nomeados pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, com aprovação do Pleno, para um período de dois (02) anos, podendo, a critério do Tribunal, ser renovado".

Tal diploma veicula ainda uma inconstitucional tentativa de conceituar "crime organizado", através do seu art. 9.º, *in verbis*:

"Art. 9.º Para os efeitos da competência estabelecida no artigo 1.º desta Lei, considera-se crime organizado, desde que cometido por mais de dois agentes, estabelecida a divisão de tarefas, ainda que incipiente, com perpetração caracterizada pela vinculação com os poderes constituídos, ou por posição de mando de um agente sobre os demais (hierarquia), praticados através do uso da violência física ou psíquica, fraude, extorsão, com resultados que traduzem significante impacto junto à comunidade local ou regional, nacional ou internacional:

I – os crimes de especial gravidade, ou seja, todos aqueles cominados com pena mínima em abstrato igual ou superior a quatro anos de reclusão;

II – o constrangimento ilegal (art. 146, §§ 1.º e 2.º, do Decreto-lei 2.848, de 31 de dezembro de 1940 – Código Penal);

III – a ameaça (art. 147 e o sequestro do art. 148, § 1.º, itens I, II, III e IV, todos do Decreto-Lei 2.848/1940 – Código Penal – e alterações posteriores);

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

IV – o tráfico de pessoas (artigos 231 e 231-A do Decreto-lei 2.848/1940 – Código Penal – e alterações posteriores);

V – os crimes contra a administração pública previstos no Título XI, Capítulos, I, II, III e IV do Decreto-lei 2.848/1940 – Código Penal, e alterações posteriores, independente de pena mínima;

VI – os delitos tipificados nos artigos 237, 238, 239 e/ou parágrafo único, 241, 242, 243 e 244-A, § 1.º, da Lei 8.069, de 16 de julho de 1990, e alterações posteriores, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, independente de pena mínima;

VII – os crimes contra a ordem tributária previstos na Lei 8.137, de 28 de dezembro de 1990, independente de pena mínima;

VIII – os delitos definidos pela Lei 8.666, de 22 de junho de 1993, e alterações posteriores, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, independente de pena mínima;

IX – os crimes definidos na Lei 9.434, de 5 de fevereiro de 1997, e alterações posteriores, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, independente de pena mínima; e

X – os crimes contra a fauna definidos nos artigos 33 e 35, os crimes contra a flora definidos nos artigos 38, 39, 40 e 41, *caput*, o crime de poluição definido no art. 54 e sua combinação com o § 2.º, incisos I, II, III, IV e V, e o parágrafo terceiro, todos da Lei 9.605, de 13 de fevereiro de 1998, e alterações posteriores, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências".

O longo dispositivo acima encartado permite entrever que não só o Estado de Alagoas se arvorou a legislar acerca de matéria de competência federal, inclusive violando, através de tal procedimento, o direito ao juízo natural e o princípio da identidade física do juiz, como buscou conceituar crime organizado, conceituação esta concernente ao direito penal, em violação ainda ao princípio da legalidade.

Ao elaborar dita conceituação, o Estado de Alagoas estabelece que deveria ser considerado organizado o crime: 1. praticado por mais de dois agentes, ou seja, por pelo menos três agentes; 2. com divisão de tarefas, ainda que incipiente; 3. caracterizado existência de vinculação aos poderes constituídos ou caracterizado pela posição de mando de um agente sobre os demais (hierarquia); 4. praticados através do uso da violência física ou psíquica, fraudes, extorsão, com resultados que traduzem significante impacto junto à comunidade local ou regional, nacional ou internacional.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Vê-se que tal conceituação, que, desde o início, viola o princípio da reserva legal, ao versar acerca de direito penal e processo penal à revelia da Constituição, transgride ainda o princípio da taxatividade. Efetivamente, a expressão "resultados que traduzem *significante* impacto...", máxime, ante o vocábulo "significante", não se amalgamam ao referido princípio, pois não permitem qualquer noção objetiva do significado da conceituação. Destarte, a definição, ao fim, do que seria o "significante impacto" ficaria ao cargo cada juiz.

A ideia de que divisão de tarefas "ainda que incipiente" seria elemento do conceito de crime organizado, traduz, mais uma vez, a inexistente distinção entre "crime organizado" a tradicional figura do bando e da quadrilha (hoje denominada "associação criminosa"). Nessa linha, se tem violação à lesividade e da isonomia, porquanto não há qualquer elemento concreto que permita a adoção do tratamento proposta por tal diploma, considerado a clara inexistência, quanto a tal ponto, de distinção entre "crime organizado" e "associação criminosa".

Quanto à previsão da hierarquia como elemento do crime organizado, incumbe aplicar as mesmas observações já efetivadas quanto à tipificação proposta no Projeto de Código Penal, máxime para que se observe que, de fato, bandos ou quadrilhas ou associações criminosas, desde sempre, admitiram em si a figura da hierarquia. Por outro lado, a possibilidade de o crime organizado existir, mesmo que inexista hierarquia, mas desde que haja vinculação com os poderes constituídos, descambará em violação ao princípio do *ne bis in idem*, pois comportamentos espúrios perante a Administração Pública, configuram, regra geral, os crimes contra a Administração Pública.

Após listar tais fantasmagóricas elementares, o art. 9.º elenca um rol imenso de crimes que poderiam ser praticados de maneira organizada. Seria mais fácil listar os crimes que não poderiam sê-lo, haja vista a enormidade de tal lista, que, inclusive conta com delitos com delitos de menor potencial ofensivo, como a ameaça. Vê-se, assim, que tal conceito viola o princípio da lesividade.

Ante tais pontos, a Ordem dos Advogados do Brasil moveu Ação Direta de Inconstitucionalidade, tombada sob o n. 4.414, impugnando a Lei 6.806/2007 acima referida em sua totalidade. Nesse sentido, acertadamente, argumentou que o referido diploma violaria o art. 22, I, da CF, sendo eivado de inconstitucionalidade formal, porquanto versara o Estado de Alagoas acerca de matérias de competência legislativa da União. Argumenta-se, dentre outros pontos, ainda, que a Lei 6.806/2007 viola a neutralidade dos componentes da Vara, com possibilidade de interferência política nas decisões; viola a inamovibilidade e viola o princípio do juízo natural. Isso porque os componentes da Vara será definida na forma do art. 2.º do diploma:

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

"Art. 2.º A 17.ª Vara Criminal da Capital terá titularidade coletiva, sendo composta por cinco Juízes de Direito, todos indicados e nomeados pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, com aprovação do Pleno, para um período de dois (02) anos, podendo, a critério do Tribunal, ser renovado".

Em 31 de maio de 2012, o STF julgou parcialmente procedente a ADIN, nos seguintes e sintéticos termos contidos na ementa do acórdão:

"23. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente pelo Plenário para declarar a nulidade, com redução de texto, dos seguintes dispositivos e termos da Lei estadual de Alagoas n. 6.806 de 2007: (a) as palavras "todos indicados e nomeados pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, com aprovação do Pleno, para um período de dois (02) anos, podendo, a critério do Tribunal, ser renovado", no art. 2.º; (b) o art. 5.º, *caput* e seu parágrafo único; (c) o art. 7.º e o art. 12, que violam o princípio do juiz natural ao permitir os poderes de avocação e de comissão; (d) o art. 8.º; (e) o art. 9.º, parágrafo único e respectivos incisos, bem como a expressão "crime organizado, desde que cometido por mais de dois agentes, estabelecida a divisão de tarefas, ainda que incipiente, com perpetração caracterizada pela vinculação com os poderes constituídos, ou por posição de mando de um agente sobre os demais (hierarquia), praticados através do uso da violência física ou psíquica, fraude, extorsão, com resultados que traduzem significante impacto junto à comunidade local ou regional, nacional ou internacional"; (f) o art. 10; (g) os parágrafos 1.º, 2.º e 3.º do art. 11, preservado o seu *caput*; (h) a expressão "e procedimentos prévios", no art. 13.

24. Ação Direta de Inconstitucionalidade parcialmente procedente, ainda, para o fim de conferir interpretação conforme à Constituição: (a) ao art. 1.º, de modo a estabelecer que os crimes de competência da 17.ª Vara Criminal da Capital são aqueles praticados na forma do art. 1.º da Lei 9.034/1995, com a redação dada pela Lei 10.217/2001; (b) ao art. 3.º, com o fito de impor a observância, pelo Presidente do Tribunal, na designação de juiz substituto, de critérios objetivos, apriorísticos e impessoais, nos termos do quanto decidido pela Corte nos autos do MS 27.958/DF; (c) ao art. 9.º, I, para excluir da competência da Vara especializada o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida".

Observa-se, assim, que muito embora tenha reconhecido a inconstitucionalidade do diploma em quase sua totalidade, o Supremo considerou viável o estabelecimento de distribuição e conformação diferenciada do órgão julgador competente para atuar em casos de "crime organizado", sob o fundamento de que deveria ser tutelada a independência funcional. Para fins de conceituação de crime organizado, a então mutilada Lei 6.806/2007, deveria se valer "do art. 1.º da Lei 9.034/1995, com redação dada pela Lei 10.217/01". Volta-se,

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

portanto, ao problema inicial e central que é, exatamente, a impossibilidade de conceituar uma inexistente categoria.

O referido diploma, como se viu no início deste tópico, em verdade, não foi capaz de conceituar "crime organizado", assim como não o fez a Lei 10.217/2001. Aliás, o próprio STF reconheceu a inexistência de tal conceito, ao apreciar o HC 96.007.

O original art. 1.º de tal diploma informa o seguinte: "Art. 1.º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando". Após a alteração promovida pela Lei 10.217/2001, o dispositivo passou a ter a seguinte redação: "Art. 1.º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. (Redação dada pela Lei 10.217, de 11.4.2001)".

Avulta notar que nenhum dos dispositivos conceitua crime organizado, mas apenas define o campo de incidência da Lei, como sendo regular meios de prova e procedimentos investigatórios que versem acerca das ações praticadas por quadrilhas, bandos, organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Durante a elaboração deste trabalho, por fim, foi aprovado, seguindo para sanção presidencial,[25] no Senado o Projeto de Lei 6.578-B, que revoga a Lei 9.034 e segue para sanção presidencial, versando sobre o tipo de "organização criminosa", os meios de obtenção de prova e o procedimento criminal. Este Projeto foi promulgado, se tornando a Lei 12.850/2013, a qual conceitua "organizações criminosas" através de seu art. 1.º, §1.º:

"§ 1.º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional".

Configurará crime, de acordo com este Projeto:

"Art. 2.º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas".

25. Consoante noticia artigo do Conjur (ROVER, Tadeu. *Senado aprova PL que define organizações criminosas)*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-jul-11/projeto-define-legalmente-organizacoes-criminosas-aprovado-senado]. Acesso em: 12.07.2013.

O art. 2.º, portanto, é remetido ao art. 1.º, § 1.º, que define as elementares de "organização criminosa". Basicamente, nesta Lei 12.850/2013 se tem, mais uma vez, o recurso à tautológica elementar que pode ser resumida na frase "organização, porque é organizada (estruturalmente ordenada)". Na mesma trilha, fala-se em divisão de tarefas e finalidade de obter vantagem, elementar já englobada pelo tipo de "formação de bando ou quadrilha" e viola-se o *ne bis in idem* ao valer-se do desvalor dos crimes planejados para informar que apenas há organização criminosa se o grupo tiver por intenção cometer delitos cujas penais máximas cominadas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou tenham caráter transnacional.

Assim sendo, é possível observar que, na esteira exata do quanto preconizado neste *paper*, não se faz possível alcançar, no ordenamento, um conceito de "crime organizado" ou "organização criminosa", senão se valendo de elementares próprias do delito de "formação de bando ou quadrilha" ou, conforme positivado pela Lei 12.850/2013, "associação criminosa", ou recorrendo ilegitimamente ao desvalor dos crimes praticados pelo grupo. O Projeto de Código Penal e a Lei 12.850/2013, apenas poderiam ser louvados por, minimamente, tentar conceituar "organização criminosa", obstando a utilização desta figura etérea sem qualquer parâmetro para a diminuição de garantias individuais, verdadeiras conquistas históricas da humanidade, embora o parâmetro formulado seja, *permissa venia*, equivocado e ilegítimo.

4.3 Das tentativas doutrinárias de conceituar "crime organizado". Categorização frustrada

O eixo central deste trabalho é que a figura do "crime organizado" ou das "organizações criminosas" não é mais do que expressão vazia, símbolo ontologicamente vazio, que se relaciona com uma Política Criminal de enfrentamento do inimigo (através Direito Penal do Inimigo), legitimada nas emergências, permeada de seletividade e com funções eminentemente simbólicas. Para tanto, foram examinados o Direito Penal Simbólico, o Direito Penal de Emergência, o simbolismo e a seletividade. As disposições do Projeto de Código Penal e da Lei 12.850/2013 e seus problemas foram enfrentados, o que, no entanto, não esgota a temática. Isso porque é preciso examinar as tentativas doutrinárias de conceituar "crime organizado", para que se saiba se, para além dos problemas do Projeto, há viabilidade e legitimidade no tratamento distinto e agravado de determinados grupos de delinquentes sob o fundamento de que consubstanciam "organização criminosa".

O fato é que desde há muito a doutrina tenta, sem sucesso, conceituar o que seria "organização criminosa", apenas sendo possível, na abstração do já posi-

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

tivado delito de "formação de bando ou quadrilha", transmudado no delito de "associação criminosa" a partir do início da validade da Lei 12.850/2013, encontrar a essência do delito. Trata-se, como aduz Zaffaroni, de uma categorização frustrada aquela intentada em relação a "crime organizado" esse pretenso fenômeno que o Projeto e a Lei 12.850/2013 pretendem que seja combatido através da tipificação de "organização criminosa.[26]

A este respeito, Juarez Cirino observa que, em verdade, a conceituação de "crime organizado" padece exatamente porque não se perquiriu antes da conceituação a real existência do fenômeno. Houve, portanto, uma inversão lógica.[27]

Este equívoco lógico nada mais é do que resultado exatamente da seletividade que acompanha do Direito Penal do Inimigo sobre o qual discorremos acima. Primeiro é necessário criar o inimigo, rotulá-lo, para depois combatê-lo. Não há esforço cognitivo, mas esforço criativo.

A tarefa de conceituar "crime organizado" ou "organização criminosa" resulta e sempre resultou verdadeiramente infrutífera. Mesmo os defensores de sua existência identificam a existência de diversos conceitos que não se amalgamam nem se aproximam.[28-29] A confusão doutrinária é evidente e pode ser percebida no seguinte trecho da lavra de Marcelo Mendroni:

---

26. ZAFFARONI, Eugênio Raul. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1989, p.45.

27. SANTOS, Juarez Cirino dos. *op. cit.*, p. 139.

28. Marcelo Mendroni coleciona as conceituações. Explica que, para os criminologistas: "Crime organizado é qualquer cometido por pessoas ocupadas em estabelecer uma divisão do trabalho: uma posição designada por delegação para praticar crimes que como divisão de tarefa também inclui, em última análise, uma proteção para o corruptor, uma para o corrompido e uma para o mandante". Para o FBI, prossegue: "Qualquer grupo tendo algum tipo de estrutura formalizada cujo objetivo primário é a obtenção de dinheiro através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm suas posições através do uso de violência, corrupção, fraude ou extorsões, e geralmente têm significativo impacto sobre os locais e regiões do país onde atuam". Encerrando, prossegue o autor com o conceito para a Interpol: "qualquer grupo que tenha a estrutura corporativa, cujo principal objetivo seja o ganho de dinheiro através de atividades ilegais, sempre substituindo pela imposição de temor e pela prática de corrupção". (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado. Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 6.) Seria correto buscar a conceituação de algo que não se pode expressar de forma unívoca? Seguramente não. (grifo nosso).

29. As mesmas perplexidades permeiam a doutrina estrangeira. Com efeito, veja-se o escólio de José Antônio Montalvo: "*No puede ocultarse que el concepto de criminali-*

"Pois bem. Observa-se que existem diversas definições com pontos semelhantes, mas de conteúdo geral distintas. E pergunta-se: Qual é a correta? Resposta. Todas e nenhuma. Explica-se. Na verdade, em nossa opinião, não se pode definir organização criminosa através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas como sugerido. Isso porque não se pode engessar este conceito, restringindo-o a esta ou àquela infração penal, pois elas, as organizações criminosas, detém incrível poder variante. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la à realidade – aos anseios da sociedade, já estará alguns anos em atraso. E assim ocorrerá sucessivamente".[30]

Não obstantes os entendimentos supraencartados, fato é que há quem intente conceituar "crime organizado", identificar no mundo real essa figura distinta, que, como bem asseverou Juarez Cirino, em verdade, ordinariamente carece da própria organização que pretensamente a identificaria. A análise doutrinária permitirá perceber as imperfeições atinentes às conceituações efetivadas e corroborar o quanto já se vem falando, "crime organizado" é expressão cunhada para fins de seletividade e Direito Penal do Inimigo, servindo-se de uma legislação simbólica.

As tentativas doutrinárias, conforme se observará que acabam por recair em erros semelhantes, por vezes os mesmos erros que exatamente denotam o equívoco em positivar o art. 256 do Projeto de Código e promulgar a Lei 12.850/2013.

Damásio de Jesus é dos autores que intenta perscrutar, descrever, explicar a essência do que seria "criminalidade organizada":

"Em essência, no âmbito comunitário, será criminosa uma organização fundamentada na associação de duas ou mais pessoas, estabelecida durante um certo período de tempo, atuando de maneira planejada, com o fim de cometer um número indeterminado de delitos sancionados com pena privativa de liberdade ou medida de segurança detentiva, com o mínimo de quatro anos, independentemente de que constituam um fim em si mesmo ou um meio para ob-

---

dad organizada es um concepto de contornos muy imprecisos y lleno de relativismo, Esta imprecisión de concepto plantea problemas de legalidad (...) e interpretación por parte de los tribunales (...)". (MONTALVO, José Antônio Choclán. *La Organización Criminal. Tratamiento penal y processal.* Madrid: Dykinson, 2000).

30. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., 2002, passim.

ter benefícios patrimoniais, ou ainda uma maneira de influir indevidamente no funcionamento da administração pública ('independência funcional típica')".[31]

De tal conceito, retirando os pontos universalistas (como o que diz que a configuração da organização criminosa independe do crime que pretende cometer através de sua formação, pois se independe, isso apenas exclui algo da essência, nada acrescenta), tem-se que "crime organizado" é a união de "duas ou mais pessoas", estabelecida em certo período de tempo, com o fim de cometer número indeterminado de delitos cuja pena mínima seja de 4 (quatro) anos. Trata-se de conceituação idêntica àquela tradicional de "formação de bando ou quadrilha" ou da novel "associação criminosa", salvo por dois aspectos: 1. número de pessoas suficiente para formação da "organização criminosa"; 2. penas mínimas dos delitos que ensejam a configuração de "organização criminosa".

Quanto ao primeiro ponto, para além de ser incongruente com o Projeto de Novo Código Penal, que teria a configuração de ORCRIM com a união de três ou mais pessoas, tem-se inexplicável redução numerária: seria hipótese de um grupo menor que causa maior abalo social do que um grupo de quatro ou mais pessoas. O segundo ponto viola o princípio do *ne bis in idem*, ao transportar o desvalor de outros crimes para a "organização criminosa", desvalor este passível de punição por outros tipos penais, além de nada trazer sobre a essência do que seria a "organização criminosa": apenas se teria a constatação de que um mesmo grupo, com o mesmo grau de organização, seria quadrilha se tivesse quatro ou mais pessoas e sua finalidade fosse cometer delitos cuja pena mínima fosse menor que quatro anos, consubstanciaria "organização criminosa", acaso tivesse duas ou mais pessoas e seu escopo fosse a perpetração de delitos cuja pena mínima fosse superior a 04 (quatro) anos.

Semelhantemente, Renata Costa conceitua "criminalidade organizada" da seguinte forma:

"Associarem-se mais de três pessoas, de forma estável e permanente, organizando-se hierarquicamente, para a prática de crimes voltados à obtenção de vantagens econômicas ou ilícitas, a partir do estabelecimento de conexões locais, nacionais ou internacionais com outras organizações criminosas".[32]

---

31. JESUS, Damásio Evangelista de. Criminalidade organizada: Tendências e perspectivas modernas em relação ao direito penal transnacional. *Estudos em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Junior*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 134.

32. COSTA, Renata Almeida da. *A sociedade complexa e o crime organizado: A contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 145.

Recai, portanto, a autora, no equívoco de identificar "crime organizado" com "formação de bando ou quadrilha", através do desvalor dos delitos a que se propõe o grupo, em violação ao princípio do *ne bis in idem*. É certo que a obtenção de vantagem econômica ilícita já tem punição prevista nos tipos penais que definem a ilicitude da vantagem, nada mais representando esta diferenciação do que clara seletividade e manifestação de Direito Penal do Inimigo no enfrentamento dos delitos cometidos com fins patrimoniais (dentre os quais se podem destacar a criminalidade de colarinho branco e o tráfico de drogas). Além disso, afirma que seria "organização criminosa" o grupo que se relacionasse com outra "organização criminosa", o que, evidentemente, nada contribui para que se saiba o que é organização criminosa e, do ponto de vista lógico, impõe que as organizações nasçam aos pares, mas, nesse caso, não seriam duas organizações que se relacionam, mas uma única organização, o que denota um ponto paradoxal em tal entendimento.

Na mesma trilha intelectiva, confundindo "*crime organizado*" com os *bandos, quadrilhas ou associações criminosas* – apenas ressalvando que seria "crime organizado" o grupo que cometesse determinado tipo de delito, à conveniência do legislador, o que deixa demonstrar o aspecto da ilegítima seletividade (em violação à teoria do bem jurídico-penal) e, mais uma vez, transgressão ao *ne bis in idem*, com o desvalor de uma conduta se estendendo por diversos comportamentos – tem-se a lição de Eduardo Araújo da Silva:

"Nesse contexto, pois, é possível identificar no atual estágio evolutivo da dogmática penal uma aproximação conceitual, para o crime organizado, o qual seria, assim, aquele praticado por no mínimo três pessoas que, associadas de forma permanente, praticam reiteradamente determinados crimes a serem definidos pelo legislador, conforme as peculiaridades de cada região ou país. No Brasil, tal formulação se assemelha à descrição do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), cuja aplicação, entretanto, restaria reservada aos crimes não contemplados pelo legislador como decorrentes de organizações criminosas".[33]

Essas ponderações críticas poderiam ser feitas, validamente, ao conceito esposado por Charles Soares de Oliveira:

"Da análise desses conceitos e das obras que tratam sobre o assunto, pode-se sintetizar uma definição para o crime organizado, qual seja: a prática organizada de condutas ilícitas, não raras vezes com características empresariais (*verbi gratia*: planejamento empresarial, divisão dos trabalhos em equipes com estrutura e hierarquia definidas e especialização das atividades), intentando grandes lucros e se expandindo através de violência, fraudes financeiras e li-

33. SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*. São Paulo: Atlas, 2003.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

gações com o Poder Público mediante suborno ou extorsão, com atuação que ultrapassa as fronteiras nacionais estabelecidas e causa grande impacto social e econômico, a exemplo das atividades do tráfico de drogas, furto de veículos e cargas, tráfico de crianças, mulheres e partes do corpo humano e a crescente prática do ilícito de lavagem de dinheiro".[34]

Os mesmos equívocos permeiam a definição de Adriano Oliveira:[35]

"Ao meu entender, crime organizado caracteriza-se por ser um grupo de indivíduos que tem as suas atividades ilícitas sustentadas por atores estatais (por meio do oferecimento de benesses ou atos de cooperação), onde os sujeitos criminais desenvolvem ações que exigem a presença do mercado financeiro, para que isso possibilite, às vezes, a lavagem de dinheiro, e consequentemente, a lucratividade do crime. Por fim, são grupos que relativamente atuam por um considerável período de tempo, tendo as suas funções estabelecidas, com hierarquia, para cada membro".

Outros autores, de maneira mais simplista, acabam por indicar, basicamente, que "crime organizado é o crime organizado". Haveria "crime organizado" quando houvesse uma "organização criminosa" ou um grupo organizado para cometer delitos. Emprega-se, nesses casos, como conceito, a expressão mesma que se buscava conceituar. Autores de outros países recorrem a conceitos semelhantes, os quais, portanto, estão passíveis das mesmas críticas. Observa-se, portanto, nestas conceituações, a confusão entre o crime organizado e o próprio conceito de organização.[36]

Veja-se, nesse sentido, por oportuno, o que o próprio Relatório da Comissão de Juristas escreveu em relação à tipificação de "organização criminosa": "o crime de organização criminosa exige, além do mínimo de três agentes ou membros, uma organização – o que o diferencia da mera associação"[37](grifos insertos).

Como se vê, a doutrina que pressupõe a existência de "crime organizado", não consegue conceituá-lo, senão como bandos ou quadrilhas que cometem cer-

34. OLIVEIRA, Charles Soares de. As novas faces do crime organizado. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. jul.-dez. Brasília: 2000. p. 79.

35. OLIVEIRA, Adriano. *Crime Organizado:* É possível definir? Disponível em: [http://www.espacoacademico.com.br/034/34coliveira.htm]. Acesso em: 15..08.2004.

36. PAZ, Miguel Angel Nuñez. Delincuencia Organizada y Blanqueo de Dinero. Algunos Aspectos Criminológicos. In: OLIVE, Juan Carlos Ferré; MUSCO, Enzo; MICHALSKA, Bárbara Kunick, CABRAL, Jorge Almeida; outros. *Fraude de Subvenciones Comunitárias y Corrupción*. Ediciones Universidad Salamanca: Salamanca, 2002. p. 153

37. Disponível em: [www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas]. p. 358..

tos tipos de delitos (o que não poderia ensejar maiores penas e piores tratamentos, sob pena de ser violado o princípio do *ne bis in idem*); como bandos ou quadrilhas organizados, ou seja, o crime seria organizado porque é organizado; ou como bandos ou quadrilhas que se utilizam de tecnologias atuais (à disposição de todos, sobretudo do Estado); ou bandos e quadrilhas que cometem delitos para ter vantagens, a revelar seletividade e combate ao inimigo contra delitos específicos (com violação ao *ne bis in idem*), sobretudo, os chamados delitos de "colarinho branco". A doutrina, destarte, não conceituou, validamente, a criminalidade organizada, primeiro porque não se poderia conceituar o inexistente; segundo, confunde-se crime organizado com a mera *associação criminosa*; terceiro, ao se definir crime organizado, ordinariamente, termina-se por cair em uma tautologia, ao se dizer que "crime organizado" é a criminalidade organizada.

4.4 *Notas conclusivas concernentes às críticas à tipificação proposta no Projeto de Código Penal*

Vê-se, assim, que a imprecisão (decorrente da própria inexistência de "crime organizado", mas apenas da união de pessoas para cometer delitos) é tão pujante, tão veemente, que nem mesmo os que defendem a necessidade de se combater as organizações criminosas conseguem defini-la. Tal dificuldade não poderia ser superada através da tipificação, no entanto, de "organização criminosa", conforme pretende o Projeto de Código Penal e efetiva a Lei 12.850/2013, exatamente em razão dos problemas vários acima apontados, resultantes estes, no entendimento deste trabalho, exatamente, de sua real relação com funções escamoteadas do Direito Penal, legitimadas através de discursos oficiais que, entretanto, são dissociados da realidade.

A criminalidade que o Projeto de Código Penal e a Lei 12.850/2013 intentam combater como "organizada", através da tipificação do delito de "organização criminosa", é um fenômeno, exatamente em razão da seletividade que a marca, de apreensão simbólica muito desigual e distinta nos mais diversos países, sofrendo os influxos políticos, sociais e econômicos de sua localização. Ou seja: tantas e diferentes são as possibilidades de grupos que se pretende considerar como "organizados criminalmente" que se torna impossível buscar um conceito único, que sirva a tudo aquilo que se pretende reprimir.[38] A noção subjacente é de que as pessoas estão se "organizando" para cometer delitos, não havendo conceituação quanto este ponto, senão por invocar "hierarquia"

38. ZAFFARONI, Eugênio Raul. Crime organizado: uma categorização frustrada *in*: *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1989, p.45.

e "divisão de tarefas", elementos que, embora não sejam necessários à configuração do delito de "formação de bando ou quadrilha", são, por este delito, muito bem albergados, desde sua gênese. São, aliás, características marcantes e comuns do tradicional delito desde há muito.

Nada obstante, consoante salienta Juarez Cirino, os fenômenos avivados como "organizados", em verdade, desde o início de seu combate, eram em verdade de responsabilidade de grupos locais desarticulados sem a organização de que falam a mídia e as instâncias de controle:

"(...) sem negar a óbvia existência de bandos, quadrilhas ou outras formas de associações criminosas nos Estados Unidos, mostra que as atividades criminosas atribuídas ao crime organizado teriam sido realizadas por grupos locais desarticulados, sem a organização estrutural da conspiração difundida pelos controles social, político e mídia americanos".[39]

Nesse sentido é que constata a legitimação de um Direito Penal do Inimigo através do discurso de combate ao "crime organizado":

"Apesar do caráter mitológico, da ausência de conteúdo científico e da inutilidade jurídico-penal, *o conceito americano de* organized *crime realiza funções políticas específicas: legitima a repressão interna de minorias étnicas nos Estados Unidos e, eventualmente, justifica restrições externas à soberania de nações independentes, como mostra a recente intervenção branca de Bill Clinton na Colômbia, com o objetivo de impor diretrizes de política criminal para resolver problemas sociais internos determinados pela irracionalidade da política criminal americana antidrogas*"[40] (grifo nosso).

A perplexidade imanente à questão em análise é tão significativa que os Estados Unidos, responsável por engendrar o discurso e o combate ao crime organizado, já tiveram a oportunidade de se manifestar sobre a impossibilidade de se conceituar o que tanto combate, ao registrar e reconhecer: "que não existe uma definição suficientemente abrangente, que satisfaça as necessidades dos indivíduos, e de grupos muito diferentes, que possam usá-la como meio para desenvolver o esforço controlador do crime organizado".[41] Oportuna, neste passo, a lição de Hassemer,[42] que, ao tratar da "criminalidade organizada", pontifica que: "(...) entra em campo um fenômeno ao mesmo tempo encoberto

39. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 140-141.

40. Idem, ibidem, p. 141-142.

41. ZAFFARONI, Eugênio. Op. cit., p. 47.

42. HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. *RBCCrim*, n. 5, ano 2. São Paulo: Ed. RT, 1994.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

e ameaçador: fala-se nele sem que se saiba ao certo o que é e quem o produz; sabe-se apenas que é altamente explosivo, pensa-se até que pode devorar a todos (...)".

Destarte, admitindo-se sua existência, apenas por exigência de construção deste tópico, poder-se-ia indagar o que se entenderia por "crime organizado" e esta pergunta não teria resposta, nem com a promulgação da Lei 12.850/2013, nem que fosse positivado o art. 256 do Projeto de Novo Código Penal, tautológico e violador de uma série de princípios penais. Existem, é claro, a figura da *associação criminosa* (que contém em si as elementares do tradicional tipo de formação de bando ou quadrilha, salvo pela redução do número de componentes necessário ao grupo voltado para a prática de crimes, para que incida o tipo penal), cujo tratamento jamais legitimou o combate ao inimigo conforme pensando pelas agências de repressão, sobretudo americana, que impõe um combate internacional a uma figura que não se sabe o que é. Aliás, esta é outra evidência de que é o próprio Direito Penal que cria o delito, que transforma fatos em crimes, assim como advertiu Christie,[43] é dizer, da seletividade tratada nos tópicos anteriores. Nesse diapasão, com o escopo de outorgar à população uma falsa imagem de que a situação está sob controle – conforme já analisado –, de que há combate contra a delinquência, são editadas leis que apenas revelam uma *simbologia do direito* penal.[44]

Juarez Tavares observa, ainda nesse sentido, que o fenômeno criminoso que se combate era muito bem tratado pela legislação penal, mesmo porque não havia distinção de fato entre sua caracterização e aquela abstração contida no art. 288 do CP, senão através de um discurso de direito penal do inimigo e para o atendimento de funções simbólicas, ao afirmar: "(...) o crime organizado nada mais é do que outro fato comum, e que pode comportar, adequadamente, um enquadramento nas normas vigentes do Código Penal (...)".[45] Também Juarez Cirino dos Santos tece consideração deste jaez, ao lecionar: "Finalmen-

43. "(...) Atos não são, eles se tornam alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a estes atos (...)." (CHRISTIE, Nils. A indústria do controle do crime: a caminho dos gulags em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense., p.30).

44. Neste passo, deve-se trazer a lição de Baratta: "(...) as decisões não são tomadas nem tanto visando modificar a realidade, senão tentando modificar a imagem da realidade dos expectadores: não procuram satisfazer as necessidades reais e a vontade política dos cidadãos (...)" (BARATTA, *op. cit.*, p. 22).

45. TAVARES, Juarez. Mesa redonda sobre crime organizado. *RBCCrim*, n. 8, ano 2. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 155.

te, do ponto de vista jurídico-penal prático, o conceito de crime organizado é desnecessário, porque não designaria nada que já estivesse contido no conceito de bando ou quadrilha, um tipo de crime contra a paz pública previsto em qualquer Código Penal".[46]

Não se nega, portanto, a existência de "*associações criminosas*". O que não se tem, todavia, é modo idôneo e legítimo de separar dentre os grupos que cometem crimes aqueles "organizados". Não existe "crime organizado" como o concebemos: a figura criada derredor da expressão é mítica e carente de esteio ontológico. Resta apenas, de factual, o combate aos inimigos, a determinados grupos, cuja imagem é associada à expressão ora examinada, com franca violação ao princípio da legalidade, consoante observa Juarez Cirino.[47]

5. CONCLUSÕES

Ante o exposto, conclui-se que:

1. Com efeito, o novo Código Penal, aprovado conforme pretendido pela Comissão do Senado responsável por sua elaboração, tipificará delitos denominados *associação criminosa*, *milícias* e de *organização criminosa.*

2. Não haveria *abolitio criminis* para o delito de formação de bando ou quadrilha, importa registrar, mas apenas mudança de *nomen juris* (passará a existir o delito de associação criminosa). Entrementes, a elementar típica atinente ao plurissubjetividade do delito estará satisfeita com a união, minimamente, de 3 (três) pessoas e não 4 (quatro) como positivado hoje. De toda sorte, com a promulgação da Lei 12.850/2013, não haverá qualquer alteração de fato, pois nesta já é criado o delito de "*associação criminosa*", exatamente como previsto no Projeto e em substituição ao tradicional delito de *formação de bando ou quadrilha*;

3. A "associação para o tráfico de drogas" consubstanciaria, na forma do Projeto, espécie especial de associação a ser tipificada no art. 216, e terá pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

4. O tipo penal de "organização criminosa" se materializará, acaso aprovado o art. 256 conforme acima declinado, quando presentes as seguintes elementares: (A) Organizarem-se três ou mais pessoas (tipo objetivo que demanda quantidade de agentes inferior ao do tipo penal de bando ou quadrilha previsto no art. 288 do CP atual); (B) Estabilidade e permanência do grupo; (C) Escopo

46. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 141.

47. ZAFFARONI, Eugênio. *op. cit.* p. 59.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

específico de cometer crimes para os quais seja cominada pena máxima igual ou superior a quatro anos; (D) Estrutura organizada; (E) Divisão de tarefas; (F) Hierarquia definida; (G) Finalidade de auferir vantagem.

5. O tipo penal de milícias será figura qualificada do crime de organização criminosa, quando esta se destinar a estabelecer domínio ilegítimo sobre espaço territorial determinado, mediante violência ou grave ameaça, requerendo vantagens patrimoniais a título de prestar serviços de segurança, de luz etc.

6. A positivação acima descrita se afigura como manifestação clara e inequívoca de direito penal do inimigo, do direito penal de emergência, com as marcas da seletividade e do simbolismo.

7. O "crime organizado" ou as "organizações criminosas", como conceito dissociado da figura já existente e punível de formação de bando ou quadrilha (ou associação criminosa, após o início da validade da Lei 12.850/2013), ao que tudo indica, é manifestação de um discurso de emergência do direito penal, de direito penal simbólico e de direito penal do inimigo.

8. Não se pode negar que as pessoas, por vezes, se unem com o fito de cometer delitos e que esses grupos, naturalmente, se organizarão com o fito de cometer delitos; no entanto, tal comportamento é perfeitamente representado pela figura da "formação de bando ou quadrilha" ou de "associação criminosa".

9. O direito penal do inimigo, como consabido, é o não direito dos não cidadãos, das não pessoas, ou, conforme a própria tese que o alberga: dos inimigos. Essencialmente, o discurso do direito penal do inimigo é simbólico, pois apela para o lado imaginário das pessoas, para os seus medos e frustrações, para a necessidade de se resguardarem dos estranhos, dos diferentes.

10. Inimigo, consoante a arguta lição de Jock Young é o outro, são os demônios, são os marginais, é aquele que difere dos detentores do poder e desafia a ordem por eles impostas ou o equilíbrio de forças que conduzem à manutenção das posições sociais.

11. As ponderações supra cabem perfeitamente para o discurso de combate às organizações criminosas. De fato, em relação ao "crime organizado", são afastadas diversas garantias processuais, máxime porque, neste caso, as normas protetivas, por se tratarem de criminosos, de inimigos, não vigem. Um exemplo muito claro disso é, no Brasil, o já existente Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que, viola as garantias fundamentais em nome do combate aos inimigos, em nome do combate aos "criminosos organizados". Também as tipificações sobre as quais se debruça este trabalho são exemplificadoras do que ora se aduz: tem uma proposta penalizadora severa, para um comportamento carente de esteio ontológico.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

12. O direito penal do inimigo veicula o discurso de dominação perfeito em períodos de emergência, em que a sociedade clama por combate ao crime e aos criminosos, notadamente, a sociedade de riscos hodierna, quando se vê solapada por delitos graves ou pelo medo. A mídia e a denominada opinião pública, nesse diapasão, obtêm papel fulcral na política criminal, porquanto, consoante anota Baratta, a relação entre população e Estado passa a se dar tecnocraticamente.

13. Quanto às "organizações criminosas", o discurso do risco e da emergência é ainda mais aplicado. Veja-se, por exemplo, que, quando da edição da Lei 9.034/1995, foram criadas as figuras do grampo ambiental, do agente infiltrado, do juiz inquisidor, da delação premiada, da obrigatoriedade do regime inicial fechado e a proibição de apelar em liberdade configuram exceções ao Processo Penal tradicional, uma nova emergência, que, algum dia, se tornará obsoleta, sendo necessária uma nova forma de tutela a bens e interesses, invasiva e violadora das garantias fundamentais.

14. Para além das concepções declaradas ou explícitas da pena em relação à "criminalidade organizada", que tendem a uma determinada finalidade, existe outra "função" – não declarada – em relação às penas: a de incutir, nas pessoas, uma aparência de tranquilidade, de segurança.

15. A diferença entre "organização criminosa", o delito pensado para o combate ao "crime organizado" (ou seja, o representante do "crime organizado" enquanto figura típica), e "associação criminosa", residiria, supostamente, nas seguintes elementares: (A) escopo específico de cometer crimes para os quais seja cominada pena máxima igual ou superior a quatro anos; (B) estrutura organizada; (C) divisão de tarefas; (D) hierarquia definida; (E) finalidade de auferir de vantagem. Ponto por ponto, se demonstrará, nessa trilha, a ilegitimidade e o equívoco da diferenciação.

16. É preciso refletir acerca da seguinte elementar: estrutura organizada. Sobre este ponto, observa-se clara tautologia na redação do artigo, que pode ser resumida na seguinte frase: a organização criminosa seria organização, porque é organizada. Carece, ainda, tal elementar de definição clara, a violar, portanto, o princípio da taxatividade.

17. Poder-se-ia pensar que o Projeto, simplesmente, recai em redundância, e quando trata da questão da "organização" das "organizações", versa sobre as elementares seguintes: 1. hierarquia; 2. divisão de tarefas. Sucede que bandos ou quadrilhas (ou associações criminosas) podem ter hierarquia e divisão de tarefas. É necessário concluir que hierarquia e divisão de tarefas não poderiam jamais ser exclusividade do delito "organização criminosa".

18. Tal crítica pode ser transportada de maneira idêntica à elementar "visando auferir vantagem ilícita de qualquer natureza".

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

19. De toda sorte, transportar o desvalor dos delitos que o grupo pretende cometer para criar outro dispositivo viola o princípio do *ne bis in idem*, pois, a toda evidência, o que se terá é a imputação por organização criminosa apenas porque se cometeu delito cujo objetivo é obter vantagem ilícita (fator este que já é objeto de repulsa do ordenamento através da criminalização do comportamento engendrado pelo grupo).

20. Resta, no entanto, ainda, como possível nota distintiva restante: a finalidade de cometer delitos cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos. Essa elementar não é idônea para diferençar "associação" de "organização", pois, como diz o próprio Relatório Final do Projeto a "organização", por ser "organizada" é que se diferenciariam os delitos e não simplesmente por voltar-se ao cometimento de delitos cuja pena máxima fosse superior ou igual a quatro anos. Trata-se, ainda, de elementar que viola o *ne bis in idem*.

21. Milícias, delito de tipificação proposta a figurar no art. 256, § 2.º, como espécie de "organização criminosa", padece dos mesmos defeitos de seu *caput*, o qual é, inclusive, referido expressamente como elementar.

22. A doutrina que pressupõe a existência de "crime organizado", não consegue conceituá-lo, senão como *bandos* ou *quadrilhas* ou *associações criminosas* que cometem certos tipos de delitos (o que não poderia ensejar maiores penas e piores tratamentos, sob pena de ser violado o princípio do *ne bis in idem*).

23. Tal dificuldade não poderia ser superada através da tipificação, no entanto, de "organização criminosa", conforme pretende o Projeto de Código Penal e positiva a Lei 12.850/2013, exatamente em razão dos problemas vários acima apontados, resultantes estes, no entendimento deste trabalho, exatamente, de sua real relação com funções escamoteadas do direito penal, legitimadas através de discursos oficiais que, entretanto, são dissociados da realidade.

24. Assim sendo, é possível observar ainda que, na esteira exata do quanto preconizado neste *paper*, não se faz possível alcançar, no ordenamento, um conceito de "crime organizado" ou "organização criminosa", senão se valendo de elementares próprias do delito de "formação de bando ou quadrilha" ou de "associação criminosa" (conforme nova disposição determinada pela promulgação da Lei 12.850/2013) ou recorrendo ilegitimamente ao desvalor dos crimes praticados pelo grupo.

6. BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista do IBCCrim*, ano 2, 1994.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

BASOCO, Juan Terradillos. Función Simbólica y Objeto de Protección del Derecho Penal. *Pena e Estado. Función Simbólica de la Pena*, n. 1, 1991.

COSTA, Renata. Almeida da. *A sociedade complexa e o crime organizado: A Contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 145.

DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva *Neoliberal, Globalização da Violência e Controle Social. Discursos sediciosos crime, direito e sociedade*, n. 12, ano 7, 2.º semestre de 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

EL HIRECHE, Gamil Foppel. *Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio: manifestação do direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010.

HASSEMER, Winfried. *Segurança pública no estado de direito. RBCCrim*, n. 5, ano 2. São Paulo: Ed. RT, 1994.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. IX.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal Del Enemigo*. Madri: Civitas Ediciones, 2003.

_____. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid, Civitas Ediciones, 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Criminalidade organizada: Tendências e perspectivas modernas em relação ao direito penal transnacional. Estudos em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Junior*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 134.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

MONTALVO, José Antônio Choclán. *La Organización Criminal. Tratamiento penal y processal*. Madrid: Dykinson, 2000.

OLIVEIRA, Adriano. *Crime organizado: É possível definir?* Disponível em: [www.espacoacademico.com.br/034/34coliveira.htm]. Acesso em: 15.08.2004.

OLIVEIRA, Charles Soares de. *As novas faces do crime organizado. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. jul.-dez. Brasília: 2000. p. 79.

PAZ, M. Isabel Sanchéz Gacía. *Función político criminal del delito de associación para delinquir. desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado. Homenage al Dr. Marino Barbero Santos*. Cuenca: Ediciones Universidad Salamanca: 2001.

PAZ, Miguel Angel Nuñez. Delincuencia Organizada y Blanqueo de Dinero. Algunos Aspectos Criminológicos. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; MUSCO, Enzo;

MICHALSKA, Bárbara Kunick; CABRAL, Jorge Almeida; outros. *Fraude de Subvenciones Comunitárias y Corrupción*. Ediciones Universidad Salamanca: Salamanca, 2002. p. 153.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 5 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIPOLLÉS, Quintano. *El Derecho, valor de cultura*. Madrid, 1966.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Crime organizado. Direito penal e direito processual penal uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado*. São Paulo: Atlas, 2003.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Crime organizado: uma categorização frustrada. Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1989.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Associação criminosa - Crime organizado (Lei 12.850/2013), de Luiz Regis Prado - *RT* 938/241 (DTR\2013\10480); e
- Nova Lei sobre organizações criminosas (lei 12.850/2013): primeiras considerações, de Mauricio Schaun Jalil - *RIASP* 32/87 (DTR\2013\12534).

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no Projeto de Código Penal e na Lei 12.850/2013. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 145-191. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

O BEM JURÍDICO NOS CRIMES INFORMÁTICOS

THE LEGAL INTEREST IN COMPUTER CRIMES

SPENCER TOTH SYDOW

Mestre em Direito Penal pela USP (Faculdade de Direito do Largo São Francisco). Doutorando em Direito Penal pela USP (Faculdade de Direito do Largo São Francisco). Membro do IBCCrim. Professor Convidado da GV-Law. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Comunicação

RESUMO: O presente artigo visa refletir acerca do bem jurídico nos crimes informáticos a partir da doutrina nacional e estrangeira, à luz da Convenção de Budapeste e com base nas modernas discussões acerca da dispensabilidade ou não do conceito de bem jurídico das escolas alemãs e espanholas, e seus reflexos no pensamento jurídico penal no Brasil. Para tanto, optou-se por desmembrar o dito bem jurídico informático e apresentar os principais critérios defensivos e abolicionistas tendo-o como ponto central. Ao final, concluiremos pela manutenção da teoria de proteção, demonstrando que as fragilidades conceituais não se aplicam a este caso.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes informáticos – Bem jurídico informático – Crimes de Internet – Crimes eletrônicos – Cibercrimes – Segurança informática – Segurança telemática – Teses defensivas do bem jurídico.

ABSTRACT: The present article intends to reflect the computer crimes legal asset regarding national and international doctrine, from Convention of Budapest perspective and based on modern discussions about the dispensability or not of the legal asset (continental law's equivalent to a harm principle) concept from german and spanish criminal law schools and its reflections on Brazilian criminal law ideas. For these objectives, we opted to dismember the computer crime legal asset (value protected by the cybercrime law) and present the main defensive and abolitionist criterions through its point of view. At the end, we conclude that the protection theory maintains itself, showing that the conceptual fragilities don't apply to this case.

KEYWORDS: Computer crimes – Computer legal asset – Harm principle – Internet crimes – Electronic crimes – Cybercrimes – Computer security – Telematic security – Defensive thesis of legal asset.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Aspectos evolutivos do instituto do bem jurídico – 3. A situação doutrinária do bem jurídico – 4. O bem jurídico informático – 5. Conclusão.

SYDOW, Spencer Toth. O bem jurídico nos crimes informáticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 193-212. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

1. INTRODUÇÃO

Numa sociedade global constantemente tensa por ataques ditos terroristas, francos atiradores em escolas, pais que encarceram e mantém filhas como escravas sexuais por décadas, violações de intimidade, quebras de direitos fundamentais por policiais, operações secretas de espionagem e contra espionagem até mesmo de chefes de governo, guerras e conflitos armados e diante de uma grande instabilidade econômica, o direito penal tem cada vez mais sido chamado como arma principal de contenção e prevenção de violências, numa inversão lógica do princípio da *ultima ratio*.

Mas a resposta que o direito penal dá é sempre radical: para mais segurança, é necessário diminuir certas garantias, certas liberdades e relativizar certos princípios. O próprio Presidente dos Estados Unidos da América do Norte, Barack Obama, manifestou-se dizendo que quem quer segurança deve abrir mão da privacidade.

Desta feita, a sociedade clama por mais segurança, aceita tais mudanças e o legislador torce o direito penal, naquilo que se resolveu denominar "*governing through crime*" ou governança com base na criminalidade.

O clamor surgido após a violência não tolerada serve como legitimador de atitudes legislativas (e eleitoreiras) para criação de novos delitos, que cada vez mais tipificam condutas independentemente da existência de violações materiais. E assim a governança caminha, e o direito penal serve como verdadeiro gestor de riscos e perigos numa verdadeira antecipação de tutela penal.

Nessa toada, vem o debate acerca do bem jurídico, especialmente porque Von Liszt defendeu em seu *Tratado de direito penal alemão* que o que cria o interesse juridicamente protegido não é o direito, mas sim a vida e que é papel do direito convertê-lo em bem jurídico.

A evolução da informática parece ter trazido a tona novos valores que merecem ponderação sociológica e legislativa. Perfis em redes sociais, nuvens que guardam arquivos confidenciais, dispositivos móveis com peças jurídicas e livros valiosos. Tais novidades mereceriam tutela penal e conversão em bem jurídico? E, principalmente, haveria limites para tal conversão?

2. ASPECTOS EVOLUTIVOS DO INSTITUTO DO BEM JURÍDICO

O estudo da evolução histórica do bem jurídico é muito interessante e fundamental para se tentar iniciar a resposta da pergunta acima.

Diante de uma sociedade feudalista concentrada na mão de absolutistas estruturados a partir da religião – e, por corolário, líderes de igrejas –, as ar-

SYDOW, Spencer Toth. O bem jurídico nos crimes informáticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 193-212. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

bitrariedadespromovidas sob o pretexto de controle social eram frequentes. O direito penal encontrava sua razão de existir na proteção da religiosidade e da moral por ela pregada e, conjuntamente, em valores da majestade.

Deste modo, sob pretexto da defesa de Deus (talvez fosse Ele o primeiro bem jurídico), legitimava-se punição (expiação), ausência de contraditório, tortura, penas desumanas e assim por diante.

Beccaria, em 1763, inicia seus debates críticos a esse sistema, em seu livro *Dos delitos e das penas* através da ideia de que o dano provocado à Nação é a real medida dos delitos e não a um número reduzido de interessados.

As revoluções burguesas defenderam e obtiveram alargamento de valores a serem protegidos pelo direito, de modo a beneficiá-los (burgueses) também, buscando combater a proteção exclusiva de bens de lideranças religiosas e do monarca. Com o sucesso do pleito, busca-se criação de objetos mais amplos de defesa do Estado, que surgem como modo de generalização de proteção, como o patrimônio e a liberdade.

É de Feuerbach a afirmativa progressista da teoria da lesão a um direito subjetivo, guinando o pensamento da importância do direito penal à toda a categoria de seres humanos.[1]

Assim, quando do iluminismo, o sistema de regresso das ciências dá razão a um direito penal mais geral (generalizado), com bases mais definidas.

Em seguida vem a doutrina do contratualismo (contrato social) colocando regras mais rígidas ao direito. Nas palavras de Luis Flavio Gomes:

"Contratualismo (o contrato social como fundamento do direito de punir), utilitarismo (a pena como meio da defesa da sociedade), legalismo (que os delitos e penas sejam descritos na lei e que o juiz esteja a ela vinculado de maneira rígida) e secularização (autonomia do direito penal diante das leis divinas e poder religioso), ao lado da lesão a direitos subjetivos, danosidade social e necessidade da pena, configuram a maior parte dos enunciados básicos da política criminal clássica e liberal, que historicamente surge como reação à arbitrariedade da justiça (do *Ancient Régime*, do absolutismo), à instrumentalização política do *ius puniendi*, à carência de garantias (substanciais e processuais), ao casuísmo e à crueldade das penas".[2]

1. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

2. GOMES, Luis Flavio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 74.

SYDOW, Spencer Toth. O bem jurídico nos crimes informáticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 193-212. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

É a Birnbaum, contudo, o apadrinhamento inicial da ideia de bem jurídico, a partir da proposta de um bem material substitutivo à lógica de direito subjetivo, retirando a interpretação individual da lesão para uma lógica mais objetiva, a partir de seu trabalho acerca de delitos contra a honra.

O sistema Liszt-Beling toma lugar como método lógico de aplicação do direito penal com base na relação de causalidade compondo a tipicidade de modo geral e amplamente aplicável. Isso porque Von Liszt entendia que os bens jurídicos são interesses identificados na realidade social e não decorrentes da norma jurídica.

Nas palavras de Figueiredo Dias, com o referencial neokantista houve a transformação dos bens jurídicos para "meras fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime" atribuindo ao bem jurídico "função puramente hermenêutica" significando "o seu esvaziamento de conteúdo e a transformação num conceito legal-formal que nada adianta face à fórmula conhecida (e respeitável) da interpretação teleológica da norma".[3]

Com a superação do positivismo jurídico, o causalismo toma forma e a adoção de bens jurídicos como método de legitimação de ação do direito penal torna-se mister. O surgimento de um direito penal material mostra-se adequado com a proteção de bens tangíveis, inicialmente.

O excessivo engessamento do conceito de delito, porém, repercute em problemas graves pouco mais de um século após. Postos os graves problemas econômicos e dos conflitos civis, pautado na ideia de limites objetivos e legitimação absoluta e independente dos Estados criarem suas normas a partir de conceitos próprios de valores, surge o nacional socialismo e sua abundância penal.

A geração de bens jurídicos objetivos, porém espiritualizados, como a defesa do sistema, a pureza da raça, entre outros, permite violações nunca antes vistas e que desencadearam choque após o Tribunal de Nuremberg e suas revelações.

A autonomia da força legítima exclusiva e independente dos Estados passa, então, no pós guerra, para a Organização das Nações Unidas.

Aqui Welzel traz à tona o debate do desvalor da conduta, defendendo as ideias de que ao direito penal não caberia a proteção de valores, uma vez que sua ação limita-se ao momento em que tais valores já foram violados. O adequado seria, assim, que o direito penal se preocupasse com a conduta do agente

3. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 64.

como foco da repressão punitiva. Debates sobre a pena para a tentativa branca, assim e por exemplo, ficariam mais lógicos e aceitáveis.

Assim, Welzel passa a defender a prescindibilidade do conceito material de bem jurídico ou ao menos o debate sobre tal, posto que para ele a imperatividade normativa gera tendência de cumprimento da norma e não mero respeito ao bem jurídico.

Pela nova alocação da culpa em sentido amplo como elemento subjetivo do tipo, remanescem as questões acerca de condutas cometidas em erros, ignorância e afins. É sua a expressão definidora de bem jurídico como sendo, em verdade, um "*estado social* desejável que o direito quer resguardar de lesões" (grifo nosso).

Bech, em 1986, identifica e positiva a existência de um novo paradigma sociológico de grande repercussão no direito penal: o risco. A partir dele e em conjunto, pensadores como Roxin e Jakobs propõe um novo modelo de análise do direito penal, buscando a compreensão da função desta ciência acima de conceitos estáticos como a de relação causal e dolo e culpa.

Identifica-se, portanto, a constância humana na geração de riscos, ponderando-os em riscos permitidos e não permitidos, cabendo ao direito penal a identificação e punição das condutas valoradamente reprováveis.

Mas se a nova escola funcionalista pensa assim, seria o conceito de bem jurídico dispensável?

3. A SITUAÇÃO DOUTRINÁRIA DO BEM JURÍDICO

Há, em nosso entender, três feixes de teorias que prevalecem acerca do bem jurídico e sua legitimação: o primeiro é o feixe constitucionalista, o segundo, o feixe de teorias sociológicas e o terceiro, o feixe de teorias abolicionistas (que em verdade não creem em legitimação do bem jurídico).

Diversos autores também já se questionaram e refletiram academicamente sobre o bem jurídico. Alguns posicionam-se verdadeiramente pela sua abolição como Jakobs em sua ideia de delitos como violações da norma penal, exclusivamente.

Mas a pergunta acerca de se o bem jurídico está ou não morto ou em vias de morrer, foi enfrentada especialmente bem por Greco[4] e Hefendehl.

4. Especialmente em Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. *RBCCrim* 82

Greco perguntou se tem futuro a teoria do bem jurídico a partir da análise de decisões da Corte Suprema alemã acerca do delito de incesto. Paradigmaticamente em seu texto, Greco cita resumidamente o voto vencido de Hassemer.

Em linhas gerais, ambos propagam que, no momento em que uma corte suprema declara ser constitucional uma norma penal que proíbe dois adultos, maiores, capazes e responsáveis de manter relações sexuais, sob pretexto de que tal ato violenta os bons costumes, a integridade da família e prejudica as gerações futuras (sob pretexto de que os filhos nascem geneticamente fracos e com problemas mentais), o direito penal perderia sua razão de existir como defensor de bem jurídico e passaria a ser defensor de valores morais, fundindo conceitos totalmente dissociados.

Nesse sentido, a necessidade de existir apenas um direito penal nuclear, para não permitir tais desvirtuamentos.

E um direito penal nuclear seria um direito penal com bens jurídicos fundamentais como objetos de proteção, principalmente. E é aqui que diversos doutrinadores divergem. Alguns acreditam que somente aquilo que está positivado na Carta Constitucional pode ser objeto de proteção, de modo estrito; outros, menos rígidos, creem na Constituição como parâmetro e que tanto seus valores quanto aqueles valores indiretos e garantidores dos bens jurídicos principais poderiam ser protegidos.

Hefendehl debate em seu artigo que, em sua opinião, a teoria do bem jurídico continua sendo o eixo material da norma penal. Apresenta que seu conceito é imperfeito, porém não vê alternativas à sua existência. Destarte, diversas funções permanecem fundamentais ao instituto do bem jurídico, independentemente de seu atual desvirtuamento. Assim

"A pesar de todos los malos presagios, el bien jurídico es el punto de fuga de las figuras de imputación o el eje material de una norma".[5]

Defende que há uma função de delimitação negativa, no sentido de ser sua existência objetiva que faz com que exista a "*ultima ratio*" como princípio do

(2010). Também em "Princípio da ofensividade" e crimes de perigos abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim* 49 (2004); ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal?. *RT* 790 (2001) e "Princípio da ofensividade" e crimes de perigos abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim* 49 (2004).

5. HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoria dei bien jurídico. Fundamento de legitimación dei derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

direito penal, permitindo que apenas alguns bens sejam objeto de sua tutela e servindo como barreira para que o legislador atue.

A partir das ideias de Roxin, defende que há 9 (nove) espécies de situações em que o direito penal atua e que não deveria, porque não se tratam de bens jurídicos protegidos propriamente ditos, quais sejam quando há (a) leis penais arbitrárias, motivadas somente de modo ideológico e violadoras de direitos fundamentais; (b) meras transcrições com finalidades legislativas; (c) ações contrárias à ética e moral; (d) vulnerações da própria dignidade ou da dignidade do ser humano; (e) proteções de sentimentos; (f) autolesão consciente; (g) normas penais simbólicas; (h) tabus; (i) objetos de proteção de abstração incompreensível.[6]

Para Roxin, é a Constituição a base conceitual de um bem jurídico. E nesse sentido deve-se tê-la como basilar. Os valores nela contidos, bem como as instituições para atingimento e proteção de tais valores podem e devem ser tutelados pelo direito penal, que neles fica amarrado.

Relembremos, neste momento, que Feuerbach, já em 1813, afastava veementemente a incriminação de condutas que atacassem a religião ou a moral, conforme Silveira.[7]

Amelung e Mir Puig, em outro sentido, preferem retirar tais amarras e permitir que haja maior liberdade legislativa, posto que entendem que há uma verdadeira teoria sociológica a tratar o bem jurídico. Nesse sentido, deveria haver uma substituição (um incremento) do bem jurídico pelo conceito de danosidade. Deste modo a manutenção do bem jurídico poderia haver como legitimação/objetivação de um "*harm principle*" pelo legislador, posto que o fundamental é a estabilização da norma penal. Nessa ordem, os limites ao bem jurídico seriam relativizados, dando margem a certo arbítrio interpretativo.

Amelung, ainda, coloca que o bem jurídico está para o objeto jurídico assim como, na teoria das normas de Binding, a norma está para a lei. Ou seja, há uma abstração apenas paradigmática, com margem larga de raciocínio por parte do intérprete.

Em outro sentido, Hassemer defende que apenas haveria lógica na existência de conceito de bens jurídicos a partir de uma teoria que ele determinou denominar "teoria pessoal do bem jurídico". Bechara[8] resume suas ideias ao apresentar que:

6. ROXIN, Claus apud BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

7. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 39.

8. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

"Hassemer enuncia três requisitos para a satisfação de um conceito pessoal producente de bem jurídico: (i) a adequação da noção de bem jurídico à realidade, exigindo-se a integração das condições de vida da moderna socialização, sobretudo no que tange aos interesses universais; (ii) sua seletividade e nitidez, de modo a constituir o conceito de bem jurídico um critério de proteção da liberdade; e (iii) a possibilidade de compreensão social do conceito de bem jurídico, facilitando o controle democrático do legislador em relação a possíveis generalizações nebulosas".

Em contrapartida, existem também a teoria dualista e a teoria social do bem jurídico proposta por Hefendehl.

A primeira, com Tiedemann como principal defensor, aponta que o direito penal clássico e o direito penal secundário devem coexistir como justificantes de existência de bens jurídico, sendo o primeiro o dos bens jurídicos materiais imediatamente referidos a uma pessoa e o segundo, dos bens jurídicos coletivos e difusos.[9]

Hefendehl defende, por sua vez, que pelo fato de o foco clássico do direito penal ser a pessoa, isso deu margem a diversas situações de privilégio à classe dominante, fazendo com que os *lobbys* dos poderosos gerasse criminalizações de bens jurídicos em desfavor dos pobres e miseráveis e em favor do colarinho branco. Nesse sentido, sua proposta é a de que haja uma centralização do direito penal que leve em conta a sociedade e não a pessoa, de modo a afastar prevalências de interesse. Nesse sentido, a ideia de "danosidade social" leva em conta todos os indivíduos, sempre.

A apresentação de tais teorias servirá para tentar verificar, a partir da apresentação do bem jurídico informático, se se pode apresentá-lo de modo legítimo no ordenamento brasileiro. Vamos a ele.

4. O BEM JURÍDICO INFORMÁTICO

Conforme conhecido, Bech identificou a lógica dos riscos sociais.[10] No início do artigo, pugnamos pelo novo cenário de violência e segurança identi-

9. AMELUNG, Knut. El concepto de "bien jurídico" en la teoria de la protección penal de bienes jurídicos. Trad. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoria dei bien jurídico. Fundamento de legitimación dei derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

10. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

ficadas e o funcionalismo tratou de tentar prever forma para verificação de admissibilidade social do riscos gerados.

Em seguida, notou-se que o debate acerca da dispensabilidade do bem jurídico refuta-se em opiniões que identificam que valores morais têm sido objeto de penalização, há crescimento de punição de atos preparatórios, criação crescente de delitos de perigo abstrato, bem como valores de elevadíssimo nível de abstração como os conceitos de paz e segurança.

Diante de tal tendência, é momento de questionarmos se os delitos informáticos possuem verdadeiro bem jurídico e, em caso positivo, se este encontra-se inserido nos argumentos de dispensabilidade elencados ou, se ao revés, deve ser encarado como verdadeira nova realidade valorativa.

Já há muito defendemos que os delitos informáticos propriamente ditos somente têm razão de existir se identificarmos um bem jurídico a ser tutelado. A importância subjetiva que cada vítima dá a seus próprios dados, acesso e dispositivos informáticos varia sobremaneira. Deixar à interpretação larga tal conceito, em uma esfera da ciência tão diariamente alterável, parece-nos exageradamente temerário e não haveria norma penal em branco suficientemente veloz para acompanhar a velocidade da tecnologia.

Mais do que isso: é necessário que se diferencie entre bem jurídico informático propriamente dito, de bem jurídico já tutelado pelo ordenamento jurídico e que tem sua violação ocorrida pelo uso do instrumento informático como escolha de forma delinquencial meramente.

Aqui iremos apenas debater a existência de um novo bem jurídico no ordenamento jurídico brasileiro. Ressalte-se a classificação de Ferreira[11] no sentido de que há os delitos informáticos próprios e os delito informáticos impróprios, sendo os primeiros autônomos e com novo bem jurídico e os segundos, delitos comuns em que a informática é apenas o meio eleito para violação de bens jurídicos clássicos.

Nesse raciocínio, somente haveria lógica na construção de tipos relativos às tecnologias, se houvesse possibilidade de novos valores criados a partir da tecnologia, sejam materiais ou imateriais. Teria então, havido surgimento de novo bem jurídico verdadeiro ou estaríamos debatendo algo antigo?

Para responder a essa questão, valemo-nos de algumas definições importantes.

11. FERREIRA, Ivete Senise, A criminalidade informática. *Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes*. Edipro, 2000. p.210

É de Von Liszt a afirmativa de que:

"Chamamos de bem jurídico os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, do indivíduo, ou da coletividade. É a vida e não o direito, que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico".[12]

Destarte, para que compreendêssemos essa afirmativa como adequada, teríamos que partir do pressuposto que somente poderia existir novo bem jurídico se novos interesses surgissem na sociedade. Mas o que geraria novos interesses a uma sociedade?

Roxin apresenta que bens jurídicos são "circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado (...)". Sua concepção constitucionalista ampla é no sentido de que tanto os valores constitucionais como quaisquer instituições clássicas ou novas que sirvam para assegurar tais valores fazem com que haja legitimidade para a concepção de bem jurídico. Nesse sentido, a proteção de páginas da Internet de governança corporativa podem ser objetos jurídicos por trás de um bem jurídico publicidade ou moralidade da administração pública, previstos na Carta Magna.

Também não é novidade que Silva Sanchez não só entende que novos valores surgem na sociedade, como crê que a identificação deles e de novas premências gera a denominada expansão no direito penal. Assim:

"As causas da provável existência de novos bens jurídico-penais são, seguramente, distintas. *Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam* – ou não com a mesma incidência –, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como 'bens escassos', aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequencia de a evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí,

12. LISZT, F. V. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, t. I.

sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico"[13](grifo nosso).

É também de Silva Sanchez a afirmação de que "podem ser considerados bens jurídicos aqueles objetos que o ser humano necessita para sua livre autorrealização", segundo Bechara, o que permitiria que novas necessidades humanas dirigidas à sua realização como, por exemplo, um serviço informático, pudesse erigir-se à categoria de bem.

Para nós é certo que a tecnologia gera incremento de bem estar individual e social o qual o ser humano passa a dar importância e se interessa em proteger.

Ainda Bechara,[14] interpretando Roxin,

"(...) as normas jurídico-penais devem exclusivamente assegurar aos indivíduos a coexistência livre e pacífica, por meio da garantia de seus direitos. Para o atingimento de tal objetivo, deve o Estado garantir não apenas as condições individuais mas também as finalidades ou institutições estatais adequadas ao funcionamento de um sistema baseado nesses objetivos. Conclui Roxin que os bens jurídicos não necessariamente são fixados anteriormente ao legislador, podendo-, inclusive, ser criados por ele (como ocorre comas pretensões estatais no âmbito tributário). Referida concepção de bem jurídico teria caráter dinâmico, estando aberta, no âmbito das finalidades constitucionais, às transformações sociais e ao progresso do conhecimento científico".

Na expressão de Canton,[15] o bem jurídico surge quando da necessidade de um ponto de concentração de valores, numa ideia mais próxima de uma teoria sociológica, a qual Schunemann apresenta como sendo situações e estados de valor social destacado.

Desta feita, a identificação de uma ação de repercussão de uma considerável parcela da sociedade poderia legitimar o surgimento de um bem jurídico como, por exemplo, numa circunstância em que um governo descobre vazamento de informações sigilosas contidas em dados informáticos e que poderiam comprometer a segurança de seu povo.

Cremos que não há dúvida de que hoje a informática assume grande parcela e elevada importância no desenvolvimento social e há um uso bastante considerável da tecnologia no cenário mundial.

13. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 3 e ss.

14. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva, op. cit., p. 122 e 123.

15. CANTON, Fabio. *Bem jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Pois bem, foi a Convenção de Budapeste (Convenção sobre o Cibercrime), em vigor desde 2004, que previu de modo mais declarado os novos bens jurídicos.[16] Já em outro momento[17] apresentamos que são 3 os elementos que compõe a criminalidade informática, de acordo com o preâmbulo de tal Convenção.[18] *In verbis*:

"Convictos de que a presente Convenção é necessária para impedir os atos praticados contra a *confidencialidade, a integridade e a disponibilidade de sistemas informáticos*, de redes e de dados informáticos, bem como a utilização fraudulenta desses sistemas, redes e dados, assegurando a incriminação desses comportamentos tal como descritos na presente Convenção (...)" (grifo nosso).

Como forma generalizadora, os 3 elementos apresentados, quais sejam a (i) disponibilidade, a (ii) confidencialidade e a (iii) integridade telemática terminaram por ser agrupados por Rossini[19]e por nós defendido, em um só bem jurídico denominado "segurança informática".

Não nos parece duvidoso o fato de que o bem jurídico aqui apresentado como "segurança informática" merece algumas considerações. A primeira refere-se à sua imaterialidade, a segunda à sua necessidade em um ordenamento jurídico e a terceira, a possível instabilidade pelo uso da expressão "segurança" e seus riscos.

Inicialmente, trataremos da questão da imaterialidade. Parece-nos que esse problema é de repetido debate.

Há os que creem que somente pode ser objeto de proteção alçada à categoria de bens jurídico as situações de lesão materiais, no sentido jusnaturalístico. Assim, adeptos à teoria constitucionalista em sentido estrito como Cunha ao apresentar que "só poderiam ser considerados bens jurídicos os objetos naturalísticos do mundo exterior, aqueles que fossem aprrensíveis pelos sentidos, palpáveis, suscetíveis de ser agarrados".[20] Nessa seara, bens informáticos relacionados a dados e conexão somente poderiam ser protegidos a partir de

16. Os Estados Unidos da América do Norte foram o primeiro país que desenvolveu legislação acerca dos delitos informáticos, em 1984 – denominado *Computer Fraud and Abuse Act*. Porém, é sabido que em dado país não há um debate muito acentuado acerca dos limites do bem jurídico, visto que, ali, o direito penal é de natureza máxima.

17. SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 70.

18. Também no mesmo sentido o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), conforme [http://cartilha.cert.br/mecanismos/].

19. ROSSINI, Augusto. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica Ed., 2004. p. 129.

20. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, apud CANTON FILHO, Fábio Romeu. *Bem jurídico penal*. Rio de janeiro: Elsevier, 2012. p. 121

seus dispositivos materiais (computadores, celulares, tablets etc). Não haveria necessidade de um novo bem jurídico, pois.

Mais liberal, conforme Canton,[21] Mir Puig traz a ideia de bem jurídico cabível de proteção o que se traduz em concretas possibilidades de participação do indivíduo nos processos de interação e participação social. Assim, conceito de materialidade física passa a ser substituído por uma identificação concreta de lesão. Esposamos desta ideia.

Cremos que a discussão acerca da imaterialidade (física) de bens e a necessidade de proteção está superada. Hoje, há diversos âmbitos de proteção penal que tratam de situações imateriais como o conceito de concorrência, de relação de consumo, a honra e assim por diante. Nesse sentido, o direito penal positiva expressamente bens jurídicos imateriais quando há o interesse em protegê-lo por tal esfera.

Há legislação específica para tornar a propriedade imaterial (intelectual/autoral) passível de proteção jurídica, inclusive penal. É, pois, da própria evolução da teoria do bem jurídico a ideia de Jakobs de que:

"Um bem é uma situação ou fato valorado positivamente. O conceito de situação se entende, nesse contexto, em sentido amplo, compreende não só objetos (corporais e outros), mas também estados e processos. Um bem chega a ser bem jurídico pelo fato de gozar proteção jurídica".[22]

Ainda, Hungria com sua incomparável clareza, assevera que "bem é tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade humana". É de se entender, então, se a humanidade clama por proteção informática, se há amparo constitucional para tal proteção e se hoje uma violação de tal monta consegue ser identificada como lesiva a partir de algum raciocínio, bem jurídico o é. Observemos inicialmente a afirmação de Toledo:[23]

"A soma dos bens jurídicos constitui a própria ordem social, e por isso, o significado de um bem jurídico não deve ser apreciado isoladamente, mas sim, em conexão com toda a ordem social".

Compreende-se claramente que nas últimas décadas a produção intelectual passou do papel para o computador. Houve, portanto, uma migração da

21. CANTON FILHO, Fábio Romeu. *Bem jurídico penal*. Rio de janeiro: Elsevier, 2012.

22. Apud GODOY. Regina Maria Bueno de. *A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2010.

23. TOLEDO, Francisco de Assis. *Principios básicos de direito penal*. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 15-16.

geração de documentos físicos para a geração de arquivos de texto, planilhas, apresentações e bancos de dados. A informação física passou a ser lógica, representada imaterialmente por zeros e uns, interpretáveis exclusivamente por dispositivos informáticos habilitados. Com isso, ganhou-se espaço, dinamismo e velocidade. Mas num primeiro momento, perdeu-se proteção criminal.

E aqui parte-se para o segundo ponto de debate: a necessidade de criação do novo bem jurídico no ordenamento jurídico.

Limitado pelo princípio da taxatividade, o direito penal não pôde proteger ataques a dados por ausência de previsão legal e por não serem os "dados" elementos objetivos de nenhum tipo. Tanto é assim que a energia elétrica, imaterial, para adequar-se na necessidade penal de proteção teve sua equiparação legislativa para receber tratamento adequado na tipificação do delito de furto (art. 155, § 3.°, do CP).

E não há que se equiparar dados à "energia com valor econômico", porque sua fonte é a própria eletricidade, em valores baixíssimos e praticamente insignificantes. Seria necessário dar aos dados autonomia de proteção ou mantê-los sem nenhuma. Para isso, fundamental entender como as divisões do bem jurídico "segurança informática" têm serventia. Assim, o que pode ser atacado e que ensejaria novo raciocínio da ciência penal seriam ativos informáticos:

"a) *Integridade*: os sistemas e os dados produzidos pelos usuários, como documentos, mensagens, fotografias, filmes, criações intelectuais e assim por diante são patrimônio individual, original, e que, por isso, merecem ser protegidos em sua incolumidade. Apenas ao usuário autorizado cabe dispor sobre a inteireza de seus arquivos e suas modificações. Ataques à tais integridades informáticas, pois, são violações que fazem com que tais dados percam suas características originais, podendo levar a prejuízos dos mais diversos.

b) *Confidencialidade*: assim como há sigilo bancário e de comunicações, deve haver também sigilo acerca de dados. Afora situações de publicidade e transparência obrigatórias, se um usuário decide por não publicizar uma informação particular e de sua titularidade, esta deve permanecer protegida até que o titular dela disponha sobre tal e permita o acesso.

c) *Disponibilidade*: Além de sigilosos e deverem permanecerem íntegros, há também a necessidade de que o usuário titular dos dados, sistemas e redes possa acessá-los livremente e no momento que quiser. Um usuário não autorizado não pode, portanto, impedir que o legítimo detentor dos direitos dos arquivos o acesse sob risco de frustrar a utilidade do arquivo, mesmo que íntegro".

Certamente que a todos e a cada um cabe proteger sua casa e do mesmo modo, proteger seus computadores de ataques. Porém, uma vez que um delin-

SYDOW, Spencer Toth. O bem jurídico nos crimes informáticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 193-212. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

quente supere as defesas razoáveis de um dispositivo, e acesse dados, contas de rede social, emails, fotografias, recordações, documentos etc, tal atitude violenta a individualidade e, com isso, a privacidade. Os três aspectos acima elencados são desdobramentos dos arquivos informáticos particulares.

A danosidade social informática reside no fato de que os dados e sistemas são ferramentas disponíveis e a serviço dos usuários. Desta feita, o que um usuário precisa é a segurança jurídica para confiar no instrumento tecnológico e, identificando um ataque a seus dados, contar com a proteção penal e do respaldo do Estado, que identifica esse segmento da sociedade e o protege.

Não se está dizendo que ao Estado cabe garantir acesso à Internet, navegação veloz, email, licença de uso de editores de texto, navegação segura ou nada incabível. Mas ao Estado cabe garantir que pessoas eventualmente violadas em algumas situações tenham amparo jurídico para buscarem o resguardo. E ainda que adeptos da ideia do direito administrativo sancionador de Hassemer o clamem como mais eficiente, o direito penal deve servir como outro instrumento protetivo.

Aos que acreditam na desnecessidade de proteção penal dos dados, defendendo a bastante defesa civil de reparações para ataques cibernéticos, é de se recordar que os prejuízos advindos de um ataque informático podem não ser patrimoniais apenas, gerando insegurança naquilo que unissonamente é o ferramental de relações comunicativas do presente e futuro. A restrição da aplicação penal pelas negativas de extensão de intepretação e analogias servirão como escusa investigativa e punitiva.

O terceiro ponto de debate é acerca da expressão "segurança informática" e sua possível instabilidade interpretativa.

Do mesmo modo que bens jurídico como a paz pública, a moralidade e a segurança do cidadão são expressões de elevada abstração, que admitem múltiplas e subjetiva interpretações e que, por isso, geram instabilidade na construção jurisprudencial, há que se verificar se o mesmo seria verificado no novo bem jurídico, para evitação de expectativas fracassadas.

Deste modo, assim como proteção de bens jurídicos como "sã consciência" e "pudor", parecem carecer de aplicabilidade prática, diversos bens jurídicos merecem o ataque de Roxin sobre sua inaptidão ao ordenamento. Mas este não é o caso da segurança informática.

Isso porque ao tripartir tal bem jurídico em 3 sub bens jurídicos, toda a possível abstração do termo ficou afastada. Não é qualquer ataque à dados e sistemas que merece a proteção especial, mas apenas os ataques à confidencialidade, à integridade e à disponibilidade objetivamente.

SYDOW, Spencer Toth. O bem jurídico nos crimes informáticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 193-212. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Nesse sentido, apenas para reforçar o argumento de que tal novo bem jurídico não se encaixa nas circunstâncias de dispensabilidade, mister é que façamos as seguintes afirmações: (a) nenhum dos três elementos da segurança informática são morais. Não se está diante de um valor que varia de pessoa ou grupo social. O caráter de violação é objetivo, remanescendo apenas a ideia de disponibilidade dos bens, capaz de afastar a persecução penal, posto que os delitos de tal natureza seriam de ação penal pública condicionada; (b) não se trata de punir atos preparatórios, gerando restrição de direitos e liberdades individuais. Apenas a verdadeira violação de tais elementos devidamente demonstrada através de perícia e de denúncia da acusação fundamentadas faz nascer o *jus puniendi*. Em sentido oposto há delitos informáticos impróprios no ECA punidores de ato ditos preparatórios como o do art. 241-B,[24] de elevado grau de temeridade e que receberam as críticas dos contrários à existência de delitos de posse, e da qual nos filiamos; (c) não se trata de delito de perigo abstrato, visto que o ataque a tais bens e seu prejuízo é verdadeiramente demonstrável. Em verdade, é delito "material" ("material-virtual") que exige constatação real de violação; (d) não se pode falar em espiritualização do bem jurídico posto que apenas os 3 aspectos objetivamente servem de sustentáculo deste, e quaisquer ataques a elementos além dos apresentados será um irrelevante penal.

Desta feita, idealmente o novo bem jurídico enquadra-se na premissa de gerar novo valor jurídico penal, posto afastar casos de dispensabilidade em teoria. Mas na prática, será que tais premissas foram devidamente respeitadas no Brasil?

No cenário nacional atual, a promulgação da Lei 12.737/2012 trouxe para o ordenamento jurídico os delitos informáticos próprios, a partir da proteção da segurança informática em suas três vertentes.

Infelizmente, o legislador criou também tipos de punição antecipadíssima, visando combate a atos preparatórios. Observe-se o § 2.º do art. 154-A que determinou que comete delito informático quem "produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática de invasão informática".

A própria legislação quebrou a lógica da divisão da conduta conforme autoria ou participação, punindo aquele que faz a faca com a mesma pena daquele

24. "Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

que dá a facada. Nesse sentido, o bem jurídico fica esvaziado, posto que perde sua finalidade paradigmática, quebrando seu uso para geração de proporcionalidade e ofensividade.

Apesar das inúmeras críticas acerca das técnicas legislativa utilizadas e que não farão parte deste artigo, a legislação trouxe proteção de integridade e confidencialidade no sentido de punir a "invasão informática", colocando na mesma rotulagem penal a obtenção e a destruição de dados ou informações privadas. Nesse sentido a lei apontou como conduta antijurídica o invadir de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Em si, a disponibilidade como desdobramento da segurança informática não nos pareceu ter recebido proteção direta. Apenas no verbo "adulterar" e na parte final do artigo acima apontado, quando aponta a instalação de vulnerabilidades, indicou a reprovabilidade de atitude. E mesmo assim indiretamente, pois alterações e instalação de vulnerabilidades podem impedir a disponibilidade de arquivos mas também podem gerar violação de integridade e de confidencialidade somente.

Em suma, a legislação trouxe ao cenário brasileiro, mesmo que com redação confusa, o início do debate acerca de um novo bem jurídico e a potencialidade penal de protegê-lo.

5. CONCLUSÃO

O debate acerca do bem jurídico é atualíssimo e não há dúvida de que tipos penais são criados a partir de interesses políticos e pressões da mídia e da opinião popular. Destarte, o cenário penal atual é altamente retalhado. Há delitos sem qualquer respaldo na teoria da exclusiva proteção do bem jurídico, sem qualquer respaldo constitucional, há delitos que desrespeitam a própria teoria da tipicidade, que dispensam relação de causalidade, que antecipam a tutela penal para níveis autoritários e até mesmo delitos sem aplicabilidade prática que apenas visam interesses eleitoreiros.

Recentemente o Brasil trouxe para seu ordenamento jurídico lei que alterou o Código Penal e que levou em consideração a Convenção de Budapeste como referência de criação de tipos violadores de um bem jurídico denominado "segurança informática". Se a legislação previsse proteção desse bem jurídico sem levar em conta seus objetivos desdobramentos, poderia gerar intensos debates, especialmente pela volatilidade de conceitos da informática.

SYDOW, Spencer Toth. O bem jurídico nos crimes informáticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 193-212. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Mas a legislação foi mais específica e tentou resguardar – ainda que de modo atécnico – a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade de dados, sistemas e informações. Com isso, o debate do bem jurídico em si restringe-se, no que se refere à seara penal informática brasileira, aos tipos penais informáticos impróprios e a níveis excessivos de abstração de termos trazidos pela lei e pelo receio de que o legislador brasileiro, no meio informático, também inicie a tipificação de atos preparatórios, mesmo que sem antijuridicidade material.

Verificando as principais teorias apresentadas para legitimar a existência dos bens jurídicos (constitucionalista, sociológica) e as teorias explicativas do bem jurídico (pessoal, dualista e social), resta-nos concluir pela validade do bem jurídico informático.

Há respaldo constitucional para um bem jurídico informático? Há algumas respostas possíveis. Em nosso entender, dados são formas lógicas de representação de ideias. São, portanto, informações organizadas, representadas por uma linguagem binária apenas interpretável por certos dispositivos e que podem se desdobrar em diversas naturezas jurídicas como direito fundamental de propriedade (um documento que represente uma peça processual, por exemplo), direito fundamental de intimidade (fotografias digitais de uma família), e mesmo em privacidade. Indiretamente, portanto, os dados mereceriam proteção que, por si, já mereceria a defesa de Roxin como bem jurídico legítimo.

Porém, acreditamos que é no conceito de segurança que se encaixa verdadeiramente o respaldo constitucional que, por si só, faria com que as teorias, sejam *estrito* ou *largo sensu* teria sido atendidas. Isso porque há atendimento de um valor constitucional expressamente e, desta feita, atenderia os mais exigentes e restritivos juristas.[25]

Na análise sob a ótica de teoria sociológica, também cremos haver atendimento ao requisito legitimador. A danosidade social da violação de dados em qualquer de seus três aspectos faz com que a rede de computadores – notadamente um novo ambiente e um novo meio de comunicação – torne-se um ambiente com riscos superiores aos admissíveis para a ferramenta que hoje serve para negócios, contratações, operações bancárias, consumo e assim por diante. Deste modo, violações devem ser rechaçadas vigorosamente em tal seara para que esta nova esfera social possa continuar servindo para os cidadãos como meio facilitador e de relacionamento.

25. Diversos países do mundo, como EUA, Grécia e Finlândia, classificaram a Internet como "serviço essencial" ou parte da garantia da liberdade de expressão.

No que se refere às teorias justificadoras de bens jurídicos, cremos que também qualquer delas poderia ser utilizada, mas temos preferência à social de Hefendehl conforme exporemos. Apresentemos nossas razões.

No que se refere à teoria pessoal, não há dúvidas de que toda e qualquer violação à dados informáticos atinge a segurança de um sistema ou dos dados de uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada. Não há, na informática, dados criados sem que alguém – denominado usuário – tenha programado ou dado uma ordem (Princípio da Programação Informática). Assim, todo o bem jurídico informático é humano e possui um registro de um usuário criador ou de um programa automatizado que deu a ordem de criação. Porém, sempre se encontra em uma ponta do dado uma pessoa responsável por aquelas informações.

Entretanto, em uma circunstância em que se deva verificar se o bem jurídico segurança informática obedece à teria dualista em seus aspecto do direito penal secundário, cremos que a própria arquitetura da rede seria capaz de trazer uma resposta satisfatória, posto que cada máquina conectada multiplica a capacidade de mecanismos de busca, de troca de arquivos, de agir comunicativo, de relacionamento etc.

Também pelo fato de ter se tornado verdadeiro meio ambiente informático, a rede por si superou o caráter individual e passou a ter um caráter difuso. Nessa lógica, a derrubada da Internet (ou a dificultação do acesso) violaria verdadeiramente a segurança da informação e até mesmo poderia ser apresentado como violação à instituição essencial, coletiva, minimamente.

Finalmente, ao tratarmos da teoria social de Hefendehl, algumas linhas.

Inicialmente, merece destaque que na França, em 2009, o Conselho Constitucional declarou que o acesso à Internet deve ser erigido à categoria de direito humano fundamental. Destarte, é de se demonstrar que sob tal argumento, qualquer violação desta seara atinge igualmente qualquer pessoa na rede, independentemente de miséria ou classe social.

Existe, assim, uma vinculação total da segurança informática a valores fundamentais de igualdade e solidariedade, visto que os acessos e os usuários são sempre idênticos e com a mesma carga de valor (isso perdura enquanto a rede mantiver-se neutra num conceito denominado "neutralidade da rede") e, portanto, socialmente, os bens jurídicos informáticos podem ser considerados iguais, independentemente do tamanho do poderio econômico de um ou outro ator virtual.

O que temos, portanto, é a total sincronia entre as teorias do bem jurídico, justificadoras ou legitimadoras, a ideia de que há tanto um ideário individual

SYDOW, Spencer Toth. O bem jurídico nos crimes informáticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 193-212. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

quanto simultaneamente um coletivo acerca do conceito de segurança informática e, portanto, concluímos pela importância e necessidade de tal novo bem jurídico nos ordenamentos penais.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Crimes informáticos: reflexões sobre política criminal inseridas no contexto internacional atual, de Luciana Boiteux, *RBCCrim* 47/146, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal 8/945* (DTR\2004\156); e
- Do necessário estudo do direito penal ante a informática e a telemática, de Augusto Eduardo de Souza Rossini – *RBCCrim* 49/39 (DTR\2004\350).

SYDOW, Spencer Toth. O bem jurídico nos crimes informáticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 193-212. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

"Clientela penal": os bastidores da repressão

"Criminal Clients": the repression's background

Vinicius Martins Lemos

Bacharel em Direito e Graduando em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca (Espanha).

Área do Direito: Penal

Resumo: A transição para a modernidade trouxe consigo a estruturação de sistemas jurídicos informados pelos valores do Estado Democrático de Direito. Contudo, um olhar mais cauteloso para a totalidade do fenômeno jurídico permite vislumbrar aspectos que revelam uma velada assimetria de tratamento social, consubstanciando uma sociedade verticalizada sustentada pelo direito. Diante desse panorama, este artigo pretende discutir a dolorida identificação do ordenamento jurídico – e mais especificamente do direito penal – como fonte de manutenção das desigualdades sociais.

Palavras-chave: Destinatários da norma penal – Sistema prisional – Seletividade – Crescimento punitivo.

Abstract: The transition to modernity has brought with it the structure of legal systems informed by the values of the democratic rule of law. However, an overseen more cautious for the entire phenomenon of the Law gives us insight about aspects that reveal a hidden asymmetry of social treatment, achieving a society underpinned by the authority of the Law. Against these questions, this article aims to identify the painful legal system – and more specifically criminal rights – as a source of maintenance of social inequalities.

Keywords: Recipients of the criminal law – Prison system – Selectivity – Punishment increase.

Sumário: 1. Introdução – 2. Visualizando o problema: 2.1 Sistema prisional: 2.1.1 Tipificações com recorte de gênero; 2.1.2 Faixa etária; 2.1.3 Escolaridade; 2.2 Medida de segurança: 2.2.1 Sexo; 2.2.2 Idade; 2.2.3 Cor; 2.2.4 Escolaridade; 2.2.5 Infrações penais; 2.3 Criminalidade juvenil: 2.3.1 Distribuição percentual dos jovens por gênero/idade; 2.3.2 Condição socioeconômica dos internos; 2.3.3 Distribuição percentual dos adolescentes segundo a cor; 2.3.4 Percentual de infrações por tipo penal agregado – 3. Legalidade x legitimidade – 4. Canalização punitiva: 4.1 Filtragem; 4.2 Base teórica – 5. Uma digressão necessária – 6. Apontamentos conclusivos – 7. Referências bibliográficas.

"es nuestro deber detectar estos errores político-criminales y señalarlos claramente. Nuestra crítica no sea quizá escuchada, pero debemos asumir nuestra condición de idealistas" (Hefendehl, 2002, p. 12-13).

Lemos, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

1. INTRODUÇÃO

Se é verdade que o nosso ponto de partida tem por fundamento as lições que a história tem nos ensinado, é digno de nota – preliminarmente – avaliar os modelos de construção de sociedade liberal e social, notas básicas do moderno Estado de Direito.

Nada faria muito sentido se os estudos da situação e das perspectivas de desenvolvimento hodiernas não levassem em consideração os fatores que os desencadearam. Sendo certo que o hoje só é o que é por desdobramento das condições históricas que o antecederam, não se poderia deixar de direcionar os olhares para a própria formação e evolução do Estado Moderno.

Examinando a questão, Bonavides (2001) recorda a construção do liberalismo sustentando que o Estado de Direito dele decorrente foi vitorioso, conquanto o tenha sido não mais do que no princípio. Seu êxito traduziu uma técnica fundamental para resguardar os direitos de liberdade, liberdade burguesa.

Da mesma forma, o autor assinala que a proposição liberal – após o cumprimento de sua missão revolucionária (freando, como diria Montesquieu, o então poder absoluto pela descentralização política e pela institucionalização de declarações de direitos) – exauriu sua essência e sedimentou seus desígnios nas prerrogativas de uns em detrimento de todos, em uma dissimulada ideologia de privilégios.

É importante lembrar que a finalidade precípua do regime revolucionário francês nunca fora a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária, mas sim concretizar a separação de poderes e a liberdade, concebidas, desse modo, sob os auspícios individualistas e meramente formais.

Em certa medida, é válido dizer que a transição do Estado Liberal para o modelo de Estado Social teve por pano de fundo a ideia de se colocar em prática os postulados do Estado Democrático, superando as iniquidades percebidas que até então se mostravam estridentes.

Por certo, buscando dar conta dos anseios sociais (até como forma de angariar o apoio popular), não se perdeu de vista o equacionamento do problema do subdesenvolvimento e, por que não dizer, a promoção de melhores condições de infraestrutura a todos os quinhões da coletividade.

Assim, o Estado, protagonizando o compromisso de mudança, foi chamando para si a responsabilidade de afastar as gritantes disparidades que se mostravam problemáticas mediante prestações positivas de caráter público. Na explicação de Dallari (2003, p. 251):

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

"Para corresponder às novas exigências da vida social o Estado vem aumentando suas atribuições, em extensão e profundidade, agindo com mais intensidade e mais energia e passando a tomar iniciativas, inclusive no campo econômico. Essa nova atitude do Estado é que tem sido chamada, talvez sem muita propriedade, de fortalecimento, sobretudo porque essas novas atitudes exigem maior concentração do poder".

De outra parte, muitos são os fatores que ensejaram a estruturação de um modelo de ordenamento jurídico positivista. Tradicionalmente, isso é fruto de uma conquista contra os abusos de uma desabalada intervenção estatal na esfera das liberdades individuais, que historicamente se mostrou desenfreada e sujeita a toda sorte de arbitrariedades.

De fato, há que se reconhecer um avanço no estabelecimento formal de direitos e garantias inalienáveis, mas é justamente aí que os problemas começam a ganhar contorno. A simples previsão legal, muito embora seja louvável, não é capaz de promover a equiparação substancial dos indivíduos. Nesse sentido, é o parecer de Paschoal (2003, p. 119):

"Há que se deixar claro que não se está aqui a criticar a inclusão dos direitos sociais nos textos constitucionais, ou a questionar a importância da transformação do Estado Liberal em Estado Social e Democrático de Direito. Ao contrário, essa mudança de perspectiva fez ver que a igualdade que se propugnava era (em parte continua sendo) meramente formal".

Reforçando a impossibilidade lógica de compatibilização da igualdade plena sem efetiva paridade política, no mesmo sentido é a lição de Comparato (2001, p. 230):

"Reconhece-se, com isto, que ambas essas dimensões da liberdade são complementares e interdependentes. A liberdade política, sem as liberdades individuais, não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E o reconhecimento das liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal esconde a dominação oligárquica dos mais ricos".

Pois bem, a Carta Constitucional de 1988 – cristalina em positivação de direitos e deveres fundamentais – trouxe insculpido em seu consagrado art. 5.°, *caput*, o enunciado de que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)",[1] traduzindo a igualdade como equivalência de direi-

1. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm].

tos de cidadania, nos termos do art. 3.º, IV, "(...) sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".[2] Ainda, vale dizer, o legislador constituinte instituiu como meta da República a construção de uma "sociedade livre, justa e solidária".

Da mesma maneira, a festejada Declaração Universal dos Direitos Humanos – que fora proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948 – consolidou a necessidade de observância de direitos que são inerentes a própria condição humana. Senão vejamos: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)".[3] Outrossim, "Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição".[4]

Noutra dimensão, antes da Constituição Federal de 1988 e antes mesmo da solene Declaração de 1948, apenas para ficar com os diplomas jurídicos mais expressivos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, anunciada no apogeu do movimento revolucionário francês, não tolerou tratamento diferente: "Os homens nascem e são livres e iguais em direitos".[5] Prosseguindo, "A lei é a expressão da vontade geral. (...) Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir (...)".[6]

Nessa linha, Ataliba (2004, p. 160) esclarece que "de nada valeria a legalidade se ela não fosse marcada pela igualdade", advertindo:

"Onde seja violado, mistificado, fraudado, traído, há inconstitucionalidade a ser corrigida de ofício ou mediante pronta correção judicial. Toda violação de isonomia é uma violação aos princípios básicos do próprio sistema, agressão a seus mais caros fundamentos e razão de nulidade das manifestações estatais. Ela é como que a pedra de toque do regime republicano".

---

2. Ibidem
3. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10.12.1948. Art. 1.º; Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm].
4. Idem, art. 2.º.
5. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. 26.08.1789. Art. 1.º Fonte: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html].
6. Idem, art. 6.º.

Contudo, não parece ser essa a conclusão que se chega ao se proceder ao exame empírico da aplicabilidade do direito, mais especialmente, quando se está a tratar do direito criminal. O estudo das modalidades delitivas e do sistema social de reação contra a conduta criminosa denuncia o modo de ser enviesado do aparato de justiça criminal.

Não por outras razões, o ponto central do debate gira em torno do descompasso existente entre o que o ordenamento criminal se propõe a fazer e o que ele realmente faz. Observar-se-á que aquele ventilado adágio popular segundo o qual se afirma que *'na prática a teoria é outra'* parece aqui ter sido fabricado por encomenda.

A ideia é forjar o estreitamento da relação que deve ser estabelecida da forma jurídica para com a sua correspondente estrutura social. Mais do que um fenômeno jurídico, o crime é sobretudo um fenômeno social, e como tal é que deve ser tratado.

Como se isso tudo não bastasse, verifica-se sem grandes dificuldades que os operadores do direito, como regra, movimentam-se dentro dos limites legais quase que de maneira irrefletida, se se levar em consideração o menor grau de sensibilidade social que o ofício mereceria. A mera reprodução daquilo que já está posto é, para todos os efeitos, acolhida como sendo a expressão de uma ordem jurídica justa. O excerto adiante sugere a dimensão do problema (SOUZA, 2007, p.162):

"Os questionamentos críticos devem então ser formulados para que se ponha em foco a necessidade de superação de velhas concepções, isto é, imperativos categóricos apriorísticos que aprisionam os juristas. A lógica formal aristotélica, com seu pensamento lastreado nas leis do silogismo, isto é, o método propedêutico, não é a única forma de compreensão do mundo, e, nesse sentido, de interpretação jurídica. Nesse aspecto, de se notar como o pensamento jurídico pátrio limita-se a tal concepção, encarando-se, e.g., a lei como premissa maior, o fato como premissa menor e a declaração judicial como conclusão, o que pulula em pobreza de raciocínio e, dessa maneira, tende a gerar decisões inadequadas socialmente".

Na tentativa de empreender uma leitura mais fidedigna do sistema jurídico, buscando desvendar sua verdadeira função social e transcender a superficialidade da tripartição fato-norma-sanção, toma-se como abordagem uma leitura externa do direito e da norma criminalizadora. É extrapolando os limites empobrecedores do tecnicismo jurídico que se torna possível enxergar além do que está ao alcance da visão.

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

2. VISUALIZANDO O PROBLEMA

2.1 Sistema prisional

Para que se possa compreender o desacerto que uma leitura míope do ordenamento jurídico pode oferecer não é necessário ir muito distante. Desse modo, falando de um caso específico (o brasileiro), falaremos de todos.

Os dados do Departamento Penitenciário Nacional[7] – órgão superior de controle destinado a acompanhar a aplicação da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) e as diretrizes da política penitenciária – contabilizados por intermédio do Sistema Nacional de Informação Penitenciária (InfoPen), são bastante sugestivos. Em que pese todas as ressalvas que o emprego das estatísticas podem suscitar quanto à apreciação de seus resultados, é importante fazer lembrança de um aspecto que é marcante para observador social: os números revelam uma realidade que precisa ser considerada.

Pautado pela ideia de coletar informações suficientemente proveitosas do sistema carcerário, com vistas a estimular a reflexão, fornecer subsídios para o estabelecimento de metas político-criminais e, quiçá, alimentar uma nova cultura de aplicação da lei penal em terras brasileiras, o InfoPen permite o cadastramento de dados individuais dos presos. A partir daí, a verificação de distorções vai além do viés puramente quantitativo, , propiciando, inclusive, uma avaliação genuinamente qualitativa do funcionamento do sistema de justiça criminal.

Não se ignora que a resposta criminal não possa ser resumida à privação da liberdade, e, aliás, é muito bom que seja assim. Apenas que, em virtude de ser a medida sancionatória mais socialmente significativa, dúvida não há de que ela fornece os ingredientes mais ilustrativos.

A pesquisa em tela englobou o biênio 2008 – 2009, e, como regra, tomou-se como parâmetro os dados relativos ao ano de 2009.

A população prisional brasileira a essa altura já era da ordem de 473.626[8] (quatrocentas e setenta e três mil, seiscentas e vinte e seis) pessoas, em um con-

7. Relatório Obtido no sitio do Ministério da Justiça, através do link: [http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B8D246C81%2D3A44%2D4198%2D8752%2D3261791F9941%7D&ServiceInstUID=%7B8C6C37CC%2DBB90%2D4EFA%2DA570%2D2AA82DF7B023%7D].

8. O sistema prisional brasileiro é o quarto maior do mundo em número de pessoas, ficando atrás apenas dos EUA (2,2 mi de presos), China (1,5 mi de presos) e Rússia

texto que, detalhe, apenas 294.684 (duzentas e noventa e quatro mil, seiscentos e oitenta e quatro) vagas deveriam ser oferecidas em virtude de limitações estruturais. Desse total, 442.225 (quatrocentos e quarenta dois mil, duzentos e vinte e cinco) eram homens (93%) e 31.401(trinta e um mil, quatrocentos e um) mulheres (6%).

Subdividiram-se da seguinte maneira: 152.612 (cento e cinquenta e dois mil seiscentos e doze) são presos provisórios (32,2%), 174.312 (cento e setenta e quatro mil trezentos e doze) estão sob o regime fechado (36,8%), 66.670 (sessenta e seis mil seiscentos e setenta) presos sob o regime semiaberto (14%), 19.458 (dezenove mil quatrocentos e cinquenta e oito) presos sob o regime aberto (4,1%) e 4.000 (quatro mil) internos submetidos a medida de segurança (0,8%). Ainda, 56.514 (cinquenta e seis mil quinhentos e catorze) presos estão custodiados em delegacias (12%).

Percebe-se que a somatória do número de presos provisórios no sistema penitenciário com os presos provisórios em unidades policiais chegava a incríveis 44,2% da totalidade dos encarcerados. Significa dizer que quase a metade da população carcerária brasileira está enclausurada sem que sequer tivesse sido efetivamente condenada.[9]

Cumpre salientar que a população brasileira à época já era da envergadura de 191.480.630 (cento e noventa e um milhões, quatrocentos e oitenta mil, seiscentos e trinta) pessoas, conforme levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Tal margem populacional é geradora da não acanhada fração de 247,35 (duzentos e quarenta e sete centésimos e trinta e cinco décimos) de população prisional por cada 100.000 (cem mil) habitantes.[10]

Além disso, é oportuno ressaltar que os dados qualitativos são referentes apenas à população custodiada no sistema carcerário. A ausência de indicadores precisos sobre a situação jurídica dos presos em unidades policiais prejudica uma análise acabada do sistema prisional.

(870 mil presos). Fonte: CPI do sistema Penitenciário. Relatório Final. 2008. Em 2011, ingloriosamente, superamos a marca dos 500 mil presos. [http://msmidia.profissional.ws/moretto/pdf/RelatorioCPISistemaPenitenciario.pdf], acesso em: 12.08.2011.

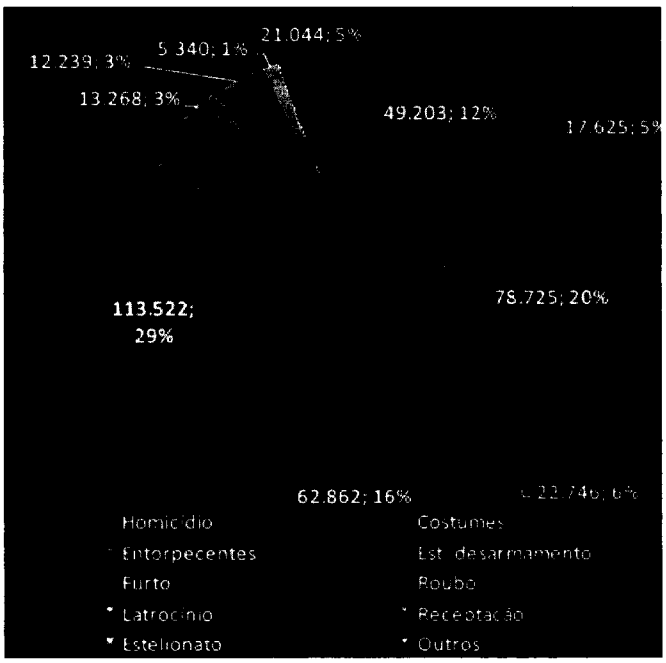
9. A despeito da já existência de um complexo normativo no sentido da aplicabilidade de medidas cautelares alternativas à prisão, nem por isso esse percentual de prisões provisórias declinou. Fazemos referência à Lei 12.403/2011, que modificou alguns dispositivos do Código de Processo Penal e deu outras providências.

10. A título de curiosidade, 3/4 dos países do mundo registraram uma taxa inferior de presos por habitante. Fonte: [www.prisonstudies.org/], acessado em: 29.09.2011.

2.1.1 Tipificações com recorte de gênero

Tabela I

Homem

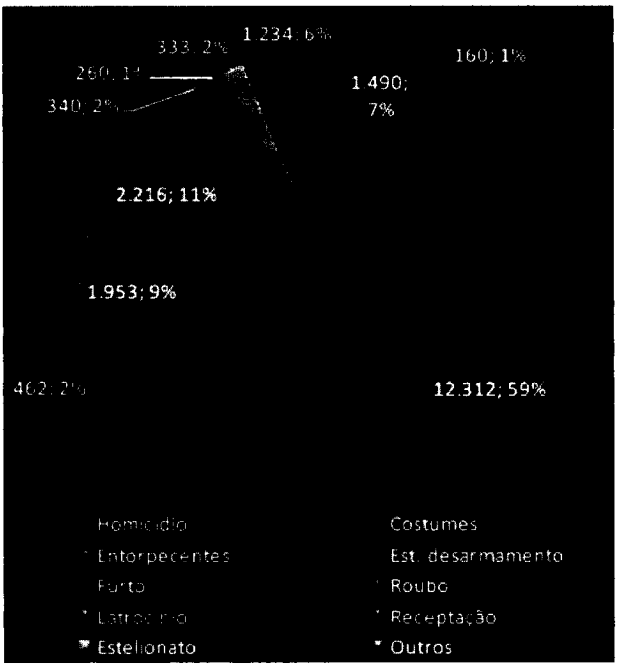


Fonte: Ministério da Justiça.
Sistema Penitenciário no Brasil
Dados Consolidados, 2008-2009.

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Tabela II

Mulher



Fonte: Ministério da Justiça.
Sistema Penitenciário no Brasil.
Dados Consolidados, 2008-2009.

O exame do quadro gráfico, cf. Tabela I, denota que 29% dos homens foram aprisionados pela conduta de roubo. Na sequência, em disposição decrescente, 20% perfazem o montante relacionado ao tráfico de drogas, 16% dizem respeito ao crime de furto, 12% são homicídios, 6% catalogados em tipificações do Estatuto do Desarmamento, 5% delitos contra os costumes, 3% latrocínios, 3% receptação, 1% estelionato e, por fim, 5% outros tipos penais.

Assim, a nada menos do que 52% dos presos foram imputados crimes cometidos contra o patrimônio (roubo, furto, latrocínio,[11] estelionato e receptação). Se a essa quantia for adicionada a parcela correspondente às drogas, alcança-se a generosa marca de 72% dos detentos, correspondente a grande massa

11. Não sem boa discussão, o crime de latrocínio (roubo seguido de morte) é tecnicamente classificado como crime contra o patrimônio. Para uma ampla consideração sobe o assunto, confira, entre outros: Marcelo Fortes Barbosa. *Latrocínio*. São Paulo: Malheiros, 1997.

de pessoas fisgadas pelas garras do sistema repressivo. De modo igualmente provocante, os condenados pela prática de todos os demais crimes possíveis e imagináveis, que não são poucos, conduzem a irrisórios 5% dos detidos.

As mulheres presas, por sua vez, têm perfil diferenciado que converge para semelhante desfecho. O relatório dá mostras de que 59% das prisões são concernentes às Drogas, 11% roubos, 9% furtos, 7% homicídios, 2% Estatuto do Desarmamento, 2% latrocínios, 2% estelionato, 1% receptação, 1% costumes e, residualmente, 6% para outras modalidades delitivas, como se vê na Tabela II.

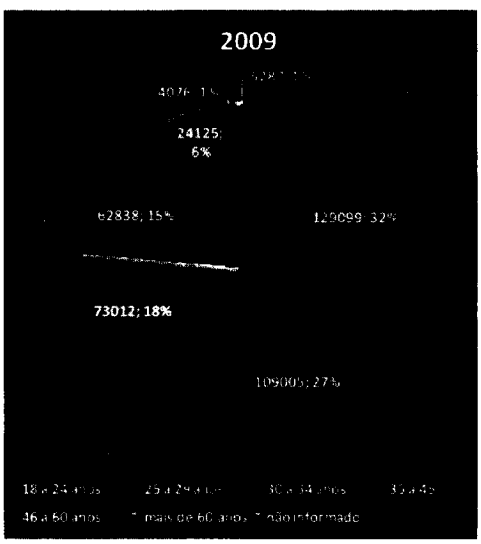
Analogamente ao que acontece com os homens, 25% das prisões conduzem a crimes contra o patrimônio. Além disso, de maneira mais pronunciada, 84% reúnem o binômio patrimônio e drogas.

Em números gerais, certamente mais de 70% dos presos, sejam homens ou mulheres, o são senão em razão do cometimento de crimes relacionados às drogas e ao patrimônio. A enormidade de tipificações criminais diversas das que foram anteriormente apontadas (patrimônio, drogas, homicídios, costumes e armas) mal ultrapassa 5% dos prisioneiros.

2.1.2 Faixa etária

Tabela III

Faixa etária



Fonte: Ministério da Justiça.
Sistema Penitenciário no Brasil.
Dados Consolidados, 2008-2009.

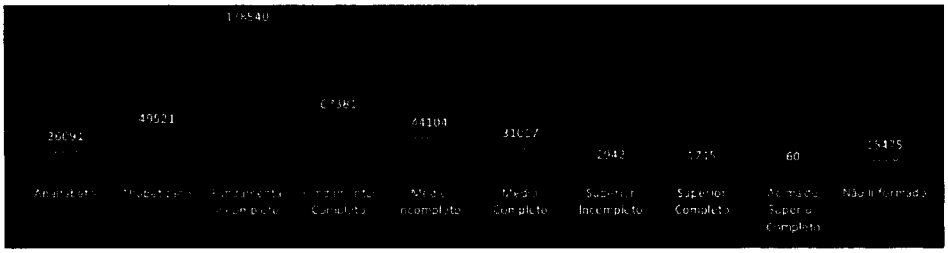
Em relação à quantidade de presos por faixa etária, 32% tinham entre 18 e 24 anos, 27% entre 25 e 29 anos, 18% de 30 e 34 anos, 15% de 35 a 45 anos, 6% de 46 a 60 anos e 1% com mais de 60 anos de idade, cf. se verifica na Tabela III.

Assim, depreende-se que a situação de vulnerabilidade também está com os mais jovens, que, no caso, respondem por 59% (até 29 anos). Acima dos 46 anos temos apenas 7%.

2.1.3 Escolaridade

Tabela IV

Escolaridade



Fonte: Ministério da Justiça.
Sistema Penitenciário no Brasil.
Dados Consolidados, 2008-2009.

Outro valioso indicativo diz respeito ao grau de escolaridade da população prisional. Tal como numericamente evidenciado na tabela IV, na qual 416.846 (quatrocentos e dezesseis mil oitocentos e quarenta e seis) presos foram contabilizados: 43% possuem ensino fundamental incompleto, 16% fundamental completo, 12% são meramente alfabetizados, 11% têm o ensino médio incompleto, 7% médio completo, 6% analfabetos, 0,7% superior incompleto, 0,4% superior completo, 0,01% nível acima de superior completo e cerca de 4% não informaram.

Nota-se que a absoluta maioria dos detentos passa ao largo de se beneficiar das menores oportunidades de ensino e educação. Muito embora seja verdade que o Brasil esteja longe de se ver inserido entre aqueles nos quais o nível educacional seja de primeira grandeza, os menos instruídos constituem a população prisional por excelência. Neste ponto, projeta-se uma correspondência direta entre a formação educacional, a condição econômica do preso e a irregular concentração de renda de nossa sociedade.

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

2.2 Medida de segurança

Aqui, outro ponto de relevo também merece atenção.

Interessante notar como todo esse fenômeno de seletividade se torna repetitivo quando se está a examinar a caricatura dos indivíduos submetidos à constrição de sua liberdade pela via da medida de segurança. Como se verá na sequência, macroscópica ou microscopicamente, retorna sempre o mesmo resultado.

De modo análogo, a maioria dos internos são negros, pobres e com baixa escolaridade. Mais uma vez, em maior ou menor grau, aquela velha história de proeminência dos delitos contra a vida e contra o patrimônio é renovada.

Desta feita, no que importa a este trabalho, viabiliza-se mais um elemento informativo para ajudar compreender a lógica de funcionamento da norma criminalizadora, deixando de canto considerações a respeito das abusividades de um modelo ultrapassado (internações infundadas, viabilidade jurídica do lapso temporal perpétuo de internação etc.).

Antes de mais nada, insta observar que, nesse caso, não se poderia falar acertadamente em sentenças condenatórias. Na linguagem dogmática, fala-se em absolvições impróprias, em atenção à ausência de conteúdo punitivo na resposta estatal.

Embora tais medidas não sejam propriamente penais, elas o são formalmente. Tanto é assim que a sua imposição e o seu controle estão submetidas ao crivo do juízo penal, bem como todos os princípios constitucionais de uma (da pena) são aplicáveis à outra (medida de segurança).

Na fórmula do Código Penal, com redação dada pela reforma legislativa de 1984, o agente não tinha, por doença ou perturbação mental, ao tempo da ação ou omissão, condições de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento,[12] ressalvados as hipóteses de imposição de medida de segurança superveniente (na forma catalogada no art. 98 do CP), quando as circunstâncias do caso concreto permitirem a substituição da pena pela medida de segurança.

Salientando que as medidas de segurança referem-se apenas aos inimputáveis ou aos semi-imputáveis, seja por lhe faltarem o aperfeiçoamento da culpabilidade, ou pela constatação de que o agente necessita mais tratamento do que de uma pena, vale fazer o registro de que são duas as medidas estabelecidas em

12. Arts. 26 e ss. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm].

lei: "internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico" ou, "sujeição a tratamento ambulatorial".[13]

Toma-se por referência um mapeamento inédito dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico do país (Censo 2011), em um estudo coordenado pelo Departamento de Serviço Social da Universidade de Brasília (UnB), com financiamento do Ministério da Justiça.[14]

O levantamento identificou 3.989 (três mil novecentos e oitenta e nove) pessoas internadas em 26 unidades de custódia e tratamento espalhadas por 19 estados da federação.

O universo dos indivíduos foi subdividido em 3 grupos: aqueles que estavam originariamente em medida de segurança, 71% (2839), os que estavam em medida de segurança por conversão de pena, 3% (117), e os que estavam em situação de internação temporária (aguardando laudo de sanidade mental, com laudo de sanidade mental mas aguardando decisão judicial para o andamento processual etc.), correspondendo a 26% da população total (1033).

2.2.1 Sexo

Tabela V

Distribuição populacional por sexo

					População em MS por conversão de pena			População temporária	
Sexo	População total		População em MS						
Homens	3.684	92%	2.616	92%	111	95%	957	93%	
Mulheres	291	7%	216	8%	6	5%	69	7%	
Sem informação	14	0,4%	7	0,2%	0	-	7	0,7%	
Total	**3.989**	**100%**	**2.839**	**100%**	**117**	**100%**	**1.033**	**100%**	

Fonte: *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011.* Universidade de Brasília/ Ministério da Justiça.

Como se vê, a população é eminentemente masculina, perfazendo 92% (3684) dos sujeitos em confinamento, contra apenas 7% (291) de mulheres.

13. Idem, arts. 96 e ss.

14. DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília, 2013. p. 382. Obtido no sítio: [www.unbciencia.unb.br/images/stories/trat_psico2011.pdf], acesso em: 28.02.2013.

2.2.2 Idade

Tabela VI

Distribuição etária

Faixa etária	População total		População em MS		População em MS por conversão de pena		População temporária	
Menos de 20	13	0,3%	0	-	0	-	13	1%
20 a 24	280	7%	126	4%	5	4%	149	14%
25 a 29	641	16%	426	15%	22	19%	193	19%
30 a 34	757	19%	545	19%	24	21%	188	18%
35 a 39	644	16%	476	17%	22	19%	146	14%
40 a 44	528	13%	398	14%	24	21%	106	10%
45 a 49	405	10%	311	11%	9	8%	85	8%
50 a 59	477	12%	397	14%	6	5%	74	7%
60 a 69	108	3%	90	3%	5	4%	13	1%
70 ou mais	33	0,8%	25	0,9%	0	-	8	0,8%
Sem informação	103	3%	45	2%	0	-	58	6%
Total	3.989	100%	2.839	100%	117	100%	1.033	100%

Fonte: *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011.* Universidade de Brasília/ Ministério da Justiça.

Da totalidade de pessoas internadas, 58% (2335) tinham menos de 39 anos, de modo que 35% (644) delas estavam entre 30 e 39 anos. Entre 40 e 69 anos, havia 38% (1518) dos indivíduos.

A média etária da população temporária era de 35 anos, ao passo que a da população em medida de segurança era de 39 anos. Na população em medida de segurança havia uma concentração de 42% (1.196) na faixa etária entre 40 e 69 anos, ao passo que na população temporária essa mesma faixa etária concentrava 26% (278) da população.

2.2.3 Cor

Tabela VII

Características étnico-raciais

Cor	População total		População em MS		População em MS por conversão de pena		População temporária	
Amarela	9	0,2%	6	0,2%	0	-	3	0,3%
Branca	1.535	38%	1.262	44%	55	47%	218	21%
Indígena	7	0,2%	2	0,1%	0	-	5	0,5%
Parda	1.254	31%	815	29%	38	32%	401	39%
Preta	528	13%	405	14%	13	11%	110	11%
Outra	35	0,9%	26	0,9%	3	3%	6	0,6%
Sem informação	621	16%	323	11%	8	7%	290	28%
Total	3.989	100%	2.839	100%	117	100%	1.033	100%

Fonte: *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011.* Universidade de Brasília/ Ministério da Justiça.

Aqui, verificamos que enquanto pretos e pardos somavam 44% (1782) da população, brancos consistiam em 38% (1535). Amarelos ou indígenas não atingiram 1% (16) e para 16% (621) dos casos não havia registro de cor.

2.2.4 *Escolaridade*

Tabela VIII

Escolaridade

Escolaridade	População total		População em MS		População em MS por conversão de pena		População temporária	
Analfabeto	933	23%	695	24%	30	26%	208	20%
Fundamental incompleto	1.713	43%	1.278	45%	55	47%	380	37%
Fundamental completo	534	13%	387	14%	18	15%	129	12%
Médio	226	6%	154	5%	8	7%	64	6%
Superior	33	0,8%	21	0,7%	0	-	12	1%
Pós-graduação	1	0,03%	1	0,04%	0	-	0	-
Sem informação	549	14%	303	11%	6	5%	240	23%
Total	3.989	100%	2.839	100%	117	100%	1.033	100%

Fonte: *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011.* Universidade de Brasília/ Ministério da Justiça.

Quanto aos níveis de escolaridade, 23% (933) eram analfabetos e 43% (1713) não chegaram a concluir o ensino fundamental. Seguiram-se 13% (534) com o ensino fundamental completo, 6% (226) com ensino médio e menos de 1% (33) com ensino superior completo. Apenas um único indivíduo tinha realizado pós-graduação.

Não havia grandes diferenças de escolaridade entre homens e mulheres. Entre as 291 mulheres da população total, 20% (57) eram analfabetas, 36% (105) tinham ensino fundamental incompleto, 26% (75) tinham ensino fundamental completo, 7% (20) tinham ensino médio e 2% (5) tinham ensino superior.

Por conseguinte, face aos níveis de escolarização apresentados, não é difícil concluir que havia uma concentração de indivíduos em profissões que exigem pouca ou nenhuma qualificação técnica e educacional.

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

2.2.5 Infrações penais

Tabela IX

Tipificações da população em medida de segurança sem conversão de pena por sexo

Infração penal Indivíduos sem conversão de pena*	População em MS		População masculina em MS		População feminina em MS	
Contravenções penais	25	0,9%	24	0,9%	1	0,5%
Crime de tortura	5	0,2%	1	0,0%	4	2%
Crimes ambientais	5	0,2%	5	0,2%	0	-
Crimes contra a administração pública	39	1%	36	1%	3	1%
Crimes contra a dignidade sexual	423	15%	419	16%	3	1%
Crimes contra a família	4	0,1%	3	0,1%	1	0,5%
Crimes contra a fé pública	5	0,2%	4	0,2%	1	0,5%
Crimes contra a honra	4	0,1%	4	0,2%	0	-
Crimes contra a incolumidade pública	42	1%	36	1%	6	3%
Crimes contra a inviolabilidade do domicílio	11	0,4%	11	0,4%	0	-
Crimes contra a liberdade individual	105	4%	102	4%	3	1%
Crimes contra a paz pública	1	0,04%	1	0,04%	0	-
Crimes contra a propriedade intelectual	1	0,04%	1	0,04%	0	-
Crimes contra a vida	1.228	43%	1.107	42%	118	55%
Crimes contra o patrimônio	818	29%	768	29%	48	22%
Crimes contra o respeito aos mortos	12	0,4%	12	0,5%	0	-
Crimes contra o sentimento religioso	1	0,04%	1	0,04%	0	-
Crimes da lei antidrogas	102	4%	83	3%	19	9%
Crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente	3	0,1%	3	0,1%	0	-
Crimes do Estatuto do Desarmamento	38	1%	37	1%	1	0,5%
Crimes do Estatuto do Idoso	1	0,04%	1	0,04%	0	-
Lesões corporais	213	8%	197	8%	16	7%
Periclitação da vida e da saúde	5	0,2%	4	0,2%	1	0,5%
Rixa	1	0,04%	1	0,04%	0	-
Outros	41	1%	41	2%	0	-
Sem informação	89	3%	82	3%	6	3%

Fonte: *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011.* Universidade de Brasília/ Ministério da Justiça.

Entre a totalidade de internados submetidos à medida de segurança, constatou-se uma reunião de 99 diferentes tipos de infrações penais, podendo em alguns casos, pessoas restarem enquadradas em mais de uma imputação penal.

Havia uma concentração de crimes contra a vida, somando 43% (1.228) das medidas de segurança, seguida de crimes contra o patrimônio, com 29% (818). Entre os crimes contra a vida, 67% (829) foram homicídios e 33% (397) foram tentativas de homicídio. Crimes contra a dignidade sexual somavam 15% (423) das medidas de segurança. Crimes contra a liberdade individual somavam 4% (105) e crimes da lei antidrogas também somavam 4% (102) das medidas de segurança.

Quando se comparam as infrações penais cometidas por homens e mulheres, verifica-se que 55% (118) das mulheres cometeram crimes contra a vida, ao passo que 42% (1.107) dos homens cometeram esses crimes. Quanto aos crimes contra o patrimônio, constam 22% (48) das mulheres e 29% (768) dos homens . Os crimes

contra a dignidade sexual reúnem 1% (3) das mulheres e 16% (419) dos homens. Nos crimes da lei antidrogas, estão 9% (19) das mulheres e 3% (83) dos homens.

Tabela X

Tipificações da população em medida de segurança por conversão de pena por sexo

Infração penal Indivíduos em MS por conversão de pena*	População em MS		População masculina em MS		População feminina em MS	
Contravenções penais	1	0,9%	1	0,9%	0	-
Crimes contra a administração pública	3	3%	3	3%	0	-
Crimes contra a dignidade sexual	19	16%	19	17%	0	-
Crimes contra a incolumidade pública	1	0,9%	1	0,9%	0	-
Crimes contra a inviolabilidade do domicílio	1	0,9%	1	0,9%	0	-
Crimes contra a liberdade individual	3	3%	3	3%	0	-
Crimes contra a vida	46	39%	43	39%	3	50%
Crimes contra o patrimônio	61	52%	55	50%	6	100%
Crimes contra o respeito aos mortos	1	0,9%	1	0,9%	0	-
Crimes da lei antidrogas	4	3%	4	4%	0	-
Crimes do Estatuto do Desarmamento	2	2%	2	2%	0	-
Lesões corporais	5	4%	5	5%	0	-
Outros	2	2%	2	2%	0	-

Fonte: *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011.* Universidade de Brasília/ Ministério da Justiça.

Por outro lado, se lá nas medidas de segurança originalmente fixadas os crimes contra a vida somavam 43% (1.228), seguidos de crimes contra o patrimônio, com 29% (818), aqui, nas medidas de segurança por conversão de pena, havia uma concentração de crimes contra o patrimônio, somando 52% (61) das medidas de segurança, seguida de crimes contra a vida, com 39% (46).

Na continuidade, crimes contra a dignidade sexual somavam 16% (19), lesões corporais somavam 4% (5), crimes contra a administração pública somavam 3% (3), crimes contra a liberdade individual somavam 3% (3), e crimes da lei antidrogas também somavam 3% (4) das medidas de segurança.

2.3 Criminalidade juvenil

Em outra perspectiva, seria igualmente interessante visualizar à dinâmica de comportamento do sistema jurídico-estatal no que diz respeito aos jovens em conflito com a lei.

Como se verá, a análise do perfil socioeconômico dos menores infratores também acompanha as tendências mais gerais de distribuição social da delinquência, permitindo traçar uma linha de correspondência entre a criminalidade juvenil e o arranjo de funcionamento da seletividade penal.

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Considerando a própria organização institucional das instâncias de controle da infância e da adolescência no Brasil, aqui, optou-se por reduzir o universo de investigação ao Estado de São Paulo.

Como é sabido, a Constituição de 1988 desenhou os contornos de uma política específica de proteção e atendimento à infância e à adolescência. É com esse propósito que a Lei 8.069/1990 revogou a legislação anterior (Código de Menores, de 1979) e instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Nesse mister, a Fundação Casa (Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente), uma autarquia estadual vinculada à Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania de São Paulo, cuja missão é executar as medidas socioeducativas aplicadas pelo Poder Judiciário aos adolescentes autores de atos infracionais, foi criada em substituição à antiga Febem (Fundação Estadual para o Bem Estar do Menor).

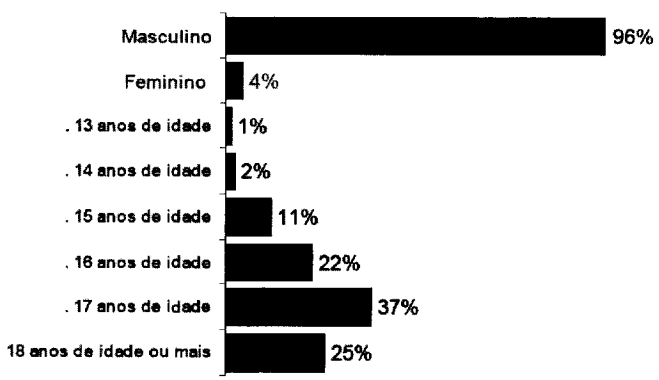
A remodelação da entidade, que se deu por meio da Lei estadual 12.469/2006, aprovada pela Assembleia Legislativa de São Paulo em dezembro de 2006, teve por objetivo reformular as suas políticas de atendimento, adequando a instituição ao que prevê o ECA e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase).

Nesses termos, sistematizou-se os dados relativos aos internos da Febem colhidos na fase de transição para o estabelecimento da Fundação Casa.[15]

2.3.1 Distribuição percentual dos jovens por gênero/idade

Tabela XI

Sexo x Idade



Fonte: Febem-internos (maio/2006)

15. Disponível em: [www.fundacaocasa.sp.gov.br/images/midia/PesquisaInternos.pdf].

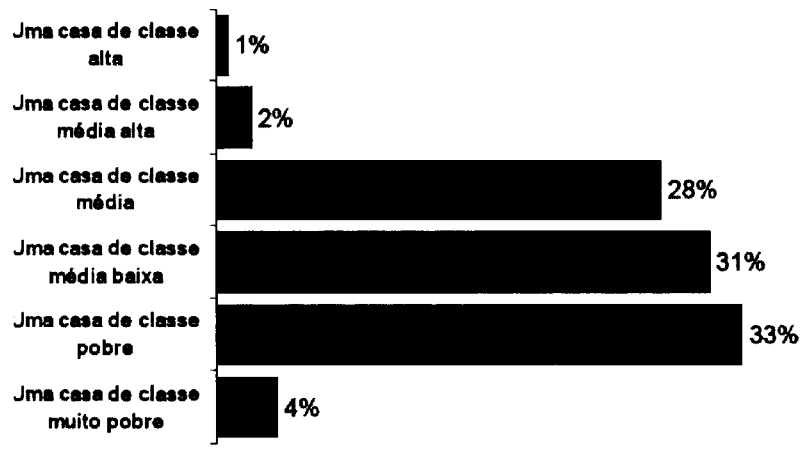
O gráfico sobre a distribuição por gênero também indica uma elevada predominância dos jovens do sexo masculino. A situação é quase que idêntica à da população prisional adulta retromencionada, com o índice percentual de meninas (4%) levemente menor que das mulheres adultas (6%).

Quanto à idade, a média ficou em 16,7 anos, com a maior porção de internos concentrada nos 17 anos (37%), e com ¼ dos internos entre 18 e 21 anos.[16]

2.3.2 *Condição socioeconômica dos internos*

Tabela XII

Autoclassificação socioeconômica



Fonte: Febem-internos (maio/2006)

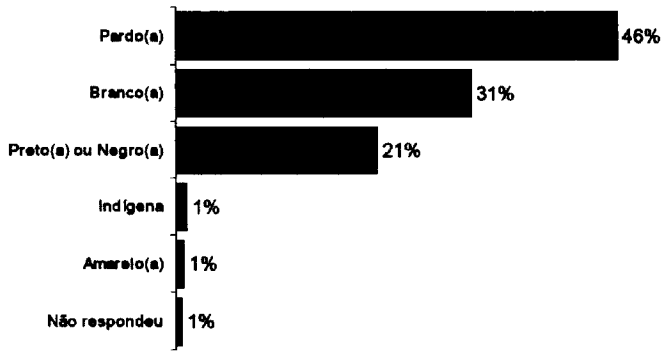
O gráfico sobre a condição econômica confirma a menor vulnerabilidade dos segmentos sociais mais enriquecidos. Como se vê, cerca de 64% dos internos são provenientes de lares de classe média baixa (31%), são pobres (33%) ou muito pobres (4%), enquanto que os jovens de classe alta ou média alta alcançam 3%.

16. Nos casos expressos em lei, aplica-se o ECA às pessoas entre 18 e 21 anos de idade incompletos, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 2.°.

2.3.3 Distribuição percentual dos adolescentes segundo a cor

Tabela XIII

Autoclassificação étnica



Fonte: Febem-internos (maio/2006)

Em relação ao perfil racial dos adolescentes, enquanto que brancos representam 31%, pardos, pretos e negros perfazem o montante de 67%.

2.3.4 Percentual de infrações por tipo penal agregado

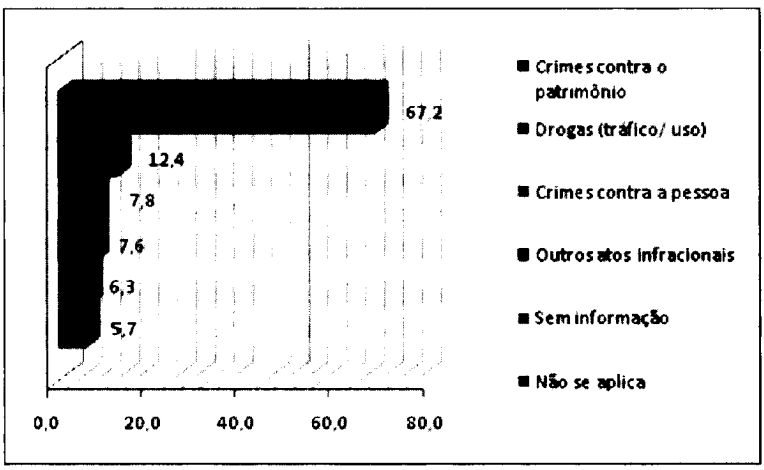
O Núcleo de Estudos da Violência (NEV), ligado à Universidade de São Paulo, também fez importantes contribuições para construção do perfil dos adolescentes reprimidos (Alvarez; Schritzmeyer; Salla, 2010). Voltando a sua atenção para o "Complexo do Tatuapé", no Município de São Paulo, até então um dos mais importantes locais para a execução daquelas medidas,[17] tais

17. Segundo registros da antiga Febem, a utilização da área que ficou conhecida como "Complexo do Tatuapé" começou em 1902, com a criação de um espaço disciplinar voltado tanto para jovens abandonados quanto infratores. A então denominada *Chácara do Belém* ficava distante do centro da cidade e foi cedida ao governo estadual que, em pouco tempo, construiu um pequeno prédio para abrigar o *Instituto Disciplinar para Jovens*, o qual foi batizado de *Escola Correcional*. Os documentos da época apontam que o primeiro adolescente chegou ao local em 23.02.1902. Nos últimos anos, o complexo foi especialmente marcado por várias rebeliões, acusações de espancamentos e chegou a abrigar 1.800 internos em suas 18 unidades. Em 2005, a Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA (Organização dos Estados Americanos) determinou a adoção de medidas para garantir a integridade física dos

pesquisadores ajudaram a reconstruir uma parcela da história das instituições de controle social, desenhando um esboço do funcionamento do sistema de justiça juvenil.

Tabela XIV

Natureza da infração



Fonte: *Adolescentes em conflito com a lei: pastas e prontuários do "Complexo do Tatuapé" (São Paulo/SP, 1990 - 2006)* NEV/ USP

Assim, quando se considera a natureza das infrações cometidas por adolescentes, constatou-se novamente o exagero da proeminência dos crimes contra a propriedade (67,2%), seguido pelas drogas (12,4%). Os crimes contra a pessoa, embora de maior gravidade, alcançaram apenas 7,8%.

3. LEGALIDADE *X* LEGITIMIDADE

O conhecimento dessa realidade é inquietante.

De fato, inúmeras variáveis poderiam ser analisadas (aferição de dados socioeconômicos sofisticados, catalogação da naturalidade ou nacionalidade dos detidos etc.), diversos outros confrontos de informações poderiam ser feitos,

adolescentes ali internados e sua desativação se deu paralelamente à construção de unidades menores (op. cit. p. 2).

mas os números são suficientemente representativos, de maneira que certas tendências já podem ser de pronto inferidas.

Aqui não é demais insistir, não se trata de desvendar quem seja o criminoso, mas entender o que seja a criminalidade, ou, pelo menos, como é que ela se manifesta socialmente.

De certo modo, procedente é o diagnóstico doutrinário segundo o qual o ilícito não teria exatamente o mesmo conteúdo semântico que o delituoso. Seria como dizer que enquanto um remeteria a multas e indenizações, o outro estaria orientado para a privação de liberdade.

Nesse sentido, é inegável que a dualidade desviante-delituoso encontra substrato no sistema repressivo. Essa relação punitiva distorcida, com reserva penitenciária para determinados tipos de pessoas e infrações, e não a outras, é o que academicamente se denominou de "*gestão diferenciada das ilegalidades*", provocando o espetáculo da estigmatização seletiva.

O cárcere recruta indivíduos principalmente das classes menos favorecidas da sociedade, e não porque aí se praticam mais crimes, mas por terem mais chances de ser criminalizados. Em apertada síntese, Baratta (2002) preleciona que os processos de criminalização dependem da posição de classe do autor, e, *a contrario sensu*, independem da gravidade do crime ou do dano social que dele fora decorrente.

Afinal, não é difícil concluir que é quase sempre os mais desfavorecidos que se sujeitam a prática de crimes contra o patrimônio, mormente roubos e furtos, em face do patrimônio dos abastados e de suas propriedades.

E mais,

"Quando alguém fala que o Brasil é o 'país da impunidade', está generalizando indevidamente a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros – do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupros etc.). Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem bem isso" (BATISTA, 1990, p. 38-39).

Sucede que, infelizmente:

"Um branco rico preso constitui elemento precioso para demonstrar que o sistema penal é igualitário, isonômico e não seletivo. Pouco importa que ele seja o único branco rico preso naquele momento, a espiga de milho no cafezal

da penitenciária. Só ele está aparecendo no Jornal Nacional e é prova de que a justiça penal é igual para todos" (BATISTA, 2003, p. 32).

Ora, a partir daí, torna-se embaraçoso vislumbrar que a simples observância da norma jurídica tem o condão de aperfeiçoar o conceito de justiça. É preciso distinguir a apreciação moral do justo de sua vulgar conotação jurídica e a repressão discriminatória corrobora tudo isso. Destarte, é ajustado o ensinamento de Mascaro (2010, p. 17), formulado em abordagem filosófica:

"Em geral, na história do pensamento jurídico, o justo foi sempre tomado como uma preocupação legitimadora e conservadora. Nos tempos medievais e modernos, o justo era a manutenção do já dado, não importando qual fosse esse dado, porque, para os medievais, Deus o queria, e, para os modernos, a ordem exigia a conservação do já existente. Mas o arrancar da verdade ultima do direito e do todo social exige uma postulação crítica sobre o justo. O justo, como aquilo que não é, faz por revelar as estruturas do injusto nas sociedades existentes. A exploração capitalista, a distribuição desigual das riquezas, a indignidade, a tortura e a perseguição são exemplos daquilo que pode passar até hoje por direito, mas que se deve rejeitar com virulência. O jurista médio enxerga em tudo isso norma, e portanto não se inquieta com tais situações. O filósofo do direito, arrancando o máximo de verdade do direito e da sociedade, aponta a sua tamanha injustiça".

Com o direito penal o raciocínio não é diferente e isso não é força de expressão.

Como regra, o legislador é avistado como sendo uma figura desprendida, abnegada, um sujeito confiável, que tem a sapiência de distribuir a verdade sem a suspeita de que possa atender a considerações particulares ou agir estrategicamente. Já é hora de superar a concepção de justiça como legalidade, e, de outra banda, a legalidade como legitimidade. Não é porque está na lei que é necessariamente justo, ou mesmo legítimo.

Em contrapartida, por conta do que fora dito, torna-se imperioso questionar em que medida o elementar postulado do direito penal mínimo é verdadeiramente recepcionado em nossa sociedade. Em outras palavras, quando se diz que o direito penal é mínimo, é necessário dar um passo adiante, perguntando, efetivamente, para quem?

Mas por que, afinal, o modelo de organização jurídica dos Estados modernos restou desenhado dessa maneira, nada obstante a extensão da rede protetiva e paritária a todos os cidadãos? Quais seriam as explicações de cunho jurídico, social e político para a estabilização desse desajustamento empírico acima observado?

E, além disso – talvez até mais importante que isso – quais teriam sido as condições históricas que se fizeram presentes para que tudo isso fosse possível

de ser materializado da maneira que o foi, valendo-se dos mesmos instrumentos legais engendrados para agasalhar uma conformidade de tratamento simétrico a todos os indivíduos?

4. CANALIZAÇÃO PUNITIVA

4.1 Filtragem

Há que se ter em mente dois grandes níveis explicativos para a seletividade: a "*criminalização primária*" e a "*criminalização secundária*".

Falar em criminalização primária é falar no domínio das regras do jogo, na reserva decisória de eleição dos bens penalmente protegidos e, simultaneamente, de quais sejam os comportamentos definidos como típicos. É crime fazer isto, mas não é crime fazer aquilo outro. Agir de tal maneira é praticar um comportamento ofensivo a estes bens e agir de outra forma não o é.

Mas não para por aí, o poder de estabelecimento da conduta criminosa acompanha de perto a valoração da profundidade do gravame, anunciada pela quantificação da pena. A tais ou quais condutas a privação da liberdade e a hediondez; a outras, a flexibilização e cominação de multas.

Uma análise pormenorizada da legislação punitiva pode trazer à tona inúmeros exemplos de exorbitância na proteção jurídica de interesses de grupos sociais específicos, o que às vezes é algo evidente, mas às vezes nem tanto. Apresenta-se dois exemplos.

As Ordenações Filipinas foi um projeto de compilação jurídica encabeçado pelo rei espanhol Felipe II durante o domínio castelhano sobre a União Ibérica (1580-1640). Ela serviu de base para reestruturação do direito português e vigorou no Brasil de 1603 até 1830, ocasião em que foi editado o Código Criminal do Império.

A certa altura, as Ordenações trouxeram o seguinte comando normativo, de natureza manifestamente parcial:

"Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá *mata assi a ella*, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-as com sua mulher em adultério, não morrerá por isso, mas será degradado para África (...)".[18]

A questão é perceber que, de lá para cá, as coisas não mudaram tanto assim.

18. Ordenações Filipinas, Livro 5 Tit. XXXVIII. Disponível em: [www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1188.htm], acesso em: 23.04.2013.

O Código Penal de 1940 também tem as suas exorbitâncias. Um exemplo pode ser extraído do cotejamento da severidade imprimida na cominação legal de dois tipos legais distintos: redução a condição análoga à de escravo e extorsão mediante sequestro.[19]

Detalhe à parte, é preciso lembrar que o crime de extorsão mediante sequestro, diferentemente do crime de redução a condição análoga à de escravo, é considerado crime hediondo, nos termos da Lei 8.072/1990 (o que traz inúmeras repercussões no ritmo de cumprimento da reprimenda). A verificação da condição social das pessoas envolvidas em cada um dos respectivos delitos ajuda a desvendar o que não pode ser escrito.

Por seu turno, a criminalização secundária envolve a reação estatal ao comportamento criminoso. Seguramente, é na aplicação da lei penal ao caso concreto que a triagem discriminatória se mostra mais desavergonhada.

O excerto a seguir é bastante agregador, atribuindo a atividade policial papel de destaque na estigmatização dos desafortunados (D'ELIA FILHO, 2007, p.16):

19. "*Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo*, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei 10.803, de 11.12.2003)
Pena – *reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência* (Redação dada pela Lei 10.803, de 11.12.2003).
(...)
Art. 159. Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Vide Lei 8.072, de 25.07.1990 (Vide Lei 10.446/2002).
Pena – *reclusão, de oito a quinze anos* (Redação dada pela Lei 8.072, de 25.07.1990).
§ 1.º Se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha. Vide Lei 8.072, de 25.07.1990 (Redação dada pela Lei 10.741/2003).
Pena – reclusão, de doze a vinte anos. (Redação dada pela Lei 8.072, de 25.07.1990)
§ 2.º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Vide Lei 8.072, de 25.07.1990
Pena – reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos. (Redação dada pela Lei 8.072, de 25.07.1990)
§ 3.º Se resulta a morte: Vide Lei 8.072, de 25.07.1990
Pena – reclusão, de vinte e quatro a trinta anos. (Redação dada pela Lei 8.072, de 25.07.1990)
§ 4.º Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços" (Redação dada pela Lei 9.269/1996).

"A seleção punitiva ocorre uma vez que é impossível para os gestores da criminalização secundária realizarem o projeto 'faraônico' de criminalização primária previsto em todas as leis penais de um país. Ou seja, não é possível ao sistema penal prender, processar e julgar todas as pessoas que realizam as condutas descritas na lei como crime, por conseguinte, as agências penais devem optar entre o caminho da inatividade ou da seleção. 'Como a inatividade acarretaria o seu desaparecimento, elas seguem a regra de toda burocracia e procedem à seleção' concluem Zaffaroni e Nilo Batista, ressaltando que esse poder de seleção corresponde, fundamentalmente, às agenciais policiais.

Opera-se, portanto, uma inversão total da estrutura formal do aparelho repressor. A magistratura e o Ministério Público passam a ter delimitadas as suas faixas de atuação pela polícia, que, na realidade das práticas informais, decide quem vai ser processado e julgado criminalmente".

No mesmo sentido (THOMPSON, 1983, p. 91):

"Exatamente ao reverso do que apregoa a ideologia, é a polícia quem controla a atividade do Judiciário, pois este só trabalha com o material concedido por aquela. Graças a isto pode o Judiciário manter uma aparência de isenção e pureza, uma vez que a parte ostensivamente suja da operação discriminatória se realiza antecedentemente à sua atuação".

De tal sorte, visando otimizar os trabalhos e dar conta de sua incomensurável tarefa, a persecução criminal é – sem remorso – orientada para grupos específicos.

Também, outro fator que contribui na preferência pelos mais depauperados é a pequena possibilidade do indivíduo lançar mão do artifício da corrupção. Pragmaticamente, "só pode subornar quem dispõe de recursos (corrupção); só pode pedir para ser atendido quem goza de prestígio (prevaricação)" (THOMPSON, 1983, p. 80).

De mais a mais, pesquisas de vitimização dão conta de que os organismos policiais registram não mais que um terço dos crimes ocorridos.[20] Ou seja, a taxa dos delitos sonegados, ordinariamente conhecida como cifra negra da criminalidade, por baixo, é do calibre de 2/3 (chegando, em alguns casos, até a 90 %), variando de acordo com a infração considerada.

Quanto às razões de existência desta cifra negra, isso poderia ser explicado por diversas maneiras: há casos em que a própria vítima tem dificuldade de se

20. Estatísticas de criminalidade. Manual de interpretação. Obtido no sitio: [www.ssp.sp.gov.br/estatistica/downloads/manual.pdf], acesso em: 12.08.2011.

dar conta da ocorrência do delito, há situações em que, ainda que percebendo, ela não tem interesse no registro (seja pelo reduzido valor material do objeto extraviado, seja pela evitar constrangimento ou por desacreditar no trabalho policial), há hipóteses em que os autores se confundem com as vítimas (ex. aborto), há casos de ausência de vítima imediata etc.

Significa dizer que nem todos os crimes sequer chegam ao conhecimento das autoridades policiais; dos que são notados, nem todos são investigados. Dos investigados, poucos são os que resultam em indiciamento, e menor ainda os processados. Dos processados, nem sempre a condenação se impõe.

De modo exemplificativo, trazemos à baila o levantamento realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ministério da Justiça.[21] Segundo as estimativas, dos quase 135 mil inquéritos policiais instaurados até o final de 2007 visando investigar homicídios dolosos, apenas 43 mil restaram concluídos. Dos que foram finalizados, pouco mais de 8 mil se transformaram em denúncias.

A cifra negra e a criminalização secundária fazem notar que a taxa de encarceramento tem pequena relação direta com os níveis de criminalidade. Prender mais não implica necessariamente em diminuir o número de crimes, e perceber isso faz toda a diferença.

Assim é que mais policiais e leis mais rigorosas só podem resultar em mais pessoas aprisionadas e, não propriamente, em redução da criminalidade. E com isso, a questão fundamental, mais marginalização.

É bastante enfático o arremate de Becker (1977, p. 63):

"Meninos de áreas de classe média não sofrem um processo legal que vá tão longe quando são presos como garotos das favelas. É menos provável que o menino da classe média, quando apanhado pela polícia, seja levado ao posto policial; é menos provável, quando levado ao posto policial, ele seja fichado; e é extremamente improvável que seja indiciado e julgado. Essa variação ocorre mesmo se a infração original da regra for a mesma nos dois casos".

Por fim, a possibilidade de contratação de melhores advogados por aqueles que dispõem de maiores recursos financeiros é mais outro fator que favorece a seletividade. Ora, defensores mais experimentados elaboraram defesas mais consistentes, mas cobram honorários mais elevados. Ou seja, os que mais ne-

21. Portal eletrônico consultor jurídico, [www.conjur.com.br/2012-jun-13/brasil-arquiva-80-investigacoes-homicidios], acesso em: 14.06.2012.

cessitam da defesa técnica, considerando o perfil das pessoas encarceradas, são precisamente os que menos a ela tem acesso.[22]

4.2 Base teórica

Buscando apresentar explicações para a emergência desse cenário, numerosos autores já se debruçaram sobre essas questões.

Adotando como centro de suas preocupações específicas o aprofundamento da reflexão sobre o sentido da punição, estabeleceu-se um valioso diálogo com a tradição do pensamento sociológico. Lado a lado, as táticas de contenção da violência e as práticas de aplicação punitivas inseriram o debate na agenda do pensamento social.

No limite, a vanguarda dessa reflexão crítica encontra vazão nas categorias do marxismo. Ultrapassando os umbrais de uma irracionalidade pura e simples do sistema punitivo, postula-se sua ligação funcional com o capitalismo. Com propriedade, Baratta (2002) assevera:

"O mito da igualdade pode ser resumido nas seguintes proposições:

a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas a bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural);

b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos antissociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade).

Exatamente opostas são as proposições em que se resumem os resultados da crítica:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sen-

22. Embora uma instituição indispensável à função jurisdicional do Estado (art. 134 da CF/88), a precariedade estrutural das Defensorias Públicas – quando existentes – só faz agravar esse cenário.

tido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade" (p. 162).

Prossegue contundentemente,

"O cárcere representa, em suma, a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa" (op. cit., p. 167).

Afinal de contas, não deveria ser surpreendente o fato de que em uma sociedade desigual, há que se existir um sistema de direito que seja igualmente não igualitário.

Institucionalizando a repressão de atos atentatórios a propriedade, camufla-se o seu papel de polarização vertical, reiterando, sem inibição, a alegoria do consenso social e da pacificação, quando, para a maior parte da população, os tempos são de conflito, em um latente e desgostoso desafio cotidiano de sobrevivência.

De alguma maneira, todo sistema de produção tende a desenvolver formas de punição que correspondam às suas relações de produção e ao estágio de desenvolvimento econômico alcançado. Malgrado o fiasco do sistema prisional como medida preventiva ou recuperatória, não é a toa que ele segue como sendo a punição por excelência.

Antes, porém, vale a pena retroceder um pouco mais na linha do tempo.

A literatura traz a indicação de que a prisão só foi instituída como pena propriamente dita somente em meados do século XVII, posto que, anteriormente, funcionava apenas como mecanismo de custódia até a prolação da sentença condenatória.

O percurso pelas narrativas históricas da antiguidade clássica relata que esse conceito de acautelamento provisório deve ter sido concebido pioneiramente com Platão.

Embora constituísse um antecedente necessário da punição, ela não chegava a ser entendido propriamente como resultado de uma condenação, esta sim aplicada em termos bastante criativos. Ainda assim, a prisão custódia seguiu como a única proposta de aprisionamento que, àquela altura, restou efetivamente empregada.

Ao que se sabe, outra sorte não teve o ordenamento jurídico germânico, que também não conheceu a prisão com caráter de pena, vez que nele predominou a pena de morte e as penas corporais. Sequer na idade média as coisas foram

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

melhoradas, já que as sanções criminais estavam sempre submetidas ao arbítrio dos governantes, com lastro nos desígnios religiosos, que as aplicavam em função do *status* econômico dos acusados.

Ocorre que, pouco a pouco, a prestação pecuniária em metal ou em espécie, foi ganhando seu espaço. De um lado, nem sempre a gravidade do crime era suficiente para justificar os martírios do sofrimento. De outro, o interesse na arrecadação monetária ou a condição pessoal do réu dificultava a imposição de severas punições.

No magistério de Rusche e Kirchheimer (1999), compreende-se a travessia histórica para adoção da pena privativa de liberdade:

"As distinções de classes sociais eram manifestadas pelas diferenças nos valores das fianças. A fiança era cuidadosamente graduada, segundo o *status* social do malfeitor e da parte ofendida. Apesar desta diferenciação de classe afetar primeiramente somente o grau da fiança, ao mesmo tempo constituía-se no principal fator na evolução do sistema de punição corporal. A incapacidade dos malfeitores das classes subalternas de pagar fianças em moeda levou à substituição por castigos corporais. O sistema penal tornou-se, portanto, progressivamente restrito a uma minoria da população" (p. 22).

Assim, o modo de produção capitalista se socorreu da organização jurídico penal para assegurar duas manobras fundamentais para sua perpetuação: o fornecimento de mão de obra e o impedimento da suspensão do trabalho. Com uma justificativa legal para o controle das massas, que por ser legal é facilmente aplicável, retiravam-se de campo os inaptos a participar do jogo consumista.

"Quanto mais empobrecidas ficavam as massas, mais duros eram os castigos, para fins de dissuadi-las do crime. O castigo físico começou a crescer consideravelmente por todo o país, até que finalmente tornou-se não apenas suplementar, mas a forma regular de punição (...). Execução, banimento, mutilação, marcação à ferro e açoites, mais ou menos exterminaram uma gama de transgressores profissionais, de assassinos e ladrões a vagabundos e ciganos" (op. cit., p. 32).

Nota-se que a reclusão não teve seu nascimento relacionado à complacência com o sofrimento do condenado, muito longe disso. O controle de fluxo da mão de obra funcionou como exigência ao desenvolvimento da sociedade capitalista, garantindo a produção, regulando os níveis salariais e mascarando a miséria popular.

Nesse diapasão, compreende-se de que maneira a investigação crítica proporciona a percepção da ineficácia do sistema penal, limitando-o à desprestigiosa função de custodiar os mais fracos, promover a sustentabilidade do poder e conservar a realidade social.

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Analisam-se as práticas punitivas menos como resposta a ameaça lesiva ao bem jurídico penalmente tutelado, que fora deflagrado pela ideia de proteção geral, e mais como estratagema de dominação, calculadamente orientada pela sistemática do capital. Resumindo (FERRAJOLI, 2006, p. 355):

"A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimento incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos".

Proclama-se, então, uma ressignificação do sistema jurídico, especialmente no tocante ao direito penal. Deixando de canto a galanteadora proposta de adotá-lo como ferramenta solucionadora de controvérsias, passa-se a dar crédito a sua função não declarada.

Não por acaso, Zaffaroni (2001, p. 26-27) sentencia: "(...) o sistema penal é um verdadeiro embuste: pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce".

Por certo que o protagonismo do sistema penal na promoção da exclusão social não é mera elucubração. As taxas de encarceramento só fazem corroborar a afirmação de que os detidos são tão perigosos, quanto o são socialmente vulnerabilizados.

Nessa toada,

"A indignação que sinto contra as práticas da prisão não é a indignação do inocente perseguido ou a do mártir, mas a do culpado que sente que seu castigo ultrapassa o que merece e que é imposto por aqueles que não estão livres de culpa. Este último aspecto é sentido intensamente por todos os presos, e é a fonte da profunda descrença que existe em toda a prisão" (HASSLER, 1954, p. 97 – citado por GOFFMAN, 1974, p. 56).

5. UMA DIGRESSÃO NECESSÁRIA

Eis uma questão interessante e que merece ser consignada.

A cada dia que passa, parece ganhar mais destaque o recrudescimento da sensação social de insegurança. A corporificação desse sentimento coletivo

da existência de uma caótica situação de (in)segurança pública tem razões variadas.

Isso pode ser atribuído, por exemplo, aos intermitentes episódios de crimes atrozes que manipulam o medo das pessoas, ou à performance daqueles que doutrinariamente são conhecidos como "gestores atípicos da moral" (a exemplo dos ecologistas, dos feministas etc.) conduzindo uma tendência expansiva no sentido de aumentar a rede protetiva para salvaguardar seus respectivos interesses. Ainda, há também certa crença internalizada de prevalência da impunidade, o descrédito de outras instâncias formais ou informais de proteção social, e em especial, ao temerário papel midiático, que, projetando agravamento do quadro, alimenta a sanha punitiva.

Chama a atenção o fato de a ferramenta de controle social mais gravosa, e teoricamente último recurso de acionamento – o ordenamento jurídico criminal – ganhar espaço e surgir como se modelo resolutivo fosse para os problemas de nossa sociedade. Trata-se de uma situação curiosa e não menos paradoxal, afinal, ainda que com aparência de ameaça, ele surge concomitantemente como remédio para a quebra dos costumes, em um curioso sincronismo digladiador que mistifica sua função social.

Diante disso, o impasse não reside tanto na emblemática aspiração coletiva por segurança, que como tal não deixa de ser legítima; mas sim no modelo resolutivo socialmente acolhido, qual seja o artifício do expediente criminal.

Com efeito, esboça-se a trajetória do apetite coletivo pelo reforço do rigor punitivo. A ânsia por uma execução penal mais contundente não apenas deságua em penalidades mais severas, como também amplia cada vez mais o leque de atuação do direito penal.

Assim, na tônica do direito penal moderno, a hipertrofia é acompanhada de perto pelo expansionismo. De um lado, endurecimento de penas, antecipação de tutela penal, restrição de aplicação de atenuantes, gradativa supressão de garantias processuais, eleição de novas circunstâncias agravantes. De outro lado, estabelecimento de crimes de perigo abstrato, utilização de tipos penais abertos e normas penais em branco. Isso para não se fazer menção aos inúmeros delitos culposos e a diversidade ascendente de crimes omissivos.

Articula-se tudo isso para ressaltar que todos aqueles que são partidários de uma postura cada dia mais repressiva do direito penal, negligenciam o fato de estarem sendo coniventes com essa característica seletiva do sistema jurídico penal, muito embora essa renúncia à isonomia seja – por petição de princípio – energicamente por todos repudiada.

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Colocando isso em outros termos: quanto mais rigor o povo pedir, mais rigor se terá, para ele mesmo, no sentido mais desamparado da palavra povo.

O acolhimento dessa austeridade repressiva só faz agravar o problema; por mais que se possa desejar o contrário. Restaria aceitar que a imprescindibilidade da prisão não se mostra mais tão imprescindível assim.

6. APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

Compreendidos os pressupostos deste trabalho, é forçoso reconhecer que não se trata, em absoluto, de defender a *'bandidagem'* – para utilizar essa expressão televisiva paradigmática. As palavras do falecido Min. Toledo (2000, p. X, nota a, 3. ed.) fortalecem essa perspectiva:

"O problema – assim pensamos – não reside na questão de ser ou não ser benevolente com o crime (ninguém razoavelmente poderia sê-lo), mas de saber como contê-lo dentro de certos limites socialmente toleráveis, de modo sério e verdadeiramente eficiente. Sem retóricas que a nada têm conduzido. Sem leis que ficam no papel e não são executadas. Sem as sentenças que não são cumpridas, pelas razões mencionadas ou por falta de estabelecimentos penais apropriados".

Assim, para não dizerem que se está à olhar para um só lado da balança, esquecendo-se do outro, aqui, no caso, o lado das vítimas, entendeu-se por bem colocar as coisas nos seus devidos lugares. Como explica Lopes Junior (2011, p. 11), aquela ideia, bastante recorrente por sinal, segundo o qual os direitos individuais devem ceder quando colocados defronte à supremacia do interesse público não pode prosperar.

E as razões são bem singelas: primeiramente porque essa simplificação em público e privado não guarda mais conformidade com a complexidade das relações sociais. Segundo porque, tratando de matéria penal, todos os interesses envolvidos – principalmente os do réu – passam bem longe da esfera do privado. Dizendo respeito a direitos e garantias fundamentais, para ficar com a classificação constitucional, só poderiam estar situadas na dimensão do direito público, se assim facilitar o entendimento.

A propósito, é inconcebível aceitar o argumento de que essa configuração de modelo criminal seja um mal necessário. Isso não é um mal necessário, isso é um equívoco ironicamente suicida, uma ingenuidade perigosamente imperdoável. E acreditar nisso, prestigiando a manutenção desta situação calamitosa, só vislumbramos que possa se encaixar em dois modelos explicativos: ou é ser por demais favorecido ou é ser por demais alienado, não resta outra alternativa.

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Uma sociedade que esteja comprometida com os valores democráticos, não pode se permitir a justificação do injustificável. Isso é um completo descaso no atendimento de direitos que são inderrogáveis, com a simples difusão do argumento de que eles se tornaram inexequíveis.

De igual maneira, ainda que a conduta criminosa seja tendencialmente interpretada como algo anormal, a expressão de uma deliberada eleição pelo crime, um bocado de monstruosidade combinado como um dedo de enfermidade patológica, o que se está a defender é que o crime não seja uma categoria apriorística, ou, como se costuma colocar na literatura, uma realidade ontológica. Todo o oposto.

O delito não existe por natureza, mas senão por definição legal. Trata-se de um fenômeno construído e isso não pode ser sonegado. E é assim, porque o sistema jurídico assim o é.

Nas lições da doutrina, Bobbio (1992, p. 32) andou bem na demonstração do processo de evolução histórica dos direitos:

"Os direitos, como construções históricas e sociais, emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem (...) são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e ampliação".

O trecho que segue, agora voltando olhar para tipificação criminal, é extraordinariamente elucidativo (HULSMAN; CELIS, 1984, p. 52):

"Num certo dia o poder político cessa de perseguir as bruxas e já não há mais bruxas. Até, 1975, na França, o marido podia encarcerar a sua mulher pelo crime de adultério. Nesta data, uma lei modificadora descriminalizou o adultério; assim, a mulher já não pode ser perseguida diante de um juiz penal. De um dia para outro o que era delito deixa de sê-lo e o que era considerado delinquente passa a ser um homem honesto. Ao menos, já não tem que prestar contas ante a justiça criminal. É a lei, pois, que diz onde há um crime. É a lei, pois, que cria o criminoso".

Em verdade, o direito criminal não é exatamente um meio de combate à criminalidade como medianamente se poderia imaginar. Nada obstante o comportamento criminoso esteja presente em todos os grupos sociais, ironicamente, o mesmo não acontece com a repressão punitiva. Para tanto, o estandarte de criminoso é desigualmente atribuído a alguns, não o é a outros, colocando em xeque do princípio da igualdade.

Ao revés, não é a conduta desviante que dá ensejo ao controle social, mas o controle social que leva ao desvio. Essa é a tragédia da tradição jurídico punitiva e constitui a miséria de nosso sistema penal.

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Não se pretende aqui afirmar que toda e qualquer criminalidade seja explicada pelo recurso a desproporcional divisão de renda, e, portanto, inferir que o socialismo seria a solução de todos os nossos problemas. O fato é que o diagnóstico marxista é preciso, e, no mais das vezes, não são outros os aspectos determinantes. A despeito do que tem sido pregado, o verdadeiro combate não seria contra o crime, mas contra a pobreza e a desigualdade, contra essa modelo de sociedade excludente que se arquitetou.

É preciso mais do que afiançar ao homem igualdade política, é indispensável equacionar o descompasso que leva a desigualdade social, primando pela equiparação econômica e o nivelamento de oportunidades.

Como certa feita já foi salientado pela doutrina, pode até parecer inacreditável, mas uma coisa é o indivíduo possuir um direito, outra, completamente distinta, é ele dispor da possibilidade de exercitá-lo. Há que se acrescentar que os exemplos são fartos e que o direito criminal é só mais um deles.

Apesar de orientado por outros marcos teóricos, Foucault também parece convergir com essa leitura do fenômeno criminoso:

"Não há então natureza criminosa, mas jogo de força que, segundo a classe a que pertencem os indivíduos, os conduzirão ao poder ou à prisão: pobres, os magistrados de hoje sem dúvida povoariam os campos de trabalho forçado; e os forçados, se fossem bem nascidos, tomariam um assento nos tribunais e aí distribuiriam justiça" (FOUCAULT, 2009, p. 274).

Muito em virtude do que fora desenhado, despontaram os autores que advogam a tese abolicionista, primando pela extinção de qualquer forma de sistema jurídico criminal, haja vista que ele só faz reproduzir essas incoerências. Nessa direção, a famigerada máxima de Radbruch (2004, p. 246) poderia ser aproveitada para traduzir – ainda que formalmente – a mensagem que se pretende transmitir como o abolicionismo: "a melhor reforma do direito penal seria substituí-lo, não por um direito penal melhor, mas por qualquer coisa melhor do que o direito penal".

De nossa parte, porém, entendemos que a saída para contornar essa disfuncionalidade passa pelo minimalismo, equilibrando a balança punitiva sem abrir mão do mecanismo de defesa da sociedade que tanto se buscou, precário, mas disponível.

Dizemos que é precário, posto que calcado em termos propriamente jurídicos, o ferramental disponibilizado pela dogmática não é capaz de modificar a ordem social. Ela opera dentro de uma lógica bem delimitada, em um contexto direcionado à conservação de estruturas e que não se permite a inovação. Não à toa, constatou-se o surgimento da corrente de pensamento que atribuiu à dogmática penal a qualificação de "*ciência do controle social*", já que reproduz

o funcionamento de um sistema de poder. Sendo dele parte integrante, não poderia ser um despretensioso conhecimento especulativo sobre ele.

Em outras palavras, fazendo as engrenagens do sistema funcionarem, a dogmática estaria para viabilizar o controle penal. Se assim o é, a saída é lutarmos por um direito penal reduzido aos limites do estritamente necessário. Posto simplesmente, o alargamento punitivo é mais do que anacrônico, é doentio.

Aderindo a esse modelo desse sistema penal sem fronteiras, que supostamente a tudo quer proteger, esvazia-se as reais garantias dos indivíduos em face do alargamento da extensão do poder punitivo do Estado, e o que é pior, retroalimentando a seletividade.

Em tempo, um posicionamento garantista orientado para o aperfeiçoamento dos princípios da subsidiariedade e da fragmentalidade, pilares da dogmática penal, reduz as oportunidades de intervenção punitiva discriminatória, fomentando uma abertura democrática.

Então, o aprisionamento não passará de ser uma medida extraordinária. O entusiasmo sancionatório será em prol de penalidades alternativas e institutos de transação penal. E os protestos em nome da adoção de medidas descriminalizadoras.

Não será demais ressaltar que a proposta de adoção de sanções alternativas a privação da liberdade não pode funcionar como mais um artifício a favor da dilatação do leque de atuação penal, mantendo inalterado o uso da prisão e acrescentado mais possibilidades repressivas, hipótese que só geraria mais seletividade. Pelo contrário, a ideia foi gerida justamente para arrefecer a pressão punitiva, minorando a importância do sistema prisional.

Não se busca com isso isentar a responsabilidade dos eventuais autores de atos graves e perturbadores da ordem pública. Apenas batalhar para que a resposta não seja invariavelmente criminal e, *pari passu*, estimular os sistemas sociais de controle informal.

Isso não só vai ao encontro de salvaguardar os mais elementares fundamentos da dignidade humana, fazendo valer os comandos constitucionais de proteção dos direitos inalienáveis, mas também vislumbra conferir dignidade ao próprio direito penal, como mecanismo formal de controle social que somente é merecedor de sua condição, enquanto instrumento garantidor de direitos indisponíveis e não como modalidade de superação dos problemas criminais.

Essa é a decorrência lógica de uma leitura do subsistema jurídico penal pelas lentes do constitucionalismo: ele só faz sentido para limitar o poder de punir do Estado. Mesmo porque, tais problemas que se dizem criminais, como

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

se criminais efetivamente o fossem, não são nada além de questões sociais mal resolvidas. E questões sociais, não se resolvem penalmente.

Sem embargo, é complicado continuar a discutir, de olhos vendados, quais seriam ou deveriam ser as verdadeiras funções da pena criminal. Antes de outorgar finalidades retributivas ou preventivas (gerais ou especiais, positivas ou negativas) é pertinente questionar como se dá o próprio processo de composição da delinquência.

Investigando os fatores que condicionam a funcionalidade do direito penal, a articulação entre o poder econômico e a desviação, a criminalização primária no geral, e a criminalização secundária em particular, o segregacionismo do apenado e a inidoneidade da obsessão punitiva faz notar a necessidade de se reenxergar o direito penal com os olhos do garantismo.

Doravante, antes de ratificarmos a criminalização de tal ou qual comportamento, quando mais uma vez for cogitada a redução da maioridade penal, no momento em que se fizer presente a circunstância judicial da reincidência, antes de se comprar o discurso da intolerância repressiva, ou se entender por bem apoiar o tenebroso movimento da guerra contra as drogas e as políticas de internação compulsória, é preciso não fazer vista grossa para a retrógrada conformação do aparelho repressivo.

Essa escalada de valorização do punitivismo desconsidera que a resposta punitiva não seja igual para todos. Ainda que assim não fosse, o uso do direito penal importa em uma incisão epidérmica que nada tem a acrescentar à sociedade. Inadvertidamente, conduzimos para a periferia questões que não são exatamente periféricas.

É de rigor que não demoremos a notar (do programa punitivo) o quanto de engano há nos teus vãos dizeres. Insistimos: nada disso é coincidência, se de um lado a justiça não é tão cega como poderia parecer, de outro, a terapêutica penal só encontra lugar nos livros de direito.

Por aqui começamos e por aqui é que se chega ao fim.

A apreciação do fenômeno criminoso, como de resto a consideração do próprio sistema jurídico, não pode ser dissociada das bases estruturais da sociedade que lhe dá suporte. A punição não pode ser encarada como mera decorrência da atividade criminosa e é hipocrisia desconsiderar os efeitos que ela provoca.

Só o conjunto da obra fornece elementos para um entendimento razoável, capaz de abandonar o comodismo da superficialidade. Repensar o processo criminalizador a partir do confronto com sua inseparável repercussão social faz enxergar uma verdade dolorosa e angustiante.

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Mais do que invasivo, o direito criminal é desonesto. Ou, como prefere D'elia Filho (2007), o mal que ele causa é maior do que aquele que visa proteger. Para falar o menos, basta notar quais são as pessoas que estão na alça de mira do aparelho repressivo. Propaga-se aos quatro ventos uma seletividade não aleatória, basta reparar; E qualquer coisa diferente disso é casuístico, é tangencial, é excepcional.

Essa configuração punitiva, com opção deliberada por reprimir diferencialmente, não recai sobre os "*perigosos*", recai sobre os marginalizados, sobre os pretos e pobres, que preenchem as cadeias e as unidades penitenciárias como autênticos e vergonhosos depósitos humanos, caracterizados pelo abandono e pela desumanidade.

A pena de prisão não previne coisa alguma, tampouco ressocializa; se o faz, é senão acidentalmente. Pode-se afirmar com toda ênfase, a incursão na realidade de um estabelecimento prisional só faz arrematar a estigmatização dos socialmente já excluídos.

Os aprisionados se amontoam. Para tanto, nem os calabouços policiais já não são mais suficientes; agora ganha vez o uso de gaiolas e contêineres.[23] Vegetando, o preso se vê inserido em um dilema de difícil equacionamento: pacientemente, permanece à espera de que a concessão de seus 'benefícios' chegue antes do dia de sua morte.

Convalidar isso é assinalar seu despropósito, buscando afastá-lo. É ferir a isonomia que se promete assegurar.

É sintomático que o direito penal do fato restou exaurido de sua essência, cedendo lugar ao censurado direito penal do autor. Guardadas as devidas proporções, é mais ou menos como se, de maneira leviana, diuturnamente repisássemos nos precipitados estigmas Lombrosianos,[24] atribuindo características específicas à população carcerária. Com uma naturalidade impressionante, ratificamos isso como se tudo fosse muito aceitável, como se nada fosse mais do que uma mera fatalidade.

---

23. Um dos casos mais escandalosos de celas improvisadas ocorreu no Espírito Santo. '*Vide*', por hipótese, a reportagem disponibilizada no sítio: [http://port.pravda.ru/news/mundo/05-05-2010/29491-brasil_presidios-0/].

24. Cesare Lombroso (1835-1909), psiquiatra, professor e criminologista italiano, relacionou o comportamento criminal do indivíduo a determinadas características fenotípicas da população carcerária, advogando a famigerada tese do "criminoso nato". Analisando a anatomia dos presos, qualificou as anomalias reincidentes de estigmas, e expôs suas conclusões no livro *L'uomo Delinquente* (1876).

Não fazemos outra coisa que não seja incentivar a hostilidade. Volta e meia, é dito para quem quiser escutar: se a aprisionamento fracassou, deve ser porque não foi bem executado. Se o sistema penal não está surtindo resultado, deve ser porque não está sendo bem gerido, está benigno, lacunoso demais. Quem sabe um belo dia esgotaremos as suas brechas com mais leis, mais crimes, maiores penas e mais prisões.

Somos vulgarmente identificados como defensores da ética em face do humanamente ofensivo, sem nos reconhecermos como juridicamente equivocados, escravos de um modelo induvidosamente ultrapassado, maquiavelicamente transparente e rigorosamente problemático. A questão ganha outra dimensão quando descobrimos o problema não é uma falha legislativa ou executiva, mas que tudo foi construído para falhar.

Claro está a irresponsabilidade da ideia do radicalismo punitivo. A ironia, no entanto, é perceber que a criminalização generalizada e o atropelamento de garantias historicamente conquistadas é levada a efeito exatamente com base no apoio popular, precipuamente, a partir do substrato social que mais sentirá a força da batida penal.

Por certo, imiscuir-se na discussão de tais assuntos, revelando a desconformidade sistêmica do punitivismo, tem por decorrência projetar um discurso inconveniente. Mas isso não acontece por acaso, a verdade incomoda e faz doer.

Rendamo-nos às evidências. É somente a partir da percepção de suas limitações e contradições que se torna possível superá-las.

Em linhas conclusivas, buscou-se demonstrar que não só não é difícil que o justo não se realize por intermédio do direito, como, aliás, é até muito provável; Tanto mais, quando se está olhando as coisas pela janela do direito criminal. Por via de consequência, e ao cabo deste artigo, o que se quer advertir é que, definitivamente, justiça não é sinônimo de castigo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana; LIMA, Renato Sérgio de. O adolescente e as mudanças na criminalidade urbana. *Revista São Paulo em Perspectiva*, vol. 13, n. 4. oct.-Dec. 1999.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Revista de Ciências Sociais Rio de janeiro*, vol. 45, n. 4, p. 677-704. 2002.

_____; SALLA, Fernando; SCHRITZMEYER, Ana Lucia Pastore. *Adolescentes em conflito com a lei: pastas e prontuários do "Complexo do Tatuapé" (São Paulo/SP,*

1990 – 2006). Paper apresentado no 7.º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, Recife (PE), 2010. Disponível em: [www.nevusp.org/downloads/down246.pdf].

_____; GAUTO, Maitê; SALLA, Fernando. A contribuição de David Garland: a sociologia da punição. *Tempo Social*. São Paulo: FFLCH-USP, vol. 18, n. 1, p. 329-350. 2006.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de; LYRA, Roberto. *Criminologia*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 3. tir. Atual. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de janeiro: Revan, 1990.

_____; Entrevista: Todo crime é político. *Revista Caros Amigos*, n. 77. Ano VII. São Paulo, ago. 2003.

BECKER, Howard. *Uma teoria da ação coletiva*. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1977.

BIANCHINI, Alice. *Dogmática jurídico-penal e controle social*. Obtido no sítio: [http://atualidadesdodireito.com.br/alicebianchini/2013/02/11/dogmatica-juridico-penal-e-controle-social/]. Acesso em: 14.02.2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOTTOMORE, Tom (ed.). *Dicionário do pensamento marxista*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política Criminal de la Exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 37. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1974.

HASSLER, Alfred. *Diary of a Self-Made Convict*. Chicago: Regnery, 1954.

HEFENDEHL, Roland. "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?: bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto". trad. Eduardo Salazar Ortuño. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 4. 2002. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf]. Acesso em: 26.04.2013.

HULSMAN, Louk; CELIS, J. Bernat. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia uma alternativa*. Barcelona: Ariel, 1984.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2011. vol. 1.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e seleção no sistema judiciário penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2000.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. *Ingerência indevida*. São Paulo, 2009. (Tese de Livre Docência em Direto Penal – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco).

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004.

RODRIGUES, Saulo Tarso. *Criminologia – A política criminal alternativa e os princípios de direito penal mínimo de Alessandro Baratta: na busca da (RE) legitimação dos sistemas*. São Paulo: Ômega Ed./Ed. Sisan, 2003. p. 5.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1999.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2008.

SILVA, Mônica Antonieta Magalhães da. Alternativas à Prisão Cautelar a luz do minimalismo e garantismo Penal. *Âmbito Jurídico* n. 93. Rio Grande, XIV, out. 2011. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10596]. Acesso em: 01.04.2013.

SOARES, Orlando. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1986.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo. Quartier Latin. 2007.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. (orgs.) *Criminologia crítica*. trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*.Trad. port. de André Telles. Rio de janeiro: Jorge Zahar , 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. port. de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direito penal e revisão constitucional, de Luiz Luisi – *RT* 729/369 (DTR\1996\316);
- Discurso sobre o sistema penal: uma visão crítica, de Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior – *RT* 861/466 (DTR\2007\505); e
- Reforma penal e nova criminalidade, de Carlos Alberto de Salles, *RBCCrim* 12/101 (DTR\1995\407).

LEMOS, Vinicius Martins. "Clientela penal": os bastidores da repressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 215-256. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

A CRIMINOLOGIA DA ESCOLA: ANÁLISE DO CONTROLE SOCIAL INFORMAL

SCHOOL CRIMINOLOGY: AN ANALYSIS OF INFORMAL SOCIAL CONTROL

FERNANDA CAROLINA DE ARAUJO IFANGER

Doutora pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da USP. Mestre pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da USP. Professora da PUC-Campinas.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Educação

RESUMO: O presente artigo apresenta uma pesquisa teórica, baseada nos ensinamentos emanados da Criminologia crítica e a Educação, cujo objetivo é o de analisar o controle social informal realizado pela escola, por vezes olvidado em razão de seu reconhecido papel de transmissão de conhecimentos. Evidencia-se o autoritarismo do controle social informal realizado pelo estabelecimento de ensino, demonstrando que, assim como o controle social formal, ele também representa um modo de modulação de comportamentos que colabora na mantença da estrutura social desigual. Para tanto, conceitua-se o controle social, apresenta-se suas formas de exercício, analisa-se a escola para, ao final, elucidar-se as funções que têm a obediência, a ordem e a disciplina impostas pela instituição, mecanismos utilizados para o exercício do mencionado controle.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia crítica - Controle social formal - Controle social informal - Escola.

ABSTRACT: This paper presents a theoretical research, based on the teachings of Critical Criminology and Education, whose goal is to analyze the informal social control carried out by the school sometimes forgotten because of its recognized role of transmitting knowledge. It seeks to examine the authoritarianism of informal social control carried out by the school, in order to unravel that, as well as the formal social control, it also represents a modulation of behavior that contributes to maintenance of unequal social structure. To achieve this objective it was necessary to determine social control, presents its forms of exercise, analyzes the school, finally elucidating the functions that have obedience, order and discipline imposed by the institution, mechanisms used to realize the mentioned control.

KEYWORDS: Criminology - Formal social control - Informal social control - School.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O controle social - 3. Formas de exercício: controle social informal e formal - 4. A escola sob a perspectiva da Criminologia crítica - 5. Obediência, ordem e disciplina: os mecanismos do controle - 6. Conclusão - 7. Bibliografia.

IFANGER, Fernanda Carolina de Araujo. A criminologia da escola: análise do controle social informal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 259-285. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

1. INTRODUÇÃO

A Criminologia tem como um dos seus objetos de estudo o controle social.[1] Desvendar o modo pelo qual ele atua é, portanto, sua missão.

Essa ciência efetivamente tem cumprido sua tarefa ao denunciar a seletividade com a qual opera o sistema penal, as mazelas do cárcere, as consequências que se impõe a quem se submete a uma pena, os problemas da ideia de ressocialização.

Contudo, não tem recebido a mesma atenção por parte dos criminólogos o controle social informal. Fato é que a dificuldade de estudá-lo tem servido como barreira para seu conhecimento, sendo que muitos têm se contentado em defender apenas que ele é melhor se comparado ao formal.

Pois bem. Não se nega que isso seja verdade, mas também não se pode olvidar que qualquer método de controle representa uma maneira arbitrária de impor padrões de conduta, de determinar um modelo de ação considerado mais adequado.

Quando se trata da modulação dos comportamentos de crianças e adolescentes, que apenas eventualmente se defrontarão com o controle social formal, fundamental o papel desempenhado pela escola, local por onde uma parcela bastante significativa dos jovens passa e também no qual despendem a maior parte de seu tempo.

Toda a sua organização, os professores, funcionários, desempenham a tarefa de controle social dos estudantes, sendo que são as referências comportamentais estipuladas pela escola que determinarão, sobremaneira, a personalidade e das atitudes assumidas pelo jovem.

Muito se diz que a educação é a tábua de salvação diante dos problemas sociais, mormente o do crime, que é ela que pode impedir a ocorrência da delinquência juvenil. Entretanto, mister desvendar sua atuação e entender que escola e que educação estão sendo defendidas.

Para atingir tal desiderato, o presente trabalho vale-se da perspectiva zetética, consiste em uma análise bibliográfica das teorizações da Criminologia e da Educação, a partir de informações pertinentes encontradas em livros, teses e artigos de revistas especializadas, nacionais e estrangeiros. São consultados autores das mencionadas áreas de conhecimento, entre os quais se destacam Lola Aniyar de Castro, Alessandro Baratta, Mariano Fernández Enguita, Ivan

1. Os outros objetos de estudo da Criminologia são o delito, o delinquente e a vítima.

IFANGER, Fernanda Carolina de Araujo. A criminologia da escola: análise do controle social informal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 259-285. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Illich, Teresa Miralles, Massimo Pavarini, Marília Pontes Sposito, Eugenio Raúl Zaffaroni, entre outros.

2. O CONTROLE SOCIAL

O termo controle social foi primeiramente utilizado por Ross, para referir-se aos mecanismos por meio dos quais a sociedade exerce seu domínio sobre os indivíduos, e os força a conformar-se com suas normas e valores.[2]

O controle social, pois, diz respeito a como cada sociedade rege a si própria, dirime seus conflitos e suas diferenças.[3]

Refere-se à capacidade de uma organização social regular a si mesma, o que se efetiva por normas, coercitivas ou não, emanadas de suas instituições, que visam a tornar a convivência social mais harmônica ou, pelo menos, possível.

Envolve, então, "todas as instituições, estratégias e sanções sociais que perseguem uma conformidade de conduta".[4]

Trata-se, segundo Castro, de "um conjunto de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, isto é, para a busca da legitimação ou garantia do consenso; ou, em caso de fracasso, para a submissão forçada dos que não se integram à ideologia dominante".[5]

Importante perceber, contudo, que:

"Não se conforma a noção de controle social em descrever e refletir um estado de coisa, senão que aposta na constituição e mantença de um tipo de organização social, implicando como consequência um compromisso com determinados valores e procedimentos".[6]

Nesse diapasão, entende-se que o controle social é produto do nível cultural de determinada sociedade. São as suas características liberais ou autoritárias que determinarão como se exercerá a contenção de sua população, como suas

2. ROSS, Edward A. Social control. In: COSER, Lewis A.; ROSENBERG, Bernard (ed.). *Social theory: a book of readings*. Nova Iorque: Macmillan, 1957.
3. ANTILLANO, Andrés. Cambios en el concepto y uso del control social. Capítulo Criminológico, *Maracaibo*, vol. 38, n. 1, p. 5-34, jan.-mar. 2010.
4. *Kaiser*, Günter. *Introducción a la Criminología*. 7. ed. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykinson, 1988. p. 110.
5. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 153.
6. ANTILLANO, Andrés. Cambios en el concepto y uso del control social. Capítulo Criminológico, *Maracaibo*, vol. 38, n. 1, p. 5-34, jan.-mar. 2010. p. 12.

instituições interagirão entre si e qual delas terá preponderância na realização da citada tarefa, razão pela qual não pode ser ele estudado sem levar-se em consideração a conjuntura social e histórica na qual se insere.

Já nos primórdios da organização social, as condutas dos povos pré-letrados eram controladas por sanções mágicas e sobrenaturais e grupos primários, enquanto nas das sociedades urbanas o são por sanções legais e grupos secundários, como a escola, a Justiça e os meios de comunicação.[7]

Nesse contexto, mister evidenciar que "a complexidade é da essência do estudo das formas de controle social efetivadas em uma dada sociedade, notadamente se ela for desigual e heterogênea, como é a brasileira".[8]

Conforme evidencia Zaffaroni, é amplíssimo o âmbito do controle social, e por isso, quem pretender estudá-lo, não deve se ater ao sistema de controle social institucionalizado, ao sistema penal ou à letra da lei, e sim perquirir, entre outros aspectos, acerca da estrutura autoritária ou não das famílias, sobre a orientação adotada na medicina e a respeito dos métodos pedagógicos, do controle ideológico dos textos e da liberdade de cátedra referentes à educação, seja ela efetivada pela escola ou pela universidade, uma vez que "quem quiser formar uma ideia do modelo de sociedade com que depara, esquecendo esta pluridimensionalidade do fenômeno de controle, cairá em um simplismo ilusório".[9]

3. FORMAS DE EXERCÍCIO: CONTROLE SOCIAL INFORMAL E FORMAL

Ross distingue o citado controle em ético e político, sendo a preponderância de cada qual variável de acordo com a sociedade considerada. O primeiro seria o realizado pelas associações religiosas, pela arte ou pela opinião pública, cuja coerção baseia-se mais em um sentimento do que em sua utilidade. O segundo, por sua vez, exercido pela lei, tem por referência o poder de fiscalização, de polícia.[10]

---

7. COSTA, Álvaro Mayrink da. *Raízes da sociedade criminógena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
8. CARDOSO, Franciele Silva. *A luta e a lida: estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária*. São Paulo: IBCCrim, 2012. p. 89.
9. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Parte geral*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 59.
10. ROSS, Edward A. Social control. In: COSER, Lewis A.; ROSENBERG, Bernard (ed.). *Social theory: a book of readings*. Nova Iorque: Macmillan, 1957.

Atualmente, essas espécies de coerção social, com algumas modificações, são aludidas pelas expressões controle social informal e formal, respectivamente. O primeiro refere-se à fiscalização realizada pela sociedade civil e suas instituições, enquanto o segundo é o exercido pelas agências de controle ligadas ao poder do Estado de punir, as quais, em razão disso, operam a criminalização ou convergem na sua produção. Trata-se, pois, do sistema penal.

A característica precípua do controle social formal refere-se à participação estatal em sua realização. Assim, trata-se do controle efetuado por alguma instituição que compõe o Estado, exercido por pessoas que têm tal tarefa como atividade profissional e que, por ser institucionalizado, dispõe de modos e procedimentos de antemão estabelecidos.

Note-se, portanto, que é característica precípua da realização do controle social formal a ação do Estado. É exatamente em virtude da ingerência estatal que o controle adquire forte carga negativa, passando a ser encarado como uma intervenção deliberada no comportamento do indivíduo.[11] Nesse diapasão, nas palavras de Vieira: "violência e arbitrariedade. Este é o modo pelo qual o Estado e a sociedade têm tentado suprimir o problema da desobediência ao direito, deixando sem resolver os problemas sociais".[12]

No âmbito criminal, o controle social formal é exercido pelo sistema penal,[13] conformado pelo direito penal, pelas polícias, pelo Ministério Público, pelos tribunais, pelas prisões, pelos hospitais psiquiátricos, bem como pelo Sistema Penal Juvenil.

No que se refere à área da Justiça da Infância e Juventude, é possível perceber que sua operacionalização conta com algumas peculiaridades em cotejo com a disciplina destinada aos adultos.

O sistema de controle funciona mais informalmente para os jovens, o que macula as ideias de correção dos aspectos formais desse sistema, sendo ainda

11. ANTILLANO, Andrés. Cambios en el concepto y uso del control social. Capítulo Criminológico, *Maracaibo*, vol. 38, n. 1, p. 5-34, jan.-mar. 2010.

12. VIEIRA, Oscar Vilhena. Los límites de la autoridade del derecho. In: VALDEZ, Antonio Garzón et al. (orgs.). *Violencia y derecho*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 333.

13. Para Zaffaroni, a denominação sistema penal obedece a uma convenção, mas na realidade, ele não pode ser considerado efetivamente um sistema em razão da diversidade de origem social e treinamento das pessoas que o integram, da compartimentalização das agências que o compõem, da dependência que têm de distintas autoridades e agências estatais, bem como da disparidade de critérios de eficácia com que operam. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Colômbia: Temis, 1993.

que a mencionada informalidade dificulta a identificação das violações de direitos verificadas na prática.[14]

De todo modo, a maior característica do controle exercido nos moldes penais, seja ele destinado a adolescentes ou adultos, refere-se ao fato de ele conter as sanções mais gravosas que podem ser aplicadas a uma pessoa, as quais incluem desde uma pequena limitação aos direitos do indivíduo, passando pela privação prolongada de sua liberdade ou mesmo pela decretação de sua morte.

Entretanto, tem-se que esse tipo de controle é menos efetivo e produz consequências mais gravosas do que os problemas que pretende resolver, uma vez que a contrapartida penal está mais para uma resposta do que para a solução de um conflito social.[15] Logo, "a criminalidade, como a penalidade, não só são artificiais, senão que inclusive já perderam toda especificidade: são somente recursos sociais em sua máxima valoração simbólica".[16]

O controle social informal, por sua vez, se entabula nos aspectos relacionais da vida cotidiana, nos contatos que o indivíduo estabelece no dia a dia com os seus pares, no bojo das relações e instituições que conformam a sociedade civil. Assim, "independentemente das especificidades da trajetória particular de cada um, é possível afirmar que qualquer interação entre dois ou mais seres humanos, enseja algum grau de controle entre os participantes dessa experiência relacional".[17]

Nesse diapasão, o controle social informal dos comportamentos é realizado pelas instituições da sociedade civil como a família, a escola, os habitantes do bairro e a mídia, no intuito de zelar pela observância das normas sociais, ainda que mediante sanções, sendo feito por qualquer pessoa, sem que essa tarefa corresponda a uma exigência de sua atividade profissional. Ademais, todas essas agências realizam, de alguma maneira, a educação dos controlados, razão pela qual, com exceção da escola, são consideradas agências informais de educação.

Sua atuação pode compreender um rol bastante diverso de condutas e assumir distintos graus de intensidade, os quais variam de acordo com a distância

14. URIARTE, Carlos Elías. *Control institucional de la niñez adolescencia en infracción: un programa mínimo de contención y límites jurídicos al Sistema Penal Juvenil (las penas de lós jóvenes)*. Montevidéu: Carlos Alvarez, 1999.

15. Idem, ibidem.

16. PAVARINI, Massimo ¿A donde vamos? Capítulo Criminológico, *Maracaibo*, n. 22, p. 3-18, 1994. p. 11.

17. CARDOSO, Franciele Silva. *A luta e a lida: estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária*. São Paulo: IBCCrim, 2012. p. 125-126.

existente entre as partes envolvidas, a sujeição ou não do agente ao controle, o reforço da audiência circundante e a percepção sobre a eficácia e suficiência da intervenção.[18]

Esse modo de verificação caracteriza-se ainda pela inespecificidade de competências para as ações de controle e pelo caráter mais brando das etiquetas que aplica.[19] Ademais, utiliza-se de meios mais difusos ou encobertos em cotejo com o controle social formal.

Note-se que a ausência do Estado, em seu aparato repressivo é característica marcante do controle social informal.

Esse modo de modulação de ações é considerado mais efetivo, menos custoso, porquanto ele não causa nenhuma ou, pelo menos, causa consequências menos negativas que a ação do controle formal.

Entretanto, pode-se questionar se tais afirmações representam a realidade do exercício do controle social informal ou o desconhecimento advindo da falta de estudos criminológicos específicos acerca das relações que o compõem.

Nesse diapasão, assevera Barreiras que:

"Em muitos textos o que se encontra é uma breve referência ao controle informal como instância extremamente eficiente e poderosa na prevenção da criminalidade, sem maiores explicações sobre cada uma das instituições portadoras desse tipo de controle, e sem dados científicos que comprovem a alegada eficiência.

Tal fato pode ser visto como consequência da dificuldade que enfrentaria um criminólogo ao pretender estudar, por exemplo, a família, a escola ou as relações de vizinhança. Seria sempre necessário um estudo bastante mais afeito com outras ciências humanas, como a antropologia, a sociologia ou mesmo a história, o que pode causar razoável desconforto ao profissional que se dedica a estudar o fenômeno do crime".[20]

---

18. CARDOSO, Franciele Silva. *A luta e a lida: estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária*. São Paulo: IBCCrim, 2012. p. 55-67.

19. GABALDÓN, Luis Gerardo. Polícia, transgressión juvenil y control social informal. In: SERRANO MAÍLLO, Alfonso; GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (eds.). *Procesos de infracción de normas y de reacción de normas: dos tradiciones criminológicas*. Madrid: Dykinson, 2008. p. 55-67.

20. BARREIRAS, Mariana Barros. Controle social informal x controle social formal. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 300.

Sem dúvida que a fiscalização de comportamentos exercida pelo controle social informal, em razão de sua sutileza, reveste-se de uma aparência de naturalidade e espontaneidade, como se ele fosse inerente a qualquer organização social saudável. Contudo, a uniformização dos comportamentos é sempre artificial, resultado de processos de adequações, contenções e renúncias.[21]

Ele até pode ser menos perceptível, mas não por isso menos controlador, uma vez que se baseia na ideia de autoridade, na possibilidade que uns têm de determinar as ações alheias. Em outros termos, "é possível afirmar que a justificativa última de toda forma de controle – mesmo o informal – é alguma forma de autoridade, que tanto pode ser fundamentada em aspectos morais, educacionais, religiosos ou simplesmente temor reverencial".[22]

Trata-se, então, de "uma intensa e multifacética maneira de educar os indivíduos",[23] a qual pode ser realizada isoladamente, como estratégia única de vigília das ações ou em dualidade com o controle social formal, outro extremo do poder de controle.

Assim, conforme assevera Andrade, "o sistema penal não realiza o processo de criminalização e estigmatização à margem ou inclusive contra os processos gerais de etiquetamento que têm lugar no seio do controle social informal como a família e a escola".[24]

Portanto, ainda que se enxerguem mais vantagens na utilização das estratégias informais de controle social, não podem elas serem encaradas de maneira ingênua, sem que se perceba que também se trata de uma maneira de modular comportamentos, por vezes, baseada no autoritarismo e no temor.

4. A ESCOLA SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

No que se refere especificamente ao processo de socialização e de controle de crianças e adolescentes, pode-se afirmar que "a moderna condição juvenil

21. CARDOSO, Franciele Silva. *A luta e a lida: estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária*. São Paulo: IBCCrim, 2012.

22. CARDOSO, Franciele Silva. *A luta e a lida: estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária*. São Paulo: IBCCrim, 2012. p. 139.

23. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 153.

24. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 210.

na sociedade ocidental sempre foi caracterizada pela manutenção de relações importantes, embora diversas, entre duas agências primordiais da reprodução social: a família e a escola".[25]

Apesar de a família ser o primeiro ambiente de socialização e de controle social com que a criança tem contato, contemporaneamente ela vem perdendo seu espaço para a escola.

Fato é que:

"A escola é a primeira instituição à que se incorporam as crianças, descontando a família, a que ocupa o período que medeia entre a exclusividade desta e o trabalho e, de qualquer forma, a escolarização representa seu primeiro contato com uma instituição formal e/ou burocrática, com uma organização. Por conseguinte, é nela onde crianças e jovens fazem a primeira experiência do trato regular com estranhos, do trato com outras pessoas fora dos laços de parentesco ou da comunidade imediata".[26]

Tendo as mulheres alcançado a possibilidade de acessar os postos de trabalho, tal qual sempre ocorreu com os homens, torna-se necessário que as famílias deixem seus filhos sob os cuidados de alguém ou de alguma instituição capaz de executar a contento tal tarefa.

Aliada a essa situação, pelo menos no caso brasileiro, a democratização do acesso escolar iniciada na década de 1990 também colaborou para o aumento da frequência dos jovens à escola, sendo que se estima que hoje um a cada três brasileiros frequentem a instituição, índice semelhante ao de países como França e Reino Unido.[27]

Diante disso, do ponto de visa qualitativo, é provável que as escolas estejam incorporando elementos antes excluídos, com origem familiar e social, diversos daqueles que tipicamente a frequentavam,[28] sendo mister que se oriente de acordo com essa nova conjectura, sob pena de converter diferenças culturais em desigualdades pejorativas.

25. SPOSITO, Marília Pontes. Algumas reflexões e muitas indagações sobre as relações entre juventude e escola no Brasil. In: ABRAMO, Helena Wendel; BRANCO, Pedro Paulo Martoni (orgs). *Retratos da juventude brasileira: análises de uma pesquisa nacional*. São Paulo: Perseu Abramo, 2005. p. 89.

26. ENGUITA, Mariano Fernández. *A face oculta da escola: educação e trabalho no capitalismo*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989. p. 158.

27. KAHN, Túlio. Efeitos das mudanças no sistema escolar sobre a violência. *Revista do Ilanud*, n. 23, p. 79-105, São Paulo, 2002.

28. Idem, ibidem.

Ademais, afora o grande número de crianças e adolescentes que frequentam a escola, há de se ressaltar o tempo que despendem no estabelecimento. Eles permanecem nas instituições de ensino cinco dias por semana, trinta ou mais semanas por ano, por longos anos de sua vida, sendo ainda que além das horas efetivamente experimentadas na escola, as atividades escolares penetram também seu tempo livre, quando, por exemplo, realizam tarefas extraescolares.[29]

Por tudo isso que a própria sociedade reserva à escola papel fundamental. A comunidade

"atribui-lhe uma importância que chega à identificação entre a condição de criança ou jovem e a de escolar. A primeira coisa que perguntamos a uma criança, depois de seu nome, é o que está estudando ou como vão os estudos. Para as próprias crianças e para os jovens é difícil não adotar como imagem própria, ou como parte da mesma, a que lhes devolve a escola. A escola apresenta-se perante eles, ou assim o proclama a sociedade, como a única coisa séria que existe nesse período da sua vida: o resto é o brinquedo, o privado, o trivial".[30]

Assim, dada a importância da instituição, mister que se aprofunde a compreensão acerca de seu funcionamento.

É possível distinguir na história recente da sociologia da educação dois momentos diversos. O primeiro, que vai até a década de 1960 em que a educação é concebida como fator de democratização, momento em que existia um otimismo em relação a sua função. O segundo, a partir de 1970, baseado em um pessimismo pedagógico, em que "não tendo a educação satisfeito as elevadas expectativas em relação aos seus efeitos sociais e econômicos, seguiu-se um período de desilusão e cinismo, quando a educação passa a ser vista predominantemente como um processo de manutenção do poder estabelecido".[31]

Em realidade, essa descrença na conjuntura social dominou o período, afetando não apenas a área da Educação, mas também outros ramos da ciência.

Fato é que, nesse momento, toda a tessitura social passou a ser vista dentro de uma perspectiva crítica e conflitiva. Na Criminologia, desvelaram-se as relações de poder e dominação que derivam da organização social, denunciando as estratégias do sistema no controle dos vulneráveis. Na Educação, destacou-se

29. ENGUITA, Mariano Fernández. *A face oculta da escola: educação e trabalho no capitalismo*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

30. Idem, p. 157.

31. GOMES, Candido Alberto. *A educação em novas perspectivas sociológicas*. 4. ed. São Paulo: EPU, 2005. p. 1.

a sua função de instrumento dissimulado de dominação e de reprodução da estrutura classista da sociedade.[32]

É exatamente nesse ponto em que ambas as ciências encontram-se no presente artigo, justamente quando se passa a perquirir não apenas as virtudes, mas também os problemas da educação escolar.

A junção de ambos os conhecimentos na análise que se realiza é necessária, até porque

"a maior parte da historiografia da escola, elaborada geralmente por escolares já crescidos mas que raramente saíram dos claustros da instituição, tendeu a basear-se na mera análise da evolução do discurso pedagógico, da sucessão de escolas modelares através das épocas ou da evolução das cifras agregadas que agrupavam sob epígrafes comuns realidades não acumuláveis nem comparáveis. (...) sempre é mais conveniente apresentar a história da escola como um longo e frutífero caminho desde as presumidas misérias de ontem até as supostas glórias de hoje ou de amanhã que, por exemplo, como um processo de domesticação da humanidade a serviço dos poderosos".[33]

Assim, para Castro, uma Criminologia da libertação, afinada com a realidade contemporânea e com a situação específica da América Latina, deve realizar a tarefa de resgatar a transparência do discurso do controle social informal,[34] de desvendar o controle social informal realizado pela escola, atividade que demonstra a importância de a Criminologia ocupar-se do estudo da instituição.

Para tal desiderato, mister que se parta do pressuposto teórico proposto pela Criminologia crítica, uma vez que "a Criminologia tradicional construiu, por sua vez, uma educação de relevo. Os criminólogos foram professores de segunda mão; como tais, guardiões da ordem, costureiros que remendam o fracasso da escola".[35]

Logo, basear o estudo da instituição nos referenciais da Criminologia tradicional significa aceitar a escola como mero elemento integrador do consenso social, como instituição acrítica e apolítica, esquecendo-se que ela integra a estrutura de poder do Estado.

32. Idem, ibidem.

33. ENGUITA, Mariano Fernández. *A face oculta da escola: educação e trabalho no capitalismo*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989. p. 131.

34. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

35. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 165.

Nesse contexto, fundamental desvincular-se do idealismo que muitas vezes marcou o pensamento educacional e desvelar sua face oculta.

Em seu momento inicial, as escolas surgem para atender aos meninos provenientes da pequena e média burguesia, sendo excluído o seu acesso aos campesinos, aos artesãos, às mulheres[36] e às minorias étnicas.

Em um segundo momento de sua evolução histórica, as instituições de ensino incorporaram ao seu corpo discente as mulheres e as minorias étnicas, ainda de maneira segregada.

Sobre esse período assevera Enguita que os burgueses, ao ascenderem ao poder, passaram a defender o ideal de educação para o povo, intencionando com isso a garantia de sua mantença, bem como a aceitação da nova conjuntura social. Ocorre que, ao mesmo tempo, eles temiam as consequências de educar demasiadamente os cidadãos do povo, os quais deveriam conformar-se com sua situação social desprivilegiada e não almejar ascender socialmente. Diante disso, a solução encontrada foi a de "educá-los, mas não demasiadamente. O bastante para que aprendessem a respeitar a ordem social, mas não tanto que pudessem questioná-la".[37]

Apenas mais tarde, em um terceiro momento, que todos os grupos sociais foram ou estão sendo integrados à escola.[38]

Assim, em um contexto em que cada vez mais crianças e adolescentes com histórias e origens de vida diversas acessam as instituições de ensino e passam aí a maior parte de seu tempo, não é de estranhar que elas exerçam papel fundamental entre eles.

A despeito de sua função[39] precípua e declarada de transmissora de conhecimentos, de educação, a escola é uma instituição de controle social, que conta com uma história própria e com conflitos particulares. Nela há uma gama de

36. Importante asseverar que a exclusão das mulheres era devida à crença de que elas podiam ser educadas por suas próprias mães ou por "escolas" cuja tarefa não era a de ensinar-lhes a ler e escrever, e sim incutir-lhe disciplina, piedade e bons costumes, qualidades essenciais a uma boa esposa e mãe de família.

37. ENGUITA, Mariano Fernández. *A face oculta da escola: educação e trabalho no capitalismo*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989. p. 112.

38. CHALUH, Laura Noemi. *Educação e diversidade: um projeto pedagógico na escola*. Campinas: Alínea, 2006.

39. Lenhard explica que o termo função expressa a relação entre uma dada instituição, nesse caso a escolar, e as necessidades sociais, uma vez que se refere ao papel que uma atividade representa na vida social e a contribuição que presta na manutenção

atores que se inter-relacionam em um complexo emaranhado de relações sociais simétricas e assimétricas, nas quais estão em jogo elementos de poder e de autoridade.

Logo, evidencia-se que "a escola tem uma ação bem mais complexa e diversificada com efeitos não esperados por muitos atores".[40] Nesse sentido:

"Apenas uma pequena parte do tempo dos professores e alunos nas escolas é dedicada à transmissão ou aquisição de conhecimentos. O resto, a maior parte, é empregado em forçar ou evitar rotinas, em impor ou escapar ao controle, em manter ou romper a ordem.[41]

Contudo, a aceitação acrítica das instâncias sociais de controle informal tem impedido o questionamento destas no exercício das tarefas que efetivamente realizam. Essa realidade mostra-se ainda mais evidente na escola, cuja função de tradição dos conhecimentos comumente é a única reconhecida.

Conforme alerta Enquita:

"Se o objetivo da educação fosse somente comunicativo – extrair, transmitir ou inculcar informações, conhecimentos, ideias etc. – a escola estaria na iminência de ser varrida da face da terra, ou já o teria sido, pelos meios de comunicação de massas, que são incomparavelmente mais eficazes no que respeita a esse fim, mais atrativos e baratos".[42]

Mister, pois, perquirir como e sobre que bases a escola realiza a função de controle social de seus alunos, identificando se ela serve para reproduzir as desigualdades sociais e as relações de trabalho capitalistas ou se é elemento de democratização, de fomento da igualdade entre os que a frequentam.

Nesse sentido, vale alertar, desde já, que "as relações entre a escola, o Estado e o sistema econômico não são simples, unidirecionais ou deterministas, mas, sim, complexas, multidirecionais, contraditórias e permanentemente em tensão de mudança".[43]

---

da continuidade estrutural. Cf. LENHARD, Rudolf. *Sociologia educacional*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1973.

40. GOMES, Candido Alberto. *A educação em novas perspectivas sociológicas*. 4. ed. São Paulo: EPU, 2005. p. 72.

41. ENGUITA, Mariano Fernández. *A face oculta da escola: educação e trabalho no capitalismo*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989. p. 158.

42. Idem, ibidem.

43. GOMES, Candido Alberto. *A educação em novas perspectivas sociológicas*. 4. ed. São Paulo: EPU, 2005. p. 74-75.

Enquanto a escola, ao receber em seus domínios crianças e adolescentes provenientes de todos os estratos sociais, deveria ocupar-se de promover a igualdade, ela colabora sobremaneira para aprofundar as diferenças entre os grupos que agrega. Por conseguinte, defende Illich que embora a igualdade de oportunidades na educação seja uma meta desejável, "confundi-la com obrigação escolar é confundir salvação com igreja".[44]

Em realidade, por mais que, ao menos em tese, todos possam alcançar a escola, há uma educação a qual apenas o rico tem acesso e outra para o pobre: a escola frequentada por ambos não é a mesma e não têm a mesma qualidade.

Há, portanto, diferentes educações para diferentes públicos.

Fato é que "as escolas, por sua própria estrutura, opõem-se à concentração de privilégios naqueles que estão, de outra forma, em desvantagem. Currículos especiais, classes separadas ou aulas mais longas constituem mais discriminação, a um custo mais elevado".[45]

Essa discriminação vai refletir-se, no futuro, na colocação profissional dos jovens. Os que estudaram nos melhores colégios é que acessarão também os melhores empregos, enquanto os demais assumirão os trabalhos excedentes e mais mal remunerados.

Nesse diapasão Enguita defende que a criança ao ser enviada a escola, desde seu princípio histórico, o foi para aprender e adaptar-se às relações de produção: cada estudante é preparado, é moldado, pois, para assumir no mercado de trabalho um cargo condizente com sua classe social. Assim,

"através da imersão sistemática em algumas relações sociais educacionais isomorfas com as relações sociais de produção dominantes, a escola seleciona nos indivíduos que constituem seu público aqueles traços que mais convêm a estas e, se não existem previamente de forma potencial, utiliza todos os recursos a seu alcance para gerá-los. De certo modo, estes traços de personalidade podem ser considerados como o resultado da interação entre o indivíduo e seu ambiente, isto é, como produto da interiorização das relações sociais".[46]

É no mesmo sentido a análise de Castro sobre o sistema escolar. Para ela,

44. ILLICH, Ivan. *Sociedade sem escolas*. 4. ed. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 1973. p. 85.

45. Idem, p. 28.

46. ENGUITA, Mariano Fernández. *A face oculta da escola: educação e trabalho no capitalismo*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989. p. 187.

"os ricos continuarão sendo os condutores, graças à meritocracia criada por nosso sistema escolar. Os pobres, por insuficiência pessoal ou por carência de recursos, continuarão sendo operários, artesãos ou desempregados. Perpetuam-se, assim, os estratos dominados".[47]

E em sociedades capitalistas marcadas pela desigualdade social "maior será a relação entre saber e poder porque, embora as condições para o saber sejam, como em qualquer sociedade, produzidas coletivamente, o conhecimento em si acaba ficando nas mãos de alguns".[48]

Portanto, uma atitude que pode colaborar na compreensão da realidade das escolas é aceitar que seu sistema não foi estruturado para atender às diversidades de grupos sociais,[49] que ela foi criada para reproduzir as relações sociais desiguais.

Diante disso,

"para além do problema de se identificar o real efeito das experiências de socialização secundária para explicar as condutas humanas, o certo é que a própria prática pedagógica está em disputa. Sem olvidar de que é um poderoso instrumento ideológico, de formação e por isso de controle social, o processo educacional comporta as mais diversas posições teóricas e, entre estas, há aquelas que sustentam exatamente aquilo que os criminólogos críticos apontam como o mais acertado para se alcançar a emancipação social dos oprimidos a partir da tomada de consciência acerca da desigualdade social, da exploração, da criminalização, enfim, dos diversos e poderosos instrumentos de que dispõem os detentores do poder econômico para subjugar a esmagadora maioria da população".[50]

Importante perceber, que a escola, por tratar-se de uma microssociedade, reproduz, ao menos em partes, já que conta com certas peculiaridades inerentes a sua função social, a organização existente na sociedade como um todo. Assim, estão também presentes em seu bojo os controles sociais externos, que

47. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 161.

48. KRUPPA, Sonia M. Portella. *Sociologia da educação*. São Paulo: Cortez, 1994. p. 27.

49. ANDRADE, Eliane Ribeiro; FARAH NETO, Miguel. Juventudes e trajetórias escolares: conquistando o direito à educação. In: ABRAMOVAY, Miriam; ANDRADE, Eliane Ribeiro; ESTEVES, Luis Carlos Gil. *Juventudes: outros olhares sobre a diversidade*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Ação Continuada, Alfabetização e Diversidade; Unesco, 2007.

50. CARDOSO, Franciele Silva. *A luta e a lida: estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária*. São Paulo: IBCCrim, 2012. p. 133.

nesses ambientes, além de desempenharem a função de ordenar a vida escolar, têm também uma finalidade socializadora.

Identifica-se, pois, na escola, a existência de um controle organizado e de outro difuso, os quais podem ser referenciados pelas expressões controle social formal e informal, respectivamente.

Pelo primeiro, impõem-se aos alunos as sanções previstas nos regulamentos escolares, quando da infração de normas explicitamente disciplinadas, as quais são aplicadas pelo professor, diretor, inspetor de alunos e outros funcionários do estabelecimento. O segundo, por sua vez, menos definido e menos claro que o outro, refere-se a sistemas normativos próprios e a sanções consolidadas nos grupos que integram a escola.[51]

Também aqui, a informalidade do controle não o torna mais fraco, sendo as suas consequências ainda mais gravosas em cotejo com as emanadas do controle formal, uma vez que se referem elas ao estremecimento das relações que o estudante estabelece com seus pares.

Na realidade, "a criança e o jovem, desafiando-os, incorrem na reprovação dos seus pares, manifestada por rejeição de contatos, atribuição de posição inferior ou punições corporais, cuja maior eficácia está em expressarem (quando é o caso), precisamente, a rejeição".[52]

Referindo-se especificamente à realidade brasileira, evidencia-se que o poder da escola não é diverso do até aqui relatado. A história da educação nacional comprova como a escola pode e tem servido como elemento ideológico de controle social, uma vez que se sabe que "o controle sobre a educação nacional significa o acesso direto não só às mentes dos cidadãos como também aos seus corpos".[53]

Destaca-se, desde já, que a escola brasileira historicamente tem refletido o modelo estatal presente na sociedade, sendo certo que os estudantes economicamente privilegiados têm sido tratados como cidadãos, enquanto na realidade da escola pública vivem-se situações explícitas de negação dessa cidadania.[54]

No período colonial, o exercício do controle social sobre as crianças permitia aos jesuítas utilizarem-se do castigo físico na correção e no disciplinamento

51. LENHARD, Rudolf. *Sociologia educacional*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1973.

52. Idem, p. 151.

53. CORRÊA, Guilherme. Um corpo para a tolerância. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (orgs.). *A intolerância e o intempestivo*. Cotia: Ateliê Editorial, 2005. p. 177.

54. KRUPPA, Sonia M. Portella. *Sociologia da educação*. São Paulo: Cortez, 1994.

dos infantes. Na segunda metade do século XVIII, nas chamadas Aulas Régias, estabeleceu-se o uso da palmatória como instrumento de correção dos estudantes e evidenciou-se a preocupação em adestrar as crianças para se tornarem adultos responsáveis.[55]

Após a proclamação da República, difundiu-se a ideia de que a família desestruturada era berço de criminosos, razão pela qual o Estado assumiu para si, mediante políticas sociais específicas destinadas aos pobres, a tarefa de educação, saúde e punição de crianças e adolescentes.

Nesse período a criança pobre era vista como potencialmente perigosa, sendo que

"pretendendo domesticar as individualidades e garantindo com isso os preceitos de uma prevenção geral, os governos passaram a investir em educação, sob o controle do Estado, para criar cidadãos a reivindicar disciplinadamente segundo as expectativas de uma direção política cada vez mais centralizadora. Para tal, escola e internato passam a ser fundamentais".[56]

Por sua vez, a partir do Estado Novo, com o aumento da intervenção estatal sobre a escola, percebeu-se que "a educação popular tem servido mais como instrumento de cooptação dos pobres à ideologia oficial do que como meio de ascensão, emancipação rumo ao prestígio social".[57]

Inclusive, a Constituição de 1937, deixa clara a necessidade de uma educação para os pobres adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais e de um ensino voltado ao mercado de trabalho, ao aprendizado profissional e não ao seu crescimento intelectual e sua emancipação.[58]

---

55. DEL PRIORE, Mary. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a Colônia e o Império. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2007. p. 84-106.

56. PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2007. p. 355.

57. BARREIRAS, Mariana Barros. Controle social informal *x* controle social formal. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 305.

58. "À infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.
O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse

A ditadura também utilizou-se da educação como estratégia para controle dos cidadãos.

Primeiramente, todas as instituições passaram a ser fiscalizadas pelo Estado, sendo que mais tarde cria-se uma rede nacional de escolas públicas.

Esse momento representou "a grande virada da educação no Brasil, definida pela ditadura militar e sua percepção da educação como estratégia de segurança nacional, conforme ditava a política dos Estados Unidos em plena guerra fria".[59]

Nos últimos trinta anos, o que se tem evidenciado é a interferência da estrutura capitalista na escola, sendo suas marcas o autoritarismo e a centralização do poder.[60]

Se até aqui se afirmou que a escola realiza a tarefa de controle social de condutas, mister evidenciar como ela realiza essa atividade. Torna-se fundamental, pois, perquirir de que instrumentos ela se utiliza para cumprir tal desiderato.

5. OBEDIÊNCIA, ORDEM E DISCIPLINA: OS MECANISMOS DO CONTROLE

A obediência, a ordem e a disciplina são as bases estruturais da escola, sendo as maneiras pelas quais ela exerce seu controle.

Relacionando esses três elementos, Castro assevera que produção de obediência e controle social são as mesmas coisas, enquanto a disciplina é a ginástica necessária para a obtenção da obediência.[61] A ordem, por sua vez, integra esse esquema como a estrutura essencial para que os objetivos da obediência e da disciplina sejam alcançados pela escola.

---

dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais. É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo Poder Público" (Cf. BRASIL. Constituição (1937). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm]. Acesso em: 03.01.2014).

59. CORRÊA, Guilherme. Um corpo para a tolerância. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (orgs.). *A intolerância e o intempestivo*. Cotia: Ateliê Editorial, 2005. p. 179.

60. KRUPPA, Sonia M. Portella. *Sociologia da educação*. São Paulo: Cortez, 1994.

61. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

A instituição inspeciona o tempo e o espaço dos alunos, os custodia, os supervisiona e os disciplina, administrando, mediante esses recursos, a infância e a adolescência. Além disso, conta com uma estrutura de prêmios e castigos que tanto serve para motivar quanto para excluir o aluno, a depender de como ele se coloca na escola.[62] Nesse contexto, o mau comportamento, a desobediência ou, em outros termos, a inadaptação ou o inconformismo do estudante em relação às regras escolares podem servir como justificativas para o tratamento que ele recebe.

Dada a reação da instituição diante de um ato indesejado por parte do aluno, fica claro que "a escola reserva a instrução para aqueles cujos passos na aprendizagem se ajustam a medidas previamente aprovadas de controle social".[63]

Desconsidera-se que, muitas vezes, a violência perpetrada pelo estudante contra seus professores, contra o corpo diretivo do estabelecimento ou mesmo a dirigida contra seus colegas "seria apenas a conduta mais visível de recusa ao conjunto de valores transmitidos pelo mundo adulto, representados simbólica e materialmente na instituição escolar, que não mais respondem ao seu universo de necessidades. Outras modalidades de resposta, talvez as mais frequentes, se exprimem no 'retraimento' e na 'indiferença': os alunos estão na escola, mas são pouco permeáveis à sua ação".[64]

As regras de convivência no ambiente não são discutidas pelos alunos, mas resultam de imposição da direção do estabelecimento de ensino, o que evidencia a negação da autonomia desses sujeitos efetivada exatamente no lugar responsável por sua emancipação.[65] Organizar-se em filas, não correr, cantar o hino nacional, observar os horários são atividades impostas, muitas vezes, sem nenhuma finalidade, apenas como reforço do poder de disciplinamento

62. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

63. ILLICH, Ivan. *Sociedade sem escolas*. 4. ed. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 1973. p. 36.

64. SPOSITO, Marília Pontes. Violência e escola: as múltiplas faces de uma relação. In: PACHECO, Elza Dias (org.). *O cotidiano infantil violento: marginalidade e exclusão social*. São Paulo: Lapic: L'Editora: Fapesp, 2007. p. 63.

65. Conforme assevera Chaluh, "a autonomia relaciona-se às relações efetuadas pelos sujeitos como criadores das leis e regras. Os sujeitos têm a possibilidade de conhecê-las e interpretá-las. Observou-se, então, que é possível favorecer a autonomia nos alunos no momento em que eles têm possibilidade de organizar o seu dia e decidir por si mesmos o quê fazer e como fazer as atividades" Cf. CHALUH, Laura Noemi. *Educação e diversidade: um projeto pedagógico na escola*. Campinas: Alínea, 2006. p. 152.

emanado da escola, pois tudo é feito para que a ordem seja mantida, já que lá existe uma espécie de obsessão pela ordem, a qual, "quando não é livremente desejada ou consentida, converte-se de imediato no problema da autoridade e da submissão à mesma".[66]

Analisando o fundamento dessa disciplina, evidencia Corrêa que

"o cumprimento cotidiano de tarefas seguidas, sempre, de verificações e valorações externas quer produzir um cidadão trabalhador, e para isso somos recolhidos às escolas quando crianças e mantidos lá, sob força da lei, pelo menos durante boa parte da nossa juventude".[67]

No mesmo sentido também assevera Kruppa que "as regras de funcionamento da escola muitas vezes se distanciam do objetivo de formar sujeitos críticos, portadores de conhecimento e de atitudes necessárias para transformar a realidade, objetivo invariavelmente mencionado em todas as propostas escolares. (...). Se na escola estas regras se distanciaram do objetivo pelo qual elas foram criadas, podemos dizer que a instituição escolar se tornou uma instituição burocratizada. (...). Esvaziadas de sentido, as regras da escola passam a exercer apenas um papel disciplinador".[68]

Além da determinação das regras de conduta, a cultura oferecida pelo currículo também é unilateral, não respeita as diferentes capacidades dos alunos, funcionando, pois, como mecanismo de normalização e homogeneização dos estudantes, pela definição e pelo reforço da unidimensionalidade dos valores e dos saberes.

Diante do currículo apresentado só resta ao aluno obedecer e aprender o que a escola determinou que ele deve saber.

Desse modo, "um ensino que privilegia o que é útil segundo um critério instrumental, de eficiência, de retorno, conteúdos superficiais, além dos meios de comunicação favorecem a transmissão de uma cultura homogênea, esquecendo, assim, os valores humanos".[69]

De todo modo, importante perceber que a escola tem a peculiaridade de emitir mensagens que devem ser aprendidas, sendo que se retorna sempre a

66. ENGUITA, Mariano Fernández. *A face oculta da escola: educação e trabalho no capitalismo*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989. p. 164.

67. CORRÊA, Guilherme. Um corpo para a tolerância. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (orgs.). *A intolerância e o intempestivo*. Cotia: Ateliê Editorial, 2005. p. 183.

68. KRUPPA, Sonia M. Portella. *Sociologia da educação*. São Paulo: Cortez, 1994. p. 100.

69. CHALUH, Laura Noemi. *Educação e diversidade: um projeto pedagógico na escola*. Campinas: Alínea, 2006. p. 150.

esses conteúdos para que sejam eles memorizados pelos estudantes, o que fortalece extraordinariamente o exercício do controle.

Por sua vez, no que se refere à atuação do professor, tem-se que ele firma seu saber a partir de cima, como se essa fosse a única opção a ser considerada, minando, desse modo, um posicionamento crítico e de diálogo com o estudante, por meio da desconsideração da sua opinião e da sua vivência.

Fato é que muitos professores são tradicionalmente conservadores e "como agentes da ordem e da disciplina, são, por sua vez, exemplo vivo dos estereótipos valorativos da sociedade estabelecida. Os professores tendem a rotular os marginais e não compreendem suas dificuldades originárias".[70]

Nesse diapasão,

"o preconceito em sala de aula, por exemplo, tem justificado atitudes de professores em separar alunos 'lerdos' dos 'inteligentes' ou 'espertos', compreender a diferença no ritmo da aprendizagem entre os alunos como um sintoma de distúrbio de aprendizagem, como se as condições vividas pelas pessoas fossem iguais, e, portanto, as respostas às estimulações devessem ser homogêneas. Junto com estas concepções, estarão presentes as intolerâncias ao diferente, à loucura, gerando o preconceito, a discriminação e outras formas de exclusão".[71]

Mais uma vez, a imposição da ordem fica clara. O aluno não deve questionar o professor, mas apenas absorver – passivamente – seus ensinamentos.

O sistema de notas, adotado como critério seguro da verificação da aprendizagem na grande maioria das escolas, funciona como a institucionalização da injustiça.

O número atribuído ao estudante lhe impõe um rótulo, determina sua qualidade como aluno e o tratamento que deve receber do corpo docente e discente, influenciando, sobremaneira, a recepção que esse indivíduo receberá na interação social.

Agindo assim, tratando de maneira formalmente igualitária seus alunos e exigindo deles os mesmos resultados, a instituição acaba por ignorar as identidades coletivas dos estudantes e suas dificuldades específicas.

Sendo assim, fica evidente que

70. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 164.

71. ZONTA, Celso. Igualdade/desigualdade: significações e sentidos no contexto da Psicologia. In: CARDOSO, Clodoaldo Meneguello (org.). *Convivência na diversidade: cultura, educação e mídia*. Bauru: Unesp; FAAC, 2008. p. 33.

"a escola tem grande peso na aceitação conservadora das ideias liberais. Se sustentada por princípios exclusivamente individualizantes, pela classificação e avaliação, a escola acaba por rotular os indivíduos como capazes ou não segundo o aproveitamento de cada um, deixando de ver o aluno como um ser social e histórico.

Neste caso, a escola se isola da sociedade. Diz trabalhar apenas no nível das ideias, afirmando uma igualdade aparente, que não leva em conta as desigualdades sociais e econômicas. Esse modelo de escola acaba tratando desiguais social e economicamente como iguais, reproduzindo a igualdade apenas formal do sistema social, onde todos são iguais perante a lei, embora vivam em profundas desigualdades de condições".[72]

Por tudo isso é que Baratta defende a existência de uma complementaridade entre as funções exercidas pela escola e pelo sistema penal, uma vez que ambos colaboram na conservação da realidade social.

Nesse sentido, revela o autor que

"a homogeneidade do sistema escolar e do sistema penal corresponde ao fato de que realizam, essencialmente, a mesma função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando, em particular, eficazes contraestímulos à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado, ou colocando diretamente em ação processos marginalizadores. Por isso, encontramos no sistema penal, em face dos indivíduos provenientes dos estratos sociais mais fracos, os mesmos mecanismos de discriminação presentes no sistema escolar".[73]

Em consonância com esse entendimento explica Shecaira que esse fenômeno "decorre de um mecanismo de reprodução das relações sociais e de marginalização, que é ultrapassado por filtros sucessivos que levam a população excluída de um sistema para o outro".[74]

Em virtude de todas as relações que engendra é que a escola mostra-se altamente contraditória. Ao mesmo tempo em que ela reproduz e aprofunda a desigualdade nas interações sociais, colaborando com a segregação dos vulneráveis, "é justamente no campo de atuação da escola, como meio de controle

72. KRUPPA, Sonia M. Portella. *Sociologia da educação*. São Paulo: Cortez, 1994. p. 52-53.

73. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1999. p. 175.

74. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 136.

social, ou seja, na formação dos cidadãos, que políticas de redução da criminalidade podem ser mais efetivas e menos invasivas".[75]

Assim, pensar a educação requer a indicação de seus infortúnios e também de suas potencialidades, tendo em vista que avaliar seu potencial conservador ou progressista demanda compreender que tipo de educação e de escola que se está a analisar.[76]

Miralles, ao contrapor organização social e escola, assevera que as sociedades atuais impedem a emancipação dos cidadãos, pois se organizam com base na desigualdade entre os indivíduos e na limitação à sua liberdade, ao impedir que eles tomem consciência de sua vivência.

Nessa sociedade cada um deve ter o seu papel – o proprietário e o não proprietário – e as agências de controle social informal atuam para assegurar que cada um se conforme com seu lugar social. Em outras palavras, são "as instâncias de controle que interiorizam em cada indivíduo a disciplina social que dele se exige".[77]

A instituição escolar reproduz a normalização de cada um a seu papel social, incluindo quem se adapta e excluindo os inadaptados. Assim, "o educando deve adquirir os conhecimentos, absorver as atitudes, modelar uma linguagem e uns símbolos sem se permitir a menor postura de crítica ou de rechaço que se tacha de rebelião".[78]

Ocorre que, quando elas falham, entram em funcionamento as instâncias formais de controle social, que exercem a mesma função das informais, mas agora coercitivamente.

6. CONCLUSÃO

Por tudo que se apresentou, é possível perceber que a escola e a educação que dela emana exercem um papel social bastante contraditório. Elas podem

75. SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção criminal: análise de políticas extrapenais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 79.

76. CARDOSO, Franciele Silva. *A luta e a lida: estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária*. São Paulo: IBCCrim, 2012.

77. MIRALLES, Teresa. El control informal. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.). *El pensamiento criminológico: Estado y control*. Bogotá: Temis, 1983. vol. 2, p. 37-62, especialmente p. 39.

78. MIRALLES, Teresa. El control informal. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.). *El pensamiento criminológico: Estado y control*. Bogotá: Temis, 1983. vol. 2, p. 37-62, especialmente p. 47.

libertar os indivíduos, mas também aprisioná-los, limitando suas possibilidades de agir e pensar ao que lhes foi doutrinado.

Não cabe, então, defender que o acesso à escola é a única solução para todos os problemas sociais e que só a partir dessa conquista alcançaremos uma sociedade melhor e com menos criminalidade.

Não há dúvidas de que as agências do controle social informal, tal qual a escola, são mais eficazes na tarefa de evitar a ocorrência de comportamentos indesejáveis, impedindo, assim, que o sistema penal seja chamado a intervir. Contudo, as escolas também servem aos interesses da classe social dominante, colaborando no aprofundamento, ou pelo menos na mantença, das relações sociais desiguais. E a instituição de ensino mostra essa sua faceta quando impõe saberes e valores aos estudantes, sem possibilitar que eles questionem a pertinência do conhecimento, quando exige obediência diante de regras de comportamento unilateralmente aprovadas e quando determina a qualidade dos alunos apenas com base em seu desempenho acadêmico.

Desse modo, a instituição mina a autonomia do sujeito quando usurpa suas ideias e quando trabalha em favor de interesses apenas de uma maioria, não serve à emancipação social quando pretende produzir cidadãos disciplinados, que não questionem a ordem social imposta, tratando-a como mero dever ser.

É por meio da obediência, da ordem e da disciplina que a instituição doutrina seus alunos para que aceitem – sem contestar – os valores sociais nos quais devem crer.

Em virtude da importante função de transmissão do saber que exerce, não excepcionalmente a instituição de ensino é encarada de maneira ingênua, sem que se atente para o fato de que ela é instrumento do exercício do controle social informal e, desse modo, cumpre outras tarefas que vão além da de educar.

Assim, visando a cotejar criticamente os controles que se realizam sobre os cidadãos, nas interações que estabelecem no dia a dia, estudaram-se os controles sociais formal e informal, deixando claro que, a despeito de aquele ser considerado mais negativo, este não fica indene de críticas.

O controle social formal é profissionalizado e caracteriza-se pela participação do Estado, em quaisquer de seus órgãos. Em contrapartida, o controle social informal atua sem a intervenção direta do Estado e de maneira dissipada, o que torna seus contornos mais embaraçados.

Nesse diapasão, a instituição de ensino, conforme se demonstrou, realiza diversas atividades que visam ao cumprimento de sua função de controle, o qual age para moldar os alunos para que se adequem e aceitem mais facilmente a desigualdade das relações sociais, bem como sejam bons trabalhadores, ou

IFANGER, Fernanda Carolina de Araujo. A criminologia da escola: análise do controle social informal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 259-285. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

seja, quando provenientes das classes sociais mais desfavorecidas, tornem-se funcionários adaptados ao seu destino.

A escola, para realizar os objetivos libertários que dela se espera deve educar para emancipar, colaborando na construção de indivíduos autônomos e conscientes. O trabalho pedagógico deve ser dirigido ao empoderamento do estudante e à assunção de sua independência intelectual.

7. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Eliane Ribeiro; NETO, Miguel Farah. Juventudes e trajetórias escolares: conquistando o direito à educação. In: ABRAMOVAY, Miriam; ANDRADE, Eliane Ribeiro; ESTEVES, Luis Carlos Gil. *Juventudes: outros olhares sobre a diversidade*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Ação Continuada, Alfabetização e Diversidade; Unesco, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANTILLANO, Andrés. Cambios en el concepto y uso del control social. Capítulo Criminológico. *Maracaibo*, vol. 38, n. 1, p. 5-34. jan.-mar. 2010.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1999.

BARREIRAS, Mariana Barros. Controle social informal *x* controle social formal. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 305.

BRASIL. Constituição (1937). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm]. Acesso em: 03.01.2014.

CARDOSO, Franciele Silva. *A luta e a lida: estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária*. São Paulo: IBCCrim, 2012.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CHALUH, Laura Noemi. *Educação e diversidade: um projeto pedagógico na escola*. Campinas: Alínea, 2006.

CORRÊA, Guilherme. Um corpo para a tolerância. In: PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (orgs.). *A intolerância e o intempestivo*. Cotia: Ateliê Editorial, 2005. p. 177.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Raízes da sociedade criminógena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

DEL PRIORE, Mary. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a Colônia e o Império. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2007. p. 84-106.

ENGUITA, Mariano Fernández. *A face oculta da escola: educação e trabalho no capitalismo*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

GABALDÓN, Luis Gerardo. Polícia, transgressión juvenil y control social informal. In: SERRANO MAÍLLO, Alfonso; GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (eds.). *Procesos de infracción de normas y de reacción de normas: dos tradiciones criminológicas*. Madrid: Dykinson, 2008. p. 55-67.

GOMES, Candido Alberto. *A educação em novas perspectivas sociológicas*. 4. ed. São Paulo: EPU, 2005.

ILLICH, Ivan. *Sociedade sem escolas*. 4. ed. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 1973.

KAHN, Túlio. Efeitos das mudanças no sistema escolar sobre a violência. *Revista do Ilanud* 23/79-105. São Paulo, 2002.

KAISER, Günter. *Introducción a la Criminología*. 7. ed. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykinson, 1988. p. 110.

KRUPPA, Sonia M. Portella. *Sociologia da educação*. São Paulo: Cortez, 1994.

LENHARD, Rudolf. *Sociologia educacional*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1973.

MIRALLES, Teresa. El control informal. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir). *El pensamiento criminológico: Estado y control*. Bogotá: Temis, 1983. vol. 2, p. 37-62.

PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2007.

PAVARINI, Massimo ¿A donde vamos? Capítulo Criminológico. *Maracaibo*, n. 22, p. 3-18, 1994.

ROSS, Edward A. Social control. In: COSER, Lewis A.; ROSENBERG, Bernard (ed.). *Social theory: a book of readings*. Nova Iorque: Macmillan, 1957.

SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção criminal: análise de políticas extrapenais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

SPOSITO, Marília Pontes. Algumas reflexões e muitas indagações sobre as relações entre juventude e escola no Brasil. In: ABRAMO, Helena Wendel; BRANCO, Pedro Paulo Martoni (orgs). *Retratos da juventude brasileira: análises de uma pesquisa nacional*. São Paulo: Perseu Abramo, 2005.

SPOSITO, Marília Pontes. Violência e escola: as múltiplas faces de uma relação. In: PACHECO, Elza Dias (org.). *O cotidiano infantil violento: marginalidade e exclusão social*. São Paulo: Lapic: L'Editora: Fapesp, 2007.

URIARTE, Carlos Elías. *Control institucional de la niñez adolescencia en infracción: un programa mínimo de contención y límites jurídicos al Sistema Penal Juvenil (las penas de lós jóvenes)*. Montevidéu: Ed. Carlos Alvarez, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Los límites de la autoridade del derecho. In: VALDEZ, Antonio Garzón et al. (orgs.). *Violencia y derecho*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Colômbia: Temis, 1993.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

ZONTA, Celso. Igualdade/desigualdade: significações e sentidos no contexto da Psicologia. In: CARDOSO, Clodoaldo Meneguello (org.). *Convivência na diversidade: cultura, educação e mídia*. Bauru: Unesp; FAAC, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A inserção do controle social nas escolas criminológicas: do monismo social à criminologia crítica, de Antonio Henrique Graciano Suxberger – *Ciências Penais* 5/214 (DTR\2006\845); e
- Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais, de Roberto Bergalli – *RBCCrim* 3/31, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/943 (DTR\1993\288).

Imaginando bandidos: juristas e representações sociais de criminosos

Imagining outlaws: jurists and social representations of criminals

Júlio César Pompeu

Doutor em Psicologia pela UFES. Mestre em Direito pela PUC-RJ. Professor dos Programas de Pós-graduação em Direito Processual e Gestão Pública da UFES. Coordenador do Laboratório de Práticas Sociais - LaPSo.

Edinete Maria Rosa

Pós-Doutora em Psicologia pela University of North Carolina at Greensboro. Doutora em Psicologia pela USP. Mestre em Psicologia pela UFES. Professora do Programa de Pós-Graduação em Psicologia da UFES.

Área do Direito: Penal

Resumo: Pesquisa empírica sobre as representações sociais de criminosos formuladas por juristas e não juristas. Coletamos discursos de juristas em artigos da *RBCCrim* e nos *Boletins do IBCCrim*. Para comparação, coletamos os discursos de não juristas em comentários a uma notícia recente sobre os 20 anos transcorridos desde o famoso "massacre do Carandiru", postados livremente em um portal de notícias. Os dados foram submetidos à análise de discurso e análise lexicográfica estatística com o software Alceste. Os resultados indicaram semelhanças entre juristas e não juristas na representação de criminosos. Divergem, porém, na forma de sua objetivação. Enquanto os não juristas os apontam como assassinos, estupradores e ladrões, os juristas se referem a corruptos, políticos e empresários.

Palavras-chave: Representações sociais - Bandido - Senso comum - Violência - Criminalização - Juristas - Mídia.

Abstract: Empirical research on social representations of jurists and non-jurists about criminals. We collected speeches of lawyers in "*RBCCrim*" and "*IBCCrim Bulletins*" articles. For comparison, we collect the non-lawyers speeches in comments to a recent news story about the 20 years since the famous "massacre do Carandirú", posted freely in a news website. Data were subjected to discourse analysis and lexical analysis with statistical software Alceste. Results indicated similarities between lawyers and non-lawyers in representing criminals. Differ, however, in the form of its objectification. While the jurists represent them as murderers, rapists and thieves, lawyers refer to corrupt politicians and businessmen.

Keywords: Social representations - Outlaw - Common sense - Violence - Criminalization - Jurists - Mass media.

Pompeu, Júlio César; Rosa, Edinete Maria. Imaginando bandidos: juristas e representações sociais de criminosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 287-316. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Objetivos – 3. Método – 4. Resultados: 4.1 Não juristas; 4.2 Juristas – 5. Discussão e conclusões – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A violência é comumente alardeada como uma epidemia crescente. Um mal, uma praga da qual devemos nos livrar. Crimes e mais crimes nos são apresentados todos os dias e não raras vezes sob a afirmação de que desta vez as coisas "passaram dos limites". De notícia em notícia a violência transbordaria os limites, enquanto soluções para sua contenção são constantemente demandadas. Uma resposta comum dos agentes políticos é o aumento dos tipos penais e das penas nos tipos já existentes, medida denunciada e muito criticada por juristas alinhados com a chamada criminologia crítica[1] não só porque seriam, segundo eles, medidas ineficazes, como também socialmente injustas, pois tenderiam a criminalizar com mais rigor atitudes cometidas apenas por parcelas mais pobres da sociedade, enquanto os mais afortunados praticariam outras tantas violências sem que estas fossem sequer classificadas como violência, mesmo que tais atitudes sejam consideradas pelas leis penais como crimes.

Estes fatos apontam, por um lado, para a complexidade da conceituação de violência e, portanto, das dificuldades de apontar qualquer direção segura para o seu combate. Por outro lado, demonstram também que tornar uma conduta criminosa à luz da lei penal, não significa, necessariamente, a reprovação moral de seu agente por parte da sociedade. Para esclarecer melhor o problema, vamos nos valer dos conceitos de Misse[2] de criminalização, criminação e incriminação. O primeiro se refere ao processo político e social de considerar uma conduta criminosa, criando um tipo penal descritor da conduta e fixando-lhe uma sanção. O segundo, ao ato de interpretar uma norma penal, à atribuição de sentido que permita relacioná-la a uma conduta específica. Já a incriminação seria a atribuição de culpa a alguém pela prática de um crime. Trabalhos

1. Como por exemplo, BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. CERVINI, Raul. *Los processos de decriminalizacion*. 2. ed. Montevideo: Editorial Universidad, 1993. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Peines perdues: le système penal en question*. Paris: Editions du Centurion, 1982. SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

2. MISSE, Michel. Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro. *Civitas* [versão eletrônica], 8(3), p. 371-385. 2008, p. 379. Disponível em: [http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/4865/3641]. Acesso em: 26.12.2012.

como os de Wacquant,[3] Adorno[4] e Chiricos, Welch e Gertz,[5] ao denunciarem a seletividade dos procedimentos de interpretação e aplicação da lei penal no Brasil e nos EUA, e mais diretamente Misse[6] e Soares e Viegas,[7] demonstram que a criminalização, criminação e incriminação são processos que, apesar de interconectados, ocorrem com relativa autonomia, o que justifica seus estudos como dimensões diferenciadas de um mesmo processo social. Em comum, os três processos podem ser considerados como consequentes diretos da violência, tentativas de reação à violência tal qual os atores reagentes a percebem.

Como aponta Zaluar,[8] a violência é um tema de difícil conceituação. Refere-se, a princípio, a um modo exagerado ou ilegítimo de uso de força onde tanto a ideia de força potencialmente violenta quanto a dos limites entre o adequado e o exagero ou o legítimo e ilegítimo de seu emprego são imprecisos. A violência não é um objeto natural, mas social. O reconhecimento de uma ação como violenta dependerá da percepção variável – histórica e culturalmente – da perturbação ou do sofrimento que esta ação infligirá a um grupo social específico. É pelos efeitos sentidos e percebidos, pelas suas representações sociais, e não pela natureza ou qualidade da ação em si que a violência é significada.

Segundo definição de Jodelet, as representações sociais são "uma forma de conhecimento, socialmente elaborado e compartilhado, que tem um objetivo prático e concorre para a construção de uma realidade comum a um conjunto

3. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 2001.
4. ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos Estudos Cebrap*, vol. 43, p. 45-63, 1995.
5. CHIRICOS, Ted; WELCH, Kelly; GERTZ, Marc. Racial typification of crime and support for punitive measures. *Criminology*, 42, p.358-390. 2004. Disponível em: doi: 10.1111/j.1745-9125.2004.tb00523.x. Acesso em: 15.06.2013.
6. MISSE, Michel. Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro. *Civitas* [versão eletrônica], 8(3), p. 371-385. 2008. Disponível em: [http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/4865/3641]. Acesso em: 26.12.2012.
7. SOARES, José Luiz de Oliveira; VIÉGAS, Rodrigo Nuñez. Para uma sociologia do crime ambiental: passos na construção de uma agenda de pesquisa. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, vol. 3, n. 2, p. 1-26. 2008. Disponível em: [http://150.162.1.115/index.php/interthesis/article/view/814]. Acessado em: 15.06.2013.
8. ZALUAR, Alba. Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 13, n. 3, p. 3-17. 1999. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000300002&script=sci_arttext]. Acesso em: 15.12.2013.

social".[9] Segundo Abric,[10] expoente da perspectiva estruturalista da teoria das representações sociais, este "objetivo prático" apontado por Jodelet se traduz em funções das representações sociais: (a) Função de saber, que corresponde ao papel de critério de organização e mesmo de constituição da realidade desempenhado pelas representações sociais. (b) Função identitária que "define a identidade e salvaguarda a identidade do grupo". (c) Função justificadora, que permitiria justificar, *a posteriori*, o comportamento e tomadas de posição de elementos do grupo. (d) Por último, uma função de orientação de comportamento e práticas.

O fato de ser representacional requer que toda compreensão da violência e de seus efeitos seja realizada a partir de sua gênese, onde fatos e suas representações sejam relacionados. Dentre os poucos estudos conduzidos com essa preocupação, merecem destaque os de Misse[11] e o de Zaluar[12] que descrevem o que Misse conceituou como o processo histórico de "acumulação social da violência". Trata-se do desenvolvimento de uma representação social da violência como efeito das profundas transformações sociais ocorridas no Rio de Janeiro, mas que pode ser tomado como paradigma da violência urbana de todo o Brasil, a partir dos anos 50 e que acabaram por produzir as condições de possibilidade para a emergência de grupos de justiçamento como os Esquadrões da Morte dos anos 70 e o comércio armado do narcotráfico nas favelas cariocas e milícias dos dias atuais.[13]

Fenômenos sociais reativos que combatem violências diversas com outras tantas formas de violência, onde operadores de violências diversas se enfrentam a título de eliminação da violência, sem que necessariamente percebam que desenvolvem, ao longo desse processo, um verdadeiro "*ethos* de classe...um sistema de valores implícitos que as pessoas interiorizam desde a infância e a partir do qual engendram respostas a problemas extremamente diferentes".[14] Esse *ethos* facilmente reconhecido em grupos sociais de operadores de violência como tra-

9. JODELET, Denise. Représentations sociales: un domaine en expansion. In: JODELET, Denise (ed.). *Les représentations sociales*. Paris: PUF, 1989. p. 31-61, p. 34.

10. ABRIC, Jean-Claude. Les représentations sociales: aspects théoriques. In: ABRIC, Jean-Claude (org.). *Pratiques sociales et représentations*. Paris: PUF, 1994. p. 11-35.

11. MISSE, Michel. Malandros, marginais e vagabundos: a acumulação social da violência no Rio de Janeiro. Tese de doutorado em sociologia. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1999. Disponível em: [www.necvu.ifcs.ufrj.br/images/tese%20michel.pdf]. Acesso em: 27.12.2012.

12. ZALUAR, Alba. *A máquina e a revolta: as organizações populares e o significado da pobreza*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

13. MISSE, Michel. Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro. *Civitas* [versão eletrônica], 8(3), p. 371-385. 2008. Disponível em: [http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/4865/3641]. Acesso em: 26.12.2012.

14. BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Lisboa: Fim de Século, 2003. p. 238-239.

ficantes e milicianos, também pode ser encontrado de forma difusa na sociedade e que emerge na forma de apoio social a operações policiais violentas, ao extermínio de "bandidos" e, de forma mais extrema e direta, em linchamentos.[15]

Um dos efeitos políticos das representações dos criminosos, resultante dos processos de acumulação social da violência é a chamada "cultura do medo"[16] que, difundida através de coberturas midiáticas sensacionalistas de crimes permitiria, em sociedades capitalistas globalizadas, legitimar soluções policiais para problemas sociais.[17] Outro fator influente do papel dos meios são as novas tecnologias que permitem, por exemplo, que o espectador, antes receptor passivo de mensagens, participe ativamente na significação das mensagens dos meios através de comentários às notícias em sítios eletrônicos.

No entanto, também não se pode tributar apenas aos meios de comunicação o medo da violência criminosa. Dowler[18] (2003) e Evans e Fletcher[19] sugerem que fatores como a incivilidade ou a desordem urbana também afetam o modo como se teme a violência criminosa, de tal maneira que é possível perceber variações geográficas nos níveis de medo mesmo se neste mesmo espaço há igual cobertura dos meios de comunicação.

Efeito da acumulação social da violência, a forma medonha de se representar a criminalidade urbana legitima a adoção de tomadas de posição violentas, entendidas como reações legítimas e justas, ante uma percepção de violência ou perigo de violência, entendidos como ilegítimos e injustos. Estas estigmatizações são necessárias para a expiação do medo desagregador gerado pela violência, operando na identificação de um agente e sua punição, como o sacrifício de um bode

15. MENANDRO, Paulo Rogério Meira; SOUZA, Lídio de. *Linchamentos no Brasil – A justiça que não tarda mas falha*. Vitória: FCAA/UFES, 1991.

16. GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. *Globalização e sociedade de controle: a cultura do medo e o mercado da violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

17. PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo e Democracia: um paradoxo brasileiro. *Mediações-Revista de Ciências Sociais*, vol. 10, n. 2, p. 183-198. 2005. Disponível em: [http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/viewArticle/2172]. Acesso em: 15.06.2013.

18. DOWLER, Kenneth. Media consumption and public attitudes toward crime and justice: The relationship between fear of crime, punitive attitudes, and perceived police effectiveness. *Journal of Criminal Justice and Popular Culture*, vol. 10, n. 2, p. 109-126. 2003. Disponível em: [www.albany.edu/scj/jcjpc/vol10is2/dowler.html]. Acesso em: 15.06.2013.

19. EVANS, David; FLETCHER, Mike. Fear of crime: testing alternative hypotheses. *Applied Geography*, vol. 20, n. 4, p. 395-411. 2000. Disponível em: [www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0143622800000114]. Acesso em: 15.06.2013.

expiatório dos temores sociais difusos decorrentes do acúmulo de violência.[20] O elemento central deste processo é o sujeito associado à cultura e aos lugares violentos, a personificação do perigo social, a figura cujo suplício e morte pode ser relacionada à destruição da própria violência, os "'tipos sociais' de agentes demarcados (e acusados) socialmente pela pobreza, pela cor e pelo estilo de vida. Seus crimes os diferenciam de todos os outros autores de crime, não são apenas criminosos; são 'marginais', 'violentos', 'bandidos'".[21]

A forma como os autores de crimes são representados, se "bandidos" ou apenas "criminosos", depende mais dos efeitos estigmatizantes do processo de acumulação social da violência do que do ato efetivamente praticado por quem é acusado da prática de algum crime, pode influenciar diretamente os processos de criminalização, criminação e incriminação – como denunciam os criminalistas citados. Este efeito seria ainda mais preocupante se flagrado na conduta de juristas, pessoas cuja formação e posições sociais ocupadas os legitimam à condução da justiça criminal. Por outro lado, seria ingênuo acreditar que, apesar de afirmar seu saber como diverso do dominante no senso comum, o próprio jurista fosse completamente infenso às forças e efeitos dos valores e representações havidas na sociedade à qual pertence. Também comungando representações sociais geradas num processo de acumulação de violência, os juristas podem atuar, sem que percebam isso de forma clara no seu julgar quotidiano, de forma tão preconceituosa e estigmatizada quanto – ou pior – a que comumente atribui ao senso comum e à mídia.

O que propomos neste trabalho é o estudo comparado de representações sobre "bandidos" produzidos pela opinião pública e por juristas. Será, portanto, uma comparação entre o imaginário de juristas e não juristas sobre os mais reprováveis autores de crimes e sobre como essa categoria é utilizada nos discursos de ambos. Dada a sua importância na gênese de representações dos criminosos, incidentalmente, serão avaliadas as observações destes dois grupos sociais sobre a mídia.

---

20. FAUCONNET, Paul. *La responsabilité: études de sociologie*. 2. ed. Paris: Librairie Félix Alcan, 1928. GIRARD, René. *O bode expiatório*. São Paulo: Paulus, 2004.

21. MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, (79), p. 15-38. 2010, p. 18. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452010000010000326]. Acesso em: 05.12.2012.

2. OBJETIVOS

Considerando a expressão "bandido" um elemento da representação social de autores de crimes, procuramos analisar o seu uso e efeitos em discursos tanto do senso comum, colhidos através de opiniões provocadas por matéria jornalística sobre o massacre do Carandiru, quanto nos discursos jurídicos, obtidos em acórdãos do STJ, no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – *BIBCCrim* –, e na Revista Brasileira de Ciências Criminais – *RBCCrim*. Isto nos permitirá compreender melhor as atitudes e conflitos de opiniões entre agentes destes dois campos.

3. MÉTODO

Coletamos discursos do senso comum em comentários a uma matéria jornalística sobre crime que tenha tido grande número de comentários de leitores, o que indica sua grande repercussão. Com relação aos juristas, coletamos decisões judiciais e trechos de fontes acadêmicas de publicação na área criminal em que a expressão "bandido" aparecia. Foram nossas fontes:

A) Matéria jornalística intitulada "Massacre que matou 111 presos no Carandiru completa 20 anos", publicada no portal G1.[22] Esta matéria gerou 526 comentários em 72 horas, sendo a mais comentada do portal de notícias neste período. Nenhum critério de seleção dos comentários foi utilizado, de maneira que incluímos todos na composição do *corpus*.

B) 45 artigos extraídos dos Boletins do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – *BIBCCrim* – e 68 da Revista Brasileira de Ciências Criminais – *RBCCrim* –, publicados entre 1993 e 2012 (Este período abrange todo o repertório de publicações disponível no sítio eletrônico do *IBCCrim*). Ambos são publicações do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – *IBCCrim* – associação sem fins lucrativos criada em 1992 e que é uma referência para acadêmicos e operadores do direito nas áreas de direito e processo penal e criminologia. Os *BIBCCrim*, de periodicidade mensal, são destinados à publicação de decisões judiciais consideradas relevantes e pequenos artigos sobre temas atuais. A *RBCCrim* é sua publicação em formato acadêmico, com periodicidade bimestral e grande influência na área jurídica entre os criminalistas. É classificada como A2 no sistema Qualis (Capes), sendo a revista de ciências criminais mais bem avaliada do país.

Os dados foram analisados separados em dois *corpora*, um composto pelos comentários notícia sobre os 20 anos transcorridos desde o massacre do Carandiru. O segundo, por extratos dos *BIBCCrim* e da *RBCCrim*. Os dois primeiros *corpora* fo-

22. Disponível em: [http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/10/massacre-que-matou-111-presos-no-carandiru-completa-20-anos.html]. Acesso em: 15.06.2013.

ram analisados em duas etapas, seguindo as sugestões de Nascimento e Menandro.[23] Na primeira etapa foi realizada análise de conteúdo[24] e na segunda foi utilizado o software Alceste.[25] Tanto o conteúdo dos artigos acadêmicos quanto o estilo das notícias foram levados em conta na análise.

A opção pela análise em separado dos dados levou em conta as diferenças tanto da origem dos dados – revista acadêmica e comentário a notícia – quanto a natureza dos autores das falas coletadas – juristas cujos textos foram submetidos a avaliação por pares e pessoas que livremente se manifestam em um portal de notícias –. Além disso, considerando que só há possibilidade de atribuição de sentido a um discurso por comparação com outro discurso, pela denotação de suas diferenças e semelhanças[26] que são, também, indicativas das diferenças e semelhanças entre os seus porta-vozes, a produção de análises em separado torna-se essencial para perceber as eventuais singularidades tanto do "senso comum" produzido por leitores-comentadores de matérias jornalísticas, quanto do conhecimento produzido por juristas.

Procedemos na análise dos comentários na primeira etapa realizando uma primeira leitura de cada corpus buscando identificar regularidades que nos permitissem categorizar trechos destes comentários. Após isso, numa segunda leitura, dividimos o *corpus* em unidades de conteúdo – UC – e as classificamos segundo as categorias anteriormente extraídas. Neste momento, nos permitimos rever as categorias nos valendo do amadurecimento de nosso contato com o *corpus*. Finalmente, numa etapa propriamente analítica, contabilizamos a frequência de determinada categoria a fim de verificarmos sua importância para o *corpus* e verificamos as proximidades e relações entre as categorias nos comentários dos sujeitos. Para facilitar estes procedimentos analíticos, reunimos num único arquivo todas as UC de uma mesma categoria, o que nos permitiu ter uma visão do seu significado conjunto. Após isto, retornamos ao *corpus* e relemos as UC de cada categoria na sua posição original no *corpus*, a fim de melhor verificar suas inter-relações. A segunda etapa, realizada com o auxílio do *software* Alceste, possibilitou a análise lexicográfica e estatística do

23. NASCIMENTO, Adriano Afonso Roberto do; MENANDRO, Paulo Rogério Meira. Análise lexical e análise de conteúdo: uma proposta de utilização conjugada. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, 6(2), p. 72-88. 2006. Disponível em: [www.revispsi.uerj.br/v6n2/artigos/pdf/v6n2a07.pdf]. Acesso em: 12.01.2013.

24. BARDIN, Lawrence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2011.

25. REINERT, Max. *Alceste. Version 4.0 – Windows (Manual)*. Toulouse: Societé Image, 1998.

26. VERÓN, Eliseo. *A produção de sentido*. São Paulo: Cultrix, 1980. KALAMPALIKIS, Nikos. Lápport de la méthode Alceste dans lánalyse des répresentations sociales. In: ABRIC, Jean-Claude (org.). *Méthodes d'étude des représentations sociales*. Paris: Éres, 2003. p. 147-163.

corpus a partir de seu reagrupamento em unidades de contexto elementar – UCE – definidas pelo compartilhamento de vocabulário.

4. RESULTADOS

4.1 Não juristas

A notícia "Massacre que matou 111 presos no Carandiru completa 20 anos" foi publicada em 02.10.2012 no sítio "www.g1.globo.com". Ela relembra a morte de 111 presos na Casa de Detenção de São Paulo em 02.10.1992, evento que ficou conhecido como o "massacre do Carandiru" e faz um histórico dos desdobramentos deste caso marcante ao longo dos últimos 20 anos, apontando que nenhum policial militar foi condenado pela participação no episódio. Lista os policiais cujo julgamento, por lesão corporal ou homicídio, ainda está por vir e cita declarações dos seus advogados de defesa que afirmam que a polícia agiu naquela ocasião em legítima defesa aos ataques dos presos. Informa, ainda, que movimentos de defesa dos direitos humanos e familiares dos presos mortos planejam protestos contra a impunidade dos envolvidos.

Isto provocou 526 comentários, sendo a notícia mais comentada do dia de sua publicação em todo o portal de notícias G1, um dos maiores do país, mas apenas uma pequena parte deles estavam acessíveis e compõe o *corpus* que denominamos *Carandiru*. São 219 sujeitos (ou UCE), sendo 190 homens (86,75%) e apenas 29 mulheres (13,25%). Possui tamanho suficiente para uma análise produtiva por parte do Alceste, com 9775 palavras e 50195 caracteres (sem considerar os espaços). A primeira análise do *corpus* resultou na sua divisão em 248 UC, classificadas em 6 categorias (figura 1).

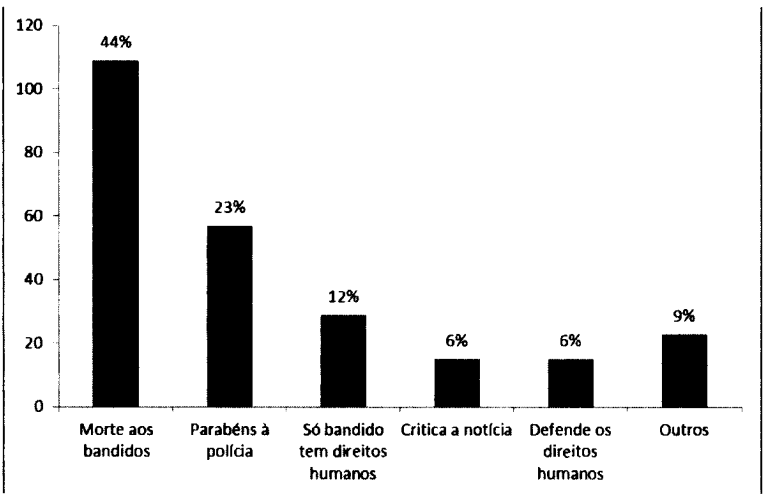


Figura 1: Tipos de categorias de classificação das UC do *corpus* "Carandiru"

Há uma enorme concentração neste *corpus* de falas criminantes. A defesa dos direitos humanos compõe apenas 6% do total e foram classificados na categoria "defende os direitos humanos". São falas que, em sua maioria, demonstram terem sido provocadas por outros comentários e não pela notícia. São réplicas de comentários criminantes, portanto. Outros defendem os direitos humanos não como um princípio que seria aplicado a todos e a qualquer um, mas como um direito de proteção apenas dos mais fracos, o que fica demonstrado pela ocorrência de falas descriminantes dos presos e criminantes de políticos e empresários numa mesma fala.

Sendo réplicas, as falas em defesa dos direitos humanos geraram tréplicas, que estão concentradas nas categorias "só bandido tem direitos humanos" e "critica a notícia". Aquela reúne falas que acusam os defensores dos direitos humanos de se preocuparem apenas com os bandidos, de não ligarem para os direitos humanos dos "policiais", "trabalhadores" e "pessoas de bem" e até de serem cúmplices da "bandidagem". No mesmo tom, aparecem as críticas à notícia. Não são críticas à qualidade jornalística, mas a seu viés favorável aos direitos humanos ou da alegada militância em prol destes direitos por parte da mídia.

As falas mais fortemente criminantes são as incluídas nas categorias "morte aos bandidos" e "parabéns à polícia". São libelos em defesa do genocídio, que muitas vezes evocam o lema "bandido bom é bandido morto". Não apenas aplaudem a morte dos 111 presos no Carandiru, como lamentam este tipo de ação policial não ser mais frequente. Expressam satisfação com as mortes dos "bandidos" enaltecendo a boa ação da polícia na matança dos presos. Muitos dos comentários elogiosos aos policiais foram causados pelo conteúdo da notícia, cujo destaque era a não condenação judicial dos policiais participantes do massacre. Alguns comentários expressavam, de forma irônica, que os policiais envolvidos no caso deveriam sim ser punidos, mas por incompetência, pois mataram apenas 111 presos e não todos. Estes últimos foram classificados na primeira destas categorias.

Em falas contidas nas várias categorias, foram indicados os crimes que, segundo os sujeitos que opinaram, os "bandidos" mortos no Carandiru teriam cometido. Dos crimes listados (figura 2), o assassinato corresponde a pouco mais da metade (54%). Optamos pela expressão assassinato e não um tipo penal específico, como homicídio, em primeiro lugar porque "assassinos" foi a expressão predominante nas falas coletadas, em segundo lugar, porque dão a entender que não se trata de qualquer tipo de homicídio, mas de algo próximo ao que o Ministério da Justiça brasileiro qualifica como crime violento letal intencional ou "violentos letais", que abrange não somente os homicídios

dolosos, mas os latrocínios e as lesões corporais seguidas de morte. Seriam, no caso destas atribuições, as mortes violentas e intencionais, explicáveis somente pela maldade supostamente inerente ao assassino.

Em seguida vem o estupro (21%), os roubos e furtos (13%) e o tráfico (5%). A categoria "outros" (7%) reúne aquelas qualificações que não correspondem propriamente a um crime, como "humilhação" ou as que correspondem a crimes pouco citados, no caso, pedofilia (1 citação) e sequestro (2 citações). Outras descrições de violência foram classificadas conforme o crime a que correspondem, assim esquartejamento e degolação foram classificados como assassinato, enquanto drogar pessoas o foi como tráfico. Apesar do grande número de tipos penais existentes na legislação brasileira, apenas uns poucos caracterizariam o bandido. Pode-se concluir que bandido não é qualquer criminoso, mas principalmente aquele mata de forma cruel e/ou estupra. O que se impõe de forma violenta e indevida sobre os cidadãos de bem, retirando-lhes os pertences e os humilhando.

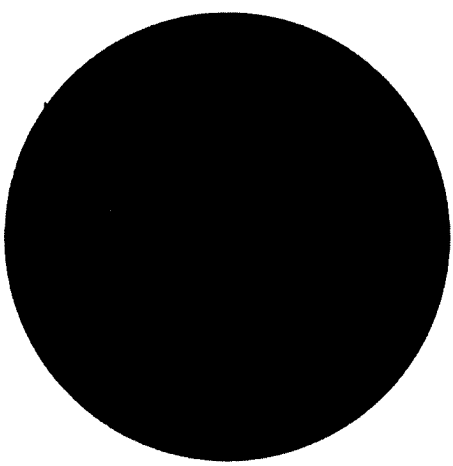
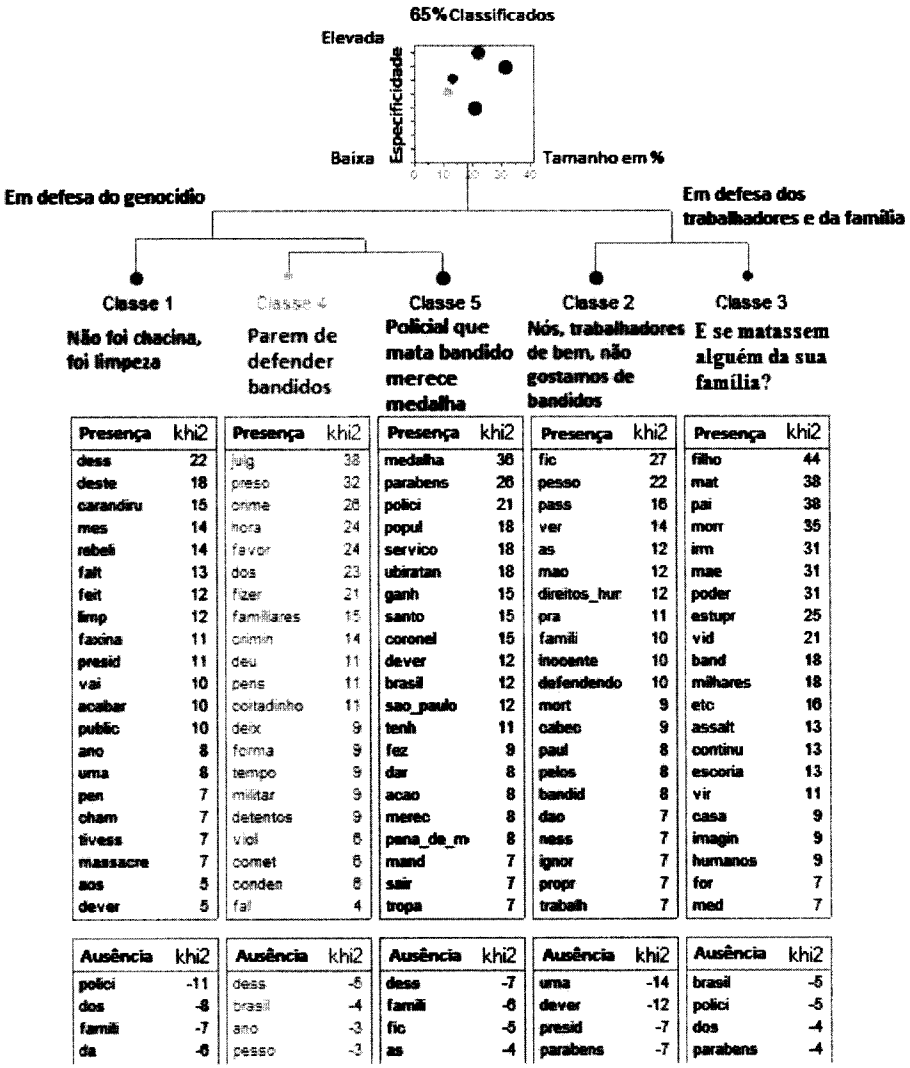


Figura 2: Distribuição das atribuições de crimes aos "bandidos", retiradas do *corpus* "Carandiru".

A aplicação do Alceste ao *corpus* resultou no aproveitamento de 65% de seu conteúdo composto por 8089 formas (cada forma corresponde a um conjunto de palavras com o mesmo radical. Assim, a forma band+ pode significar bandido, bandidos, bandidagem etc.), sendo 2087 distintas, e riqueza de vocabulário de 95,69%, gerando 5 classes estáveis (figura 3).



Presença	khi2
dess	22
deste	18
carandiru	15
mes	14
rebeli	14
falt	13
feit	12
limp	12
faxina	11
presid	11
vai	10
acabar	10
public	10
ano	8
uma	8
pen	7
cham	7
tivess	7
massacre	7
aos	5
dever	5

Presença	khi2
julg	38
preso	32
crime	28
nora	24
favor	24
dos	23
fizer	21
familiares	15
crimin	14
deu	11
pens	11
cortadinho	11
deix	9
forma	9
tempo	9
militar	9
detentos	9
viol	6
comet	6
conden	6
fal	4

Presença	khi2
medalha	36
parabens	26
polici	21
popul	18
servico	18
ubiratan	18
ganh	15
santo	15
coronel	15
dever	12
brasil	12
sao_paulo	12
tenh	11
fez	9
dar	8
acao	8
merec	8
pena_de_m	8
mand	7
sair	7
tropa	7

Presença	khi2
fic	27
pesso	22
pass	16
ver	14
as	12
mao	12
direitos_hur	12
pra	11
famili	10
inocente	10
defendendo	10
mort	9
cabec	9
paul	8
pelos	8
bandid	8
dao	7
ness	7
ignor	7
propr	7
trabalh	7

Presença	khi2
filho	44
mat	38
pai	38
morr	35
irm	31
mae	31
poder	31
estupr	25
vid	21
band	18
milhares	18
etc	16
assalt	13
continu	13
escoria	13
vir	11
casa	9
imagin	9
humanos	9
for	7
med	7

Ausência	khi2
polici	-11
dos	-8
famili	-7
da	-6

Ausência	khi2
dess	-5
brasil	-4
ano	-3
pesso	-3

Ausência	khi2
dess	-7
famili	-6
fic	-5
as	-4

Ausência	khi2
uma	-14
dever	-12
presid	-7
parabens	-7

Ausência	khi2
brasil	-5
polici	-5
dos	-4
parabens	-4

Figura 3: Classes resultantes da análise do software Alceste realizada sobre o *corpus* "Carandiru"

A classe 1, denominada "não foi chacina, foi limpeza", corresponde a 22% das UCE e é composta por 27 formas. É a segunda maior classe e possui uma elevada especificidade de vocabulário, o que é possível pela presença de muitas "palavras de ordem" na defesa da morte de criminosos como "bandido bom é bandido morto" e "pena de morte já". A presença das formas reduzidas dess+ (qui-quadrado 22), deste+ (qui-quadrado 18) e Carandiru (qui-quadrado 15) são utilizadas no sentido de apontar o caso como exemplar da boa atuação da

polícia, algo que deveria se repetir. As formas rebeli+ (qui-quadrado 14), limp+ (qui-quadrado 12), faxina+ (qui-quadrado 11) e massacre+ (qui-quadrado 7) expressam que o evento não foi um massacre, mas uma limpeza, uma faxina. Ano+ (qui-quadrado 8) e mês+ (qui-quadrado 14) indicam a periodicidade com que a limpeza deveria ocorrer nos presídios.

A classe 4, denominada "parem de defender os bandidos", corresponde a 12% do total classificado e contém os discursos de ataque aos defensores dos direitos humanos ou que respondem contrariamente a qualquer argumento no sentido de vitimizar os presos que foram assassinados. Apesar de pequeno – é a menor das três classes – apresenta uma especificidade mediana e 30 formas, número maior do que o da classe 1, o que aponta para a falta de homogeneidade das falas agrupadas nesta classe. Dirigidas a antagonistas diferentes, como familiares (qui-quadrado = 15) de mortos no Carandiru, jornalistas (qui-quadrado = 4), ou às pessoas que defendem direitos humanos, a quem se faz referência com expressões variadas o bastante para que uma delas tenha relevância estatística, é natural que a variedade de fórmulas dos discursos desta classe também seja grande.

São muito significativas, também, as formas indicadoras de quem se fala, no caso, dos "bandidos". Preso+ (qui-quadrado = 32), crimin+ (qui-quadrado = 14), detentos (qui-quadrado = 9), conden+ (qui-quadrado = 6), estupradores (qui-quadrado = 4), ladr+ (qui-quadrado = 3), são acompanhadas de outras não tão óbvias como coitadinho (qui-quadrado = 11), neste caso, afirmando o que eles não são. Em suma, são falas variadas que se alinham, em parte, com as categorias "critica a notícia" e "só bandido tem direitos humanos", em menor escala com outras como "morte aos bandidos" e "parabéns à polícia", resultantes da primeira análise.

A classe 5, denominada "policial que mata bandido merece medalha", corresponde a 21% das UCE deste *corpus* e concentra os discursos que respondem à notícia, que alerta para a ausência de punição dos policiais envolvidos no massacre, defendendo que eles cumpriram seu dever ou foram além, agindo heroica e corajosamente, merecendo por isso medalhas, bustos e outras homenagens. É composto por 49 UCE e 37 formas. Possui a menor especificidade de vocabulário dentre todas as classes analisadas.

As formas reduzidas medalha+ (qui-quadrado = 36), parabéns (qui-quadrado = 26), ganh+ (qui-quadrado = 15) são as que representam com clareza a ideia de que os militares envolvidos deveriam ser premiados. As formas reduzidas polici+ (qui-quadrado = 21), ubirata (qui-quadrado = 18) – referência ao Coronel Ubiratã Guimarães, comandante da operação policial de invasão do Carandiru –, coronel (qui-quadrado = 18) e tropa (qui-quadrado = 7) referem-

-se aos "heróis". As formas dever (qui-quadrado = 12), serviço (qui-quadrado = 18) e ação (qui-quadrado = 8) descaracterizam a operação policial como criminosa e a qualificam como um ato de cumprimento do dever ou um bom serviço prestado à população.

Juntas, as classes 1, 4 e 5 representam 55% da UCE. Pela sua proximidade, compõe o grupo que chamamos de "em defesa do genocídio". Cada uma delas apresenta falas que se complementam num discurso de aplauso à chacina dos presos e mortes de "bandidos" em geral, repúdio aos direitos humanos e enaltecimento dos policiais "matadores de bandidos". O raciocínio destas três classes pode ser resumido e exemplificado na fala da mulher 105: "Homenagem para esses policiais que fizeram um favor para a nossa nação, direitos humanos para que? Para defender assassinos, bandidos, ladrões, estupradores e etc. Justiça brasileira está muito abaixo de uma justiça mesmo. Pena de morte para quem mata".

A classe 2, com 31% das UCE, é a maior dentre as deste *corpus*. Possui especificidade de vocabulário elevada e é composta por 38 formas. Seguindo a regra deste *corpus*, também apresenta discursos criminantes dos presos e bandidos. Sua especificidade está na forma como a fala está organizada. São discursos que legitimam o massacre dos presos, pena de morte e violência letal contra bandidos a partir da vitimização dos "trabalhadores" e dos "homens de bem". Também são discursos de contraposição aos direitos humanos, entendidos aqui mais como um grupo social – o de seus defensores – do que como um conjunto de direitos. Expressam uma visão maniqueísta, de maneira que ou você está do lado dos "trabalhadores de bem", ou está com os "bandidos".

Também focada na proteção das vítimas dos "bandidos", a classe 3 representa 14% das UCE e possui 39 formas analisadas, sendo o maior conjunto de formas caracterizadoras de UCE dentre todas as classes. Apesar disso, possui especificidade alta de vocabulário. É bastante semelhante às falas da classe 2 quanto ao sentido, com a diferença de que as vítimas focadas são categorias ligadas à ideia de família. Isto implica diferenças na estrutura das falas. Enquanto na classe 2 prevalecem os raciocínios maniqueístas, nesta a argumentação por exemplos tem destaque. Formas reduzidas imagin+ (qui-quadrado = 9) filho+ (qui-quadrado = 44), pai+ (qui-quadrado = 38), irm+ (qui-quadrado = 31), mãe+ (qui-quadrado = 31) e casa (qui-quadrado = 9), associadas às formas mat+ (qui-quadrado = 38), morr+ (qui-quadrado = 35) e mortos (qui-quadrado = 5) indicam o exemplo do "imagine se matassem seu..." como argumento de convencimento à aceitação de posições favoráveis ao extermínio de "bandidos".

Outra característica desta classe é a composição dos indivíduos. Há uma presença significativa de mulheres nesta classe (qui-quadrado = 4). Já com a

classe 1 e 5 ocorre o contrário, com presença significativa de homens (qui-quadrado = 4 na classe 1 e = 2 na classe 5). Isto mostra uma maior presença masculina nos discursos em defesa do genocídio de bandidos, enquanto as mulheres se mostram mais preocupadas com a defesa da família.

Os dados sobre a relevância estatística das formas associadas à família permitem inferir uma ordem de importância na necessidade de proteção. Primeiro os filhos (qui-quadrado de filh+ = 44), seguidos de irmão e mãe (qui-quadrado de irm+ = 31 e de mãe+ = 31). Apesar da maior presença de "pai" (qui-quadrado de pai+ = 38), do que "mãe" e "irmãos" nas falas da classe 3, não se pode inferir uma importância maior a ele atribuída, pois esta forma aparece muito relacionada à expressão "pai de família", usada como sinônimo de "cidadão de bem" ou "trabalhador". Contudo, a escolha da fórmula "pai de família", também reforça o caráter protetivo da família nas falas desta classe. No mesmo sentido, chama à atenção as ausências significativas da forma reduzida famili+ nas duas classes em que os homens são maioria significativa (qui-quadrado = -7 na classe 1 e -6 na classe 5).

4.2 Juristas

Diferentemente do *corpus* anterior, este não foi composto por comentários a notícia de crime, mas por partes de artigos acadêmicos e ensaios. São textos mais elaborados e que, pelo seu teor, apresentam grande parte de seu conteúdo composto pelo jargão e fórmulas discursivas comuns ao campo jurídico.

Todos os 114 participantes deste *corpus* possuem algum tipo de formação na área jurídica, ainda que incompleta. São identificados, além do gênero, pelo tipo de engajamento que possuem no campo jurídico – determinado por autoatribuição –. 21 são mulheres (18,42%), 89 homens (78,07%) e quatro cujo gênero não pudemos identificar (3,5%). Quanto ao engajamento jurídico, 48 (42,1%) se identificam como advogados, 13 (11,4%) como juízes, 12 (10,52%) como promotores ou procuradores de justiça, 22 (19,29%) como professores de direito, seis (5,26%) como estudantes de direito, três (2,63%) como policiais militares, quatro (3,5%) como policiais civis ou delegados de polícia, todos bacharéis em direito. Seis (5,26%) foram classificados como "outros" e se apresentam como agente penitenciário, cartorário, servidor da justiça, militar das Forças Armadas, agente da Fundação Casa e oficial de justiça, tendo em comum a graduação em direito.

Consultada a íntegra dos bancos de dados do *IBCCrim* disponível na Internet, o que abrange a totalidade dos artigos da *RBCCRim* e dos *BIBCCrim*, selecionamos apenas os trechos que contém a expressão "bandido". O resultado

foi um *corpus* composto por 114 UCI, 12.764 palavras, sendo 3.445 distintas e 69.710 caracteres, sem considerar os espaços. A riqueza de vocabulário é de 96.75%.

A primeira etapa de análise resultou na divisão do *corpus* em apenas 4 categorias (figura 4). O método utilizado para a criação destas categorias foi diferente do utilizado no *corpus* anterior. Enquanto naquele o objetivo era compreender o sentido semântico dos curtos comentários gerados por um único fato – a notícia –, neste as falas se referem a conteúdos completamente distintos, tendo em comum apenas o uso do vocábulo "bandido". O objetivo foi compreender em que contexto ele é utilizado e qual o significado que lhe é atribuído.

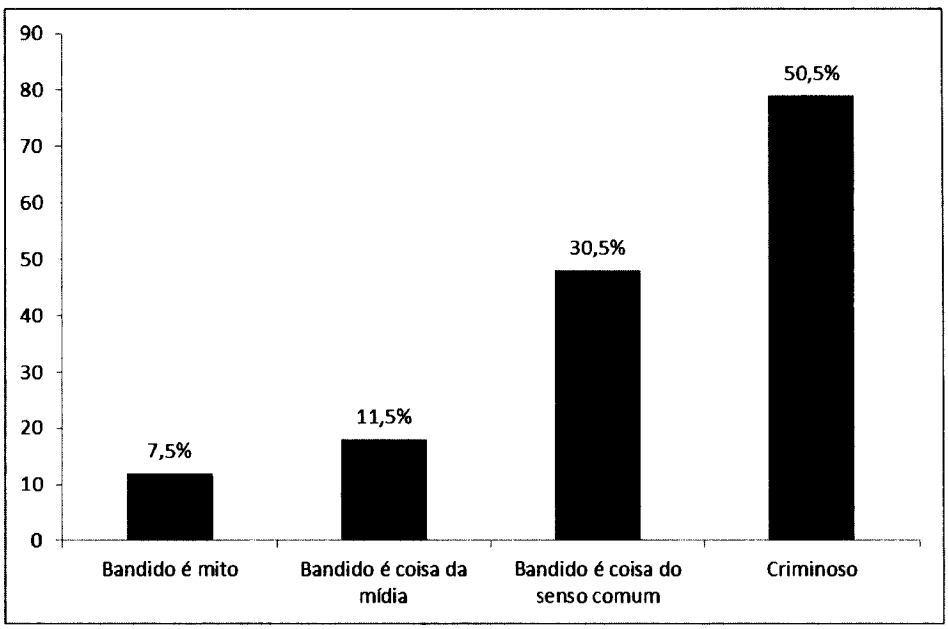


Figura 1: Tipos de categorias de classificação das UC do *corpus "IBCCrim"*

A menor destas categorias, denominada "bandido é mito", é composta por falas que apontam o erro da visão maniqueísta "cidadão de bem" versus "bandido" e representa apenas 7,5% do total de UCE. Não são falas que apareçam como a conclusão de uma argumentação a comprovar a falácia desta oposição ou categorização de indivíduos, mas afirmações da impertinência de tais colocações, às vezes com argumentos jurídicos, mas que não chegam a, de fato, significar uma argumentação, como o apontamento de que tratamentos diferenciados contrariam o princípio da igualdade. Mais denunciam o equívoco

de defender a existência do "bandido" como um sujeito diferenciado do que tentam convencer alguém disso.

Noutros casos, procura persuadir o leitor a renegar a dicotomia, apontando que ela se presta somente a afastar a aplicação dos direitos humanos. Um dos motivos desta falta de argumentação pode ser o fato de que os textos são produzidos por juristas para serem lidos por outros juristas e que, portanto, o apelo a valores e fórmulas comungadas entre os agentes do campo, como a necessidade da defesa dos direitos humanos por princípio, pode ser considerado suficientemente convincente e persuasivo.

As categorias "bandido é coisa da mídia" e "bandido é coisa do senso comum" correspondem a 11,5% e 30,5% do *corpus*, respectivamente. São compostas por falas nas quais os juristas atribuem o maniqueísmo "bandido" *versus* "cidadão de bem" a outros. São discursos em primeira pessoa, mas produzidos como reprodução do pensamento de terceiros. Seu uso tem ao mesmo tempo efeito de contraexemplo, ao dizer o que não se deve defender, e legitimador dos pontos de vista favoráveis aos direitos humanos, pois refutá-los seria coisa da "mídia" e do "senso comum", de não juristas, portanto. Tanto mídia quanto o senso comum são apresentados com alguma especificidade. O senso comum é relacionado à classe média e a mídia ao cinema, televisão e, principalmente, à imprensa.

As falas apontam para uma relação de mão única entre mídia e senso comum, de maneira que o que é produzido na mídia molda o senso comum. Para uns a mídia transmitiria seus discursos contrários aos direitos humanos e aos valores do campo jurídico com o interesse na venda de seus produtos impulsionada pelo sensacionalismo. Para outros, a mídia o faz por servir a poderosos que teriam interesse na manutenção do medo na população como forma de fácil dominação política. Em ambos os casos, o "povo", a "classe média" ou o "senso comum" são representados como passivos manipuláveis e incapazes, por princípio, de se contrapor à sua manipulação. A libertação desta passividade manipulada seria o conhecimento, no caso, o conhecimento jurídico. Cabedal de discursos, princípios, frases latinas e normas que tornariam o sujeito infenso à dominação simbólica da mídia e, portanto, saber superior ao dos portadores do senso comum, posto que incapaz de libertá-los.

As três categorias apresentadas até aqui possuem em comum o fato de serem falas que se visam a defesa dos direitos humanos e aos valores do campo jurídico. Dão a impressão de que o discurso que denunciam não seja, de modo algum, aceitável ou útil ao campo jurídico. A categoria "criminoso" mostra, contudo, que não é bem assim. Ela é a maior do *corpus*, correspondendo a pouco mais da metade (50,5%) das falas. Reúne as manifestações em que a

expressão "bandido" é utilizada como sinônimo de criminoso. Algumas das vezes ela apenas faz coro ao repúdio do pensamento maniqueísta anteriormente exposto, noutras ela compõe o mesmo tipo de discurso que é, em outras circunstâncias, desqualificado.

Há uma teoria política nas falas dos sujeitos do campo jurídico na qual a desqualificação dos direitos humanos é desejada pelas classes dominantes, veiculada pelas mídias, que lhes pertencem, mas tornada força social concreta na dominação simbólica da classe média, responsável por permitir a operação violenta da dominação das classes mais baixas. Em resumo, a classe alta domina a classe média simbolicamente, e a classe baixa violentamente. Mas o campo jurídico, apesar de composto em sua maioria por indivíduos das classes alta e média, mostra-se como grupo de esclarecidos opositores desta perversa dominação. Defendem os direitos humanos e, com isso, protegem as classes mais baixas da sociedade. Mas quando o desprotegido é de classe alta, a necessidade de proteção parece perder o sentido. Políticos, empresários e poderosos em geral são facilmente rotulados como bandidos quando incriminados (figura 5).

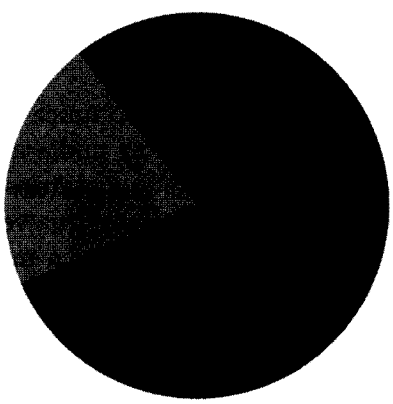


Figura 2: Distribuição das atribuições de crimes aos "bandidos", retiradas do *corpus* "IBCCrim".

Noutras vezes, há distinção mais de estilo do que de conteúdo quanto ao uso da expressão. Reproduzem, nas mesmas circunstâncias, os mesmos discursos atribuídos ao "senso comum" e à "mídia manipuladora". Noutras, o uso é quase um ato falho, fala na qual o "bandido" aparece como um inocente sinônimo de criminoso em análises de problemas gerais do sistema normativo, da justiça criminal ou do sistema punitivo.

Na segunda etapa de análise, com o auxílio do Alceste, foram obtidas três classes estáveis a partir do aproveitamento de 60% do *corpus* (figura 6). Enquanto nossa primeira análise se preocupou com o uso da expressão "bandido", o Alceste, seguindo seu procedimento padrão, analisou o *corpus* na íntegra, o que nos permitiu um resultado complementar aos dados já extraídos.

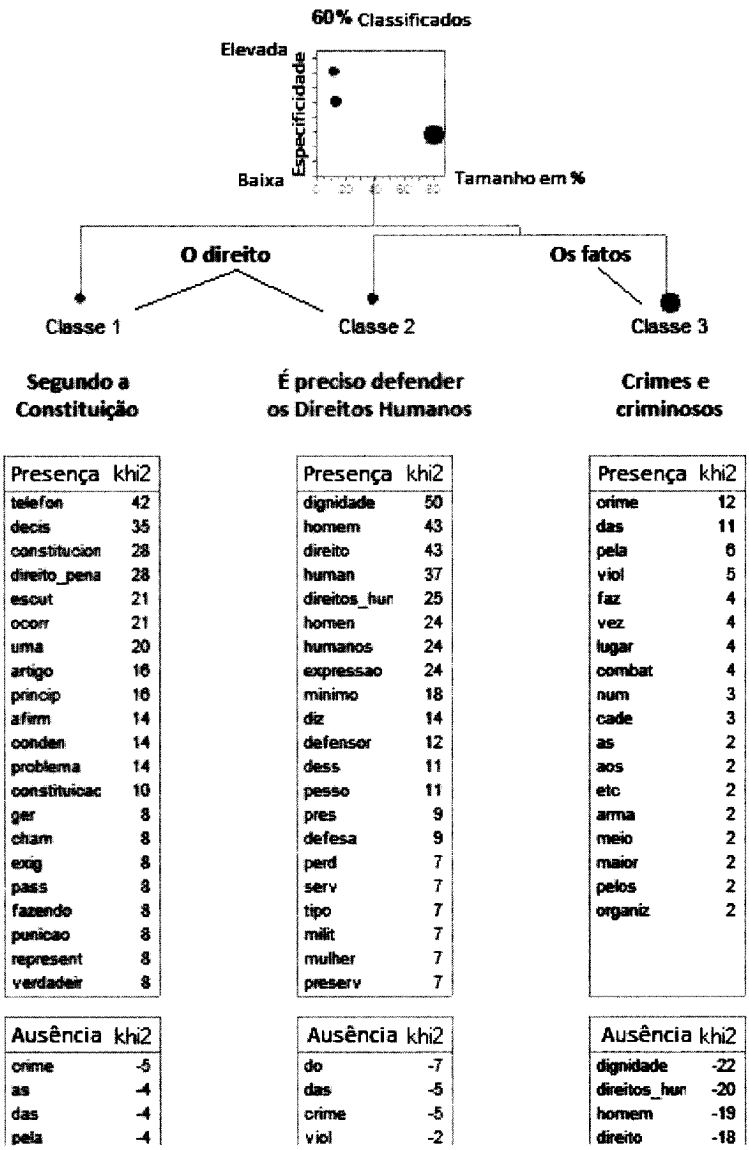


Figura 3: Classes resultantes da análise do software Alceste realizada sobre o *corpus* "IBCCrim"

A classe um, que denominamos "segundo a Constituição", reúne as UCE que apresentam discussões em torno de normas e princípios constitucionais aplicados a casos penais específicos. Pondera-se, muitas vezes, a aplicação das normas penais a partir de outras normas da Constituição, utilizada aqui como fonte dogmática de princípios e valores comumente associados aos direitos humanos, como dignidade da pessoa humana, igualdade, presunção de inocência etc. Representa 13% do total de UCE analisadas e possui vocabulário composto por 25 formas. A alta especificidade de vocabulário é causada pelo grande uso de jargões de direito constitucional.

Dentre as formas reduzidas estatisticamente relevantes na classe, constitucion+ (qui-quadrado = 28), direito_pena+ (qui-quadrado = 28), artigo+ (qui-quadrado = 16), princípio+ (qui-quadrado = 19), problema+ (qui-quadrado = 14), constituição (qui-quadrado = 10), exig+ (qui-quadrado = 8) e represent+ (qui-quadrado = 8), apontam para o contexto em que os apelos ao direito Constitucional se dão. São problemas discutidos a partir de casos concretos provocados por decisões judiciais ou leis – ou ainda a falta delas –. Apelam a artigos da Constituição e a princípios para apontar o caminho da solução dos problemas analisados.

Dentre os tipos de casos discutidos, um tem grande destaque. São casos que envolvem escutas telefônicas, o que explica a presença das formas reduzidas telefon+ (qui-quadrado = 42), escut+ (qui-quadrado = 21), conden+ (qui-quadrado = 14) e punição (qui-quadrado = 8). As discussões em torno da questão das escutas é exemplar. As opiniões se dividem entre os que apoiam o uso das escutas, no caso, juízes e promotores principalmente, e os que a criticam, advogados em sua maioria. Os defensores das escutas argumentam que só com elas é possível pegar os "bandidos", que seu uso é chancelado pela Constituição e seus princípios. Os que são contrários à medida, usam a mesma Constituição para defender sua incompatibilidade com os princípios relacionados aos direitos humanos.

Situação semelhante ocorre em discussões sobre a delação premiada, não tão estatisticamente significativos no *corpus* quanto o caso anterior. A delação facilitou o trabalho de juízes, promotores e policiais, mas dificultou o dos advogados. Nova oposição. Para uns, a defesa da Constituição e dos direitos humanos requer a delação premiada, pois só assim é possível punir os criminosos das "camadas mais favorecidas". Para outros, pelos mesmos motivos, a delação seria contrária aos direitos humanos, uma imoralidade de um Estado de viés autoritário que se valeria da alcaguetagem para reprimir criminalmente os menos favorecidos.

A classe dois reúne as falas mais diretamente ligadas aos direitos humanos. Falam de seu conteúdo como um conjunto de normas jurídicas e princípios

válidos porque inerentes ao homem e não apenas por serem inscritos na Constituição. Diferencia-se da classe um, portanto, tanto pelo conteúdo quanto pela estrutura das falas, menos focadas em casos concretos e mais voltadas para a necessidade de se respeitarem os direitos humanos. Apelidamos essa classe de "é preciso defender os direitos humanos". Corresponde a 14% do total de UCE e possui 32 formas. Sua especificidade é relativamente alta, também pela presença de jargão jurídico, desta vez de direitos humanos.

Como foi apontado na descrição das categorias "bandido é coisa da mídia" e "bandido é coisa do senso comum", obtidas na primeira análise, as falas sobre os direitos humanos aparecem em circunstâncias de ameaça à sua eficácia. São direitos tolamente rechaçados pelo "senso comum" e violentados pela "mídia", por isso é preciso defendê-los. Os participantes falam como incompreendidos. Conscientes de que são minoritários, mas que, ainda assim, não desistem de seus princípios.

As formas reduzidas dignidade (qui-quadrado = 50), homem (qui-quadrado = 43), direito (qui-quadrado = 43), human+ (qui-quadrado = 37), direitos_human+ (qui-quadrado = 25), homen+ (qui-quadrado = 24), humanos (qui-quadrado = 24) e pesso+ (qui-quadrado = 11) dão uma clara visão de seu conteúdo focado principalmente em apelos ao respeito da dignidade humana, princípio ligado à ideia kantiana de que, por natureza, os homens possuem um valor intrínseco e inerente à sua condição, que independente de qualquer atribuição social de valor, seja social, econômica e até mesmo moral. À luz da natureza, todos seriam dignos e é esta dignidade que as normas jurídicas e o Estado deveriam respeitar. Os juristas defensores dos direitos humanos se caracterizam pela autoatribuição da função social de lutar para que se respeite tal dignidade. Já que ela é tida como inerente ao homem, são dispensáveis apelos à Constituição para sua legitimação, o que implica ausência das formas reduzidas a ela relacionadas.

As formas reduzidas mínimo+ (qui-quadrado = 18), defensor+ (qui-quadrado = 12), defesa+ (qui-quadrado = 9), perd+ (qui-quadrado = 7) e preserv+ (qui-quadrado = 7) apontam para o caráter defensivo das falas desta classe, na qual os direitos humanos estão sob ameaça, ou os seus defensores ameaçados pela incompreensão alienada da população, mas que mesmo assim é preciso garantir que ao menos um mínimo de dignidade não se perca nas engrenagens de uma máquina punitiva socialmente injusta.

Esta classe mantem em comum com as falas da classe um a ideia de ameaça ao direito. Está-se em luta por eles, seja a Constituição, ameaçada por más leis ou decisões, sejam os direitos humanos, ameaçados por modos autoritários e violentos de exercício do poder político e pelo obscurantismo do "senso co-

mum" de um povo manipulado e amedrontado. Esta semelhança nos levou a classificá-los numa mesma categoria denominada "o direito".

No dendrograma apresentado na Figura 6, contudo, as classes um e dois aparecem separadas, o que demonstra pouca proximidade entre as UCE que as compõe no *corpus*. Em contrapartida, há grande proximidade entre a classe dois e a classe três, onde aparecem as UCE cujo conteúdo mais se aproxima dos discursos maniqueístas e contrários aos direitos humanos. Isto se dá pela composição particular dos textos, onde os discursos equivocados da mídia e do senso comum são primeiro apresentados para depois serem corrigidos pelo discurso dos direitos humanos. A distância entre as classes um e dois se devem ao uso alternativo do direito constitucional ou dos direitos humanos contra o "senso comum", de maneira que onde há a defesa dos direitos constitucionais, pouco se precisa falar dos direitos humanos e vice-versa.

Isto não significa grande distância entre eles, ao contrário, o conteúdo dos direitos humanos é semelhante ao constitucional, a começar pela dignidade da pessoa humana, valor nos direitos humanos e norma no direito constitucional. Mas como já apontamos, possuem usos instrumentais diferentes e alternativos. O discurso constitucional afirma que regras devem ser obedecidas porque são normas constitucionais e estas, por sua vez, deve ser obedecida pelo que significa em termos políticos – a norma fundamental que organiza o poder político e o sistema jurídico de uma nação –. Já os direitos humanos deveriam ser obedecidos porque seriam inerentes ao homem, a tradução jurídica da ideia de dignidade humana, e não porque seriam uma escolha política, como a Constituição. Quem apela para um direito transcendente, não precisa de argumentos de ordem política para validá-lo.

A classe três, por sua vez, é a maior do *corpus*, correspondendo a impressionantes 73% das UCE classificadas. Possui apenas 18 formas, mas apesar disso, sua grandeza compromete a especificidade do conteúdo, apresentando alguma dispersão. Isto se dá pela baixa quantidade de fórmulas jurídicas e seu jargão próprio nas UCE desta classe. Possuem, ao contrário, a riqueza de fórmulas que os discursos do senso comum possuem. Denominamos esta classe de "crimes e criminosos".

As formas reduzidas crime+ (qui-quadrado = 12), viol+ (qui-quadrado = 5), combat+ (qui-quadrado = 4), cade+ (qui-quadrado = 3), arma+ (qui-quadrado = 2) e organiz+ (qui-quadrado = 2), indicam considerações sobre a criminalidade, a violência e as organizações criminosas como um todo, sem necessariamente especificá-las ou conceituá-las. Fala-se do fenômeno social da violência que, por efeito de seu acúmulo social, se permitem tratá-la como algo evidente ao ponto de dispensar maiores explicações. Quando contrapostos aos direitos

humanos ou ao direito constitucional, é dos efeitos dessa violência que os juristas falam, como o medo, os preconceitos, e, sobretudo, a ideia de que a repressão violenta dos criminosos é que solucionaria o problema da violência. Outras UCE são discursos de terceiros, do "senso comum" ou da "mídia". Outras, ainda, falas em primeira pessoa muito semelhantes aos conteúdos associados pelos juristas ao "senso comum", porém utilizados geralmente na reivindicação da aplicação rigorosa da lei penal aos corruptos e criminosos poderosos.

Tão significativas quanto as formas reduzidas presentes na classe três são as formas ausentes. Dignidade (-22), direitos_hum+ (-20), homem (-19) e direito+ (-18) marcam a distância semântica destas UCE das da classe dois, cujo conteúdo se refere aos direitos humanos. A proximidade estatística entre as classes, entretanto, deixam claro o uso do discurso do senso comum como antagônico aos direitos humanos.

Sendo a classe em que mais se fala de crimes e criminosos, é possível extrair dela um conteúdo mais específico para a representação de bandido. As reproduções dos discursos do senso comum, associando bandidos a assassinos e estupradores, estão presentes nesta classe, mas há também outro tipo de discurso caracterizado por referir-se a outro tipo de criminoso, no caso, traficantes de armas, corruptos – em especial empresários, políticos e policiais –, estelionatários que cometem crimes virtuais, membros de facções criminosas, terroristas, praticantes de racha etc.

Apesar de apontarem para práticas criminosas diversas, há algo em comum entre elas, o poder social dos criminosos, muito superior ao dos bandidos do senso comum, representados pelos sujeitos desta classe como produzidos por uma sociedade desigual. Vítimas de injustiça social no passado que agora vitimam criminalmente. É como se dissessem, "sim, há bandidos violentos que matam e estupram, mas há outros até piores, como os corruptos e os traficantes de armas, mas vocês que não são juristas só pedem a punição dos bandidos menores e ainda querem que o façamos de qualquer maneira, mesmo desrespeitando a dignidade humana". Advogam o abrandamento do sistema penal por um lado, mas reivindicam sua severidade por outro. Também repudiam seus "bandidos", mas não defendem sua morte e sim a aplicação das leis penais.

5. DISCUSSÃO E CONCLUSÕES

O "bandido", pode ser conceituado como o criminoso que mereça as maiores reprovações morais, aquele para quem crime e personalidade se confundem ao ponto de sua conduta criminosa não ser considerada como uma atitude

eventual, mas o efeito de um princípio criminoso de ação que marcará não apenas uma conduta específica, mas todo o seu agir. Uma qualidade e não uma circunstância. Assim, o "bandido" assassino não é o que matou alguém circunstancialmente, mas o que matou e matará novamente, assim como o "bandido" corrupto é o que se permitiu corromper – ou corrompeu alguém – e se corromperá novamente, pois corrupta é sua alma. Ao falar das ações praticadas pelos "bandidos", a qualidade se transforma em quantidade. O "bandido" é o que mata muito, estupra muito e corrompe muito e a reação às quantidades de mal praticadas são também quantitativas: mais prisões, mais poder investigativo, mais escutas, mais policiais e mais mortes de bandidos.

Apesar de portador de um mal essencial, a qualidade desse mal é diferentemente representada por juristas e não juristas. Para os últimos, o "bandido" é autor contumaz de crimes "de sangue", como o assassinato e o estupro ou patrimoniais com contato físico, como roubos e furtos. São uma ameaça ao indivíduo, ao seu corpo e ao seu patrimônio pessoal e, por extensão, às pessoas que lhes são queridas. Já para os juristas, o bandido é acima de tudo alguém poderoso. Um corruptor do poder político e econômico a seu favor. Enquanto não juristas defendem o corpo, juristas se apresentam como defensores da sociedade, mesmo às custas de prejuízos individuais. São comuns nas falas dos juristas acusações de individualismo e falta de uma visão social tanto dos fatores que geram a criminalidade quanto de seus efeitos por parte de não juristas. As diferenças de atribuição de periculosidade entre os dois implica também diferenças no perfil socioeconômico dos "bandidos", sendo os representados por juristas como de maior nível social do que os representados por não juristas.

Há, por outro lado, tanto entre os juristas quanto entre os não juristas, os que percebem o bandido como uma qualidade atribuída e, ainda que diagnostiquem suas ações a partir de quantidades, refutam respostas quantitativas ao problema da violência. São, por exemplo, os sujeitos que defendem os direitos humanos por princípio e tecem críticas ao sistema de justiça criminal, conscientes de que o problema da violência não se combate com mais do mesmo sistema, mas com mudanças qualitativas tanto no sistema quanto nas representações de crime e criminoso. Mas estes discursos, apesar de mais frequentes entre juristas do que entre não juristas, são minoritários nos dois grupos.

Para os dois grupos a mídia foi objeto de discussões. Juristas representam a mídia como contrária aos diretos humanos, já os não juristas fazem o oposto. Em ambos os casos, a justificativa para a defesa ou ataque aos direitos humanos é a de que a mídia faria parte de uma conspiração para dominar a sociedade não apenas ideologicamente, mas violentamente. Alimentaria o medo para justificar a repressão violenta dos pobres para uns, defenderia os bandidos pobres

– reivindicando direitos humanos para estes – para permitir que os bandidos ricos – políticos, banqueiros e empresários – possam dominar as classes média e baixa. Em ambos os casos, as teorias conspiratórias representam a população em geral como facilmente manipulável, sendo exceção o sujeito que denuncia esta conspiração. Tanto juristas quanto não juristas dizem "a mídia manipula, mas não a mim". Também ambos representam, em última análise, uma visão de luta de classes, coincidindo quanto ao "lugar" de onde falam. Isto significa que quanto ao alinhamento ideológico de classe, os sujeitos desta pesquisa, juristas e não juristas, demonstram ser da mesma classe social, no caso, a julgar pela forma como denunciam elites e se associam às classes baixas referidas como diferentes de sua própria, indicam ser de classe média.

Isto aponta para o fato de que as representações conflitantes de bandido extraídas dos *corpora* – assassinos, estupradores e ladrões para uns, políticos e poderosos em geral para outros – são pontos de vista dicotômicos de uma mesma classe social – média – manifestada em campos sociais distintos de maneiras também distintas. Inferior às classes altas, detentoras do poder político e econômico, seus integrantes tendem a criminalizar suas práticas. Superior às classes baixas e desejosa de manter sua superioridade social, seus integrantes corroboram os discursos de criminalização e criminação dos "bandidos" violentos, pretos e pobres. Duas faces de uma mesma moeda ideológica, ainda que os campos sociais aqui analisados defendam com predominância faces diferentes.

O modo de julgar da opinião pública – rápido, sem chances para o contraditório e baseado apenas em um punhado de fatos veiculados pelos meios de comunicação – é denunciado por juristas como preconceituoso e equivocado por princípio. Incompatível com a boa prática da justiça criminal. Sua denúncia e rejeição pública é parte do exercício constante de diferenciação e consequente legitimação do saber jurídico e dos seus porta-vozes, os juristas, como os mais aptos a julgar com justiça os acusados da prática de algum crime. Mais do que uma característica, a diferenciação do "saber jurídico" do "senso comum" é parte importante das estratégias que sustentam a pretensão dos juristas ao exercício do monopólio dos julgamentos legítimos e justos de crimes e criminosos. Não defender tal separação seria admitir que o campo jurídico não possuiria autonomia com relação à sociedade da qual faz parte e que seu ofício se resumiria à repetição do que fora decidido em instâncias sociais diversas, como a mídia ou instituições de pesquisa e mensuração da opinião pública, por exemplo.

Pelo mesmo motivo, a ciência jurídica é apresentada por juristas como um saber autônomo como estratégia para afirmar sua independência cientí-

fica na forma de uma teoria pura do direito,[27] de um sistema relativamente autônomo,[28] como um sistema autopoiético[29] ou mesmo em lições menos sofisticadas do que as grandes teorias, mas profundamente difundidas e incorporadas ao "senso comum dos juristas",[30] como a distinção entre a validade da norma jurídica – sujeita apenas a sua passagem pelos trâmites legislativos e independente de qualquer inferência de ordem moral – e sua eficácia – a sua aceitação social –, distinção que se presta tão somente a permitir que o jurista julgue ainda que com uma norma socialmente rejeitada, por exemplo. Bourdieu resume a questão com perspicácia:

"A reivindicação de autonomia absoluta do pensamento e da ação jurídicos afirma-se na constituição em teoria de um modo de pensamento específico, totalmente liberto do peso social, e a tentativa de Kelsen para criar uma teoria pura do direito não passa do limite ultraconsequente do esforço de todo o corpo dos juristas para construir um corpo de doutrinas e de regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento".[31]

Em suma, a construção do saber jurídico pelos juristas, autorreferenciada em seus próprios valores e com vistas à legitimação do seu exercício do monopólio da função social de julgar legitimamente os criminosos, resulta na negação do caráter social e político do direito e, por conseguinte, dos próprios juristas. Isto os permite afirmar valores particulares do campo jurídico ou da classe social à qual pertencem como sendo universais e impessoais. Isto resulta nos tipos de discursos flagrados no *corpus* "IBCCrim", onde falas contrárias aos direitos humanos, que exceto pelas diferenças de estilo, são idênticas às produzidas pelos sujeitos no *corpus* "Carandiru", são sucedidas por discursos

27. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes Ed., 2011.

28. LARENZ, Carl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

29. TEUBNER, Günter. *Autopoietic law: a new approach to law and society. Berlin: De Gruyter*, 1987.

30. WARAT, Luiz. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. Sequencia*, 3(5), 1982, p. 51-57. Disponível em: [www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/17121/15692]. Acesso em: 28.01.2013.

31. BOURDIEU. Pierre. La force du droit: elements pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales* [versão eletrônica], (64), p. 3-16. 1986. p. 3. Disponível em: [www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/arss_0335-5322_1986_num_64_1_2332]. Acesso em: 07.01.2013.

de defesa dos direitos humanos numa estratégia de legitimação dos valores e saberes propriamente jurídicos pela deslegitimação do senso comum e dos não juristas, seus porta-vozes.

É preciso distinguir-se tanto simbólica quanto discursivamente. Os ambientes, as vestes, comportamentos e falas, todos de uso incomum, praticamente exclusivos dos ritos forenses, demarcam o espaço próprio dos rituais de julgamento e avisa aos não pertencentes ao campo que está a acontecer ali algo importante. Afirma-se que julgam bem porque julgam a partir de critérios melhores do que os utilizados por não juristas, como as leis, os princípios e a doutrina propriamente jurídica. Critérios apresentados como universalmente válidos e impessoais, gerando a força de seu discurso pela ocultação de seu viés de pertencimento a um grupo social específico – o dos juristas –. Faz-se crer que se legitimam pelo conteúdo de seu conhecimento, quando, de fato, a forma dos rituais e, particularmente, da linguagem jurídica é que lhes permite um efeito legitimador. A força do direito está na forma – e não no conteúdo – de seus rituais. Na forma rebuscada, exagerada, "latinosa" e rocambolesca de sua linguagem e de seus rituais.

A preferência pela criminação de condutas de pessoas poderosas – sejam elas portadores de poder social, econômico, político ou mesmo de um poder criminoso, como no caso dos membros de fações criminosas como o PCC ou o Comando Vermelho – que flagramos nas falas do *Corpus* "IBCCrim" – pode estar ligada não apenas à ideologia própria do campo jurídico, influenciada por ideais de justiça social e do humanismo do século XVI e seguintes[32] –, mas pelo modo particular como os juristas imaginam seu papel social de defensores de ideais de justiça.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRIC, Jean-Claude. Les représentations sociales: aspects théoriques. In ABRIC, Jean-Claude (org.). *Pratiques sociales et représentations*. Paris: PUF, 1994. p. 11-35.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos Estudos Cebrap*, vol. 43, p. 45-63, 1995.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

32. COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

BARDIN, Lawrence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2011.

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

BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Lisboa: Fim de Século. 2003.

_____. La force du droit: elements pour une sociologie du champ juridique. Actes de la recherche en sciences sociales [versão eletrônica], (64), p. 3-16. 1986. Disponível em: [www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/arss_0335-5322_1986_num_64_1_2332]. Acesso em: 07.01.2013.

CERVINI, Raul. *Los processos de decriminalizacion*. 2. ed. Montevideo: Editorial Universidad. 1993.

CHIRICOS, Ted; WELCH, Kelly; GERTZ, Marc. Racial typification of crime and support for punitive measures. *Criminology*, 42, p. 358-390. 2004. Disponível em: doi: 10.1111/j.1745-9125.2004.tb00523.x. Acesso em: 15.06.2013.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

DOWLER, Kenneth. Media consumption and public attitudes toward crime and justice: The relationship between fear of crime, punitive attitudes, and perceived police effectiveness. *Journal of Criminal Justice and Popular Culture*, vol. 10 (2), p. 109-126. 2003. Disponível em: [www.albany.edu/scj/jcjpc/vol10is2/dowler.html]. Acesso em: 15.06.2013.

EVANS, David; FLETCHER, Mike. Fear of crime: testing alternative hypotheses. *Applied Geography*, vol. 20 (4), p. 395-411. 2000. Disponível em: [www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0143622800000114]. Acesso em: 15.06.2013.

FAUCONNET, Paul. *La responsabilité: études de sociologie*. 2. ed. Paris: Librairie Félix Alcan. 1928.

GIRARD, René. *O bode expiatório*. São Paulo: Paulus, 2004.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Peines perdues: le système penal en question*. Paris: Editions du Centurion, 1982.

JODELET, Denise. Représentations sociales: un domaine en expansion. In: JODELET, Denise (ed.). *Les représentations sociales*. Paris: PUF, 1989. p. 31-61.

KALAMPALIKIS, Nikos. L'apport de la méthode Alceste dans l'analyse des répresentations sociales. In: ABRIC, Jean-Claude (org.). *Méthodes d'étude des représentations sociales*. Paris: Éres, 2003. p. 147-163.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes Ed., 2011.

LARENZ, Carl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

MENANDRO, Paulo Rogério Meira. SOUZA, Lídio de. *Linchamentos no Brasil – A justiça que não tarda mas falha*. Vitória: FCAA/UFES, 1991.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, (79), 2010. p. 15-38. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452010000010000326]. Acesso em: 05.12.2012.

_____. *Malandros, marginais e vagabundos: a acumulação social da violência no Rio de Janeiro*. Tese de doutorado em sociologia. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1999. Disponível em: [www.necvu.ifcs.ufrj.br/images/tese%20michel.pdf]. Acesso em: 27.12.2012.

_____. Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro. *Civitas* [versão eletrônica], 8 (3), p. 371-385. 2008. Disponível em: [http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/4865/3641]. Acesso em: 26.12.2012.

NASCIMENTO, Adriano Afonso Roberto do; MENANDRO, Paulo Rogério Meira. Análise lexical e análise de conteúdo: uma proposta de utilização conjugada. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, 6 (2), p. 72-88. 2006. Disponível em: [www.revispsi.uerj.br/v6n2/artigos/pdf/v6n2a07.pdf]. Acesso em: 12.01.2013.

PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo e Democracia: um paradoxo brasileiro. *Mediações-Revista de Ciências Sociais*, vol. 10, n. 2, p. 183-198. 2005. Disponível em: [www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/viewArticle/2172]. Acesso em: 15.06.2013.

REINERT, Max. *Alceste. Version 4.0 – Windows (Manual)*. Toulouse: Societé Image, 1998.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

SOARES, José Luiz de Oliveira; VIÉGAS, Rodrigo Nuñez. Para uma sociologia do crime ambiental: passos na construção de uma agenda de pesquisa. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, vol. 3 (2), p. 1-26. 2008. Disponível em: [http://150.162.1.115/index.php/interthesis/article/view/814]. Acessado em: 15.06.2013.

SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos Graziano. *Globalização e sociedade de controle: a cultura do medo e o mercado da violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEUBNER, Günter. *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlin: De Gruyter, 1987.

VERÓN, Eliseo. *A produção de sentido*. São Paulo: Cultrix, 1980.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 2001.

WARAT, Luiz. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Sequencia*, 3 (5), 1982. p. 51-57. Disponível em: [www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/17121/15692]. Acesso em: 28.01.2013.

ZALUAR, Alba. *A máquina e a revolta: as organizações populares e o significado da pobreza*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

_____. Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 13 (3), p. 3-17. 1999. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000300002&script=sci_arttext]. Acesso em: 15.12.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também doutrina

- Carandirú: uma questão de sensibilidades jurídicas, de Andréa Bueno Buoro – *RBCCrim* 20/281 (DTR\1997\382); e
- Heróis & vilões, de Fabricio Almeida Carraro – *RTSul* 4-5/277 (DTR\2014\19895).

Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil

Criminal policy on drugs, an alternative to fight the war on drugs in Brazil

Katie Argüello

Doutora em Antropologia e Sociologia pela Universidade Paris 8. Mestre em Instituições de Direito Público pela Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Membro do Instituto de Criminologia e de Política Criminal (ICPC). Membro associado do Instituto Carioca de Criminologia (ICC).

Mariel Muraro

Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC – Instituto de Criminologia e de Política Criminal. Doutoranda em Direito Penal pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Advogada Criminal e Professora da Fapi – Faculdade de Pinhais.

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: Este artigo tem como objetivo discutir a atual política criminal de "guerra contra as drogas" realizada no Brasil e seu impacto nos direitos fundamentais e na democracia. Quatro aspectos devem ser cuidadosamente considerados: o elevado número de mortes em enfrentamentos policiais, o aumento significativo do encarceramento em massa nos últimos anos, a crescente militarização da "guerra contra as drogas" e a construção do consenso hegemônico nos meios de comunicação em torno aos delitos de tráfico de drogas. Sobre a base da criminologia crítica teórica, sabemos que o desempenho do sistema de justiça penal é profundamente seletivo e baseado em estereótipos do autor, portanto, centra-se nas pessoas socialmente e economicamente mais vulneráveis. Pequenos traficantes são o objetivo real desta "guerra".

Abstract: This article will discuss the current criminal policy of "drug war" undertaken in Brazil and its impact on fundamental rights and democracy. Four aspects deserve to be carefully analyzed: the high number of deaths in police confrontations, the significant increase of mass incarceration in recent years, the increasing militarization of the "drug war" and the construction of hegemonic consensus by the media around the crimes of drug trafficking. Based on the theoretical framework of critical Criminology, we know that the actions of the criminal justice system is deeply selective and based on stereotypes of the author, therefore, focuses on the most socially and economically vulnerable population. The small drug dealers are the real target of this "war".

Argüello, Katie; Muraro, Mariel. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 317-356. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas - Política criminal - Direito penal - Guerra - Inimigo.

KEYWORDS: Drugs - Criminal politics - Criminal law - War - Enemy.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A seletividade do sistema penal e a política de guerra às drogas - 3. Encarceramento em massa, tolerância zero e direito penal do inimigo - 4. A segurança pública e a crescente militarização da "guerra contra as drogas": 4.1 Segurança cidadã e as UPPS: o elevado número de mortes nos enfrentamentos policiais - 5. A construção do discurso hegemônico nos meios de comunicação em torno dos delitos de tráfico de drogas - 6. Por uma política alternativa da defesa dos direitos humanos e pela legalização das drogas - 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As drogas[1] e seus agentes consumidores, produtores e vendedores são tomados como inimigos do Estado por supostamente causarem grande interferência na paz social, constantemente associados a outras formas de criminalidade violenta, contra a qual o Estado toma uma atitude repressiva. Nesse aspecto, o presente trabalho se propõe a refletir a respeito da segurança nacional brasileira e a crescente militarização dos aparelhos repressivos do Estado, contextualizadas pela política de guerra às drogas.

Para analisar tal objeto utiliza-se como marco teórico a criminologia crítica, a qual afirma que o sistema penal age de forma seletiva de acordo com interesses político-econômicos, bem como se contextualiza historicamente a criminalização das substâncias psicoativas, nos moldes da ideologia estadunidense da guerra às drogas, a qual tem promovido o crescente encarceramento, inclusive no Brasil, que adota essa política repressiva e combate o traficante de drogas como o principal inimigo interno.

Em face dessa atuação da política criminal de guerra às drogas na segurança nacional, legitimando a atuação militarizada e genocida estatal diante da opinião pública, a mídia tem o importante papel de promover um discurso hegemônico, tal como ocorreu com a exibição em rede nacional da entrada do exército nacional, juntamente com a polícia especializada, nas comunidades carentes do Rio de Janeiro. Estas comunidades estão estrategicamente posicionadas e sofrem tal intervenção para garantir a realização da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos. Ou seja, busca-se promover a Paz Armada, cujos efeitos,

1. Este artigo foi escrito segundo as regras da nova ortografia da língua portuguesa. No entanto, as citações diretas de *obras anteriores às novas regras ortográficas foram mantidas conforme o original.*

porém, se traduzem no elevado número de homicídios nos enfrentamentos policiais autorizados pelo Estado.

Diante do exposto, é que se propõe adotar uma política alternativa para enfrentar as questões relativas às drogas, entendendo que a atuação dos aparelhos repressivos estatais deve pautar-se pela observância dos direitos humanos, e que essa política alternativa contemple a legalização da produção, da distribuição e do consumo das substâncias psicoativas.

Cabe salientar ainda que este artigo foi escrito no ano de 2012, portanto, antes da legalização da maconha no Uruguai e nos Estados do Colorado e Washington, nos Estados Unidos. Como houve um hiato de dois anos entre a apresentação do artigo e a sua publicação, consideramos necessário realizar uma atualização de dados sobre tais experiências ao final deste artigo. Enquanto isso, no Brasil, nesse ínterim, a política de guerra às drogas inflacionou ainda mais a população carcerária. Acabamos de ultrapassar a Rússia e agora temos a terceira maior população carcerária do mundo, de 795 mil pessoas.[2]

2. A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL E A POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS

A passagem da criminologia positivista à criminologia crítica pressupõe uma mudança essencial relativa ao *objeto* e ao *método* da criminologia. A criminalidade passa a ser vista não mais como um atributo ontológico ou natural de comportamentos e pessoas, e sim como qualidades atribuídas por meio de processos de definição e de reação social, tanto informais quanto institucionais. Ou seja, a criminologia crítica desloca a perspectiva teórica do autor para as condições objetivas presentes na gênese do desvio ao mesmo tempo que desloca o interesse pelas causas da criminalidade para os mecanismos de *construção social* da criminalidade.[3]

A teoria da rotulação, ou *labeling approach,* fundamenta-se em dois conceitos: o primeiro, de que "o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa cometeu, mas a consequência da aplicação de outras regras e sanções a um delinquente". Essas outras regras e sanções são criadas pela sociedade, por

2. MORAES, Maurício. A guerra da droga e da mentira. *Revista Carta Capital.* Disponível em: [www.cartacapital.com.br/sociedade/a-guerra-da-droga-e-da-mentira-1205.html]. Acesso em: 19.12.2014.

3. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.* 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 160-161.

grupos sociais que fazem as regras e dizem o que constitui um desvio.[4] E o segundo, de que são as agências de controle social que produzem o crime, e não o crime que dá origem ao controle social, uma vez que podem ser rotuladas as pessoas que sequer tenham quebrado uma regra, mas por fatores relacionados à sua personalidade ou sua condição pessoal de vida.

O indivíduo é rotulado quando pratica um ato qualificado como desviante, processo chamado de criminalização primária, ou seja, dá-se a criação de uma norma penal que qualifica o ato como criminoso, enquanto a criminalização secundária ocorre quando os agentes de controle social enquadram um ato praticado por um sujeito nas condições da criminalização primária.[5]

O sistema penal age de forma seletiva, pois elege características negativas ou "atributo[s] profundamente depreciativo[s]",[6] para serem criminalizados. Com a criminalização, é possível manter o controle social sobre os indivíduos selecionados com base em determinados estereótipos de classe social, raça e gênero.

A distribuição diferencial do *status* de desviante depende das relações de poder político e econômico que se depreendem da análise histórica e sociológica da sociedade capitalista. A partir do enfoque macrossociológico do *labeling approach*, não se fala mais em criminalidade em si, mas em processo de criminalização que atribui o *status* de criminoso aos indivíduos que se concentram nos setores mais vulneráveis socialmente, mediante uma dupla seleção: primeiramente, dos bens jurídicos tutelados pela lei penal, que corresponde ao processo de criminalização primária; em segundo lugar, dos sujeitos estigmatizados criminalmente em razão da posição social marginalizada que ocupam na sociedade, que corresponde ao processo de criminalização secundária engendrado pela intervenção das agências do controle social (polícia, Ministério Público, Judiciário, agentes penitenciários). A criminalidade, portanto, é um "bem negativo" (Sack) desigualmente distribuído na sociedade, segundo relações de poder político e a desigualdade social.[7]

A criminologia crítica adota, assim, uma postura materialista dialética quando assume que a pena de prisão tem origem e desenvolvimento no ca-

4. BECKER, Howard S. *Outsiders: Studies in the sociology of desviance*. New York: Free Press, 1963. p. 9. (Trad. livre).

5. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC Lúmen Júris, 2006. p. 19.

6. GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Trad. Marcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC Ed., 1988. p. 13.

7. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 160-161.

pitalismo[8] como um instrumento utilizado por ele como parte da estratégia de contenção social de um certo número de pessoas excluídas do processo de produção e consumo. Segundo De Giorgi, essas pessoas excluídas do consumo são reconhecidas como a classe perigosa, também denominada *underclass*, pois é constituída por pobres, desempregados, mendigos, nômades e imigrantes, também chamados de os condenados da metrópole.[9]

Assim esclarece Cirino dos Santos:

"(...) as contradições do capitalismo explicam que o mesmo processo que vincula o trabalhador no trabalho, aceitando a brutalização de sua 'canga pessoal', dirige o desempregado/marginalizado para o crime, aceitando os riscos de criminalização: a necessidade de sobrevivência em condições de privação material".[10]

Nesse sentido, é a negação hoje da condição de consumidor que levaria a uma potencial criminalidade. Os "consumidores falhos" são, segundo Zygmunt Bauman, "a encarnação dos 'demônios interiores' peculiares à vida do consumidor".[11] Para deixar as forças do mercado atuarem livremente, o Estado entra em cena apenas para garantir a lei e a ordem, através de seus aparelhos repressivos de controle social, enquanto a mídia exerce a tarefa complementar (e fundamental) de reproduzir as ideias hegemônicas do neoliberalismo econômico e dos pânicos sociais.

A seletividade do sistema penal brasileiro evidencia-se diante do perfil de encarcerados. Segundo dados estatísticos do Depen – Departamento Penitenciário Nacional de junho de 2012, o Brasil tem uma população carcerária de 549.577 presos, sendo 288,14 presos por 100 mil habitantes. Desses, a maioria é constituída por homens entre 18 e 29 anos, com o ensino fundamental incompleto, condenados a uma pena superior a oito anos. São 291.733 presos negros e pardos e 172.369 presos brancos.[12]

8. GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan – ICC, 2006. p. 34.
9. Ibidem, p. 28.
10. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 40.
11. BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 59.
12. Dados do Depen, disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View= %7BD574E-9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D]. Acesso em: 17.12.2012.

O crime que mais encarcera é o tráfico de entorpecentes, com um total de 133.946 presos e, em seguida, o roubo qualificado, com 94.447.[13]

Os meios de comunicação de massa (imprensa, rádio, televisão), em geral, reproduzem o estereótipo sobre o (a) criminoso (a) e a criminalidade relacionada à "criminalidade de rua" (furtos, roubos, tráfico varejista, violência) que é mais visível e mais facilmente detectada pelo seletivo sistema de justiça criminal, pois praticados de forma tosca por sujeitos em condições de vulnerabilidade social. Embora a criminalidade seja prática da maioria, apenas essa minoria selecionada pelo sistema de justiça criminal em razão da sua vulnerabilidade é apresentada como criminal e por mais que existam crimes muito mais graves praticados por executivos de grandes corporações, não são estes o objeto da atenção da mídia. Os "inimigos" da sociedade são selecionados com base em determinados estereótipos: homens, jovens, pobres, negros ou pardos, todavia nos últimos anos tenha aumentado significativamente o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas.

Assim, com o apoio das mídias, esses estigmas vão se reproduzindo por toda a sociedade, e o discurso criminal é apresentado como solução para resolver esses conflitos, especialmente quando se trata da questão das drogas ilícitas. Tal como a criminalidade é uma realidade socialmente construída segundo processos de definições e reações sociais, a droga é objeto de um discurso construído socialmente.

Rosa Del Olmo afirma que o interesse na criminalização de determinadas substâncias seria econômico e não por suas propriedades farmacológicas ou socioéticas.[14] O termo droga está associado, dessa forma, ao discurso da ilegalidade, não tem uma definição precisa, não identifica qual característica das substâncias assim classificadas a define, isto porque essa definição é uma questão de conveniência.[15]

O mesmo discurso sobre as características das substâncias comportará o discurso sobre as características do ator: consumidor ou traficante, vítima/vitimado, enfermo/perverso, cuja utilidade está no estabelecimento discursivo de uma polarização entre *bem* e *mal*, necessária ao sistema social para induzir a determinados consensos axiológicos e normativos no sentido de manutenção do *status quo*.[16]

---

13. Ibidem.
14. OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Bogotá – Colombia: Ed. Temis, 1988. p. 6.
15. Ibidem, p. 3-4.
16. Ibidem, p. 4. (Algumas ideias expostas neste artigo foram apropriadas de outro texto nosso para contribuir com a reflexão deste trabalho. O texto de que se trata:

Para Vincenzo Ruggiero, mesmo quando é possível reconhecer que uma dada substância é tóxica, não necessariamente tal substância será definida como droga, razão pela qual o conceito de droga não pode obter estatuto científico ao se fundar em apreciação *política* e *moral*: "a palavra 'droga' carrega consigo uma noção de norma e de proibição; ela faz alusão a algo a que devemos manter distância: indica uma separação social. Por essa razão, 'droga' não é um conceito descritivo, mas avaliativo: é uma senha que implica automaticamente uma proibição".[17]

Rosa Del Olmo analisa os diversos discursos constitutivos sobre a droga a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quando a ONU se torna um regulador internacional do fenômeno. Partiremos da análise de Rosa Del Olmo como eixo fundamental para compreender a consolidação de um discurso "oficial-científico" sobre as drogas.[18]

Na década de 1950, os opiáceos (morfina e heroína) e a maconha, consumidos pelo *underground* (desde intelectuais, músicos a habitantes dos guetos etc.), constituíam o principal objeto de preocupação das agências oficiais de controle, particularmente a maconha, por ser considerada "a erva maldita", geradora de *violência* e *criminalidade*, sobretudo por estar associada aos imigrantes porto-riquenhos e aos negros que lutavam pelos seus direitos civis à época. O consumidor passou a ser tratado como um "degenerado" e o traficante como "inimigo externo" (*discurso geopolítico*), pois havia uma teoria da conspiração comunista que pretendia corromper a juventude norte-americana com as drogas ilegais. O resultado disso foi o discurso oficial (*ético-jurídico*), que representou o aumento de leis penais punitivas e o discurso *científico* em torno da preservação da "saúde pública".[19]

Na década de 1960, a maconha, o LSD e outras drogas sintéticas eram consumidos por jovens estudantes de classe média, especialmente em virtude do movimento *hippie*. A maconha passa a ser a responsável pela "passividade e a 'síndrome amotivacional'". Consolidou-se nesse período o discurso "médico-sanitário-jurídico", pois o consumidor recebe o estereótipo de enfermo[20] e o

---

ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como problema de política criminal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*, n. 17, vol. 5, p. 3583 a 3606. Lisboa, 2013).

17. Ibidem, p. 81.
18. OLMO, Rosa del. Las drogas y sus discursos. In: PIERANGELI, José Henrique (org.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 122.
19. Ibidem, p. 122.
20. Ibidem, p. 125-126.

traficante, o de delinquente. Há nesse período o crescimento da indústria da "saúde mental", de tratamentos como o uso da metadona e de intervenções terapêuticas que reforçaram o "estereótipo da dependência" ao mesmo tempo em que em matéria de segurança se reforça o papel geopolítico do "inimigo interno", no caso, a atitude dos jovens contestadores nas universidades. Ao final da década de 1960, a "Operação *intercept*"[21] fecha a fronteira mexicana para impedir a entrada da maconha e assim se inaugura o "discurso do 'inimigo externo'" e propriamente a "guerra contra as drogas" do então presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon.[22]

Segundo Thiago Rodrigues, os "países produtores" seriam os subdesenvolvidos (ou em vias de desenvolvimento) e os "países consumidores" seriam os desenvolvidos e, a partir dessa separação imaginária, que "ignorava explicitamente a existência de plantações de maconha nos parques nacionais dos Estados Unidos ou toda a rede pulverizada de pequenos laboratórios a sintetizar psicoativos, como o LSD na Califórnia e em outros estados da federação", produziu-se o real efeito de exportar a repressão que já era feita internamente para as fronteiras de outros países, iniciando a *guerra às drogas* na década de 1970.[23]

Na década de 1970, a droga considerada mais perigosa era a heroína, depois anfetaminas e barbitúricos. Desenvolve-se nesse período um "discurso jurídico-político-médico", ao mesmo tempo em que no âmbito geopolítico a China comunista era considerada o "inimigo externo", a droga era responsável pelo aumento da criminalidade, portanto, o "inimigo interno". Nesse período se enfatiza a necessidade de internacionalizar a política criminal contra as drogas percebidas como ameaça à segurança interna do país. Em 1971, em Viena, houve o *convênio sobre substâncias psicotrópicas* para aumentar o controle sobre os fármacos. Em 1973, criou-se a *Drug Enforcement Agency* (DEA).[24] No entanto, o programa de recuperação dos adictos em heroína pela metadona foi um fracasso. A *Drug Enforcement Agency*, em 1974, informou que as mortes pelo consumo ilegal da metadona se tornaram superiores às mortes pelo consumo da heroína.[25]

21. OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. p. 24.

22. OLMO, Rosa del. *Las drogas y sus discursos*. p. 125-126.

23. RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico: um esboço histórico. In: CARNEIRO, Henrique; VENÂNCIO, Renato Pinto. *Álcool e drogas na história do Brasil*. São Paulo: Alameda, 2005. p. 297.

24. OLMO, Rosa del. *Las drogas y sus discursos*. p. 126-129.

25. OLMO, Rosa del. *La socio-politica de las drogas*. Caracas: Universidad de Venezuela, 1975. p. 84.

ARGÜELLO, Katie; MURARO, Mariel. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 317-356. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Na década de 1980, Reagan iniciou a *Estratégia nacional para a prevenção do abuso e do tráfico de drogas*. Em 1986, o seu governo publica o *National Security Decision Directive* (NSDD-221), documento em que o tráfico de drogas aparece como ameaça à segurança nacional e um dos pontos fundamentais da "agenda diplomático-militar" do país (ao lado da Guerra Fria).[26] A droga mais temida seria a cocaína e seu derivado, o crack, enquanto o cenário de combate seria o da região dos Andes na América Latina, estendendo-se por todo continente. O discurso oficial seria o "jurídico-transnacional", que se torna "discurso geopolítico", dividindo os países em vítima/vitimado. O "inimigo externo" é o narcotráfico ou narcoterrorismo, criando-se o "estereótipo político-delitivo latino-americano" (Cartel de Medellín). Ocorre nesse período a efetiva militarização da política criminal. Ao plano internacional, no final da década de 1980, foi aprovada, em 1988, a *Convenção contra o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas*.[27] A principal preocupação da administração Reagan sobre as drogas centrou-se no aspecto econômico, pois o mercado subterrâneo das drogas estimava-se equivaler a 10% da produção industrial do país (algo em torno de mais de 100 milhões de dólares à época).[28]

Na década de 1990, segundo Rosa Del Olmo, a mudança no tratamento do fenômeno das drogas se associa ao fim da Guerra Fria e ao surgimento de ameaças multinacionais à segurança global. A preocupação gira em torno da globalização do próprio *mercado de ilicitudes* e da sua relação com o mercado lícito. Portanto, trata-se de um discurso "econômico-transnacional", vinculado ao discurso geopolítico contra o "inimigo global". O discurso oficial incorpora-se tanto do discurso científico sobre a "saúde mundial" quanto de novos inimigos, como os cartéis colombianos (em especial o de Cali), além de organizações criminosas transnacionais, resultantes da globalização do mercado. Esse novo *inimigo mundial* aparece associado sempre à violência, ao terrorismo, ao controle de bancos, de modo a reforçar o estereótipo financeiro ligado à "lavagem de dinheiro", o que permite, por sua vez, construir um consenso em torno de políticas e estratégias para auferir a cooperação internacional, especialmente na América Latina, interferindo na legislação nacional.[29] Essa cooperação internacional auferida pela influência na legislação interna de cada país foi a grande vitória dos Estados Unidos na sua "guerra particular" às drogas. Apesar

26. RODRIGUES, Thiago. Op. cit., p. 298.

27. OLMO, Rosa del. *Las drogas y sus discursos*. p. 129-132.

28. OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. p. 53.

29. OLMO, Rosa del. *Las drogas y sus discursos*. p. 133-136.

disso, o proibicionismo só fez com que o mercado da droga continuasse a se expandir, a se ramificar, a se tornar um negócio vultoso do ponto de vista econômico e trágico em suas consequências sociais e políticas.

Na atualidade, apesar dos elevados índices de encarceramento por tráfico de drogas e as incontáveis mortes causadas pela "guerra às drogas", sem obtenção de êxito na derrota desse "inimigo global", depois do evento de 11.09.2001, a "guerra ao terror", desencadeada pelo Governo George Bush, intensificou o combate ao narcotráfico, associado mais uma vez ao terrorismo, só que desta vez relacionado não ao financiamento da subversão "ideológica", mas à ação "fundamentalista" ou apenas "criminosa".[30] Cabe salientar a impropriedade do uso do termo narcotráfico pelas agências de controle social e pelos meios de comunicação, uma vez que na América Latina não temos problemas relacionados aos derivados do ópio (narcóticos).

O proibicionismo em torno das drogas amplia o âmbito de competência do poder punitivo, denominado por Raúl Zaffaroni "poder configurador positivo" do sistema de justiça criminal que, sob o pretexto de "prevenir, vigiar ou investigar", adquire um verdadeiro poder político, sendo ao mesmo tempo um "poder legal", mas que exerce um "poder punitivo paralelo" à margem das instituições, conhecido como "sistema penal subterrâneo".[31] Este é o ponto de inflexão para a redução o *Estado de Direito* e a expansão do *Estado de Polícia*.

A criminalização da fabricação, distribuição, comércio e uso das substâncias psicoativas é o principal fator desencadeador da violência criminal na atualidade, assim como é a responsável pelos efeitos mais nefastos relacionados às drogas ilícitas: a falta de controle de qualidade da droga;[32] o recrudescimento da violência, da corrupção policial e política, da intolerância, do desrespeito aos direitos fundamentais, sendo que a falta de regulamentação e controle associada à elevada lucratividade da atividade[33] leva a disputas territoriais violentas, e ao surgimento de novas substâncias mais baratas, mais acessíveis e ainda mais prejudiciais à saúde.

---

30. RODRIGUES, Thiago. Op. cit., p. 307-308.

31. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol. I, p. 52-53.

32. KARAM, Maria Lucia. "Guerra às drogas" e criminalização da pobreza. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (org). *Estudos críticos sobre sistema penal: homenagem ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos por seu 70.º aniversário*. Curitiba: LedZé, 2012. p. 684 e 694.

33. BARATTA, Alessandro. Introdução à criminologia da droga. In: ELBERT, Carlos Alberto. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*.Buenos Aires: B de F, 2004. p. 132.

3. ENCARCERAMENTO EM MASSA, TOLERÂNCIA ZERO E DIREITO PENAL DO INIMIGO

Em um interessante estudo sobre os EUA e o grande encarceramento que teve início nos anos 50, foi possível verificar que a maior parte das pessoas presas era negra. Na década de 1990 esse índice aumentou vertiginosamente. Especialmente em 1993 o número de encarcerados nos EUA era cinco vezes maior do que o dos demais países da OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, integrada pela Europa, Canadá, EUA e Japão – e 20 vezes maior se levada em consideração a população afrodescendente. Isso aparece para a população como sendo o resultado de um aparente crescimento da criminalidade, e não como resultado de uma política pública repressiva, de intolerância e também como uma forma de controlar o mercado e as taxas de desemprego, pois o encarcerado é excluído dessas estatísticas.[34]

Se observado o índice de violência dos EUA, verificar-se-á que é igual ao dos demais países, mas os norte-americanos punem mais os delitos envolvidos com drogas, além do furto, estabelecendo penas mais longas e severas. Constata-se, portanto, que "É a guerra contra o crime e a droga, e não o crescimento da criminalidade, o grande responsável pela espetacular expansão do sistema penal americano".[35] O que se verificou nos últimos tempos foi, portanto, um encarceramento em massa, especialmente em razão da adoção de políticas repressivas quanto à produção, à distribuição e ao consumo de entorpecentes.

Numa visão interessante sobre o número de encarcerados no mundo, inspirada na obra de Van Gogh, a Ronda dos Presos, Pavarini afirma que se toda a população mundial que teve uma experiência com o cárcere desse as mãos formaria uma longa fila capaz de dar quase duas voltas ao mundo na altura da linha do Equador.[36]

O discurso autorizador do encarceramento em massa, amplamente divulgado pela mídia, é o discurso de lei e ordem e da tolerância zero, importados dos EUA, assim como o discurso do direito penal do inimigo, ambos defendendo a

34. WESTER, Bruce; BECKETT, Katherine; HARDING, David. Sistema penal e mercado de trabalho nos Estados Unidos. In: BOURDIEU, Pierre (org.). *De L'Etat social al Etat penal. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade,* n. 11, ano 7. Rio de Janeiro. Revan, 2002. p. 43.

35. Ibidem, p. 46.

36. PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México, D.F.: Siglo XXI Ed., 2010. p. 295.

crença na pena como a panaceia da sociedade moderna que sofre com o grande mal da criminalidade relacionada aos entorpecentes.

O movimento de lei e ordem foi uma verdadeira volta aos tempos da caça às bruxas, pois: instituiu a perseguição aos pobres; incentivou a criminalização primária, inflacionando o sistema penal de leis repressoras criminais esparsas; causou o endurecimento das penas e restringiu os direitos e as garantias do cidadão, fazendo propaganda das medidas repressivas como remédio para os males sociais, através dos meios de comunicação de massa.

Wacquant argumenta que a política da tolerância zero serviu para orientar a gestão policial e judiciária no sentido de contenção da "pobreza que incomoda", "que causa desordem no espaço público", prestando-se essa política a aumentar a sensação de insegurança da sociedade e de incômodo em relação a essa pobreza, propagando-se esses fundamentos, juntamente com a "retórica militar da 'guerra' ao crime e da 'reconquista' do espaço público" com grande velocidade para outras nações, amplamente utilizados com fins eleitoreiros.[37]

A política de tolerância zero, como parte do pacote lei e ordem, começou em Nova Iorque, sob a administração do Prefeito Giuliani, e alastrou-se pelo mundo sob o *slogan* "em Nova York sabemos onde está o inimigo".

Nessa esteira também se constrói o discurso do direito penal do inimigo, muitas vezes identificado na figura do traficante de drogas. Segundo o direito penal do inimigo, os indivíduos se relacionam por meio da lei e aquele que não a respeita, cometendo delitos que não de mera bagatela, deve ser tido como inimigo e submetido à pena, ao cárcere, para impedir o cometimento de novos atos, sem processo de julgamento dotado das garantias legais. Ou seja, ele deve ser separado daqueles que admitem estar submetidos a uma ordem constitucional, daqueles que são admitidos na categoria de cidadão.

Jakobs afirma que o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma enquanto o direito penal do inimigo combate a periculosidade. Para ele, não deve ser tratado como pessoa quem "não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal" para não vulnerar o direito à segurança das demais pessoas.[38] Por isso, o inimigo não é punido conforme a sua culpa-

37. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2001. p. 30.

38. JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio (org.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 42.

bilidade, mas segundo a sua periculosidade; não se pune com pena, mas com medida de segurança; as medidas contra ele não se voltam para os fatos, mas se dirigem ao futuro[39] e ao perigo que ele representa. Em síntese, o inimigo não é um sujeito de direito, mas um objeto de coação.

Jakobs pretende que essa expressão "direito penal do inimigo" seja vista como prática de um sistema penal autorizada pelo soberano em defesa da ordem e o do estado de direito.[40] Aos inimigos estariam suprimidas todas as garantias processuais constitucionais conquistadas com o Estado Democrático de Direito, pois Jakobs afirma que não seria necessária uma forma jurídica processual para apurar tais crimes, a forma de justiça toma a forma de guerra:

"Em um processo, que (...) certamente não pode ser designado como conforme à Justiça, mas [pode ser designado] muito bem como conforme à guerra, tenta o Estado (...) destruir as fontes dos terroristas e tornar-se senhor deles mesmos, melhor ainda, matá-los imediatamente, assumindo o risco, no caso, também da morte de pessoas inocentes, conhecido como dano colateral".[41]

A pena e, antes dela, a criminalização dessas condutas seriam uma reação ao feito que ataca a vigência da norma proibitiva, buscando realizar sua manutenção e afirmação, servindo para evitar o cometimento de novos delitos por meio da exclusão do delinquente, ou seja, neutralização por meio do cárcere. Como a relação entre cidadãos se dá pelo estabelecimento de direitos e deveres, a relação com inimigos ocorre pela coação, violência e exceção, ou seja, fora do âmbito legal.[42]

O direito penal do cidadão é o direito penal de todos, enquanto o direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado. O cidadão é alguém que após ter praticado um crime ainda oferece garantias de que poderá conduzir-se como pessoa que age com fidelidade ao direito, mas o inimigo não oferece tal garantia. O inimigo é aquele que pratica delitos de maneira duradoura, envolvido com organizações criminosas volta-

39. JAKOBS. Op. cit., p. 43-44.

40. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 21.

41. JAKOBS. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004. In: HRRS – März 2004, Caderno 3, p. 88. Disponível em: [www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/indez.php3?seite=6]. p. 93 Apud CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. *LiberAmicorum: homenagem ao Prof. Dr. António José Avelãs Nunes*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 549.

42. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel. Op. cit., p. 25-26.

das ao tráfico, por exemplo,[43] ou seja, aqueles que foram empurrados para o mercado informal-ilegal, para garantir a sua subsistência e/ou vício. Estes não merecem ser tratados como cidadãos. Nesse caso, a pena se destina não só a evitar práticas criminosas futuras, mas também à própria eliminação do perigo. O direito penal do inimigo é uma teoria que legitima a incapacitação seletiva, tecnocrática e até mesmo o extermínio,[44] e a sua importação só pode ter efeitos deletérios para a América Latina que convive com um elevado número de mortes produzidas pelo sistema de justiça criminal.

As políticas de lei e ordem, da década de 1970, e de tolerância zero, da década de 1990, importadas dos Estados Unidos, têm servido de base para a estruturação das políticas de segurança pública brasileiras. Da mesma maneira, nossa política criminal de drogas se alinha ao proibicionismo norte-americano, às convenções e aos protocolos internacionais para o combate às drogas, tomando o traficante como o inimigo interno do Estado.

Segundo Nilo Batista, o período de combate às drogas no Brasil pode ser dividido em dois: o sanitário e o bélico. O período "sanitário" (1914-1964) inicia-se logo após a subscrição do protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, em 1912. Trata-se do modelo higienista de internação compulsória que durou ao menos meio século (o usuário de drogas ou adicto era tratado como doente, não era criminalizado). A partir de 1921, sob influência da Conferência de Haia (1912), surge o Decreto Legislativo 4.294/1921 que revoga o art. 159 do CP/1890, introduzindo o termo "substância entorpecente" no direito penal brasileiro.[45]

O período bélico, por sua vez, tem como referencial o golpe de estado de 1964 (embora ainda se mantenha de modo residual o modelo sanitário). Esse período foi marcado por movimentos estudantis e sociais contestatórios, contraculturais, duramente reprimidos pela Ditadura Militar, que se alinhava aos Estados Unidos na polarização entre países de socialismos reais e países capitalistas. Assim, no cenário de relações internacionais militarizadas contra o "inimigo externo", a doutrina de segurança nacional opera com o conceito de "inimigo interno" para tratar dos dissidentes políticos do regime militar, o qual sobrevive ao fim da Guerra Fria, encontrando abrigo no sistema de justiça

43. Ibidem, p. 39-41.

44. PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos. Criminalidade, exclusão e insegurança*. Trad. Juarez Cirino dos Santos; Aliana C. Simon. Curitiba: ICPC, 2012. p. 169.

45. BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Discursos Sediciosos* n. 5-6. Rio de Janeiro: Revan, 1998. p. 79-81.

criminal. As drogas eram vistas pelos militares como estratégia comunista para "envenenar" a juventude ocidental e o seu enfrentamento deveria se dar a partir de dispositivos bélicos.[46]

Segundo Vera Malaguti Batista, no período de transição da ditadura para a democracia (1978-1988), no Brasil, o "inimigo interno" passa a ser o traficante em vez do "terrorista", pois o sistema de controle social, inclusive o midiático, "convergiu para a confecção do novo estereótipo. O inimigo, antes circunscrito a um pequeno grupo, se multiplicou nos bairros pobres, na figura do jovem traficante",[47] passando esses jovens a receberem um tratamento penal bélico.

4. A SEGURANÇA PÚBLICA E A CRESCENTE MILITARIZAÇÃO DA "GUERRA CONTRA AS DROGAS"

A tendência do Estado, com o avanço da globalização neoliberal, é a de redução dos gastos públicos, impostos e taxas, flexibilização dos direitos trabalhistas e redução do sistema de proteção social, nesse sentido, tende a ser minimalista nas políticas de proteção social e, paradoxalmente, maximalista no que se refere à intervenção repressiva para a manutenção da lei e da ordem. O combate ao crime possui um apelo simbólico a um Estado que não oferece muito mais, daí a promessa de mais polícia, leis mais severas, mais prisões, guerra ao tráfico e exército nas ruas, como se o problema da segurança pública fosse realmente o nosso principal problema e a repressão penal e bélica o principal remédio. Os tentáculos do "panpenalismo" se dirigem para a população marginalizada que é vista como responsável pelo tráfico e uso de drogas, e para os bairros pobres como lugares de bandidos perversos, homicidas violentos, desempregados, vagabundos, desocupados, imorais.

O Estado investe na tecnologia das câmeras de vigilância, no mapa do crime, no boletim eletrônico, e delega espaços à segurança privada, cujo mercado se expandiu significativamente nos últimos anos. Além de utilizar o discurso alarmista sobre insegurança e reforçá-lo com pesquisas de opinião, com a voz de especialistas, com estatísticas criminais, recomendam-se soluções simplistas como mais polícia, mais penas e uma campanha da "cultura de paz", que paradoxalmente produz efeitos de guerra. O termo mais correto seria "Paz Armada", conforme o título do livro de Vera Malaguti Batista sintetiza muito bem.

46. Ibidem, p. 85-86.

47. BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 40.

O tema segurança é tratado em tom de alarmismo social, em que se reúnem os mais diversos problemas e conflitos numa coisa só, criando a falsa imagem de que a questão relevante é a segurança pública, e aí se encaixam desde brigas escolares, reunião de jovens em bares ou praças, o sentimento de insegurança da população (que às vezes é fomentado midiaticamente, e não é real, mas subjetivo), até a questão do uso e do tráfico de drogas.

O discurso sobre segurança reduz o termo crime e o termo violência, tomando-os como sinônimos e utiliza o termo insegurança como consequência desse silogismo. No entanto, o termo segurança envolve, além da segurança em face de todos os bens jurídicos protegidos pelas leis penais, a segurança nas relações de trabalho, econômicas, pessoais, relacionais. Essa redução da segurança pública à segurança da esfera criminal legitima a intervenção do estado por meio dos seus aparelhos repressivos, em especial a polícia, para a contenção dos marginalizados sociais.

Por isso, na tentativa de discutir sobre essa concepção de segurança, é necessário recorrer a Baratta. Para ele, segurança, a partir do ponto de vista do direito, é entendida como o "direito à segurança", no entanto sob uma perspectiva sociológica, a segurança se daria através do direito, ou seja, como segurança dos direitos.[48] E essa diferença, apesar de sutil, revela a oposição entre uma política inclusiva e exclusiva do social, pois reside no que se considera possível realizar, a partir de uma perspectiva prática. A velha ordem do *welfare* era inclusiva, pois ainda que impregnada de uma cultura positivista do direito, o Estado social de direito procurava reduzir os déficits gerados pelo livre mercado, cujo interesse estava dirigido a quem é pobre no sentido financeiro, cultural, educacional, ou simplesmente moral.[49]

A nova ordem democrática, que se converteu da "segurança democrática" para a "democracia da segurança", segundo Pavarini, alterou os postulados do Estado social do direito do crime para a vítima; do tratamento público do delito para a privatização da resposta à questão criminal; "da prioridade da categoria do déficit (e, por conseguinte da liberação da necessidade) à centralidade do risco, ou seja, do cálculo do perigo"; do interesse nas causas para a preocupação com as consequências; da prevenção social para a prevenção atuarial; "em síntese: de um modelo inclusivo (ou "bulímico") a um exclusivo (ou "anoréxico")".[50]

48. BARATTA, Alessandro. *Introdução à criminologia da droga*. p. 201.

49. PAVARINI, Massimo. *Democracia y seguridad*. p. 7.

50. Ibidem, p. 7-8.

O que se tem hoje é uma política voltada ao "direito à segurança", ou no sentido de uma "democracia da segurança", que busca atender aos direitos dos cidadãos garantidos à custa dos direitos dos excluídos. Essa situação causa uma "(...) redução da segurança jurídica que, ao mesmo tempo, gera o sentimento de insegurança na opinião pública e se alimenta dela".[51]

No entanto, o que Baratta recomenda é que se tenha uma política na direção contrária, ou seja, de segurança dos direitos, de "(...) proteção e satisfação dos direitos fundamentais (...)" para todos ou ao menos para a maioria, pois, preservando os direitos fundamentais, ter-se-ia uma verdadeira condição de segurança. Nessa perspectiva, concordamos com a luta de Baratta para a construção de um mundo mais igualitário e inclusivo,[52] no sentido da segurança dos direitos para todos.

A política do direito à segurança se dirige exclusivamente para a população cujos papéis sociais no processo produtivo são precários ou inexistentes, mostrando a contradição entre a economia e o social, pois se têm ao mesmo tempo indicadores econômicos assinalando um crescimento do capital e indicadores sociais de desenvolvimento humano baixos, é "A produção de riqueza paga com o empobrecimento e o subdesenvolvimento (...)".[53]

Não é espantoso que essa política do direito à segurança tenha-se formado a partir da crise do *welfare state*, pois ela nasce no processo de privatização do bem segurança, que se transforma em um bem privado.[54]

O termo segurança, como visto, se torna uma mercadoria midiática e política amplamente explorada. Wacquant afirma que essa exploração é "pornográfica", pois a prioridade é fazer da segurança um espetáculo.[55]

Segurança pública é compreendida pela mídia e dirigida pelo Estado sob o paradigma policialesco, como sendo a repressão dos pobres e das

51. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 203.

52. Ibidem, p. 204.

53. Ibidem, p. 210-211.

54. PAVARINI, Massimo. Do Front Italiano: La metáfora della guerra e la democracia di sicurezza. A proposito del "pacchettosicurezza": Legge 15 luglio 2009, n. 94. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (org). *Estudos críticos sobre sistema penal: homenagem ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos por seu 70.º aniversário*. Curitiba: LedZé, 2012. p. 450.

55. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 9-10.

periferias, especialmente daqueles que estão inseridos no mercado ilegal de entorpecentes.

Rafael Ferreira Vianna, delegado e blogueiro sobre o tema da segurança pública, afirma que a própria Constituição Federal brasileira[56] vincula a segurança pública aos órgãos da polícia federal, civil e militar.[57]

Para David H. Bayley, polícia são "(...) pessoas autorizadas por um grupo para regular as relações interpessoais dentro deste grupo através da aplicação de força física". Quanto ao uso da força física, diz o autor, ela significa a possibilidade, a autorização para fazer uso dela, não que ela deve ser obrigatoriamente utilizada. E esse grupo de pessoas que a autoriza pode ser o Estado ou outro grupo, embora no Brasil a polícia seja submetida ao Estado. A polícia serve, assim, para afastar o exército da ordem interna.[58]

Esse uso da força física deve ser legitimado, deve ser aceito pelo grupo de pessoas que se submetem a esse controle, mas essa legitimação também pode se dar por meio da força ou por meio do consenso; ainda que uma maioria esteja submetida a uma minoria, essa legitimação se dá em nome da comunidade.[59]

A polícia, assim como as forças armadas, é encarregada de garantir a ordem social e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, segundo a Constituição Brasileira, que em tese é correspondente da vontade desse grupo, sendo a polícia dirigida para realizar essa atividade dentro dos limites territoriais do Estado, enquanto as forças armadas atuam na região de fronteira.

No entanto, a carreira policial por muito tempo espelhou-se na atividade do exército, até mesmo por razões constitucionais e históricas, tendo a questão da preservação da ordem como pano de fundo, criando-se instituições-espelho,

56. "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
I – polícia federal;
II – polícia rodoviária federal;
III – polícia ferroviária federal;
IV – polícias civis;
V – polícias militares e corpos de bombeiros militares."

57. VIANNA, Rafael Ferreira. *Diálogos sobre segurança pública: o fim do estado civilizado*. Curitiba: Íthala, 2011. p. 15.

58. BAYLEY, David H. *Padrões de policiamento: Uma análise internacional comparativa*. Trad. Renê Alexandre Belmonte. 2. ed. 1. reimpr. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2006. p. 20.

59. Ibidem, p. 22.

ambas de matriz militar.[60] A libertação da subordinação da polícia em relação ao exército no Brasil, segundo Cristina Buarque de Hollanda, ocorreu quando o governo Brizola (1983 – 1986) descentralizou a polícia e esta passou a submeter-se à orientação do poder político estadual, ou seja, "o governador passou a coordenar o comando das polícias, inaugurando, no Rio de Janeiro, a prática de orientação da força pública pelo poder político civil".[61]

Essa mentalidade ostensiva e militarizada, contudo, ainda orienta a polícia que atua no controle territorial interno, especialmente porque o uso da força física, real ou potencial, é gerador de violência em face daqueles que devem ser controlados, que violam a ordem pública e que são percebidos como inimigos.

Combina-se a essa ostensividade originada nas forças armadas e o autoritarismo político, como fatores que influenciam a atuação policial. Esse autoritarismo do governo se reflete diretamente na ação policial, sendo considerado autoritário um Estado que tem uma polícia repressora, ao mesmo tempo em que a repressividade da polícia reflete igualmente um governo pouco democrático.[62]

Segundo Bayley, alguns estudos demonstram que o poder da polícia é maior em países com grandes diferenças sociais, baixos níveis de escolaridade, de emprego qualificado e de renda, pois nessas situações as desigualdades implicam problemas sociais que são controlados pela polícia. Assim, quanto maior a desigualdade, maior o poder da polícia.[63]

Presume-se, segundo Albrecht, que o trabalho policial seja orientado por um "princípio de oportunidade fático". Ao se considerar a ampla gama de leis penais proibitivas de inúmeros comportamentos, e admitindo que a polícia ao tomar conhecimento de uma situação que se amolde ao tipo penal, segundo o princípio da legalidade, deve obrigatoriamente investigar tal fato, percebe-se que realizar essa tarefa seria impossível. Não há e jamais haverá recursos disponíveis para tamanha promessa de criminalização. Claro que isso não ocorre, pois há um filtro nos fatos que são levados ao conhecimento policial; conhecimento esse que pode ser obtido por ações proativas, as quais partem da polícia quando há suspeita de um crime, normalmente nos casos em que não se tem uma vítima, tal como no tráfico de drogas, ou por situações relata-

60. HOLLANDA, Cristina Buarque. *Polícia e direitos humanos: política de segurança pública no primeiro Governo Brizola.* (Rio de Janeiro: 1983 – 1986). Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 76-77.

61. Ibidem, p. 79.

62. BAYLEY, David H. Op. cit., p. 203.

63. Ibidem, p. 92.

das pelas supostas vítimas. Esse filtro é estabelecido por vários critérios como a aparência da pessoa noticiante e do suspeito, o local onde o fato ocorreu, o "poder de queixa e [os] conhecimentos jurídicos", a cooperação e a submissão do suspeito, além de critérios profissionais, tais como um profissional desleixado, preguiçoso e outro dedicado, sendo este último normalmente motivo de chacota do restante da equipe,[64] revelando, assim, a discricionariedade e a incidência das metarregras que envolvem a atividade policial. A polícia hoje teria a "complexa e contraditória" função de "controle de classes", junto com a função de "controle social geral", estando alguns grupos mais expostos à repressão policial ou mesmo esquecidos em razão de suas carências.[65]

Em um estudo sobre segurança pública são apresentadas três hipóteses para explicar o fenômeno da degradação da segurança pública no Brasil: "a falta de recursos"; a falta de tecnologias e métodos de prevenção e controle do crime; e por fim a falta de interesse em modificar a questão, pois ações efetivas implicariam a perda de status de determinados grupos sociais. A falta de recursos envolveria a ausência de investimentos na contratação de mais policiais e aparatos policialescos, o que por si só não é capaz de explicar a realidade brasileira. A ausência de tecnologias e métodos igualmente não é possível de ser um argumento plausível, pois existem experiências bem-sucedidas em outros países. Logo haveria a necessidade de se romper com esses privilégios e de se tratar a questão de segurança como de ordem socioeconômica.[66]

No entanto, o debate sobre segurança pública não olha para a realidade, sendo apenas um discurso retórico e politizado que constrói mitos sobre o tema, os quais constituem barreiras a uma discussão preocupada e comprometida. Esses mitos são tomados como verdades e, aceitos pela sociedade, legitimam a ação das autoridades.[67] São eles:

- segurança pública é caso de polícia;
- é preciso uma polícia dura, os direitos humanos deveriam existir apenas para cidadãos de bem;

64. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal.* Trad. Juarez Cirino dos Santos e HelenaSchiessl. Curitiba: ICPC, 2010. p. 282-283.

65. REINER, Robert. *A política da polícia.* Trad. Jacy Cardia Ghirotti; Maria Cristina Pereira Cunha Marques. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2004. p. 536-541.

66. CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir; CARVALHO, Alexandre. O jogo dos sete mitos e a miséria da segurança pública no Brasil. In: CRUZ, Marcus Vinicius Gonçalves da; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira (org). *Homicídios no Brasil.* Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 141-142.

67. Ibidem, p. 143.

- o problema é social, a polícia só pode enxugar gelo;
- a questão é muito complexa, depende de toda a sociedade, e os governos pouco ou nada podem fazer;
- o problema é meramente de falta de recursos; com mais dinheiro os problemas serão resolvidos;
- com mais viaturas e policiais resolveremos o problema;
- com o crescimento econômico o problema será resolvido.[68]

Essa crença na polícia e no punitivismo abriu caminho no Brasil para a implantação da segurança cidadã, pautada na gestão do medo como mercadoria, pois é o medo que legitima a "função repressiva e faz aumentar os recursos outorgados à polícia",[69] da qual se cobram resultados compreendidos como mais prisões, mais apreensões, elevação da taxa de elucidação de delitos e contraditoriamente redução da criminalidade.[70] Por isso o governo brasileiro, em vários estados que receberão a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos, passou a adotar a política da polícia comunitária e da segurança cidadã, tendo tido maior repercussão midiática a implantação das Unidades de Polícia Pacificadora no Rio de Janeiro.

4.1 Segurança cidadã e as UPPS: o elevado número de mortes nos enfrentamentos policiais

No que toca à polícia comunitária, cabe a ela participar da prevenção ao crime, ou seja, evitar que essas condutas ocorram, ao se propor à modificação da tradicional forma de atuação policial que somente age quando chamada, ou seja, originalmente a mentalidade policial é reativa e não preventiva.

Segundo Aguiar Serra e Zaccone, o policiamento comunitário apresenta algumas características:

"1. *Fonte de autoridade*: além da lei e profissionalismo, acrescenta o aspecto político, particularmente referente ao apoio comunitário.

2. *Função*: prioriza a prevenção do crime através da metodologia da resolução de problemas; não abandona o controle do crime.

68. Idem.

69. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 250-251.

70. ZACCONE, Orlando; SERRA, Carlos Henrique Aguiar. Guerra é paz: os paradoxos da política de segurança de confronto humanitário. In: BATISTA, Vera Malaguti (org). *Paz armada*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012. p. 24.

3. *Planejamento organizacional*: utiliza estratégias descentralizadas, forças-tarefa ou modelo matricial e outras técnicas advindas das concepções modernas de administração.

4. *Relacionamento com o ambiente*: consultas à população; atenção às preocupações da comunidade, sem desprezar os valores da lei e do profissionalismo.

5. *Demandas*: são oriundas das análises dos problemas que afetam as comunidades.

6. *Táticas e tecnologia*: policiamento ostensivo a pé, solução de problemas e outras que possam servir de solução para a prevenção do crime.

7. *Resultados*: qualidade de vida e satisfação dos cidadãos".[71]

A polícia comunitária é a polícia que faz a ronda a pé, a polícia que está em constante contato com a população do local policiado, porém alguns autores dizem que a polícia de ronda tem apenas o objetivo de se infiltrar na comunidade para obter informações mais precisas sobre a criminalidade.[72] E o que se verifica é que, mesmo que a ideia de polícia comunitária seja de uma polícia desmilitarizada, as raízes históricas e a formação policial ainda não estão ajustadas a esse padrão preventivo e sim, ao da prática de atrocidades em nome da guerra ao crime.

A ideia do policiamento comunitário retornou ao discurso da segurança pública brasileira quando se viu no Rio de Janeiro a implantação das UPPs – Unidades de Policiamento Pacificadoras, inspirada no modelo de policiamento praticado em Bogotá, capital da Colômbia, que busca, após uma intervenção maciça da polícia especializada do Bope – Batalhão de Operações Especiais, em conjunto com o exército nacional, espantar ou matar os traficantes de drogas, para estabelecer unidades de polícia nas favelas e implantar policiais com o objetivo de se aproximarem dos moradores.

Melhor dizendo, inicialmente autoriza-se a entrada do exército nas comunidades para que realize uma "limpeza" das pessoas envolvidas com o tráfico de drogas, as quais supostamente encontram-se relacionadas com toda a criminalidade ocorrida nesses territórios. Assim, resta aos traficantes a fuga, a prisão ou a morte nas "pacificações".

Mais do que uma proposta eficaz de policiamento comunitário, a UPP é na verdade uma grife, pois está relacionada à imagem do bem-estar e da segurança

71. Idem, p. 41-42.

72. REINER, Robert. Op. cit., p. 123.

cidadã, a qual vem sendo "comprada" por vários estados brasileiros, ainda que se tenham uma realidade bastante diversa.

Em recente entrevista ao *Le monde diplomatique Brasil* o coronel da Polícia Militar que encabeçou o projeto das UPPs admite que as unidades de pacificação estão sendo instaladas nas áreas próximas aos eventos da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos: "O coronel Robson Rodrigues, da Polícia Militar do Rio, uma das cabeças pensantes do projeto de pacificação, reconhece de bom grado: 'Realmente são as Olimpíadas que ditam nossa escolha. Eu diria até que, sem esse evento, a pacificação nunca teria acontecido'".[73]

A localização dessa polícia de pacificação nas áreas estratégicas que ajudarão a formar um cinturão de proteção para o acontecimento dos Jogos Olímpicos e da Copa do Mundo aprofunda as diferenças sociais e a segregação socioespacial[74] na cidade, além de promover mais violência.

A instalação das UPPs no Rio de Janeiro tem elevado a violência e a violação de direitos individuais nas áreas ocupadas. Especialmente problemática é a utilização das Forças Armadas para intervir em conflitos civis. A militarização da segurança pública envolve o risco da "policização" das Forças Armadas e tantos outros riscos à democracia e aos direitos fundamentais quando se confunde poder militar e poder punitivo, no Estado de Direito: "onde há guerra não pode haver direito".[75]

O sistema de justiça criminal opera de modo seletivo sobre os setores mais vulneráveis da sociedade: seleção criminalizante, vitimizante e policizante.[76] Em regra, os criminalizados, as vítimas de crime e os policiais são extraídos da mesma classe subalterna. A policização a que se refere Zaffaroni diz respeito ao modo como os agentes policiais são condicionados institucionalmente. Mesmo que os orçamentos das agências sejam elevados, os salários desses agentes são

73. VIGNA, Anne. UPP: o poder simplesmente mudou de mãos? *Le monde diplomatique Brasil*, 07.01.2013. Disponível em: [http://diplomatique.org.br/artigo.php?id=1328]. Acesso em: 11.01.2013.

74. BATISTA, Vera Malaguti. O alemão é muito mais complexo. In: BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Paz armada*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 58.

75. BATISTA, Nilo. Ainda há tempo de salvar as Forças Armadas da cilada da militarização da segurança pública. In: BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Paz armada*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 51.

76. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol. I, p. 56.

precários (apesar de se exporem constantemente ao risco de morte), ao mesmo tempo em que são submetidos a uma hierarquia rígida, autoritária, corporativa, sem a possibilidade de uma organização sindical livre para lutar pela melhoria das condições de trabalho e melhor distribuição de recursos. Como resultado, às vezes a agência de prevenção de delitos se mantém mediante a prática de delitos, produzindo a deterioração ética dos agentes, os quais, além disso, terminam rotulados com uma imagem negativa que não se atribui aos verdadeiros responsáveis pela manutenção das estruturas institucionais que determinam tais práticas delitivas.[77]

Nessa esteira, segundo Vera Malaguti Batista, o deslocamento do modelo de "segurança nacional" para o de "segurança urbana", pós-ditaduras militares, produz violência policial dos agentes, os quais se tornam também clientela do sistema de justiça criminal:

"É o caso emblemático do Trovão, policial civil incensado pela mídia no primeiro massacre do Alemão, em que aparecia fumando um charuto sobre corpos negros e ensanguentados num beco daquela favela, trajando roupas de guerra. Hoje, é ele que se adapta ao conceito de vida nua de Agamben. A licença para matar produz um embotamento da capacidade de negociar melhorias trabalhistas, além de adoecer os agentes e, suas famílias, jogados depois à própria sorte".[78]

Nesse cenário de "guerra às drogas" não há vitoriosos, com exceção da indústria privada de segurança e de controle do crime e os altos lucros daí advindos. A sociedade sai perdendo e seus efeitos perversos podem se verificar no aumento da violência, da corrupção, do desrespeito aos direitos fundamentais e especialmente no risco ao Estado Democrático de Direito.

"Quando se associa política criminal ao paradigma da guerra, tem-se que contar com o elevado número de 'baixas' daí resultantes. A política criminal de 'guerra às drogas' tem sido a maior responsável pela criminalização e pelo extermínio da juventude pobre e negra no país.(...) Belchior e Alves afirmam existir uma 'necropolítica racial brasileira' que coloca o negro como alvo principal do terror policial e da violência homicida (embora não seja a polícia a única força exterminadora). Segundo um prognóstico decorrente da pesquisa realizada conjuntamente pela Secretaria Especial de direitos humanos, Unicef e Observatório de Favelas, aproximadamente 33,5 mil jovens seriam mortos entre 2006 e 2012, sendo que os jovens ne-

77. Ibidem, p. 56.

78. BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit., p. 68-69.

gros correm três vezes maior risco de serem executados quando comparados aos brancos".[79]

A polícia brasileira, apesar de honrosas exceções, possui uma tendência a considerar o Estado Democrático de Direito como um obstáculo à sua atuação na segurança pública. São muitos os casos de morte em "autos de resistência", de tortura e de corrupção denunciados pelos organismos de direitos humanos e essa realidade não mudou com as UPPs e UPSs, ao contrário, os habitantes de bairros pobres e dos morros têm medo da polícia, são constantemente constrangidos ilegalmente pelas famosas "averiguações" ao entrarem ou saírem das favelas para o trabalho. A tendência é a de que quanto maior a desigualdade social, mais violenta e corrupta seja a polícia, pois é ela que tem de fazer o "trabalho sujo" para a manutenção do *status quo* das elites do poder econômico e político.

5. A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO HEGEMÔNICO NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO EM TORNO DOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

Para Zaffaroni, o inimigo do direito penal sempre existiu na história do direito penal, ainda que nominado de diferentes formas.[80] Modernamente, o inimigo são as drogas e seus produtores, distribuidores e consumidores contra as quais se declarou guerra.

Esse modelo propagandístico da guerra contra as drogas é o que Zaffaroni chama de *völkisch*, o qual "consiste em alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez".[81] Esse espírito autoritário, inspirado no *völkisch*, é imitado no restante do mundo e em especial na América Latina, tendo como o principal mecanismo de transmissão desse autoritarismo a mídia de massa.[82] "Os serviços de notícias e os formadores de opinião são os encarregados de difundir esse discurso".[83] Assim se vende a crença de que aumentando a repressividade das leis penais e do po-

79. ARGUELLO, Katie. Processo de criminalização e marginalidade social. In: BOZZA, F.; ZILIO, J. (org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos*. Curitiba: LedZé, 2012. p. 204.

80. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 23-24.

81. Ibidem, p. 57.

82. Ibidem, p. 72.

83. Ibidem, p. 75.

liciamento contra os vulneráveis e marginalizados, ou seja, legitimando direta ou indiretamente todos os meios de violência, as pessoas estarão mais seguras, bem como ao combater o tráfico de drogas, é possível reduzir diversas outras formas delitivas porque a criminalidade em geral está intimamente ligada à criminalidade dos entorpecentes.

Carlos Nelson Coutinho, em seus estudos sobre Gramsci, trata da formação do conceito de hegemonia naquele autor e postula a necessidade de uma dominação hegemônica como precedente à conquista do poder,[84] a qual se faria sob o domínio da direção político-cultural das forças sociais, juntamente com o controle das forças produtiva e econômica.[85]

Nesse sentido, para que ocorra uma mudança na direção política da sociedade, é necessário buscar anteriormente a dominação cultural do proletariado e das classes subalternas, defendendo os interesses de todas as classes, formando, assim, uma aliança contra o capitalismo[86] por meio de certas afinidades culturais.[87]

Os veículos midiáticos podem ser utilizados como um aparelho privado de hegemonia dos interesses que circundam os grupos de poder do Estado, ou seja, utilizados para produzir consensos culturais, especialmente, neste caso, o consenso sobre a utilização da violência institucional no controle do desvio e na guerra às drogas.

O discurso do senso comum midiático aspira à hegemonia em face do discurso acadêmico-científico e autoriza o agir das agências executivas do sistema penal, no sentido de festejar o "dogma penal como instrumento básico de compreensão dos conflitos sociais".[88]

Os meios de comunicação de massas criam verdades e realidades, tal como explica o Teorema de Thomas, segundo o qual "se as pessoas definem certas situações como reais, elas são reais em suas consequências",[89] construindo,

84. COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 70.

85. Ibidem, p. 64-65.

86. Ibidem, p. 68.

87. Ibidem, p. 73.

88. BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade*, n. 12, ano 7, p. 271-288, Rio de Janeiro, 2.º semestre de 2002. p. 286.

89. W.I. Thomas and D.S. Thomas.*The child in America: Behavior problems and programs*. New York: Knopf, 1928: 571-572. Apud FELSON, Marcus. *Crime and nature*.

portanto, uma realidade social capaz de produzir a mobilização social em um ou em outro sentido, dependendo dos interesses ou constrangimentos daqueles que têm o poder de manipular o público, mediante o que Bourdieu chama de *efeito de real*.[90]

Portanto, a mídia, na qualidade de formadora da opinião pública, reproduz o discurso seletivo que igualmente é adotado pelo sistema penal e faz a população acreditar que o traficante é o inimigo e que ele pode ser eliminado a partir de políticas repressivas bélicas de combate.

Assim, seria preciso, como já salientara Baratta, superar esse discurso hegemônico produzindo um contradiscurso capaz de modificar a opinião pública, formada pelos *mass media*, e com um importante papel de mudança paradigmática das relações de hegemonia cultural, por meio do trabalho dos críticos capazes de construir uma nova ideologia.[91]

6. POR UMA POLÍTICA ALTERNATIVA DA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E PELA LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS

De acordo com o discurso oficial, política criminal é o "programa oficial de controle do crime e da criminalidade".[92] Segundo Juarez Cirino dos Santos, a política criminal no Brasil e em demais países periféricos se resume a uma "política penal negativa", instituída pelo código e legislações especiais que se limitam a definir crimes, aplicar penas e executá-las. Isso, quando o ideal seria que o Estado interviesse por meio de políticas públicas de "emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas" realmente capazes de mudar ou ao menos minimizar "as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como *determinações estruturais* do crime e da criminalidade".[93]

EUA: Sage Publications, 2006. p. 321.e-book. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=z2MuWAB3CSIC&pg=PT3&dq=The+child+in+America:+Behavior+problems+and+programs.+W.I.+Thomas+and+D.S.+Thomas.+New+York:+Knopf,+1928:+571-572&hl=pt-BR&source=gbs_selected_pages&cad=3]. Acesso em: 05.02.2013. p. 321.

90. BOURDIEU, Pierre. *A televisão*. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de janeiro: Ed. Jorge Zahar, 1997. p. 28.

91. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. p. 204-205.

92. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Curitiba: ICPC, 2012. p. 419.

93. Idem, ibidem.

O que caracteriza a política criminal de drogas em nosso país é exatamente essa política penal negativa, hoje sob efeitos nefastos de uma política que se utiliza de metáforas bélicas, embora se saiba que o recrudescimento da via punitiva e bélica seja incapaz de dirimir o consumo de drogas ilícitas, pois onde há demanda existirá a oferta, essa é uma lógica de mercado que vale para drogas lícitas e ilícitas, como para qualquer outro produto. Então, por que insistir numa política penal que produz mais encarceramentos, mortes, violência, corrupção e ainda agrava a condição do adicto em drogas, mediante a sua estigmatização e marginalização?

A Convenção de Viena de 1988 impôs a criminalização da posse para uso pessoal das drogas ilícitas. Portanto, viola o princípio da exigência de lesividade da conduta proibida e conflita com o art. 9.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que consagra a cláusula do devido processo legal: "Fonte positivada do princípio das liberdades iguais, o princípio da legalidade assegura que a liberdade do indivíduo é e deve ser sempre absoluta enquanto suas ações não atingirem ou não ameaçarem concretamente direitos de terceiros".[94]

No Brasil, atualmente, o art. 28 da Lei 11.343/2006 mantém a criminalização da posse para uso pessoal e afasta a imposição de pena privativa de liberdade, mas comina penas de advertência, prestação de serviços à comunidade, comparecimento a programa ou curso educativo e, se houver descumprimento, admoestação e multa. O fato de ainda ser considerado crime, mantém a estigmatização, fere o princípio da lesividade no direito penal e os direitos civis à liberdade, à intimidade e à vida privada, tutelados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, conforme observa Maria Lúcia Karam, "o reconhecimento da dignidade da pessoa impede sua transformação forçada".[95]

As políticas de redução de danos alcançaram um lugar de política social em alguns Estados como Holanda, Suíça, Inglaterra e Austrália.[96] O princípio que a norteia, inicialmente, é a constatação pragmática de que é impossível eliminar o uso de drogas ilícitas, daí a necessidade de medidas para proteger o usuário, visto que as políticas repressivas constituem um fracasso do ponto de

94. KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 29.

95. Ibidem, p. 30.

96. RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e a abolição das penas. In: PASSETI, Edson (coord.) *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 143.

vista da redução do consumo. Segundo Maurício Fiore, a redução de dano "se opõe às políticas que proíbem e combatem as drogas, considerando que, além de não conseguirem reduzir seu consumo, terminam por permitir que um mercado paralelo ameace o Estado e a sociedade de maneira violenta".[97]

A política criminal fundamentada na dignidade da pessoa humana deve caminhar ao lado de reformas descriminalizadoras e ser pautada por uma redução dos danos produzidos pelo abuso das drogas *ilícitas* ou *lícitas*, "tais como, a dependência química, a contração de doenças infectocontagiosas, a violência dos 'tratamentos' coercitivos e, em última instância, o sequestro realizado pelas instituições punitivas (cárcere e manicômios)".[98]

Na esteira dessas reflexões, o professor Albrecht afirma que é preciso pensar em descriminalizar não só o consumo, mas também a produção e a distribuição de substâncias entorpecentes, pensando essa descriminalização sob três premissas:

1.ª O Estado deve prevenir que não adictos façam uso de substâncias entorpecentes, o que pode ser feito mediante campanhas informativas, ao passo que para os que já são adictos deve o Estado fornecer a droga com acompanhamento médico para procurar progressivamente liberar esses dependentes do uso do entorpecente.[99]

2.ª O Estado não deve utilizar de sistema penal repressivo para reprimir a autolesão, porque o Estado de Direito não vislumbra mecanismos jurídicos de intervenção nos casos de autolesão. Deve-se regular o setor por meio dos mecanismos estatais como impostos, contribuições e monopólios.[100]

3.ª "A regulamentação da oferta e controle de acesso" aos adictos pelo Estado poderia fazer o mercado ilegal de drogas perder seu interesse por esse tipo de negócio, na medida em que se intervêm nas leis do mercado.[101]

Evidente que esse formato de descriminalização do processo produtivo e do consumo do que se encaixa no termo droga exigiria não mais a atuação do sis-

97. FIORE, Maurício. A medicalização da questão do uso de drogas no Brasil: reflexões acerca de debates institucionais e jurídicos. In: CARNEIRO, Henrique; VENÂNCIO, Renato Pinto. *Álcool e drogas na história do Brasil*. São Paulo: Alameda, 2005. p. 284.

98. CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 139.

99. ALBRECHT, Peter-Alexis. Op. cit., p. 523.

100. Idem, Ibidem.

101. Ibidem, p. 524.

tema penal e do Poder Judiciário, mas do Poder Executivo e do sistema público de saúde para possibilitar o tratamento médico da adicção. Não seria, portanto, no sentido de promover o "direito ao êxtase", e sim para que se possa controlar e afastar a adicção com práticas terapêuticas e com o auxílio profissional para mudar e estabilizar a situação de vida do adicto. Essa nova visão sobre o campo das substâncias entorpecentes pouparia a população dos sofrimentos, já enumerados, causados pelos efeitos nefastos dessa guerra.[102]

Acompanhando tais medidas, seria fundamental o controle de qualidade das substâncias; proibição de publicidade (até das drogas hoje consideradas lícitas); proibição de subministrá-las a menores e adictos; controle do uso em meios de transportes e em determinados trabalhos; intervir de forma não repressiva para incentivar a produção agrícola em países produtores, a fim de que a produção dos cultivos de base da droga não ultrapasse seus limites culturais originários; finalmente, estabelecer novas relações políticas internacionais mais equilibradas, equitativas, conforme a proposta antiproibicionista de Alessandro Baratta.[103]

O mercado das drogas movimenta mais de 400 bilhões de dólares por ano, dinheiro que passa pela "lavagem" em diversos bancos nos EUA, na Europa, no mundo. Em contrapartida, desde que os EUA recrudesceram a guerra às drogas, em 2006, 60 mil mexicanos morreram nos conflitos.[104] A guerra às drogas tem esse mórbido potencial de salvar bancos internacionais da falência, matar os que vivem na miséria e fomentar a corrupção policial e política.

Desde 1976, o governo holandês adotou uma política mais liberal em relação ao comércio e uso da maconha em *coffee-shops* como uma maneira para inibir o uso da heroína que havia aumentado na década de 60, e tal política não resultou no aumento do uso da maconha no País, além de ter reduzido o uso da heroína e economizado gastos com a política repressiva e o sistema penitenciário.

Portugal, que tinha um problema sério com o uso da heroína, descriminalizou, em 2001, o consumo de todas as drogas em seu território e adotou uma política de redução dos danos causados pelas drogas. O número de viciados em

102. Ibidem, p. 522.

103. BARATTA, Alessandro. *Introdução à criminologia da droga*. p. 137-138.

104. VIEIRA, William. É hora de pensar diferente. In: *Revista Carta Capital*, publ. 02.06.2013. Disponível em: [www.cartacapital.com.br/sociedade/e-hora-de-penar-diferente-1489].html. Acessado: 19.12.2014.

heroína caiu 50% em relação ao ano de 1997, assim como reduziu a criminalidade, o número de presos e de infectados com o HIV.[105]

A Espanha permite portar maconha para consumo e também plantar para uso próprio ou coletivo, sem a finalidade lucrativa, por meio de cooperativas (clubes canábicos). A legislação ainda faz a distinção entre usuário e traficante, mas estabelece que para caracterizar a condição de usuário o indivíduo não deve portar mais do que 50 gramas da droga.[106]

O nosso vizinho Uruguai adotou uma atitude de vanguarda, legalizando o cultivo, a distribuição, o comércio e o uso da maconha em seu território, mediante a aprovação de uma legislação que prevê o controle e a regulação minuciosa desde a produção, a venda e o consumo da substância. A comercialização só será permitida em farmácias licenciadas pelo Instituto de Regulação e Controle da Cannabis. Cada indivíduo poderá consumir, no máximo, 40 g por mês, não podendo ultrapassar 10 g por semana. O consumidor realizará um registro biométrico para realizar a compra nas farmácias. A compra só será permitida a cidadãos uruguaios ou a residentes há mais de quatro meses no País, para evitar o turismo da droga. É permitido o cultivo para consumo próprio, limitado a, no máximo, seis plantas ou a 480 g ao ano. É proibida a venda para menores de 18 anos, as embalagens informarão os riscos do consumo da substância, os motoristas deverão submeter-se ao controle mediante testes de saliva realizados pela polícia, não será permitido o uso das substâncias em lugares fechados, em meios de transportes públicos e escolares, em centros de saúde e de educação, bem como não será permitida a publicidade e o incentivo ao consumo.[107] No Uruguai, a maconha representava 90% das drogas ilegais.

Nos Estados Unidos, berço do proibicionismo, foi legalizado o consumo recreativo da maconha no Colorado e em Washington. A maconha passou a ser regulada, taxada e controlada assim como as bebidas alcoólicas nesses estados, sendo que em 18 outros estados, o uso medicinal já é permitido. O próprio governo americano admite que a guerra às drogas tem sido um retumbante fracasso que já custou aos cofres públicos, segundo um estudo da *Transform Drug policy Foundation* de 2012, mais de um trilhão de dólares nos últimos 40 anos, e o tráfico não diminuiu.[108]

105. Idem, Ibidem.

106. Idem.

107. Leia na íntegra o projeto de lei que legaliza a maconha no Uruguai. Disponível em: [coletivodar.org/2013/8/leia-na-integra-o-pl-que-legaliza-producao-distribuicao-e-consumo-de-maconha-no-uruguai], acesso em: 18.12.2014.

108. VIEIRA, William. *É hora de pensar diferente.*

Todas essas experiências reiteram a necessidade de sair da contramão da história e enfrentar o fato de que a política repressiva acumula fracassos em seus objetivos declarados e de que os efeitos da guerra às drogas são extremamente nocivos à sociedade.

Dentre as inúmeras vítimas dessa guerra às drogas, dois casos recentemente chamaram a atenção da opinião pública. Um deles foi a morte do menino Gustavo, de 1 ano, portador da síndrome de Dravet, após uma série de convulsões graves, em razão da longa espera pela intrincada burocracia para liberar a importação do *canabidiol*, substância de uso proscrito pela Anvisa (por ser derivado da *cannabis*) que só pode ser importada com a autorização do seu diretor, e que poderia ter salvado a vida do garoto, não fosse o irracional proibicionismo. A menina Anny, de cinco anos, teve mais de sorte, apesar da verdadeira Cruzada que seus pais travaram para conseguir importar o único medicamento capaz de salvar a sua vida, o *canabidiol*, derivado da *cannabis sativa*. A criança tem convulsões gravíssimas desde os 45 dias de vida, chegava a ter 80 convulsões por semana (o que equivale a uma convulsão a cada duas horas), por ser portadora de uma síndrome genética rara, a CDKL5. Os seus pais souberam que uma criança americana com a mesma síndrome conseguiu controlar as convulsões com o *canabidiol*. Não tiveram dúvida, importaram ilegalmente a substância de um laboratório dos Estados Unidos. Com nove semanas de tratamento, acabaram-se as crises, mas com o término do medicamento, as crises reapareceram e a remessa do produto ficou retida na Receita federal. A mãe, revoltada com a impossibilidade de continuar o tratamento da sua filha, foi a público dizer que, diante da lei, ela era traficante e que continuaria a ser se fosse essa a condição para garantir a saúde e o bem-estar da sua filha. Este caso mobilizou a opinião pública em defesa da liberação da substância para uso medicinal. Aliás, não é nenhuma novidade a existência de propriedades médicas da *cannabis*, conhecida milenarmente e utilizada em países como o Canadá, parte dos Estados Unidos, Chile, Israel, Bangladesh, Coréia do Norte, Índia, Zimbábue, Ruanda, Austrália e Nova Zelândia, para o tratamento de determinadas doenças. Pessoas que sofrem de epilepsia, esclerose múltipla, dores crônicas e fazem quimioterapia podem ter sintomas aliviados e maior qualidade de vida com o uso da *cannabis*. O fato de a substância ser proibida no Brasil impede os médicos de prescrevê-la, o que impossibilita o tratamento, além de dificultar o trabalho dos pesquisadores que estudam as suas propriedades biológicas e químicas.[109]

109. ALMEIDA, Camila. Maconha: remédio proibido. *Revista Super Interessante* 338/34-43. São Paulo: Ed. Abril, out. 2014.

O Conselho Federal de Medicina liberou a prescrição do *canabidiol* para crianças e adolescentes que sofrem de epilepsia e convulsões e que não tenham obtido sucesso no tratamento com outros remédios, conforme publicação do *Diário Oficial da União*, de 16.12.2014.[110] Entretanto, ainda que seja importante dar um passo no sentido da liberação para o uso científico e medicinal do *canabidiol*, predomina a lógica repressiva de proibição ao uso da *cannabis in natura*, assim como o viés mercadológico que delega a produção ao lucrativo mercado da indústria farmacêutica.

O senso comum reproduz a ideia de que a legalização das drogas levaria ao caos, ao aumento da acessibilidade às drogas e, consequentemente, do seu consumo. Entretanto, o que leva ao caos é a produção e distribuição da droga por agentes clandestinos, sem qualquer regulação ou controle sobre as suas atividades. Alessandro Baratta menciona que uma pesquisa realizada pelo Zogby, nos EUA, em dezembro de 2007, registrou 99% de respostas negativas à pergunta sobre se, uma vez legalizadas drogas como cocaína e heroína, os entrevistados passariam a consumi-las. Assim como, na Holanda, onde o consumo de derivados da *cannabis* é permitido nos *coffee-shops*, foi registrado pelo *European Monitoring Center for Drugs and Drug Addiction*, no ano de 2005, um percentual de apenas 12% de consumidores entre os jovens de 15 a 24 anos. Em contrapartida, nos EUA, onde impera a política proibicionista, conforme a pesquisa *National Survey on Drug and Health*, referente a 2004-2005, esse percentual era de 27,9% de consumidores entre os jovens de 18 a 25 anos.[111] Se o proibicionismo realmente conseguisse aplacar o consumo das drogas, os EUA não seriam o maior consumidor de cocaína do mundo e nem o Brasil ocuparia o segundo lugar nesse *ranking* mundial.

A criminalização de condutas envolvendo as drogas, como apontado, serve como um discurso legitimador para controlar a população marginalizada da sociedade, que encontra na droga um meio de sobrevivência da família e por vezes manutenção do vício. O inimigo nessa guerra às drogas são os traficantes da favela, pobres e afrodescendentes. O branco, de classe média ou rico, usuário de maconha é tratado como doente, o pobre e negro é tratado como traficante, ainda que seja mero usuário. Em recente editorial publicado pelo *Le Monde Diplomatique do Brasil*, John Grieve, um membro da inteligência criminal da *Scotland Yard*, cita dez motivos para legalizar as drogas, entre os quais,

110. *DOU. Res. 2.113, de 30.10.2014, n. 243, p.183, publ. 16.12.2014. Disponível em:* [http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/12/2014&jornal=1&pagina=183&totalArquivos=192] acesso em 20.12.2014.

111. BARATTA. Op. cit., p. 61.

está o fato de que as pessoas negras possuem dez vezes maior probabilidade de serem presas pelo uso de drogas que as brancas.[112]

Cabe salientar que a legalização das drogas não constitui panaceia para todas as nossas mazelas sociais, que devem ser enfrentadas com políticas públicas de inclusão social e de redução das desigualdades. Entretanto, a legalização representaria um significativo avanço para a sedimentação dos direitos humanos e da democracia porque levaria à inevitável redução da violência, do encarceramento em massa, das inúmeras mortes de jovens pobres, de policiais, das vítimas do acaso produzidas pela guerra às drogas e da corrupção policial e política que envolve esse mercado de ilicitudes. As drogas financiam as armas usadas no tráfico, com a legalização, esse financiamento deixaria de existir. A legalização constituirá um golpe econômico contundente nesse mercado de ilicitudes.

Além disso, com a forte regulamentação das drogas, será mais fácil limitar o acesso de menores de idade às drogas e, sobretudo, evitar para que não façam uso de drogas pesadas, possibilitar o tratamento do adicto, evitar as doenças contagiosas e as mortes por overdose. A tributação sobre as drogas pode ser completamente revertida para o tratamento de saúde dos que fazem o uso problemático da droga, para campanhas de educação e esclarecimento da juventude sobre os riscos à saúde provocados pelo uso de drogas. Enfim, seria uma política para trazer à luz um problema e enfrentá-lo diretamente, em vez de simplesmente deixar esse mercado de ilicitudes expandir desenfreadamente, sem qualquer controle e regulação, pois todos sabemos que surgem drogas cada vez mais acessíveis, mais baratas e mais prejudiciais à saúde com o proibicionismo.[113]

Mas é preciso ir além das experiências de descriminalização das drogas que ainda mantêm uma diferenciação usuário/traficante. Há que se regular, por meio da legalização, a produção, distribuição, venda e consumo de todas as drogas, inclusive das que são consideradas mais perigosas, pois apenas desse modo será possível evitar os riscos e os danos provocados pelo consumo em regime de proibição. Conforme ensina Maria Lúcia Karam, "quanto mais pe-

112. GRIEVE, John. 10 razões para legalizar as drogas. In: *Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em: [www.diplomatique.org.br/editorial.php?edicao=2]. Acesso em: 22.12.2014.

113. KARAM, Maria Lúcia. *Drogas: dos perigos da proibição à necessidade de legalização*. Disponível em: [www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/57_SEMIN%C3%81RIO%20LEAP-ICC%20-%20Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf?1365476879]. Acesso em: 20.12.2014.

rigosa uma droga, maiores razões para que seja legalizada, pois não se pode controlar ou regular algo que é ilegal".[114]

Assim, a legalização das drogas deve inevitavelmente vir acompanhada de políticas sociais efetivas.

Lola Anyiar de Castro tem proposto como uma possibilidade de superação do modelo de controle penal a adoção de políticas governamentais preventivas, baseadas na promoção social, cultural e solidária.[115] Essas políticas deveriam buscar uma maior inclusão social com investimento em recursos gerais, educativos, sanitários, para privilegiar a liberdade e a humanidade.[116]

Nessa mesma linha, Wacquant afirma que a questão penal é "um capítulo essencial da sociologia do Estado e da estratificação social" e que para superar o agigantamento do Estado Penal e o encarceramento em massa seria preciso investir na ampliação do "bem-estar" coletivo proporcionando mais educação, moradia, saúde pública, auxílios financeiros às famílias e redistribuição de renda,[117] medidas não de cunho assistencialista, mas emancipadoras.

Pavarini também afirma que a alocação dos recursos políticos, de forma escassa, empregados para garantia do direito de segurança, nunca conseguirá transformar os riscos da criminalidade, pois sempre esse risco afetará a muitos, vítimas reais ou potenciais, tendo em vista que se atacam as consequências da criminalidade e não as causas.[118]

Portanto, devemos postular que os aparelhos repressivos do Estado se pautem na observância dos direitos humanos, dos direitos e das garantias fundamentais do cidadão, mediante a promoção de uma cultura de defesa e garantia da liberdade, da dignidade, da humanidade.

Assim, postula-se uma defesa material, com efeitos concretos, dos direitos humanos, de concessão desses direitos às classes marginalizadas e de redução da violência institucional e estrutural que lhes afetam, buscando mais igualdade e solidariedade, o que só se tornará possível a partir da legalização das drogas e do consequente abandono do paradigma bélico em questões criminais.

---

114. Idem, ibidem.

115. ANYIAR DE CASTRO, Lola. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos "concordes, seguros e capazes". In: BATISTA, Vera Malaguti; ABRAMOVAY, Pedro Vieira (orgs). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 94.

116. Ibidem, p. 100.

117. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. p. 46-47.

118. PAVARINI, Massimo. *Democracia y seguridad*. p. 13.

7. REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal.* Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl. Curitiba: ICPC, 2010.

ALMEIDA, Camila. Maconha: remédio proibido. *Revista Super Interessante* 338/34-43. São Paulo: Ed. Abril, out. 2014.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação.* Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos "concordes, seguros e capazes". In: BATISTA, Vera Malaguti; ABRAMOVAY, Pedro Vieira (orgs). *Depois do grande encarceramento.* Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 85-104.

ARGUELLO, Katie. Processo de criminalização e marginalidade social. In: BOZZA, F.; ZILIO, J. (org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos.* Curitiba: LedZe, 2012. p.171-218.

_____. Do estado social ao estado penal: invertendo o discurso da ordem. *Revista Discursos Sediciosos* n. 19/20, ano 17, p. 207-229. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. O fenômeno das drogas como problema de política criminal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB,* n. 17, vol. 5, p. 3583 a 3606. Lisboa, 2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.* 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Che cosa è la criminologia critica? *Dei Delitti e delle Pene,* n. 1/91. Roma: Abele. p. 52-81.

_____. Introdução à criminologia da droga. In: ELBERT, Carlos Alberto. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam.*Buenos Aires: B de F, 2004. p. 112-138.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In: *Revista Discursos Sediciosos,* n. 5 e 6, p. 77-94. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade*, n. 12, p. 271-288, ano 7. Rio de Janeiro, 2.º semestre de 2002.

_____. Ainda há tempo de salvar as Forças Armadas da cilada da militarização da segurança pública. In: BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Paz armada.* Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 47-54.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. O alemão é muito mais complexo. In: BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Paz armada.* Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 68-69.

Bauman, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

Bayley, David H. *Padrões de policiamento: Uma análise internacional comparativa*. 2. ed. 1. reimpr. Trad. Renê Alexandre Belmonte. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2006.

Becker, Howard S. *Outsiders: Studies in the sociology of desviance*. New York: Free Press, 1963.

Bourdieu, Pierre. *A televisão*. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de janeiro: Jorge Zahar, 1997.

Carneiro, Henrique; Venâncio, Renato Pinto. *Álcool e drogas na história do Brasil*. São Paulo: Alameda, 2005.

Carvalho, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Cerqueira, Daniel; Lobão, Waldir; Carvalho, Alexandre. O jogo dos sete mitos e a miséria da segurança pública no Brasil. In: Cruz, Marcus Vinicius Gonçalves da; Batitucci, Eduardo Cerqueira (org). *Homicídios no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 141-176.

Christie, Nils. *Crime control as industry*. 3. ed. London: Routledge, 2000.

Cirino dos Santos, Juarez. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. *LiberAmicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 541-555.

_____. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Curitiba: ICPC, 2012.

_____. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC Lúmen Júris, 2006.

Coutinho, Carlos Nelson. *Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

Depen. Disponível em: [www.infopen.gov.br], acesso em: janeiro de 2013.

DOU. Conselho Federal de Medicina. Res. 2.113, de 30.10.2014, n. 243, p.183, publ. 16.12.2014. Disponível em: [http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/12/2014&jornal=1&pagina=183&totalArquivos=192] acesso em: 20.12.2014.

Fiore, Maurício. A medicalização da questão do uso de drogas no Brasil: reflexões acerca de debates institucionais e jurídicos. In: Carneiro, Henrique; Venâncio, Renato Pinto. *Álcool e drogas na história do Brasil*. São Paulo: Alameda, 2005. p. 257-290.

Felson, Marcus. *Crime and nature*. EUA: Sage Publications, 2006. p. 321. e-book. Disponível em: [http://books.google.com.br/books?id=z2MuWAB3CSIC&pg=PT3&dq=The+child+in+America:+Behavior+problems+and+programs.+W.I.+Thomas+and+D.S.+Thomas.+New+York:+Knopf,+1928:+571-572-&hl=pt-BR&source=gbs_selected_pages&cad=3]. Acesso em: 05.02.2013.

Giorgi, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan – ICC, 2006.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.* Trad. Marcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC Ed., 1988.

GRIEVE, John. 10 razões para legalizar as drogas. *Le Monde Diplomatique Brasil.* Disponível em: [www.diplomatique.org.br/editorial.php?edicao=2]. Acesso em: 22.12.2014.

HOLLANDA, Cristina Buarque. *Polícia e direitos humanos: política de segurança pública no primeiro Governo Brizola* (Rio de Janeiro: 1983 – 1986). Rio de Janeiro: Revan, 2005.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo.* Madrid: Civitas, 2003.

_____. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio (org.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas.* 2. ed. Trad. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 19-50.

KARAM, Maria Lucia. "Guerra às drogas" e criminalização da pobreza. In: ZILIO, Jacson; Bozza, Fábio (org). *Estudos críticos sobre sistema penal: homenagem ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos por seu 70.º aniversário.* Curitiba: LedZé, 2012. p. 679-698.

KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Drogas: dos perigos da proibição à necessidade de legalização.* Disponível em: [www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/57_SEMIN%C3%81RIO%20LEAP-ICC%20-%20Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf?1365476879]. Acesso em: 20.12.2014.

Leia na íntegra o projeto de lei que legaliza a maconha no Uruguai. Disponível em: [coletivodar.org/2013/8/leia-na-integra-o-pl-que-legaliza-producao--distribuicao-e-consumo-de-maconha-no-uruguai]. Acesso em: 18.12.2014.

MORAES, Maurício. A guerra da droga e da mentira. *Revista Carta Capital.* Disponível em: [www.cartacapital.com.br/sociedade/a-guerra-da-droga-e--da-mentira-1205.html]. Acesso em: 19.12.2014.

OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga.* Bogotá: Temis, 1988.

_____. Las drogas y sus discursos. In: PIERANGELI, José Henrique (org.). *Direito criminal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *La socio-politica de las drogas.* Caracas: Universidad de Venezuela, 1975.

PAVARINI, Massimo. Democracia y seguridad. In: PORTALES, Rafael Enrique Aguilera (coord.). *Políticas de seguridad pública.* México: Porrúa, 2011. p. 3-20.

_____. Do Front Italiano: La metáfora della guerra e la democracia di sicurezza. A proposito del "pacchetto sicurezza": Legge 15 luglio 2009 n. 94. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (org). *Estudos críticos sobre sistema penal: home-*

nagem ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos por seu 70.º aniversário. Curitiba: LedZé, 2012. p. 445-512.

PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto*. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad. Hoc, 2006.

_____. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México, D.F.: Siglo XXI Ed., 2010.

_____. CARRILLO, Augustín A. Pérez.; TAGLE, Fernando Tenório. *Seguridad pública: tres puntos de vista convergentes*. México, D.F.: Ediciones Coyoacán, 2009.

_____. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Trad. Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe Ed., 2012.

RAUPP, Mariana. O (in)visível tráfico de drogas. *RBCCrim* 80/346-369. São Paulo: Ed. RT, 2009.

REINER, Robert. *A política da polícia*. Trad. Jacy Cardia Ghirotti; Maria Cristina Pereira Cunha Marques. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2004.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e a abolição das penas. In: PASSETI, Edson (coord.) *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 131-151.

_____. Narcotráfico: um esboço histórico. In: CARNEIRO, Henrique; VENÂNCIO, Renato Pinto. *Álcool e drogas na história do Brasil*. São Paulo: Alameda, 2005. p. 291-310.

RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios de anticriminologia*. Trad. Davi Tangerino; Luciana Boiteux; Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIANNA, Rafael Ferreira. *Diálogos sobre segurança pública: o fim do estado civilizado*. Curitiba: Íthala, 2011.

VIEIRA, William. É hora de pensar diferente. *Revista Carta Capital*, publ. 02.06.2013. Disponível em: [www.cartacapital.com.br/sociedade/e-hora-de-penar-diferente-1489.html]. Acessado em: 19.12.2014.

VIGNA, Anne. UPP: o poder simplesmente mudou de mãos? *Le monde diplomatique Brasil*, 07.01.2013. Disponível em: [http://diplomatique.org.br/artigo.php?id=1328]. Acesso em: 11.01.2013.

WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. Trad. Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WESTER, Bruce; BECKETT, Katherine; HARDING, David. Sistema penal e mercado de trabalho nos Estados Unidos. In: BOURDIEU, Pierre (org.) *De L'Etat social al Etat penal. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, n. 11, ano 7. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 43-54.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. SERRA, Carlos Henrique Aguiar. Guerra é paz: os paradoxos da política de segurança de confronto humanitário. In: BATISTA, Vera Malaguti (org). *Paz armada*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012. p. 23-46.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol. I.

_____. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A descriminalização do usuário de drogas e do pequeno traficante - A justiça restaurativa, de Antonio Baptista Gonçalves - *RIASP* 30/87-131 (DTR\2012\451353);
- Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006, de Nereu José Giacomolli - *RBCC* 71/181-204 (DTR\2008\166); e
- Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo uma ainda necessária reflexão, de Luciano Anderson de Souza - *RBCCrim* 88/167-186 (DTR\2011\1164).

Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil

Jurisprudence of the crime of torture in the Courts of southeastern Brazil

Fernanda Emy Matsuda
Mestre e Doutoranda em Sociologia pela USP.

Maria Carolina Bissoto
Consultora do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) na Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. Advogada.

Maria Gorete Marques de Jesus
Mestre e Doutoranda e em Sociologia pela USP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da USP.

Mayara de Souza Gomes
Mestre e Doutoranda e em Sociologia pela USP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da USP.

Nathércia Cristina Manzano Magnani
Mestranda em Direito Constitucional pela PUC-SP. Advogada.

Paula Rodrigues Ramos
Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada.

Vivian Calderoni
Mestre em Direito Penal e Criminologia pela USP. Advogada.

Área do Direito: Penal; Processual

Matsuda, Fernanda Emy; Bissoto, Maria Carolina; Jesus, Maria Gorete Marques de; Gomes, Mayara de Souza; Magnani, Nathércia Cristina Manzano; Ramos, Paula Rodrigues; Calderoni, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

RESUMO: O presente artigo apresenta resultados preliminares da pesquisa *Levantamento jurisprudencial sobre o crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região sudeste*,[1] que buscou colher dados dos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça da região sudeste do Brasil em processos judiciais relativos ao crime de tortura. A partir desse material empírico, foi possível obter informações como: perfil do acusado e da vítima, local da tortura, propósito da tortura, argumentos das decisões e relação entre a decisão de 1.º e 2.º graus. Conhecer os casos que chegam aos Tribunais de Justiça e como eles são julgados foi um dos principais objetivos desse levantamento. Cabe destacar que, diante da notória deficiência e ausência de dados sobre tortura no Brasil, essa pesquisa se torna ainda mais relevante no cenário atual.

PALAVRAS-CHAVE: Tortura - Jurisprudência - Lei 9.455/1997 - Justiça criminal - Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: This paper presents preliminary results of the research *Jurisprudence on Torture Crime in Courts of Justice in the southeast region*, which sought to collect data of the judgments of the Courts of southeastern Brazil in lawsuits relating to the crime of torture. From this empirical material, it was possible to obtain information such as: profile of the accused and the victim, place of torture, purpose of torture, decision arguments and relationship between the decision on the first and second degrees. Knowing the cases that reach the higher courts of justice and how they are judged was one of the main objectives of this survey. It is worth noting that, given the serious deficiencies and lack of data on torture in Brazil, this research becomes even more relevant in the current scenario.

KEYWORDS: Torture - Jurisprudence - Law 9.455/1997 - Criminal justice - Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. Universo da pesquisa: recorte e justificação: 1.1 Filtros imponderáveis da pesquisa - 2. Desafios metodológicos - 3. Resultados preliminares: 3.1 Perfil da vítima e do acusado; 3.2 Quanto ao local em que teria ocorrido a tortura; 3.3 Quanto ao propósito da tortura; 3.4 Quanto ao perfil do recorrente e do pedido feito no recurso; 3.5 Quanto à relação entre as decisões de 1.ª instância e as decisões dos tribunais; 3.6 Quanto à fundamentação das decisões - 4. Considerações críticas - 5. Referências bibliográficas.

O objetivo do trabalho em tela é analisar acórdãos que versem sobre o delito de tortura, percebendo a forma como foram julgados pelos Tribunais de Justiça. Essa pesquisa está sendo desenvolvida por um grupo formado por cinco organizações, quais sejam: Conectas Direitos Humanos, Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Pastoral Carcerária,

1. A pesquisa foi iniciada em maio de 2011 e tem como objetivos: construir um banco de dados de jurisprudência de tortura a partir de acórdãos coletados nos Tribunais de Justiça (TJs) dos Estados brasileiros, analisar as decisões e compará-las entre os TJs desses Estados. Para o presente artigo a equipe de pesquisa apresenta resultados preliminares do primeiro levantamento realizado, o qual se concentrou na região sudeste, compreendendo, portanto, os Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Espírito Santo.

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Ação dos Cristãos para a Abolição da Tortura (ACAT) e Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP).

O presente artigo traz os dados preliminares dessa pesquisa, que em sua primeira etapa voltou-se às decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados que compõem a região sudeste do Brasil. A seguir passamos a descrever a forma como a pesquisa está sendo desenvolvida e os resultados dessa fase inaugural.

1. UNIVERSO DA PESQUISA: RECORTE E JUSTIFICAÇÃO

O objeto de pesquisa foram os acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo (TJSP),[2] Rio de Janeiro (TJRJ),[3] Espírito Santo (TJES)[4] e Minas Gerais (TJMG).[5] Esses documentos foram acessados através dos sites de cada um dos referidos Tribunais. Os acórdãos estão disponíveis para consulta na Internet, em sistema de banco de dados, o que permite a utilização de critérios de busca para identificar os casos e selecionar a amostra deste estudo, ao contrário do que ocorre com as decisões de 1.ª Instância que, por não estarem disponíveis para consulta eletrônica, apresentam grau de dificuldade maior para o acesso.

A partir de um questionário formulado especificamente para atender às finalidades da pesquisa, a equipe procedeu à coleta das seguintes informações dos acórdãos: perfil de vítima(s) e acusado(s), local da tortura, resultados da decisão de 1.ª e 2.ª Instância, quem moveu a ação, entre outras informações presentes nesses documentos. Com isso, o formulário subsidiou a construção de um banco de dados, que permitiu sistematizar as informações selecionadas pelos pesquisadores, de forma a possibilitar posterior processamento e análise.

Para situar adequadamente o objeto estudado é necessário firmar algumas explicações. A primeira delas diz respeito ao próprio objeto da pesquisa, os *acórdãos*, que correspondem às decisões dos órgãos colegiados de um Tribunal de Justiça. Essa observação é relevante porque deixa claro que o trabalho realizado pelos pesquisadores não envolveu a leitura global do processo, uma vez que se pautou especificamente na análise detida dos acórdãos, restringindo-se, portanto, a colher as informações consolidadas nesses documentos.

2. Endereço do site: [www.tjsp.jus.br/].
3. Endereço do site: [http://portaltj.tjrj.jus.br/].
4. Endereço do site: [www.tj.es.gov.br/].
5. Endereço do site: [www.tjmg.jus.br/].

As decisões do Poder Judiciário, nas quais se incluem os acórdãos, são registros oficiais, legais e públicos, qualidades que lhes conferem especificidade e que os tornam referenciais de pesquisa interessantes para análise. Primeiramente, porque esses documentos contêm aquilo que os julgadores decidiram tornar como marca do seu tempo e de sua atuação histórica e, ainda, porque são legítimas representações e expressões do exercício de poder. Tendo em vista esse potencial, devotou-se atenção às narrativas construídas pelos operadores do direito registradas em decisões judiciais de 2.ª Instância.

Os acórdãos também expressam posicionamentos e tornam-se jurisprudência, passando, então, a influenciar futuras sentenças.[6] Logo, esta particularidade, ausente nas sentenças dos juízes singulares é outro ponto fundamental para a compreensão do potencial simbólico da fonte desta pesquisa.

Para o desenho da pesquisa foi estabelecido o critério temporal, que delimitou o período compreendido entre 01.01.2005 e 31.12.2010. Além desse, outros recortes foram utilizados para a delimitação do objeto pesquisado. Um deles diz respeito às espécies de documentos jurídicos analisados, pois foram consideradas apenas decisões em sede de apelação e de revisão criminal. Ademais, foram excluídos da pesquisa os acórdãos que não tratavam especificamente do tipo penal "tortura". Não entraram, portanto, no universo da pesquisa, casos classificados como maus tratos, lesão corporal ou abuso de autoridade, condutas que por vezes se confundem, nas narrativas judiciais, com o crime de tortura.

Vale também destacar que os processos criminais chegam ao Tribunal de Justiça após, ao menos, uma das partes não ter se conformado com a decisão de 1.ª Instância proferida por um juiz singular e, por conta disso, ter havido recurso a um colegiado de magistrados, com a intenção de ver reformada aquela decisão. Logo, as decisões com trânsito em julgado em 1.ª Instância ficaram automaticamente excluídas do universo de estudo, à exceção das revisões criminais, que são originárias dos próprios Tribunais de Justiça. Certo é que existe um longo caminho a ser percorrido até que o processo chegue a um Tribunal de Justiça.

6. Isso porque jurisprudência é o conjunto de decisões de um tribunal – seja do Tribunal de Justiça, do STJ ou do STF – que, reiteradas sobre determinado assunto, servem de subsídio para a definição de demandas similares. Em outras palavras, esta uniformização passa a exercer impacto como argumento de motivação decisória no futuro enfrentamento de conflitos por parte do Poder Judiciário.

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

1.1 *Filtros imponderáveis da pesquisa*

Antes de tratar do objeto da pesquisa propriamente dito, temos que destacar alguns aspectos com relação aos percursos dos processos. De acordo com a lei processual penal, toda prática de crime deve ser comunicada às autoridades policiais para que se proceda à investigação do fato e, na sequência, haja o encaminhamento do inquérito policial ao Ministério Público que, por sua vez, diante da comprovação de materialidade e de indícios de autoria, oferecerá a denúncia. Em seguida, havendo recebimento da peça acusatória, o processo criminal será iniciado. Sobrevindo sentença de primeiro grau caberá, então, recurso ao Tribunal de Justiça.

Dessa maneira, todo cometimento do crime de tortura, em concordância com as regras acima expostas, deve ser levado ao conhecimento da autoridade policial para que siga o procedimento legal. Contudo, na prática, isso nem sempre ocorre, posto que existem diversos filtros envolvendo o crime de tortura, tanto anteriores ao conhecimento do fato pela autoridade policial, quanto posteriores.

Assim, sabe-se que muitos casos de tortura continuam ocorrendo em unidades prisionais e durante abordagens policiais. Organizações nacionais e internacionais de direitos humanos seguem relatando-os.[7] Nesse sentido, podemos citar alguns relatórios, como o recentemente produzido pelo Subcomitê de Prevenção da Organização das Nações Unidas sobre a situação da tortura no Brasil, tornado público em 04.07.2012, que registrou uma série de casos de tortura, maus tratos e condições que acabam propiciando essas práticas.[8] No entanto, apenas uma parcela dos casos de tortura é efetivamente comunicada ao delegado de polícia ou a outra instância formal de controle.

Vale lembrar que isso não é exclusividade do crime de tortura e ocorre em relação a todos os crimes, em maior ou menor medida. Tal fato dá origem ao fenômeno denominado de "cifra negra",[9] isto é, os crimes praticados não

7. Ver o *Relatório sobre Tortura: uma experiência de monitoramento dos locais de detenção para prevenção da tortura*. 2010. Disponível em: [www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/Relatorio_tortura_revisado1.pdf]. Última consulta em: 17.07.2012. Ver também pesquisa desenvolvida pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e Pastoral Carcerária: *Tecer Justiça: Presas e presos provisórios da Cidade de São Paulo*. 2012. Disponível em: [www.carceraria.org.br/default2.asp]. Última consulta em: 17.07.2012.
8. O relatório está disponível em: [www.onu.org.br/relatorio-do-subcomite-de-prevencao-da-tortura-spt-esta-disponivel/]. Última consulta em: 17.07.2012.
9. Em regra, o crime com menor cifra negra é o homicídio, já que raramente escapa ao registro pelas autoridades, diferentemente do que ocorre com crimes patrimoniais,

correspondem aos crimes comunicados e a diferença entre um grupo e outro constitui o número de ocorrências não comunicadas (Hassemer e Muñoz Conde, 1989). Assim, a cifra negra é formada exatamente pela parcela de crimes que ocorreram, mas não chegaram ao conhecimento das autoridades competentes para apuração.

Além disso, nem todos os crimes que são levados ao conhecimento das autoridades resultam em investigação eficaz a ponto de produzir provas acerca de autoria e materialidade. A centralidade das investigações nos casos de tortura e a forma como elas impactam no trâmite do processo criminal foi um dos pontos ressaltados pelos estudos de Giffard (2000), Maia (2006) e Jesus (2010).

Por sua vez, o Ministério Público Estadual atua como novo filtro, podendo não oferecer a denúncia – requerendo o arquivamento – nos casos em que concluir pela insuficiência de elementos de convicção para a instauração da ação penal. Ademais, o juiz também pode rejeitar a denúncia e extinguir o feito.

Há que considerar, também, que após a prolação de sentença de primeiro grau existem outras ações possíveis para que uma demanda chegue a ser apreciada por um Tribunal de Justiça, quais sejam: (i) que uma das partes processuais não se conforme com o julgado inicial e recorra para que a questão seja reavaliada pelo segundo grau do Poder Judiciário;[10] (ii) que o colegiado de desembargadores, depois de analisarem os requisitos recursais, recebam a irresignação e, por maioria de votos, profiram uma nova decisão, que pode manter ou alterar, em parte ou no todo, a anterior.

Em resumo, é possível, durante o transcorrer da ação penal, notar a incidência de diversas circunstâncias seletivas, as quais reduzem substancialmente o número de casos apreciados pelo Poder Judiciário de primeiro grau, e, mais ainda, pelos Tribunais de Justiça.

Feitas essas explicações, é importante dar novamente relevo ao fato de que a análise dos acórdãos permitiu conhecer pontualmente apenas a fração das

---

sobretudo não violentos. Já os crimes contra a liberdade sexual como o estupro, por exemplo, são delitos que têm cifra negra altíssima, pois muitas vítimas se recusam a denunciar o ocorrido para alguma autoridade. O crime de aborto também tem uma grande cifra negra, porque as mulheres que abortam e os médicos que as auxiliam não assumem a prática. O crime de tortura também é considerado um delito em que a cifra negra é considerável, pois diversas vítimas têm medo de represálias ou não conhecem e não sabem como exercer seus direitos.

10. Os Tribunais de Justiça são, via de regra, o segundo grau de jurisdição, o que assegura ao cidadão o direito de revisão do seu pleito. Porém, inexiste hierarquia entre estes órgãos colegiados e o juiz singular, dado o primado jurídico da independência funcional.

demandas julgadas pelos Tribunais de Justiça da região sudeste do Brasil a que os pesquisadores conseguiram ter acesso nos respectivos *sites*, não sendo adequado interpretá-la como o total de ocorrências dos crimes de tortura, tampouco dos processos criminais de tortura julgados pela 1.ª e 2.ª Instâncias, mas, sim, como um universo peculiar de casos. Peculiar justamente por ter passado por diversos filtros até o momento da apreciação pelo Tribunal de Justiça e peculiar, também, pela própria fonte de coleta.

Por fim, vale aqui destacar outro fator que acabou restringindo o acesso da equipe de pesquisa ao total de acórdãos: alguns estavam em segredo de justiça – no TJRJ cerca de 10% do total de acórdãos tinham esse *status* –, circunstância que torna praticamente impossível acessar informações dos fatos ocorridos. Este dado chamou a atenção dos pesquisadores, pois são poucas as hipóteses legais que autorizam o sigilo dos autos criminais, que são, por regra, públicos. A partir dessa evidência, surgem questionamentos sobre esses processos e sobre a quantidade significativa deles no universo estudado. No que diz respeito aos crimes de tortura, a lei expressamente prevê que seja garantido o segredo de justiça dos casos em que a tortura tenha ocorrido em concurso com crimes sexuais (art. 234-B do CP). A regra geral para que um processo seja segredo de justiça é a "defesa da intimidade ou interesse social" (art. 5.º, LX, da CF). Contudo, fica a pergunta: será que todos os processos que tiveram o sigilo processual decretado assim se encontravam em razão da exigência expressa na Constituição ou será que há outros interesses em jogo?

2. DESAFIOS METODOLÓGICOS

No campo dos obstáculos encontrados pelos pesquisadores, merece destaque a informação de que não foi possível utilizar apenas um único termo de busca nos sites visitados, já que os Tribunais de Justiça não adotam critérios uniformes para o armazenamento de acórdãos. Sendo assim, em três deles – TJSP, TJMG e TJES – fez-se a pesquisa com o número da lei reguladora da matéria em suas variáveis possíveis ("9455", "9.455", "9455/1997", "9.455/1997") e, no TJRJ, diante da ausência de ocorrências localizadas pelo sistema após a utilização desse mesmo padrão, a busca foi realizada com o emprego da palavra "tortura".

Mesmo com o uso do número da lei que tipifica a tortura ou da palavra "tortura" como critério de busca (o que presumidamente melhor filtraria o resultado), o fato é que muitos dos acórdãos selecionados pelo site não guardavam qualquer relação com o crime de tortura propriamente dito. O número de acórdãos que analisavam pedidos de progressão de regime, de substituição

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de comutação de pena e de indulto foi bastante considerável.[11]

Outro obstáculo residiu no próprio ato de consultar as descrições dos casos contidas nos acórdãos, visto que na maior parte das vezes são pouco detalhadas e com excessivas lacunas informativas.[12] Diante desse panorama, em muitas ocasiões foi difícil inferir o contexto fático da tortura (o que compreende, por exemplo, informações como data e local dos fatos, perfil da vítima e do acusado, meio de tortura empregado), bem como conhecer os antecedentes processuais do caso (o que compreende, por exemplo, informações como a data do oferecimento da denúncia e o resultado do julgamento em 1.ª Instância). A deficiente redação dos acórdãos explica, portanto, o elevado número de respostas não encontradas, registradas como "não consta".

A constatação de que os acórdãos não contemplam todas as informações necessárias à compreensão do caso corresponde a um dado da pesquisa em si, pois revela as inúmeras carências das decisões dos desembargadores, que deveriam ser bem fundamentadas, claras e completas. Além disso, no campo da discussão metodológica, tais lacunas ressaltam as dificuldades em se empreender pesquisas que tenham como foco a atuação do Poder Judiciário.

Sendo assim, é possível dizer que não é apenas o acesso às informações que obstaculiza a realização de pesquisas nessa área, mas também a insuficiência de informações presentes nas fontes públicas.

Nesta pesquisa, cabe destacar o fato de as fontes não serem padronizadas entre os diferentes estados – o que ficou demonstrado pela dificuldade em utilizar os sistemas de busca de cada Tribunal de Justiça. Nem todos funcionavam da mesma forma, uma palavra chave utilizada para um determinado TJ não

11. Muitos destes acórdãos foram proferidos em processos sobre crimes hediondos, a imensa maioria tráfico de drogas, nos quais o réu pretendia tratamento equiparado àquele conferido pelo art. 1.º, § 7.º, da Lei 9.455/1997, qual seja, o direito de progressão de regime. Mesmo com a edição da Súmula 698 pelo STF, em 24.09.2003, os tribunais continuaram a ser abarrotados com os referidos pedidos – todos idênticos, todos julgados improcedentes. Foi apenas com a edição da Lei 11.464/2007, que alterou a redação do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, que o volume de processos com este tipo de pedido nos tribunais diminuiu.

12. No TJRJ, fato digno de nota é que o "relatório", peça em que se descrevem os antecedentes processuais e fáticos, vem apresentado no fim do acórdão, mesmo na última página, o que dificulta a compreensão do todo (principalmente quando a ementa não faz expressa menção aos fatos imputados); por outro lado, há acórdãos que nem sequer continham o relatório, apenas o voto.

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

surtia o mesmo efeito quanto utilizado em outro TJ. Além disso, os acórdãos deixam de apresentar informações importantes acerca dos casos, o que dificulta, ou até mesmo impede a compreensão dos contextos em que eles ocorreram.

3. RESULTADOS PRELIMINARES

O universo[13] de pesquisa conta com 189 acórdãos, sendo que 176 são decisões de recursos de apelação criminal (93,5%) e 13 decisões em processos de revisão criminal (6,5%). Cabe salientar que, nesses 189 acórdãos, figuraram como réus 203 acusados por crimes de tortura. Frise-se que a pesquisa procurou selecionar todos os acórdãos proferidos em um período de cinco anos em sede de apelação e revisão criminal nos quais se imputava ao agente a prática do crime de tortura. Sendo assim, contar com apenas 189 acórdãos nesse universo para toda a região sudeste do Brasil parece muito pouco, ainda mais tendo em vista a já mencionada quantidade de denúncias de tortura relatadas por organizações de direitos humanos nacionais e internacionais. Ademais, o sudeste é a região com maior densidade demográfica do País.[14]

Importa destacar que a maioria dos acórdãos analisados foi registrada no TJRJ (39,7%), seguido pelo TJMG (25,0%), TJSP (21,2%) e TJES (14,1%), conforme descrito na Tabela 1. Chama a atenção o volume de casos identificados no TJRJ, algo que pode ser objeto de um estudo futuro.

13. Os dados que serão apresentados a seguir tiveram como referência, em alguns casos, o total de acórdãos (189), em outros, o total de réus (203) acusados. Em todas as tabelas essas informações estão destacadas nas notas. Em alguns momentos é possível citar os dados da pesquisa a partir de porcentagens, especialmente nos casos em que analisamos a região sudeste, que corresponde à soma de todos os casos dos Estados de Minas Gerais, Espírito Santo, São Paulo e Rio de Janeiro. Porém, não podemos fazer o mesmo quando analisamos cada Estado separadamente, pois as ocorrências não correspondem a números que se aproximem a 100, e há uma variação relativa entre um Estado e outro. Por exemplo, Rio de Janeiro apresentou 82 casos enquanto Espírito Santo apresentou somente 26 casos. Não é possível trabalhar com porcentagens, que podem fazer o leitor incorrer em erros e possíveis distorções. Isso acontece porque existe uma relação entre o valor absoluto e a porcentagem em uma variável categórica. Logo, o uso unicamente das porcentagens como forma de demonstrar diferenças pode mascarar a relevância do efeito da associação entre as categorias das variáveis.

14. Segundo o último censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2010), a região sudeste concentra 80.353.724 de habitantes, o que corresponde a aproximadamente 42% de toda a população brasileira, que em 2010 contabilizava 190.732.694 de habitantes. Dados disponíveis no site [www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=sp]. Último acesso em: 17.07.2012.

Tabela 1 – Acórdãos pesquisados	
Tribunal de Justiça/Estado	%
ES	14,1
MG	25
RJ	39,7
SP	21,2

Nota: Porcentagem calculada a partir do total de acórdãos (189).
Fonte: TJSP, TJRJ, TJMG e TJES.

3.1 Perfil da vítima e do acusado

A maioria dos acórdãos analisados tratava de crimes de tortura praticados contra "suspeitos" (24,5%) e presos (10,9%), totalizando 35,4% do universo, seguidos de crianças (25,7%) e adolescentes (9,4%), totalizando 35,1% do universo.

Tabela 2 – Perfil das vítimas (%)	
Criança	25,7
Homem (suspeito)*	24,5
Preso	10,9
Adolescente	9,4
Homem	8,2
Mulher	6,4
Presa	1,5
Outros	3
Não consta	10,4

Nota: Porcentagem calculada a partir do total de acórdãos (189)
* Homem suspeito – pessoas que foram levadas a delegacia para alguma averiguação ou detidas pela polícia.
Fonte: TJSP, TJRJ, TJMG e TJES.

Quando analisado o número de vítimas envolvidas nos casos, percebe-se que 63,0% dos acórdãos estudados diziam respeito a crimes de tortura em que figuram como vítima no processo apenas uma pessoa.

Vítimas	%
1	63,0
2	17,4
3	9,8
4	3,3
>4	4,3
Não consta	2,2

Nota: Porcentagem calculada a partir do total de acórdãos (189)
Fonte: TJSP, TJRJ, TJMG e TJES.

A fim de facilitar a análise e perceber em quais situações a Lei 9.455/1997 estava sendo utilizada, decidiu-se elaborar categorias relacionadas aos acusados que pudessem indicar se os autores envolvidos eram policiais civis, policiais militares, agentes penitenciários, monitores de unidades de internação de adolescentes, policiais federais e guardas civis metropolitanos, ou se, por outro lado, eram pais, mães, padrastos, madrastas, babás, parentes etc.

Desse modo, foram elaboradas duas categorias de análise: (a) "agente público", quando se tratava de agentes do Estado envolvidos no polo ativo, portanto, como acusados atores tais como policiais civis e militares agentes penitenciários ou monitores de unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei e (b) "agente privado", quando se tratava de pais, mães, padrastos, madrastas, babás e quaisquer pessoas que não se enquadravam na categoria "agente público". Em alguns acórdãos não estava presente essa qualificação do autor, registrando-se, por consequência, nesses casos, "não consta".

Tem-se que 54,0% dos acórdãos analisados se referiam a casos de crime de tortura envolvendo agentes privados como réus e 39,0% correspondiam a casos envolvendo agentes públicos como acusados.

Tabela 4 – Perfil do acusado

Acusado	%
Agente privado	54
Agente público	39
Não consta	7

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Nota: Porcentagem calculada a partir do total de réus (203).
Fonte: TJSP, TJRJ, TJMG e TJES.

Contrariamente, vale destacar que no TJMG a maioria dos acórdãos analisados versava sobre a acusação de prática de tortura por agentes públicos. Dos 53 acórdãos coletados no Estado de Minas Gerais, 36 referiam-se a casos envolvendo agentes públicos como autores, ou seja, quase dois terços dos acórdãos desse estado. Os outros 17 casos envolviam agentes privados. No TJES, a precariedade de informação nos acórdãos impossibilitou a identificação do perfil dominante do acusado.

Os dados apresentados nas Tabelas 2 e 3 exigem alguma reflexão, pois eles apontariam para um cenário no qual as crianças e os presos aparecem como maioria das vítimas nos processos dos acórdãos acessados. Poderiam esses dois grupos ser compreendidos como mais vulneráveis? Serão eles efetivamente as vítimas mais frequentes do crime de tortura ou será que os aplicadores do direito são mais sensíveis aos processos em que figuram como vítimas crianças/adolescentes e presos? Será que as cifras negra ou cinza[15] são menores nessas situações?

Na Tabela 3, o desequilíbrio entre os tipos de acusados também sugere alguns questionamentos. Há mais tortura em ambientes privados? São os casos que não envolvem agentes públicos mais comumente submetidos ao sistema de justiça criminal do que os casos em que estão envolvidos agentes públicos? Exercerá a categoria do agente, público ou privado, algum reflexo para o trâmite e desfecho do processo? E em relação ao perfil da vítima?

Este dado leva-nos ainda a refletir sobre o uso que tem sido feito da Lei 9.455/1997, já que na maioria dos casos – ao menos dos que chegaram aos TJs – os acusados são agentes privados. O fato de a lei brasileira ser mais ampla do que os diplomas internacionais ao não restringir a tipificação da tortura ao crime praticado por agente do Estado parece gerar efeitos no que tange à sua aplicação: há um desvirtuamento do foco principal da proibição da tortura, que é exatamente coibir essas práticas praticadas pelo Estado contra cidadãos.

3.2 Quanto ao local em que teria ocorrido a tortura

Em relação ao local da tortura tem-se que 37,0% ocorreram em residências, 25,0%, em locais de contenção – tais como prisão, delegacia, unidade de inter-

15. A cifra cinza é constituída pela diferença entre os casos que chegaram ao conhecimento das autoridades competentes, mas em que não foi estabelecida a autoria.

nação – e 10,9%, em vias públicas. Este dado encontra-se em estreita ligação com o perfil identificado para a vítima e o acusado.

Tabela 5 – Local onde ocorreu a tortura

Local	%
Residência	37,0
Local de contenção (prisão, delegacia, unidade de internação)	25,0
Via Pública	10,9
Outro	10,3
Não consta	16,8

Nota: Porcentagem calculada a partir do total de acórdãos (189)
Fonte: TJSP, TJRJ, TJMG e TJES.

Em 20,0% dos casos a tortura ocorreu em delegacias. Nestes estabelecimentos figuraram como autores do crime policiais civis, carcereiros e policiais militares. Em via pública identificamos 7,0% dos casos em que a tortura foi praticada por policial militar, durante abordagem. Esses casos envolvem aquelas situações em que a pessoa é apreendida e levada à delegacia, ou porque foi presa em flagrante ou porque foi levada para algum tipo de averiguação e, durante essa apreensão, sofreu violência por parte da autoridade. Assim, ela pode ter sofrido violência tanto pelo policial que efetuou a prisão, como pelos policiais que a detiveram na delegacia.

3.3 Quanto ao propósito da tortura

A partir dos acórdãos foi possível identificar o propósito da tortura perpetrada pelos agentes envolvidos. Em 46,0% dos acórdãos analisados o propósito da tortura apontado foi o de castigar, sendo que 34,0% desses casos envolviam agentes privados como autores. Em 31,0% dos casos o propósito da tortura era obter confissão ou informação da vítima, sendo que 20,0% desses casos envolviam agentes públicos.

Isso sugere que a tortura usada como forma de obtenção de informação é uma prática mais recorrente entre os autores que são agentes públicos (policiais civis, militares, agentes penitenciários).[16] Por outro lado, a tortura utili-

16. Esse dado pode revelar algo que a literatura especializada já vem apontando: a tortura tem sido descrita como método de investigação policial que, apesar de ilícita, encon-

zada como forma de castigo parece ser mais utilizada pelos agentes privados (mães, pais, padrastos, madrastas etc.).

	Agente público	Agente privado	Não informa	Total
Castigar	10	34	2	46
Obter confissão	20	10	1	31
Obter confissão/Castigar	2	1	0	3
Outros	2	5	1	8
Não consta	5	4	4	13
Total	39	54	7	100

Nota: Porcentagem calculada a partir do total de réus (203)
Fonte: TJSP, TJRJ, TJMG e TJES.

Em que pese a maioria dos acórdãos versar sobre a modalidade criminosa "tortura-castigo" ou "tortura-prova", vale frisar que nenhum deles tratou do crime de "tortura-discriminação" (art. 1.º, I, *c*, da Lei 9.455/1997), nem da tortura em sua modalidade omissiva (art. 1.º, § 2.º, da Lei 9.455/1997), tampouco da tortura psicológica, que na Lei 9.455/1997 é colocada como "intenso sofrimento mental".

Essa é uma informação bastante relevante e que permite refletir ainda mais sobre o conceito de tortura que tem sido trabalhado no mundo jurídico, o qual acaba reduzindo a noção de tortura à tortura física. E por qual razão esses tipos de tortura não chegaram aos tribunais? Seria difícil pensar que não há casos desse tipo acontecendo de fato. Será que esse tipo de tortura não é identificado pelos operadores do direito? Se os operadores estão mais habituados a classificarem como tortura somente aquele caso em que a vítima apresenta lesões consideradas graves e comprováveis por laudos, é de se imaginar que outros tipos de tortura, como a psicológica, não sejam identificadas, classificadas como tal, e julgadas. É plausível supor que esse tipo de tortura esteja recebendo outro tipo de classificação pelo sistema de justiça.

---

tra-se incorporada à cultura dessa corporação e é ao menos tolerada pelos demais atores do sistema de Justiça criminal. A violência policial é descrita como estrutural, principalmente porque a organização policial admite certas atitudes ilegais como a extração de confissões mediante ameaça e tortura (IZUMINO et al, 2001). A tortura aparece principalmente quando a polícia está no exercício de investigação criminal.

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

O fato de a tortura omissiva não ter aparecido em nenhuma das decisões analisadas é alarmante, uma vez que para que a tortura ocorra dentro de estabelecimentos estatais, ou seja, praticada por agentes do Estado, é imprescindível que outros funcionários públicos não a estejam impedindo, ou seja, estejam sendo omissos no tocante à prevenção e ao combate desse tipo de crime. Não há dúvidas de que diversos crimes de tortura ocorrem sem que outras pessoas tomem conhecimento, inclusive por esse motivo é considerado por parte da doutrina especializada como crime de oportunidade, o que significa dizer que a tortura ocorre naquelas situações em que o torturador tem a possibilidade de cometer o crime sem que outras pessoas tomem conhecimento e censurem sua conduta.

3.4 Quanto ao perfil do recorrente e do pedido feito no recurso

De acordo com a Tabela 7, na maioria dos acórdãos analisados o réu figurava como recorrente (66,8%) e, por consequência, o pedido mais frequente era o de absolvição, isolado ou cumulativamente com outras demandas (desclassificação, redução de pena etc.).

Tabela 7 – Quem recorre? (%)

Recorrente	%
Réu	66,8
MP	21,7
Ambos	10,9
Não consta	0,5

Nota: Porcentagem calculada a partir do total de acórdãos (189).
Fonte: TJSP, TJRJ, TJMG e TJES.

Conforme a Tabela 8, em 34,2% dos casos o pedido foi o de absolvição e 28,3% com outras demandas, além da absolvição. Em 20,1% dos casos o pedido feito foi o de condenação e 7,6% foram recursos que requeriam modificação do *quantum* da pena, para mais ou para menos.

Tabela 8 – Pedido feito na ação/recurso (%)

Absolvição	34,2
Absolvição com outros pedidos	28,3

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Condenação	20,1
Dosagem de pena	7,6
Desclassificação	7,1
Anulação da sentença	1,6
Condenação e outros pedidos	1,1

Nota: Porcentagem calculada a partir do total de acórdãos (189).
Fonte: TJSP, TJRJ, TJMG e TJES.

Os pedidos de absolvição refletem os resultados das decisões de 1.ª Instância, já que 80,3% acusados foram condenados, sendo que 29,6% diziam respeito a agentes públicos como acusados e 46,8% correspondiam a agentes privados. Em 3,9% dos casos não foi possível identificar quem era o acusado, por conta do déficit de informações disponibilizadas pelos tribunais.

Tabela 9 – Decisão 1.ª Instância (%)

	Agente Público	Agente Privado	Não constou	Total
Condenação	29,6	46,8	3,9	80,3
Absolvição	12,3	3,0	1,0	16,3
Desclassificação	0,0	3,4	0,0	3,4
Total	41,9	53,2	4,9	100,0

Nota: Porcentagem calculada a partir do total de réus (203).
Fonte: TJSP, TJRJ, TJMG e TJES.

Esses resultados podem indicar que os agentes privados que receberam condenação em 1.ª Instância recorreram quase mais que o dobro do que o fizeram os agentes públicos. Esses dados também podem indicar que os agentes privados estariam sendo mais punidos que os agentes públicos com relação ao crime de tortura.

Vale aqui fazer referência ao estudo de Maria G. M. Jesus (2010), que analisou processos de crimes de tortura que tramitavam em 1.ª Instância entre os anos de 2000 a 2004 no Fórum Criminal da Capital de São Paulo. De acordo com essa pesquisa, verificou-se que a Lei 9.455/1997 estava sendo mais utilizada para condenar agentes privados do que para punir agentes públicos pela prática da tortura. Em seu estudo, a autora reuniu um total de 60 processos, sendo 51 deles analisados. De acordo com a análise, o total de réus

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

denunciados nestes 51 processos correspondeu a 203, sendo que 181 deles eram agentes públicos (policial militar, civil, agente penitenciário, monitor de unidade de internação), 12 correspondiam a denúncias contra agentes privados e 10 denunciados eram pessoas presas acusadas de terem torturado outros presos. Ao analisar o desfecho processual de cada um dos réus, tem-se que dentre os 181 agentes públicos acusados, 127 foram absolvidos, 33 foram condenados por crime de tortura e 21 foram condenados por outro crime (lesão corporal ou maus tratos). Dentre os 12 agentes privados acusados, três foram absolvidos, seis foram condenados por crime de tortura e três foram condenados por outro tipo penal, ou seja, metade dos casos resultou em condenação dos acusados.

Esses resultados, apesar de dizerem respeito especificamente à Cidade de São Paulo, podem levantar uma questão muito interessante e que merece ser investigada: tem-se que em 1.ª Instância houve um volume maior de denúncias contra agentes públicos do que contra agentes privados pela prática da tortura. Porém, na pesquisa apresentada neste artigo notamos o contrário, isto é, que a maior parte dos casos que chegaram aos Tribunais de Justiça correspondeu àqueles em que os acusados eram agentes privados. Na pesquisa de Jesus (2010), 70,0% dos acusados agentes públicos foram absolvidos, ou seja, o Ministério Público poderia ter recorrido desses casos aos Tribunais. A autora ainda apontou que por várias vezes o próprio Ministério Público pedia a absolvição sumária do acusado agente público por entender que não havia provas que o incriminassem e talvez isso explique porque, nos casos analisados no presente artigo, o MP recorreu em apenas 21,7% dos casos.

3.5 Quanto à relação entre as decisões de 1.º instância e as decisões dos tribunais

A partir da tabela a seguir podemos notar que em 42,4% dos casos a decisão de condenação em 1.ª Instância foi mantida no TJ. Desse total, em 16,3% dos casos o acusado era agente público e em 22,7% era agente privado. A absolvição foi mantida em 12,3% dos casos, sendo que em 9,4% destes casos os autores eram agentes públicos.

Quando analisados em conjunto, esses dados podem indicar que parece haver uma tendência em manter a decisão da condenação quando os agentes são privados e em manter a absolvição quando os agentes são públicos. Em 18,7% dos casos os acusados conseguiram a absolvição mediante o recurso em 2.ª Instância, dado que dialoga diretamente com os resultados da pesquisa de Jesus (2010) já citados anteriormente.

Tabela 10 – Conversão da decisão por agente acusado (%)

	Agente Público	Agente Privado	Não constou	Total
Manteve condenação	16,3	22,7	3,4	42,4
Condenação para absolvição	9,4	9,4	0,0	18,8
Condenação para desclassificação	3,4	8,9	1,0	13,3
Manteve absolvição	9,2	3,0	0,0	12,4
Absolvição para condenação	1,0	3,9	0,5	5,4
Absolvição para desclassificação	1,0	0,5	0,0	1,5
Redução de pena	1,0	3,9	0,0	4,9
Outros	0,5	1,0	0,0	1,5
Total	41,8	53,3	4,9	100,0

Nota: Porcentagem calculada a partir do total de réus (203).
Fonte: TJSP, TJRJ, TJMG e TJES.

Em 13,3% dos casos a condenação por crime de tortura foi desclassificada para outro tipo penal (abuso de autoridade, lesão corporal ou maus tratos), sendo que 8,9% desses casos correspondiam a agentes privados. Neste panorama, é preciso destacar a singularidade do TJMG. A partir da pesquisa foi possível identificar que a 2.ª e a 3.ª Câmaras Criminais do TJMG entendem que a Lei 9.455/1997 é inconstitucional em casos que agentes privados são os perpetradores da agressão – exatamente como preveem os diplomas internacionais – e, por isso, a decisão é pela desclassificação da tortura para outro tipo de crime. Foram analisadas oito decisões nesse sentido, sendo quatro de cada uma das Câmaras.[17] É interessante destacar que todas essas decisões foram unânimes. Porém, esse entendimento não é compartilhado nos outros TJs do sudeste, sendo algo singular de Minas Gerais.

Esses dados indicam que não só o entendimento sobre a lei não é compartilhado da mesma forma pelos tribunais, mas também a compreensão sobre o que é tortura não é algo pacificado e unânime, outra questão para a qual a

17. Cf. Apelações 1.0209.03.024283-5/001, 1.0439.02.009559-2/001, 1.0177.04.000558-5/002 e 1.0701.01.012445-4/001 da 3.ª Câm. Crim. e apelações 1.0317.02.000645-6/001, 1.0702.06.278004-5/001, 1.0027.05.066102-7/001 e 1.0372.09.041235-7/001 da 2.ª Câm. Crim.

pesquisa lança luz e que permanece, ainda inexplorada. Curiosamente, e aí há necessidade de uma averiguação que confirme ou não essa hipótese, não são somente os tribunais que não compartilham do mesmo entendimento sobre o crime de tortura, mas também as várias Câmaras de um mesmo tribunal, que apresentam um entendimento diferente também com relação ao crime de tortura e sobre a lei que a tipifica.

3.6 Quanto à fundamentação das decisões

A fim de buscar compreender o que fundamentou a decisão de 2.ª Instância foram criadas categorias, apresentadas abaixo, que pudessem ilustrar o principal argumento utilizado pelos desembargadores para condenar ou absolver o acusado ou para desclassificar o delito ao qual ele respondia.

a) As provas contidas nos autos comprovam a tortura (condenação)

Nesses casos os desembargadores consideraram as provas contidas nos processos relevantes e suficientes para a comprovação do crime de tortura. Na maioria das vezes, buscam relacionar as provas com as características da classificação da tortura dada pela Lei 9.455/1997, argumentando que ficou provado ou que a vítima sofreu "intenso sofrimento físico e mental" como castigo ou como forma de obtenção de informação. A palavra da vítima foi valorizada e considerada no processo como importante.

b) As provas contidas nos autos e os relatos da vítima não comprovam a tortura (absolvição)

Nesses casos, os desembargadores alegam que as provas contidas no processo não são suficientes para identificar a ocorrência do crime de tortura. A fala da vítima é colocada em dúvida e as provas são consideradas frágeis. Há, ainda, alguns casos que discutem a legislação específica sobre tortura, dizendo que esta se enquadra num determinado tipo de violência que exige "intenso sofrimento físico e mental da vítima", e que tanto as provas ou os relatos trazidos pela vítima não se adequariam ao que foi determinado pela lei.

c) Não foi considerado crime de tortura

Nesses casos os desembargadores afastaram a tipificação do crime como tortura, considerando-o outro tipo penal a partir de determinados critérios,

também trazendo para a discussão (nem sempre muito fundamentada) um debate sobre o que vem a ser tortura e como o caso não se encaixa nesse tipo penal, enquadrando-se, assim, em outros delitos como maus tratos, lesão corporal ou abuso de autoridade.

A partir da Tabela 12 pode-se observar que em 55,0% dos casos os desembargadores consideraram que as provas contidas nos autos eram suficientes para condenar o acusado por crime de tortura. Desse total, 32,0% dos casos se referiam a agentes privados como acusados e 19,0%, a agentes públicos.

Tabela 11 – Argumentos da decisão em 2.ª instância por agente acusado (%)

Argumentação da decisão 2.ª Instância	Decisão em 2.ª Instância	Agente Público	Agente Privado	Não constou	Total
As provas contidas nos autos comprovam a tortura	Condenação	19	32	4	55
As provas contidas nos autos e os relatos da vítima não comprovam a tortura	Absolvição	19	7	0	26
Não foi considerado crime de tortura e foi desclassificado para outro tipo penal	Desclassificação	3	9	0	12
Outros		2	5	0	7
Total		43	53	4	100

Nota: Porcentagem calculada a partir do total de réus (203).
Fonte: TJSP, TJRJ, TJMG e TJES.

Parece que os dados apontam para uma tendência em se condenar os agentes privados muito mais do que os agentes públicos a partir do argumento de que estariam presentes no processo as provas necessárias para a configuração do crime de tortura, bem como o reconhecimento da autoria do acusado. Isso pode revelar que as deficiências com relação à produção de provas e reconhecimento da autoria sejam mais frequentes nos casos envolvendo os agentes públicos como autores do que nos casos de agentes privados no mesmo polo.

Em 26,0% dos casos os desembargadores não consideraram as provas contidas nos autos suficientes para, por um lado, condenar o acusado e, por outro, dizer que o fato poderia ser considerado tortura. Interessante perceber

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

que 19,0% dos acusados que eram agentes públicos foram absolvidos a partir dessa argumentação. Essa proporção é menor quando observamos os acusados agentes privados, que corresponderam a apenas 7,0% dos casos. Vale aqui destacar que um dos artifícios mais frequentes nos processos que envolviam agentes públicos como autores era a valoração da palavra da vítima, tomada com grande desconfiança, especialmente quando se trata de pessoa (adulto ou adolescente) privada de liberdade ou suspeita de ter cometido algum crime.

Quando observados os casos em que o delito foi desclassificado para outro tipo penal, tem-se que 12,0% dos acusados foram condenados por outro delito e não pelo crime de tortura, sendo que dessa porcentagem 3,0% eram agentes públicos e 9,0%, agentes privados.

Na maioria dos acórdãos analisados, a discussão prende-se à inexistência de provas acerca do dolo específico de torturar por parte do agente.

A literatura sobre o tema[18] e a jurisprudência sobre crimes de tortura tem entendido que esse tipo de crime exige determinadas características que são descritas na Lei 9.455/1997. De acordo com a lei, o crime de tortura demandaria a existência de "intenso sofrimento físico e mental". Caso não se encaixe nesse quadro, o delito pode ser considerado como lesão corporal, nos termos do art. 129 do CP, ou maus-tratos, nos termos do art. 136 do CP, ou abuso de autoridade, baseado na Lei 4.898/1965, se envolver agente público.

Outra observação é a de que tanto no crime de maus-tratos como na tortura referida no inc. II do art. 1.º da Lei 9.455/1997, o crime só pode ser cometido pela pessoa que exerce a guarda, a vigilância ou autoridade sobre a outra pessoa, seja ela criança, adolescente, presa, entre outras.

A diferença entre tortura e maus tratos consiste na intenção do autor com relação à violência praticada. No delito de maus-tratos, a ação é a exposição da vítima ao perigo, quer privando-a de cuidados necessários ou alimentos, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou, ainda, abusando de meio corretivo

18. Diversos autores como Franco (1997), Shecaira (1997), Juricic (2002), Cabette (2006), Burihan (2008), Jesus (2010) entre outros, realizaram importantes reflexões acerca dos pontos críticos da Lei 9.455/1997, apontando principalmente as divergências entre a lei brasileira e as convenções internacionais contra tortura. Um desses pontos diz respeito à tipificação realizada pela lei brasileira, que considerou o crime de tortura como crime comum e não como crime próprio, diferentemente do que preceituam as convenções internacionais. Como crime comum, qualquer pessoa pode ser processada, independente de ser ou não agente do Estado.

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

(*ius corrigendi*). Já na tortura (inc. II do art. 1.º da Lei 9.455/1997), a ação se resume em submeter alguém sob sua autoridade, guarda ou vigilância a intenso sofrimento físico ou mental com emprego de violência ou grave ameaça. Nesta acepção, a diferença reside no fato de que no delito de maus-tratos o agressor expõe a vítima ao dano, enquanto na tortura ele mesmo provoca o dano à vítima.

Outro elemento a ser destacado é a frágil distinção entre crime de tortura e abuso de autoridade, tipificação presente em muitos dos casos envolvendo agentes do Estado como agressores, especialmente naqueles em que consta no laudo de exame de corpo de delito que a lesão foi considerada leve. Isso porque, na percepção de uma parcela dos operadores, o crime de tortura deixa hematomas graves e marcas.

Ainda no tocante à fundamentação, percebe-se que apenas uma ínfima parcela dos acórdãos colhidos faz referência aos tratados internacionais sobre direitos humanos, como a Convenção contra a Tortura da ONU e à Convenção Interamericana – não mais do que 10,0%.[19] E é certo que, nos termos do art. 5.º, § 3.º, da CF, referidos tratados são dotados de incorporação nivelada hierarquicamente às normas constitucionais pátrias. Em síntese, os resultados do levantamento realizado indicam que os tratados internacionais de direitos humanos são pouco aplicados pelos tribunais estaduais.

4. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Ao desenvolver a presente pesquisa chegamos a alguns resultados que não estão somente relacionados às informações acessadas a partir dos acórdãos dos Tribunais de Justiça, mas também ao processo de pesquisa e aos obstáculos encontrados ao longo desta jornada, que ainda está em andamento.

Reunir informações que estão desconectadas e que, por vezes, estão organizadas a partir de referenciais diferentes, é um desafio para qualquer pesquisador. Trabalhar com informações do sistema de justiça criminal – mesmo aquelas disponíveis nos sites dos tribunais – impõe uma série de desafios que nos levam a pensar em como fazer pesquisas nessa área no Brasil tendo em vista a quantidade de problemas relacionados às fontes. Por isso, este artigo foi iniciado com uma série de ressalvas quanto aos métodos utilizados para seu

19. No TJSP, por exemplo, nenhum dos 39 acórdãos colhidos fundamenta-se nas Convenções e Tratados internacionais sobre o tema.

desenvolvimento, porque daqui não podemos depreender mais do que análises a partir das narrativas produzidas pelos operadores do direito que estão registradas nos acórdãos.

Por essa razão, não é possível falar da questão da tortura como um todo, mas pode-se dizer que os dados coletados dão uma boa pista de que, aparentemente, pela quantidade de casos identificados ao longo de cinco anos, a questão da tortura é, para dizer o mínimo, enigmática. Especialmente tendo em vista a quantidade de denúncias realizadas por organizações de direitos humanos, nacionais e internacionais, e cujos efeitos deveriam, em tese, serem sentidos nos tribunais.

Chamou-nos a atenção o fato de a região sudeste, que apresenta não apenas o maior número de pessoas privadas de liberdade do país, mas também uma concentração populacional considerável, apresentar apenas 189 acórdãos a respeito do crime de tortura num lapso de cinco anos. Dentre os estados destacamos o caso de São Paulo, onde foram identificados apenas 36 acórdãos que versavam sobre a matéria. A pesquisa pretendeu ser o mais fiel possível com as fontes acessadas, mas as deficiências encontradas na própria fonte limitaram a abrangência desse estudo.

A transparência com relação às informações públicas tem sido um tema central nos últimos anos no Brasil, o que resultou na consagração de uma legislação específica (Lei 12.527/2011) que tem o objetivo de garantir a transparência na gestão do Poder Público, esmiuçando e pretendendo efetivar esse direito fundamental já insculpido na Constituição Federal de 1988.

Não é apenas a informação que deve ser transparente, mas também a forma como ela é organizada. No caso da fonte dessa pesquisa, apesar da acessibilidade dos dados ser possível graças aos sistemas de busca eletrônica disponível nos sites, as informações são dispersas e cada site as organiza conforme seus próprios critérios.

Apesar de todos os desafios, ainda assim, os dados trazidos por essa pesquisa revelam algumas questões interessantes e que merecem análises mais atentas.

Podemos perceber que os casos que mais chegaram aos tribunais foram aqueles envolvendo agentes privados como perpetradores e crianças ou adolescentes como vítimas. Tendo em vista a natureza do crime de tortura, especialmente das suas especificidades e forma de tratamento internacional, esse dado pode revelar que a Lei 9.455/1997 tem sido usada para punir pais, mães, padrastos e madrastas em maior quantidade do que agentes públicos. Como exposto, isso já havia sido identificado por outras pesquisas como a do Lucia-

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

no Mariz Maria (2006) e Maria Gorete M. de Jesus (2010),[20] quando analisaram decisões judiciais referentes a crimes de tortura.

Notamos também que pode haver muitos casos envolvendo agentes públicos julgados em 1.ª Instância, mas que não chegaram à 2.ª Instância porque não houve recurso. Essa questão surge quando comparamos os dados da presente pesquisa com os casos analisados por Jesus (2010), que estudou os processos de 1.ª Instância. Segundo Jesus, a maioria dos casos de crimes de tortura que tramitavam nas varas criminais tratava de ocorrências em que os autores eram agentes públicos. Porém, nos tribunais nós observamos que a maioria tratava de casos envolvendo agentes privados como autores. Jesus nos indica uma ideia que pode explicar essa relação inversa, pois segundo a autora, em muitos casos por ela analisados, o próprio Ministério Público pediu a absolvição sumária do acusado. Sendo assim, o MP não recorreu desses casos, o que levou ao trânsito em julgado já em 1.ª Instância. Porém, essa é apenas uma hipótese, sendo necessária uma pesquisa mais aprofundada sobre essa questão para sabermos se a diferença de casos de agentes públicos que chega aos TJs, quando comparados à 1.ª Instância, tem relação direta com a forma de atuação do MP no processo.

As conversões das sentenças de 1.ª Instância para 2.ª Instância são relativas, pois parece haver uma tendência em manter as decisões de condenação de 1.ª Instância nos tribunais quando os autores são agentes privados. Diante dos acórdãos examinados, há indícios de que o desfecho dos casos guarda relação com os autores envolvidos. No entanto, não podemos afirmar isso categoricamente porque não tivemos acesso aos processos e não sabemos o quanto esses casos foram investigados, tampouco a robustez de provas produzidas em cada um. Todavia, esse parece ser um ponto central nos casos de tortura: a partir das argumentações presentes nos acórdãos é possível perceber essa centralidade e o quanto isso é mais ressaltado quando o agente é público. Será que a produção de provas nos casos em que os autores são agentes públicos é mais deficiente do que quando envolve agentes privados? Ou será que de fato existe um olhar diferenciado dos operadores do direito com relação aos casos a depender do agente?

Diante desse cenário, torna-se urgente que o Estado brasileiro adote medidas para melhor prevenir a tortura praticada pelos agentes públicos, assim como se esforce para que, havendo o envolvimento de um agente público,

20. O estudo de Jesus (2010) compreendeu os processos de 1.ª Instância que tramitavam entre 2000 a 2004 e que foram julgados até 2008.

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

sejam produzidas provas suficientes para que o caso seja esclarecido. Se uma das maiores dificuldades para a obtenção de provas é justamente o fato de o crime de tortura ser um crime de oportunidade e, portanto, conforme já exposto, cometido nos momentos em que não há testemunhas, a necessidade de criação de mecanismos de monitoramento dos espaços onde ocorre tortura se faz ainda mais relevante.

O Protocolo Facultativo à Convenção Contra Tortura da ONU (OPCAT), do qual o Brasil é signatário, exige que os países membros criem, em âmbito federal, o chamado Mecanismo de Prevenção à Tortura, formado por especialistas no tema de diferentes áreas do saber (como medicina, direito, psicologia, nutrição e arquitetura) com a prerrogativa de ingressar a qualquer momento em todos os locais de privação de liberdade do país. Não apenas o elemento surpresa – e seu efeito dissuasório – diminuiria a oportunidade para a prática da tortura e de outros abusos, mas também a possibilidade de o Mecanismo entrevistar reservadamente os diferentes atores, como pessoas privadas de liberdade e agentes públicos, e produzir provas.

A necessidade dessa nova forma de lidar com o problema, trazida pelo Protocolo, decorre do fato de os locais de detenção serem, por definição, fechados para o mundo exterior. Sendo assim, as pessoas privadas de liberdade estão em posição vulnerável e mais sujeitas a serem vítimas de tortura, maus-tratos ou de outras violações de direitos humanos.[21]

As visitas aos locais de detenção devem ser uma parte importante e central de qualquer sistema de prevenção. Porém, as visitas isoladamente consideradas não são suficientes para prevenir a tortura e os maus-tratos. Para tanto, é necessário um esforço no âmbito legislativo, administrativo e judicial. Para que o sistema de prevenção seja efetivo ele deve atuar de modo holístico e ser direcionado para a sociedade como um todo, já que o objetivo do sistema de prevenção é reduzir os riscos de que tortura e que maus-tratos ocorram e transformar o ambiente de modo a criar uma atmosfera em que não seja provável que ocorra tortura.[22]

21. Associação para Prevenção de Tortura e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Optional Protocol to the UN Convention against Torture: implementation manual*, 2010, p.16.

22. O Brasil ainda não criou este Mecanismo, estando inadimplente perante a comunidade internacional e as Nações Unidas. O PL 2.442/2011 está em tramitação. Todavia, o texto merece reparos: o texto retira a independência funcional e a autonomia dos membros do Mecanismo, ao prever que a forma de nomeação desses membros se dê por escolha exclusiva do Presidente da República.

Mas sabemos que a tortura não ocorre apenas em unidades de privação de liberdade, ela também pode ocorrer em via pública, no carro de transporte de pessoa presa ou detida (viatura ou camburão) ou numa delegacia. Assim, a vítima pode sofrer violência praticada tanto pelo policial que a prendeu, como pelos policiais que a conduziu e, depois, a deteve na delegacia. Essas ocorrências demonstram a pertinência da instituição da chamada *audiência de custódia*, que prevê a apresentação do detido à autoridade judicial em até vinte e quatro horas a contar da detenção[23] como, justamente, um mecanismo de controle e como forma de evitar a prática de violência por parte dos policiais no momento da prisão.[24]

Vimos que a maioria dos acórdãos versou sobre a modalidade criminosa "tortura-castigo" ou "tortura-prova", e nenhum deles tratou do crime de "tortura-discriminação", da tortura em sua modalidade omissiva, tampouco da tortura psicológica. Essa é outra constatação relevante e que permite refletir sobre o conceito de tortura que tem sido aplicado no mundo jurídico, o qual acaba limitando o entendimento da tortura quase que somente à tortura física.

O fato de a tortura omissiva não ter aparecido em nenhuma das decisões analisadas também chama a atenção, tendo em vista que se a tortura ocorre numa unidade prisional ou de internação, ou numa carceragem, alguma apuração deveria ser realizada com relação à responsabilidade da autoridade competente que, por preceitos legais, deveria, ao contrário, inibir ou coibir qualquer ato de violência praticada por seus agentes. Se essa autoridade desconhece o que ocorre na unidade da qual é responsável, isso também precisa ser apurado, pois tais fatos não podem ser desconhecidos pelos responsáveis pela gestão desses estabelecimentos.

---

23. O PLS 554/2011 prevê a realização da audiência de custódia.

24. Esses dados preliminares foram apresentados na Mesa de Estudos e Debates promovida pelo IBCCrim no dia 26.06.2012, que contou com a presença de Daniela Skromov, defensora pública atuante no Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos. No evento foi problematizado se esse dado não representaria uma *pirâmide invertida*. De acordo com a experiência relatada por Skromov, a maior parte dos crimes de tortura ocorre em vias públicas, em segundo lugar em locais de contenção e em terceiro em residências. Para a comprovação de tal assertiva, seria necessária a realização de uma nova pesquisa, pois essa que ora se apresenta não tinha por objetivo conhecer o universo de crimes de tortura cometidos, mas, tão somente, os casos que são decididos pelos TJs. Em todo caso, deixa-se aqui um elemento para ser alvo de novos estudos e de novas interpretações sobre o tema.

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Outro dado relevante, conforme já brevemente relatado, reside não só na diversidade de entendimentos nos TJs sobre como interpretar a Lei 9.455/1997, mas no fato de os próprios desembargadores entenderem o crime de tortura de forma diferente: se um caso de violência envolvendo pais e filhos chegar à 2.ª Câmara do TJMG como tortura, é bem provável que seja desclassificado para outro crime. Porém, se o mesmo caso chegar ao TJSP, Espírito Santo ou do Rio de Janeiro, é bem provável que os pais sejam condenados pelo crime de tortura.

Por fim, cabe ressaltar que, para os fins deste artigo, não foi possível realizar uma análise individualizada por estado, o que seria bastante interessante. Apesar dos destaques para Minas Gerais, os demais também mereceriam uma descrição à parte. Por fim, diante da recente iniciativa adotada pelo TJES, achamos relevante destacar aqui o "Torturômetro", um dispositivo alocado no portal do TJES[25] que tem por finalidade não só mensurar o número de dias sem denúncias de ocorrência do crime de tortura àquela Corte, como também possibilita que qualquer pessoa denuncie casos de tortura. É importante dar relevo ao fato de que o Espírito Santo foi o estado que apresentou o menor número de acórdãos colhidos pela presente pesquisa: apenas 26 casos em cinco anos.[26]

Tal elemento também provoca surpresa. Em 2009 vieram à tona denúncias gravíssimas na forma de tratamento conferida aos presos naquele estado. Presos ficavam em contêineres expostos a temperaturas altíssimas, com superlotação, e até mesmo esquartejamentos foram denunciados por organizações da sociedade civil.[27]

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO PARA PREVENÇÃO DE TORTURA E INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Optional Protocol to the UN Convention against Torture: implementation manual*. 2010.

BURIHAN, Eduardo Arantes. *A tortura como crime próprio*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2008.

25. O endereço é [www.tj.es.gov.br].

26. Neste Estado não foi possível identificar de forma clara os autores envolvidos na prática da tortura, pois os acórdãos eram os mais precários em comparação com os demais.

27. Cf. Centro de Apoio aos Direitos Humanos "Valdício Barbosa dos Santos", Centro de Defesa dos Direitos Humanos da Serra, Conectas Direitos Humanos e Justiça Global. *Violações de Direitos Humanos no sistema prisional do Espírito Santo: atuação da sociedade civil*, 2011. Disponível em: [www.conectas.org/documentos/SistemaPrisional_ES_final]. Último acesso em: 22.07.2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro. *RBCCrim*, n. 59. São Paulo: Ed. RT, 2006.

CENTRO DE APOIO AOS DIREITOS HUMANOS "VALDÍCIO BARBOSA DOS SANTOS", CENTRO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DA SERRA, CONECTAS DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA GLOBAL. *Violações de direitos humanos no sistema prisional do Espírito Santo: atuação da sociedade civil*. 2011. Disponível em: [www.conectas.org/documentos/SistemaPrisional_ES_final.pdf].

FRANCO, Alberto Silva. Tortura: breves anotações sobre a Lei 9.455/1997. *RBCCrim* 19/56-72, São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1997.

HASSEMER, Winfriesd; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminologia y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *O crime de tortura e a justiça criminal: um estudo dos processos de tortura na Cidade de São Paulo*. São Paulo: IBCCrim. 2010.

JURICIC, Paulo. *Crime de tortura*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed. 2002.

GIFFARD, Camille. *The torture reportinghandbook*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 2000.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA E PASTORAL CARCERÁRIA. *Tecer Justiça: Presas e presos provisórios da Cidade de São Paulo*. 2012. Disponível em: [www.carceraria.org.br/default2.asp]. Última consulta em: 17.07.2012.

IZUMINO, Wania P.; LOCHE, Adriana A.; SOUZA, Luiz A. Francisco de. Violência policial e o papel da perícia médica. *RBCCrim* 33/253-260. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2001.

MAIA, Luciano Mariz. *Do controle judicial da tortura institucional: À luz do direito internacional dos direitos humanos*. Recife: Tese (Doutorado), Universidade Federal de Pernambuco. 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Algumas notas sobre a nova Lei de tortura – Lei 9.455 de 07.04.1997. *Boletim IBCCrim*, n.54. São Paulo. maio. 1997.

SUBCOMITÊ DE PREVENÇÃO À TORTURA DA ONU. *Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. 2012. Disponível em: [www.onu.org.br/relatorio-do-subcomite-de-prevencao-da-tortura-spt-esta-disponivel/]. Última consulta em: 17.07.2012.

PASTORAL CARCERÁRIA. *Relatório sobre tortura: uma experiência de monitoramento dos locais de detenção para prevenção da tortura*. 2010. Disponível em: [www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/Relatorio_tortura_revisado1.pdf]. Última consulta em: 17.07.2012.

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- "Direito a não ser torturado?" A integridade moral como bem jurídico indisponível no direito penal brasileiro, de Gisele Mendes de Carvalho e Flávio Henrique Franco de Oliveira – *RT* 936/155 (DTR\2013\8035);
- Problemas metodológicos na história do controle social: o exemplo da tortura, de Ana Lucia Sabadell – *RBCCrim* 39/265, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 2/325 (DTR\2002\770); e
- Tortura como crime hediondo especial, de João José Leal – *RT* 771/454 (DTR\2000\124).

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 357-385. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

A NATUREZA TRIBUTÁRIA DO DESCAMINHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

THE TAX NATURE OF CRIMINAL NONPAYMENT OF THE CUSTOMS' DUTY AND ITS LEGAL CONSEQUENCES

OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES

Doutor, Mestre e Livre-docente em Direito Penal pela PUC-SP. Professor Titular em Direito Penal da PUC-SP. Procurador de Justiça aposentado. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Tributário

RESUMO: São analisadas neste estudo as identidades entre o crime de descaminho e os demais crimes tributários previstos no art. 1.º, I a IV, da Lei 8.137/1990, em relação à objetividade jurídica, à natureza tributária e à tipicidade. Tais análises têm o objetivo de demonstrar, com fundamento no princípio da proporcionalidade, a necessidade de tratamento igualitário entre o descaminho e os demais delitos tributários referidos, com extensão dos efeitos da Súmula Vinculante 24 do STF, ao descaminho.

PALAVRAS-CHAVE: Descaminho – Crimes tributários – Objetividade jurídica – Natureza tributária – Proporcionalidade.

ABSTRACT: This study is to analyze similarities between duty evasion and other tax crimes, as set forth in Brazilian Law 8.137/1990 Section 1 (I-IV), as to legal objectivity, nature of taxes and vagueness doctrine. The purpose of this analysis is to demonstrate that, based on the principle of proportionality, it is necessary to give equal treatment to duty evasion and the above-mentioned tax crimes, extending the effects of Brazilian Supreme Court Binding Abridgement 24 to duty evasion.

KEYWORDS: Duty evasion – Tax crimes – Legal objeticvity – Nature of taxes – Proportionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As identidades entre o crime de descaminho e os crimes previstos no art. 1.º, I a IV, da Lei 8.137/1990: 2.1 A identidade quanto à objetividade jurídica: a natureza tributária do crime de descaminho; 2.2 A identidade quanto à tipicidade; 2.3 A identidade quanto à espécie de crime: o descaminho como crime material – 3. Extensão dos efeitos da Súmula Vinculante 24 do STF ao crime de descaminho, em decorrência do princípio da proporcionalidade – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A natureza tributária do descaminho e suas consequências jurídicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 389-407. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

1. INTRODUÇÃO

Analisaremos neste estudo as identidades entre o crime de descaminho e os demais crimes tributários previstos no art. 1.º da Lei 8.137/1990, a fim de demonstrar a necessidade de tratar de modo igualitário o descaminho e os demais delitos tributários referidos, com extensão dos efeitos da Súmula Vinculante 24 ao descaminho.

Para tanto, tentaremos comprovar, inicialmente, a natureza tributária do descaminho a partir do seu enfoque histórico na legislação penal brasileira desde o Código Criminal de 1830 até o Código Penal vigente, sem deixar de incluir o último Anteprojeto do novo Código Penal. Apreciaremos também sua diferença essencial em relação ao crime de contrabando, embora ambos figurassem no mesmo tipo penal antes da recente Lei 13.008, de 26.06.2014, que passou a tratá-los separadamente, com penas distintas.

Na sequência, ainda nessa primeira etapa, examinaremos o momento de aperfeiçoamento do crime de descaminho, ou seja, o instante no qual ocorre sua tipicidade completa, em cotejo com os demais crimes tributários previstos no art. 1.º da Lei 8.137/1990. Ainda nesse item, demostraremos o cunho material do descaminho.

Uma vez verificadas tais identidades do *descaminho* com os demais crimes previstos na Lei 8.137/1990, no tocante à objetividade jurídica, à construção típica e à natureza material, ingressaremos no exame dos princípios da proporcionalidade e da igualdade. Com isso, objetivamos justificar a necessidade de tratamento penal igualitário para os demais crimes tributários e o descaminho – *de menor gravidade do que aqueles* –, no sentido da aplicação dos efeitos da Súmula Vinculante 24 do STF, ao crime de descaminho.

2. AS IDENTIDADES ENTRE O CRIME DE DESCAMINHO E OS CRIMES PREVISTOS NO ART. 1.º, I A IV, DA LEI 8.137/1990

2.1 A identidade quanto à objetividade jurídica: a natureza tributária do crime de descaminho

O *descaminho* foi o primeiro crime *contra o Fisco* previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Desde o Código Criminal de 1830, ele foi inserido, juntamente com o *contrabando*, no mesmo tipo penal, como crime contra o *Tesouro Público e Propriedade Pública* (Título VI), sob a rubrica *Contrabando* (Capítulo III), com a seguinte redação:

"Art. 177. Importar, ou exportar gêneros, ou mercadorias proibidas; *ou não pagar os direitos dos que são permitidos, na sua importação, ou exporta-*

ção. Penas – perda de mercadorias ou gêneros e de multa igual à metade do valor deles".

Apesar da reconhecida severidade das sanções do Código Imperial, com pena de morte para inúmeros delitos, sequer havia previsão de pena privativa de liberdade para o *descaminho*, arrolado, acertadamente, entre os crimes "Contra o Tesouro Público", em face do bem jurídico protegido, o erário.

A título de ilustração, de interesse para o nosso estudo, não só a propósito da natureza tributária do crime previsto no art. 177 do Código Imperial, como também sobre a exigência prévia de apurar o *imposto devido*, para a instauração da ação penal, o seguinte julgado de 1864, citado por Araújo Filgueiras Junior:

"Superior Tribunal – Acc de 04.12.1864, na Ver. 1.818 – Vistos etc. concedem a revisão pedida, pela nulidade e injustiça notória da sentença à f., que condenou o recorrente nas penas do art. 177 do Código Criminal pelo crime de contrabando: porquanto, sendo denúncia fundada na falta de pagamento do imposto provincial sobre escravos exportados para fora da província, e tendo a tesouraria das rendas provinciais ordenado ao seu agente, como se vê à f., que suspendesse qualquer procedimento contra o recorrente, por estar afecta à mesma tesouraria a questão sobre exigibilidade do imposto no caso em questão, não podia mesmo o agente figurar mais no processo como parte legítima, enquanto não fosse resolvida pela tesouraria essa questão prejudicial, de cuja decisão dependia a procedência e verificação do contrabando denunciado".[1]

O Código Penal de 1890, em seu Título VII – *Dos crimes contra a Fazenda Pública*, também incluiu no mesmo tipo do contrabando, em seu art. 265, a figura considerada atualmente como *descaminho*, nos seguintes termos:

"Importar ou exportar gêneros ou mercadorias proibidas; *evitar, no todo ou em parte, o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, saída e consumo de mercadorias, e por qualquer modo iludir ou defraudar esse pagamento*. Pena: prisão celular por um a quatro anos, além das fiscais".

Na Consolidação das Leis Penais de 1932, em Capítulo Único, sob a rubrica *Contrabando*, o descaminho foi também considerado crime *Contra a Fazenda Pública*, objeto do Título VII, com a seguinte redação:

"Art. 265. Importar, ou exportar, gêneros ou mercadorias proibidas; *evitar, no todo ou em parte, o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, saída e consumo de mercadorias e por qualquer outro modo iludir ou defraudar esse pagamento*. Pena – de prisão celular por um a quatro anos, além das fiscais".

1. FILGUEIRAS JUNIOR, Araújo. *Código Criminal do Império do Brazil anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1876. p. 199-200 (atualizamos a redação).

O equívoco ocorreu em relação ao crime de *contrabando*, que mereceria tipificação à parte, como veremos.

O Código Penal de 1940, diferentemente das legislações anteriores, inseriu o *descaminho* entre os crimes contra a Administração Pública, com a seguinte redação:

"Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida *ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria*. Pena – reclusão de (1) um a 4 (quatro) anos".

Manteve, assim, o *contrabando* no mesmo dispositivo do *descaminho*, com a rubrica *Contrabando ou descaminho*, sugerindo, dessa forma, semelhança entre eles; no entanto, doutrinariamente e na prática, têm natureza bem distinta.

Já a recente Lei 13.008, de 26.06.2014, acertadamente, alterou a redação do art. 334 do Código em vigor, procedendo à necessária separação entre os crimes de descaminho e contrabando, embora mantivesse o descaminho no rol de crimes contra a Administração Pública. Assim, pela nova lei, sob a rubrica de *Descaminho*, o art. 334 passou a ter a seguinte redação: "Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria". A pena de um a quatro anos de reclusão foi mantida pela nova legislação, que alterou também o § 3.º do mesmo artigo, para estabelecer a pena em dobro se o descaminho for cometido em transporte aéreo, marítimo e fluvial. Pela redação antiga, só havia a previsão desse aumento se o descaminho fosse praticado em transporte aéreo. O crime de contrabando, por sua vez, passou a constar no art. *334-A*, com pena aumentada para dois a cinco anos de reclusão.

Essa modificação foi importante, pois o contrabando e o descaminho são crimes distintos quanto à objetividade jurídica, porquanto o contrabando é desprovido de natureza tributária, uma vez que cuida de importação de mercadoria proibida, o que não ocorre no descaminho.

A esse respeito, ressalta Nelson Hungria: "Segundo o conceito tradicional ou mais comumente seguido, contrabando é, restritamente, a importação ou exportação de mercadorias cuja entrada no país ou saída dele, é absoluta ou relativamente proibida, enquanto o descaminho é toda fraude empregada para iludir, total ou parcialmente, o pagamento de impostos pela importação, exportação e consumo".[2]

2. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. IX, p. 374.

Em sentido semelhante, ensina Magalhães Noronha: "a disjuntiva *ou* empregada, tanto no *nomen juris* como na oração do art. 334, estabelece sinonímia entre as duas expressões (*contrabando e descaminho*). Tal circunstância, entretanto, não tem nem pode ter a força de mudar o que está na natureza dos fatos, como se verá: a ação física do contrabando é uma; a do descaminho é outra. Ainda: aquela atenta, em regra, contra a higiene, a moral, a segurança pública; esta, contra o *Erário Público*".[3]

De fato, o descaminho identifica-se com os demais crimes de natureza tributária, nos quais existe uma relação entre o *Fisco* e o *devedor do tributo*, o que não ocorre no contrabando.

Com intuito de corrigir esse equívoco legislativo, o recente Anteprojeto do Código Penal conservou o contrabando entre os crimes contra a Administração Pública (Título X), com pena semelhante à atual, em seu art. 289, nos seguintes termos: "Art. 289. Importar ou exportar mercadoria proibida: Pena – prisão, de um a quatro anos". Já o *descaminho* passou a figurar, acertadamente, no Capítulo I, entre os Crimes *contra a ordem tributária* e a Previdência Social, do Título XII, Dos crimes contra a ordem econômica – financeira, nos seguintes termos:

"Art. 350. Introduzir mercadoria no País, ou promover sua saída, sem o pagamento dos tributos e contribuições devidos:

Pena – prisão, de um a três anos.

§ 1.º Aproveitar-se, de qualquer modo, de mercadorias descaminhadas no exercício de atividade comercial ou industrial, ainda que irregular ou informal:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 2.º Incorre nas penas do parágrafo anterior quem exerce atividade comercial ou industrial com mercadorias ou componentes, de origem ou procedência estrangeiras que não tenham documentação de sua regular internação no País.

§ 3.º As penas deste artigo são aumentadas de um sexto a um terço se a conduta é praticada por meio clandestino de transporte aéreo, fluvial ou de navegação de cabotagem.

§ 4.º Aplica-se ao descaminho toda a disciplina de extinção de punibilidade, de tipicidade e de insignificância referente aos crimes contra a ordem tributária".

Embora o *descaminho* ofenda também interesse da Administração Pública, em seu sentido amplo, sua objetividade jurídica essencial é o *erário*, conforme

3. MAGALHÃES NORONHA. *Direito penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 4, p. 327.

consideraram as legislações anteriores ao Código de 1940 e o novo Anteprojeto do Código Penal. Quanto à Administração Pública, a ofensa refere-se especificamente à violação do seu interesse na arrecadação tributária, decorrente da conduta do sujeito ativo no sentido de burlar o controle de entrada e saída de mercadorias, o que denota, assim, sua natureza tributária.

Os demais crimes de natureza tributária, previstos em leis extravagantes posteriores ao Código Penal, a partir da Lei 4.729/1965 (Crimes de Sonegação Fiscal), também ofendem a Administração Pública em seu sentido amplo, assim como essencialmente o Erário. Tanto no descaminho como nos demais crimes tributários protege-se o interesse econômico-estatal na arrecadação dos tributos. Se, por um lado, todo crime de natureza tributária ofende a Administração Pública na arrecadação de tributos, por outro, o inverso não ocorre, porquanto inúmeras infrações previstas nos crimes contra a Administração Pública não guardam nenhuma relação com a *ordem tributária*.

Nessa linha de raciocínio, já decidiu o STF, em Voto do Min. Luiz Fuz, ser "nítida a natureza tributária do crime de descaminho, mercê de tutelar o Erário Público e a atividade arrecadadora do Estado" (STF – HC 85.942/SP – 1.ª T. – rel. Min. Luiz Fuz – 24.05.2011). No mesmo sentido, a 2.ª T. do TRF-3.ª Reg. já decidiu que "o objeto jurídico do crime de descaminho é, fundamentalmente, a tutela do interesse arrecadador do Estado" (HC 2004.03.00.010327-8, *DJ* 14.05.2004), como noticiam René Ariel Dotti e Gustavo Brito Scandelari, para quem "a expressão *interesse arrecadador* é bastante eloquente aqui; em perfeita concordância com inegável cunho tributário do crime de descaminho".[4]

No mesmo sentido, os seguintes julgados do TRF-2.ª Reg.: "Apesar de situado no capítulo dos crimes praticados por particular contra a administração em geral, o crime de descaminho tem como objeto jurídico o interesse da Fazenda Nacional" (EIRCCR – TRF-2.ª Reg. – EI 9.802.275.506/RJ – Data de decisão: 11.05.2000 – rel. Des. Federal Tania Heine – *DJU* 30.05.2000); "No delito de descaminho o bem jurídico protegido pela lei é a Administração Pública e, em especial, a ordem tributária" (TRF-2.ª Reg. – ApCrim 9.602.294.442/RJ – Data de decisão: 06.10.1999 – rel. Des. Federal Benedito Goncalves – *DJU* 25.11.1999).

A razão da ofensa à Administração Pública, em sentido amplo, em todos os delitos de natureza tributária é clara, pois, como ensina Celso Ribeiro Bastos,

4. DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Brito. A exigência de exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho. *RT* 877/406, nov. 2008.

os tributos "constituem a fonte principal das receitas do Estado. Essa arrecadação de poder aquisitivo não pode deixar de produzir efeitos econômicos, quer sobre as atividades isoladas e especialmente consideradas, quer sobre a ordem econômica como um todo. Os Estados, portanto, hoje, não podem furtar-se a manipular essa poderosa arma como meio de interferir na vida econômica. Um dos exemplos mais notáveis é a elevação dos impostos aduaneiros como forma de desestimular as importações".[5]

Segundo Aristides Junqueira Alvarenga, para quem a ordem tributária "é essencial à Administração Pública", "toda vez que um do povo descumpre seu dever legal de contribuir, mediante recolhimento de tributos devidos, estará ofendendo a Administração Pública, que se torna incapaz de efetivar o bem comum, dada a omissão contributiva individual".[6]

Na doutrina, além de Magalhães Noronha, diversos autores também consideram a natureza essencial tributária do crime de descaminho. Para Fernando Capez, "o descaminho configura modalidade especial de crime contra a ordem tributária, enquadrando-se perfeitamente na definição contida no art. 1.º, *caput*, da Lei 8.137/1990. Com efeito, o agente está suprimindo tributo mediante a conduta de iludir o fisco, não se devendo admitir tratamento diferenciado para hipóteses tão semelhantes, sob pena de afronta ao princípio da proporcionalidade".[7]

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt, "o descaminho é, fundamentalmente, um *ilícito de natureza fiscal*, lesando somente o *Erário Público* – particularmente a *aduana nacional* –, constituindo, numa linguagem não técnica 'um contrabando contra o Fisco'".[8]

Na mesma linha de raciocínio, conclui José Paulo Baltazar Junior: "De notar que descaminho, embora arrolado no Código Penal entre os crimes contra a Administração Pública, atenta contra a ordem tributária, na medida em que configura uma ilusão do direito ou imposto devido por entrada, saída ou consumo de mercadoria, configurando uma infração penal tributária aduaneira.

5. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 440.

6. ALVARENGA, Aristides Junqueira. Crimes contra a ordem tributária. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.). *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996. p. 50.

7. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Parte especial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3. p. 595.

8. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 5, p. 252.

Em verdade, então, o descaminho é o mais antigo dos crimes contra a ordem tributária".[9]

Na época da elaboração do Código Penal de 1940, não existia preocupação quanto à tipificação de condutas contra a ordem tributária, o que só ocorreu a partir da Lei 4.729/1965, que previu os crimes de sonegação fiscal. A Lei 8.137/1990, que prevê os crimes tributários, objeto deste nosso estudo comparativo, só surgiu em 1990. Cabe ainda destacar que a Constituição de 1937, sob a qual foi elaborado o atual Código Penal, não previu nenhum título ou capítulo relacionado com a *ordem tributária*. A Constituição de 1946 também não fez referência a ela e somente a partir da EC 18, de 01.12.1965, foi criado o "Sistema Tributário Nacional", que, em seu art. 1.º, dispôs: "O Sistema Tributário Nacional compõe-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria, e é regido pelo disposto nesta Emenda, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal, e, nos limites das respectivas competências, em leis federal, estadual e municipal". Apenas a partir dessa Emenda Constitucional foi criado o Código Tributário Nacional, por meio da Lei 5.172/1966.

Por esses motivos, a nosso ver, as infrações previstas na referida Lei 4.729/1965 e os demais crimes tributários descritos na Lei 8.137/1990 certamente estariam no rol dos crimes contra a *Administração Pública* se tivessem sido inseridos no Código de 1940, embora, conforme enfatizamos, a objetividade jurídica seja a *ordem tributária*.

A partir dos anos 1960, surgiu uma política criminal de elaboração de leis extravagantes e de ausência de codificação, o que propiciou a manutenção, até hoje, da separação entre o crime de descaminho e os outros crimes tributários previstos na Lei 8.137/1990, cuja correção é almejada pelo novo Anteprojeto do Código Penal.

É importante ainda ressaltar que a *ordem tributária* é expressão destinada a definir uma política pública em relação aos tributos. Por isso, a nosso ver, o termo mais apropriado para definir o bem jurídico é o *Erário*, porquanto a fraude empregada para redução ou supressão de tributo prejudica o *Erário*. De qualquer forma, para o estudo em apreço, carece de importância examinar a teoria do bem jurídico adotada, mas sim demonstrar a identidade de bem jurídico protegido entre o crime de descaminho e os previstos crimes do art. 1.º, I a IV, da Lei 8.137/1990. Por esse motivo, podemos considerar como objetividade jurídica a expressão *ordem tributária*, comumente utilizada na doutrina e na jurisprudência.

9. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 216.

Portanto, comparados os crimes de descaminho e os previstos na Lei 8.137/1990, verificamos inequívoca identidade de objetividade jurídica entre ambos. Se nos crimes previstos no art. 1.º da Lei 8.137/1990, o sujeito ativo tenta ou consegue "suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório", no crime de descaminho (art. 334 do CP), o agente também estará sonegando imposto e atentando, consequentemente, contra a ordem tributária, ao "iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria".

Na espécie, a diferença de no descaminho o *imposto devido* decorrer de importação e nos crimes previstos no art. 1.º da Lei 8.137/1990, referir-se a qualquer tributo decorrente de outro fato não se afigura suficiente para justificar tratamento penal diverso, diante da identidade de bem jurídico, a ordem tributária.

2.2 A identidade quanto à tipicidade

Pelo exame do crime de descaminho e dos demais crimes tributários arrolados no art. 1.º da Lei 8.137/1990, constatamos inexistir diferença essencial, capaz de retirar a identidade típica, principalmente diante da comum *objetividade jurídica* examinada.

De fato, o descaminho é assim tipicamente descrito:

"Art. 334: *Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.* Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro anos)".

O art. 1.º da Lei 8.137/1990, por sua vez, dispõe:

"Art. 1.º Constitui crime contra a ordem tributária *suprimir ou reduzir tributo*, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – *omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias*;

II – *fraudar a fiscalização tributária*, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – *falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável*;

IV – *elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato*;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa".

Como podemos observar, no descaminho ocorre *ilusão quanto ao pagamento do imposto devido*, enquanto nos outros crimes tributários verificam-se as seguintes condutas para *supressão ou redução de tributo*: omissão, declaração falsa às autoridades fazendárias; fraude à fiscalização tributária; falsificação de documento relativo à operação tributária; elaboração, distribuição, fornecimento ou utilização de documento que saiba ou deva saber falso ou inexato.

Segundo o Dicionário Michaelis, *iludir – ação física do descaminho* – significa, entre outras coisas: enganar, lograr, dissimular, baldar, frustrar, buscar subterfúgios para não executar. Essas condutas assemelham-se às condutas contidas nos crimes arrolados no referido art. 1.º da Lei 8.137/1990, mediante as quais o agente visa a suprimir ou a reduzir tributos. Assim como nos crimes definidos nessa legislação, no crime de descaminho o agente tem finalidade de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de imposto, o que equivale à finalidade de reduzir o tributo ou suprimi-los dos demais crimes tributários.

Portanto, verificamos que a conduta atribuída ao embargante na peça inicial, consistente em iludir (*ou fraudar*) o pagamento do imposto devido, mediante a utilização de Declarações de Importação, instruídas com documentos falsos, é análoga às condutas descritas nos incs. III e IV do art. 1.º da Lei 8.137/1990.

Algumas diferenças, contudo, entre o descaminho e os demais crimes tributários descritos, merecem ser apontadas. Em primeiro lugar, enquanto no descaminho a ilusão é direcionada ao *pagamento do imposto devido*, nos outros crimes da citada Lei 8.137 há previsão de falsidade empregada contra a autoridade fazendária (art. 1.º, I), ou de fraude contra a fiscalização tributária (art. 1.º, II).

Em segundo lugar, nos crimes tributários previstos na Lei 8.137/1990 o agente, com sua conduta, visa a suprimir ou a reduzir qualquer tributo – *incluído o imposto* –, enquanto o descaminho refere-se exclusivamente ao *imposto* devido, uma das espécies de tributo.

Segundo Roque Antonio Carrazza, "o imposto é uma modalidade de tributo que tem por hipótese de incidência um fato qualquer, não consistente numa atividade estatal (...). O imposto – se quisermos fugir da definição pela negativa – sempre tem por hipótese de incidência ou um comportamento do contribuinte, ou uma situação jurídica na qual ele se encontra".[10]

10. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 266-267.

Em terceiro lugar, no descaminho, o substantivo *imposto* vem acompanhado do adjetivo *devido*, não contido na referência ao tributo, nos demais crimes tributários. O *devido* denota necessidade de apuração prévia do *quantum* que se deve pagar, ou seja, do *quantum* já apurado.

Finalmente, a diferença essencial consiste na gravidade considerada pelo legislador entre o descaminho e os demais crimes tributários do art. 1.º da Lei 8.137/1990. Estes têm pena privativa de liberdade prevista de *dois a cinco anos, além de multa*, enquanto o descaminho tem pena prevista de *um a quatro anos, sem previsão de multa.*

Enquanto no descaminho o imposto decorre exclusivamente de importação ou exportação, nos crimes previstos no art. 1.º da Lei 8.137/1990, decorrem de fatos distintos relativos à supressão ou à redução de quaisquer tributos; no entanto, essa diferença não compromete a identidade típica entre eles, porquanto o objetivo nas duas situações é suprimir ou reduzir o tributo, gerando idêntico prejuízo ao *erário*. Além disso, as demais diferenças apontadas nos tipos penais só favorecem o descaminho, *considerado pelo legislador como crime de menor gravidade que os previstos no art. 1.º da Lei 8.137/1990*, a justificarem tratamento ao menos igualitário, como veremos na última parte deste estudo.

2.3 *A identidade quanto à espécie de crime: o descaminho como crime material*

Assim como os crimes previstos no art. 1.º da Lei 8.137/1990, o descaminho também tem natureza material, porquanto, para sua consumação, exige-se um resultado distinto da conduta do sujeito ativo da relação criminal. Os delitos materiais são também chamados *de resultado*. Segundo Claus Roxin, nos crimes de resultado, o tipo prevê uma consequência da lesão separada no tempo e no espaço da ação do autor.[11]

De acordo com o magistério de Jorge de Figueiredo Dias, "nos crimes de resultado sob a forma de comissão por acção o tipo pressupõe a produção de um evento como consequência da atividade do agente. Nestes tipos de crime só se dá a consumação quando se verifica uma alteração externa espácio-temporalmente distinta da conduta".[12]

11. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Trad. Diego-Manoel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 328.

12. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: questões fundamentais: a doutrina do crime*. 2. ed. Coimbra, 2007. 1. ed. São Paulo: Ed. RT. t. I, p. 306.

Na lição de Aníbal Bruno, "materiais são aqueles (crimes) que só se tornam perfeitos com a realização do resultado fixado como característico do tipo legal. Assim, o homicídio que só se diz consumado com o fato da morte, ou do furto, cuja consumação só se integra com a subtração da coisa (...). Formais são aqueles em que não há pretender destacar do comportamento do sujeito um resultado a ser tomado em consideração pelo direito, o que acontece é que com a própria atividade realiza-se o resultado, o que tinha de ocorrer ocorreu".[13]

Cezar Roberto Bitencourt faz distinção entre crimes materiais e formais, nos seguintes termos: "O crime *material* ou de resultado descreve a conduta cujo resultado integra o tipo penal, isto é, para a sua consumação é indispensável a produção de um dano efetivo. O fato se compõe da conduta humana e da modificação do mundo exterior por ela operada (...) O crime *formal* também descreve um resultado, que, contudo, não precisa verificar-se para ocorrer a consumação".[14]

Quanto ao descaminho, vários autores já se pronunciaram no sentido de tratar-se de crime material, não se justificando distinção dos crimes arrolados no art. 1.º da Lei 8.137, quanto ao seu aperfeiçoamento.

Segundo René Ariel Dotti e Gustavo Brito Scandelari, para que haja consumação, "é necessário que haja a concreta supressão ou redução 'do pagamento (...) de imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria' (art. 334 do CP), cuja constatação depende do anterior reconhecimento da dívida pelo Estado".[15]

No mesmo sentido, o pensamento de Adriana Pazini de Barros: "(...) o tipo do art. 334 do CP é espécie de crime tributário, no qual se verificam todas as características do referido gênero, o que leva à conclusão de que é obrigatório reconhecer, como condição para a sua configuração, a presença de todos os requisitos previstos para a conformação do delito de sonegação, dentre eles, a constituição firme do crédito tributário, esgotadas todas as fases do procedimento administrativo fiscal, já que o elemento essencial dos crimes contra a ordem tributária é a supressão ou redução do tributo. Repita-se: se com relação a crime de sonegação fiscal, que é espécie do gênero dos crimes contra a ordem tributária, é necessário, para certificar a materialidade do crime, a confirma-

13. BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. II, p. 148.

14. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 1, p. 255.

15. DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Brito. *A exigência de exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho.* cit., p. 408.

ção do débito tributário pela autoridade fiscal, não há razão para se dispensar tratamento diferente ao crime de descaminho, vez que, como já explicitado anteriormente, trata este também de delito fiscal, que possui em sua descrição típica a elementar relacionada à supressão ou diminuição de tributo".[16]

Ademais, demonstradas as identidades de objetividade jurídica e de tipicidade, parece-nos cabível reconhecer a espécie material do crime de descaminho, nos mesmos termos em que foi reconhecida pela Súmula Vinculante 24 do STF, em relação aos crimes previstos no art. 1.º da Lei 8.137/1990.

O STF, no Acórdão precedente à referida Súmula, em Voto do Min. Sepulveda Pertence, assim decidiu: "O que verdadeiramente ilide o juízo positivo de tipicidade – quando se cogita de crime de dano –, é a *eficácia preclusiva da decisão administrativa favorável ao contribuinte*: irreversível essa, corolário iniludível da harmonia do ordenamento jurídico impede que a alguém – de quem definitivamente se declarou, na esfera competente para a constituição do crédito tributário, *não haver suprimido ou reduzido tributo* devido – se possa imputar ou condenar por crime que tem, na *supressão ou redução do mesmo tributo*, elemento essencial do tipo (HC 81.611 – 8/DF).

O STJ, por sua vez, já decidiu "não haver razão lógica para se tratar o descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral" (Ementas do HC 48.805/SP – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

O mesmo Tribunal, por unanimidade, concluiu pela natureza tributária do descaminho, espécie de crime material, consagrando a necessidade de prévia constituição do crédito tributário para instauração do inquérito policial e para a tramitação da ação penal (RHC 31.368/PR, j. 08.05.2012, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Precedentes citados: HC 139.998/RJ, *DJE* 14.02.2011 e HC 48.805/SP, *DJ* 19.11.2007).

O STF, recentemente, reconheceu o princípio da insignificância em relação ao crime de descaminho, em virtude de o valor sonegado ser inferior a R$ 20.000,00, conforme estabelecido pelo art. 20 da Lei 10.522 – atualizado pelas Portarias 75/2012 e 130/2012, do Ministério da Fazenda (HC 120.620/RS, j. 18.02.2014, rel. Min. Ricardo Lewandowski). A nosso ver, esse Julgado parece ter levado em conta a natureza tributária do crime de descaminho, ao reconhecer a insignificância do valor sonegado, sem qualquer alusão à localização – *considerada por nós equivocada* – do descaminho entre os crimes contra a Administração Pública.

16. BARROS, Adriana Pazini de. Natureza tributária do crime de descaminho. *Boletim do IBCCrim*, n. 187, ano 16. jun. 2008.

3. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SÚMULA VINCULANTE 24 DO STF AO CRIME DE DESCAMINHO, EM DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Pelo estudo realizado, constatamos existirem identidades essenciais quanto a objetividade jurídica, tipicidade e espécie de crime material, entre os crimes de descaminho e os demais crimes tributários previstos no art. 1.º da Lei 8.137/1990. A nosso ver, apesar de algumas diferenças apontadas entre o descaminho e os demais crimes arrolados nessa legislação – *como, por exemplo, o fato de no descaminho o imposto devido decorrer de operações aduaneiras* –, entendemos que as identidades verificadas nos itens anteriores devem conduzir a um tratamento igualitário entre o descaminho e os outros crimes tributários, com arrimo nos princípios da proporcionalidade e da igualdade, de cunho constitucional.

A partir da Constituição de 1988, verificamos existir novo paradigma entre seu texto e a legislação penal, decorrente da instituição do Estado Democrático de Direito, responsável pela positivação de princípios e valores que devem nortear todo o ordenamento jurídico. Dentre esses princípios consagrados, destacam-se os da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da justiça, da proporcionalidade e o da razoabilidade.

O princípio da proporcionalidade fundamenta-se no Estado Democrático de Direito e tem por base todos os princípios fundamentais a ele inerentes, que direcionam a elaboração e a interpretação de todo sistema jurídico brasileiro. Dessa forma, em respeito à supremacia da Constituição, o direito penal, como legislação infraconstitucional, tem seus limites traçados nesses princípios, destacando-se, para efeito do nosso estudo, os princípios da igualdade e da proporcionalidade. A dimensão constitucional do princípio da proporcionalidade possibilita que sua eficácia se irradie para todo o ordenamento jurídico.[17]

Por esse motivo, como observa Teresa Correa Aguado, alguns autores chamam o direito punitivo de "Direito penal constitucional", diante dos princípios com relevância penal consagrados na Constituição, como os da liberdade, da igualdade, do pluralismo e da justiça, e também os princípios gerais de racionalidade, de proporcionalidade e de promoção da liberdade e da igualdade.[18]

Na mesma linha de raciocínio, Silva Sánchez, ao mencionar as garantias constitucionais que devem nortear o direito penal, explica que a proporcio-

17. AGUADO, Teresa Correa. *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999. p. 2.

18. Idem, p. 36.

nalidade, a humanidade e a igualdade expressam direitos do cidadão que vão encontrar reflexão axiológica no marco da Constituição.[19]

Dessa ótica, a aplicação do direito penal garantidor, com vistas à prevenção geral positiva, deve limitar-se à necessidade de proteger não só os bens jurídicos essenciais à vida coletiva, mas também os princípios respaldados pela Constituição, dentre eles os da igualdade e da proporcionalidade.[20]

Segundo o magistério de Luís Roberto Barroso, o princípio da proporcionalidade alicerça-se na ideia do devido processo legal substantivo e na realização de justiça. Conforme acrescenta o constitucionalista: "Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos Poderes Públicos e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema".[21] Para o autor, esse princípio permite ao juiz graduar o peso da norma em determinada situação fática concreta, de modo a evitar a produção de resultado indesejado pelo sistema, realizando, assim, a justiça.[22]

O princípio da proporcionalidade guarda íntima relação com o de igualdade na formulação do direito, no sentido de que só são permitidas diferenças de tratamento jurídico em face de distinções substanciais. Como ressalta Suzana de Toledo Barros, "quando não haja uma razão qualificada como suficiente para a distinção, está ordenada a igualdade de tratamento".[23]

Para a autora, "uma desigualdade que nada tem a ver com o fim que a norma pretende conseguir é desarrazoada, e é com base em um argumento lógico que se pode identificar a sua inadequação intrínseca".[24] Por esse motivo, o tratamento jurídico diverso só será legítimo se amparado em distinções

19. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992. p. 147.

20. DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 148.

21. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 372-373.

22. Idem, p. 372-373.

23. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 192.

24. Idem, p. 194.

objetivamente verificadas, que considerem a proporcionalidade arrimada nos princípios constitucionais.[25]

No âmbito penal, o significado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se não só à pena justa e adequada à gravidade de cada caso concreto, como também em relação à necessidade de tratamento igualitário aos delitos equivalentes contidos na legislação penal, devendo ocorrer a racionalidade e a íntima harmonia com o sistema jurídico-penal. Esse o pensamento de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, para quem a resposta penal "constitui uma referência para se verificar a observância da regra arquitetônica que deve guiar o legislador na construção de uma 'constelação de delitos'".[26]

Sobre a importância do princípio constitucional da igualdade (*caput* do art. 5.º da CF) na proporcionalidade penal, assim conclui a autora: "Segundo este postulado, o legislador ordinário está proibido de efetuar discriminações arbitrárias, de modo que a situações iguais deve corresponder um tratamento igual, ao passo que a situações diferentes cabe um tratamento diferenciado".[27]

A diferença de tratamento em situações semelhantes, além de violar os princípios de igualdade e de proporcionalidade, que devem nortear a aplicação do direito penal, afeta a própria dimensão técnica do princípio da legalidade, por comprometer a segurança jurídica.[28]

Neste estudo, verificamos identidades entre o descaminho e os crimes previstos no art. 1.º da Lei 8.137/1990, que impõem tratamento jurídico igualitário, com arrimo nos referidos princípios constitucionais. Isso sem contar com a menor gravidade do descaminho em relação aos outros crimes tributários referidos, porquanto para o descaminho está prevista pena inferior aos demais, de *um a quatro anos de reclusão*. Por esses motivos e diante das identidades essenciais entre o descaminho e os demais crimes tributários, não se justifica que autores de descaminho sofram consequências mais graves que os autores dos outros crimes tributários.

---

25. BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei. *Revista de Direito Público* 78/68. São Paulo. abr.-jun. 1986.

26. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 178-179.

27. Idem, ibidem, p. 183.

28. DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. A individualização da pena e a progressividade de regimes. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão Luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 359.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A natureza tributária do descaminho e suas consequências jurídicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 389-407. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Assim, entendemos que os efeitos da Súmula Vinculante 24 do STF devem ser estendidos ao crime de descaminho. Com efeito, as identidades essenciais nos crimes tributários referidos, incluído o descaminho, apresentadas no nosso estudo, dizem respeito à objetividade jurídica "ordem tributária", à finalidade do agente de suprimir ou reduzir tributo, à tipicidade e à espécie de crime material.

São justamente essas identidades que reclamam a aplicação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, em nome da justiça e da coerência interna do ordenamento jurídico-penal.

4. CONCLUSÃO

Conforme podemos concluir, o descaminho tem natureza tributária como os demais crimes do art. 1.º da Lei 8.137/1990. Tanto nestes, como naquele, a objetividade jurídica essencial é a *ordem tributária* ou o *Erário*, embora todos esses crimes tributários afetem também a Administração Pública, em sentido amplo, em seu interesse na arrecadação tributária, ou seja, em seu interesse econômico-estatal.

De acordo com nossa pesquisa, não se verifica diferença essencial quanto à tipicidade entre o descaminho e os crimes arrolados no art. 1.º da Lei 8.137/1990, principalmente diante da comum *objetividade jurídica* examinada. No descaminho ocorre *ilusão quanto ao pagamento do imposto devido*, enquanto nos outros crimes tributários verificam-se as seguintes condutas para *supressão ou redução de tributo*: omissão; declaração falsa às autoridades fazendárias; fraude à fiscalização tributária; falsificação de documento relativo à operação tributária; elaboração, distribuição, fornecimento ou utilização de documento que saiba ou deva saber falso ou inexato.

No *descaminho*, o agente tem finalidade de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de imposto, o que equivale à finalidade de supressão ou redução de tributo, nos demais crimes tributários. O fato de o descaminho ocorrer em operações aduaneiras não afasta a identidade típica entre ele e os demais crimes tributários.

Pelo nosso estudo, filiamo-nos à corrente que considera o crime de descaminho de cunho material, pois, para sua consumação, exige-se um resultado naturalístico distinto da conduta do agente. O descaminho tem natureza tributária, bem como, em sua descrição típica, a elementar relacionada à supressão ou à diminuição do imposto devido. Por esse motivo, para o aperfeiçoamento do descaminho, há necessidade de prévia constituição do crédito tributário para a instauração da ação penal, como ocorre no tocante aos crimes previstos na Lei 8.137/1990, nos termos da Súmula Vinculante 24 do STF.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A natureza tributária do descaminho e suas consequências jurídicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 389-407. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

Diante dessas conclusões sobre identidades essenciais entre o *descaminho* e os demais crimes tributários arrolados no art. 1.º da Lei 8.137/1990, entendemos que os efeitos da referida Súmula Vinculante 24 devem ser estendidos ao *descaminho*. Dessa forma, para início da ação penal, afigura-se imprescindível o lançamento definitivo do imposto, requisito essencial à tipificação do *descaminho*. Nossa conclusão arrima-se nos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, em nome da justiça, da coerência interna do ordenamento jurídico-penal e da segurança jurídica, como procuramos demonstrar.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUADO, Teresa Correa. *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Crimes contra a ordem tributária. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.) *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BARROS, Adriana Pazini de. Natureza tributária do crime de descaminho. *Boletim do IBCCrim*, n. 187, ano 16, jun. 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei. *Revista de Direito Público*, n. 78, São Paulo. abr.-jun. 1986.

_____.*Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 1.

_____.*Tratado de direito penal. Parte especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 5.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. II.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Parte especial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: questões fundamentais: a doutrina do crime*. 2. ed. Coimbra, 2007. 1. ed. São Paulo: Ed. RT. t. I.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Brito. A exigência de exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho. *RT* 877, nov. 2008.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. A individualização da pena e a progressividade de regimes. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão Luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FIGUEIRAS JUNIOR, Araújo. *Código Criminal do Império do Brazil anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1876.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

MAGALHÃES NORONHA. *Direito penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 4.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. IX.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Trad. Diego-Manoel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A (desnecessidade de) constituição do crédito tributário no crime de descaminho, de Bruno Torrano Amorim de Almeida – *RTrib* 89/71 (DTR\2009\661);
- A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho, de Renê Ariel Dotti e Gustavo Britta Scandelari – *RT* 877/399, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/145 (DTR\2008\785);
- A imprescindibilidade do término do processo administrativo-fiscal como condição para persecução penal no crime de descaminho, de Alexandre Daiuto Leão Noal – *RBCCrim* 94/385 (DTR\2012\22); e
- O princípio da insignificância e a habitualidade delitiva do crime de descaminho sob a perspectiva do STF e STJ, de Edgar Marques Eugenio – *RTrib* 110/153 (DTR\2013\3117).

Bribery Act 2010: um novo paradigma no enfrentamento da corrupção

Bribery act 2010: a new paradigm against corruption

André Mauro Lacerda Azevedo

Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisador visitante no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Freiburg-Alemanha). Professor conteudista do sítio jurídico *Atualidades do direito*. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (CEAF/MPRN). Promotor de Justiça.

Área do Direito: Penal; Comercial/Empresarial; Internacional

Resumo: Este artigo tem por objetivo delinear as mudanças trazidas pelo *UK Bribery Act 2010* e as dificuldades encaradas pelas empresas mundo afora, especialmente em relação à inversão do ônus da prova, aos adequados procedimentos de defesa e à expansão da jurisdição penal do Reino Unido. O *Bribery Act*, portanto, mudou as práticas comerciais internacionais, de modo que as organizações internacionais a partir de então devem estar preparadas para encarar essa nova política anticorrupção.

Palavras-chave: Bribery Act – Corrupção – Ônus da prova – Jurisdição penal – Política anticorrupção.

Abstract: This paper aims to draw the changes brought by the UK Bribery Act 2010 and the difficulties faced by companies around the world, especially regarding to the 'reverse burden of proof' and the 'adequate procedures defence' under the Bribery Act. Furthermore, this paper deals with the expansion of the jurisdiction of the United Kingdom's courts. Therefore, the Bribery Act changed the international commercial practices, so that the commercial organisations must be prepared to face this new anti-bribery policy.

Keywords: Bribery Act – Corruption – Burden of proof – Criminal jurisdiction – Anti-bribery policy.

Sumário: 1. Introdução – 2. O crime de falha da empresa na prevenção do *bribery* e suas implicações: 2.1 O significado de *associated person* e a problemática na sua interpretação; 2.2 O critério legal do *adequate procedures* e suas consequências práticas – 3. O problema da inversão do ônus da prova no crime de falha da empresa na prevenção do *bribery*: 3.1 Análise crítica da inversão do ônus da prova no direito penal anglo-saxônico e sua repercussão no *Bribery Act*; 3.2 A inversão do ônus da prova nas construções penais que seguem o modelo de *strict liability* e a interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – 4. A ampliação da jurisdição do Reino Unido e sua repercussão no combate internacional da corrupção.

Azevedo, André Mauro Lacerda. *Bribery Act* 2010: um novo paradigma no enfrentamento da corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 411-439. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

1. INTRODUÇÃO

O *Bribery Act* entrou em vigor no dia 01.07.2011, sendo, desde então, a nova legislação britânica voltada ao combate da corrupção, cunhada através do modelo de *Statutory Law* e revogando todas as disposições anteriores que disciplinavam o tratamento penal da corrupção no Reino Unido.[1] O *Act* trouxe profundas modificações na política britânica *anti-bribery* ao introduzir novos crimes, intensificar o rigor das sanções penais aplicáveis, ampliar a autonomia dos órgãos de *prosecution* e, finalmente, por estender a jurisdição do Reino Unido para além do seu território.

A posição do Reino Unido em conferir uma nova política criminal contra a corrupção, acabou por imprimir um maior rigor no seu enfrentamento, por reconhecer nessa prática criminosa sua flagrante nocividade à democracia, aos direitos humanos e ao próprio Estado de Direito. Através do *Act*, o Reino Unido assumiu a posição de protagonista no combate à corrupção no cenário internacional, reforçando, assim, a sua imagem de um Estado preocupado com a elevação do nível ético nas relações comerciais.[2]

Apesar de todo esse esforço, uma das principais críticas ao *Bribery Act* ainda gira em torno da própria necessidade de sua inserção na política contra a corrupção no Reino Unido. Há quem defenda, inclusive, que o enfrentamento da corrupção já era bastante eficaz e que a excelente colocação do Reino Unido no *ranking* da Transparência Internacional,[3] no que se refere à percepção da corrupção, não justificaria uma mudança tão significativa na legislação, sobretudo por meio da implementação de um maior rigor punitivo,[4] inclusive em questões que contavam com pouca importância na política britânica *anti-bribery*, como era o caso da corrupção praticada no exterior.[5]

O *Act* disciplina quatro infrações penais, sendo que duas delas – corrupção ativa e passiva – praticamente não sofreram nenhuma mudança se comparadas

1. O'SHEA, 2011, p. 1.
2. Idem, 2011, p. 7; MONTY, Raphael, 2010, p. 22-29; conferir as recomendações da *Organisation for Economic Co-operation and Development*, de 1997 e 2008, disponíveis em: [www.oecd.org/dataoecd/43/13/38962457.pdf] e [www.oecd.org/dataoecd/23/20/41515077.pdf]. Acesso em: 19.06.2013.
3. Em linha: [www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2009/cpi_2009_table]. Acesso em: 19.06.2013.
4. O'SHEA, 2011, p. 2-3.
5. O *Bribery Act* não foi a primeira legislação europeia a tratar da corrupção cometida no exterior, tendo como precedente a lei italiana de 2001 (DLgs. 231/2001).

com o tratamento penal dispensado pelo regime anterior naquele país. Além dessas duas incriminações, há também o suborno de agente público estrangeiro, este sim um novo crime no Reino Unido, que acabou por seguir, ainda que parcialmente, o modelo adotado pela legislação norte-americana. Por fim, o *Act* criou a infração penal denominada de falha da empresa em prevenir a prática do suborno,[6] certamente um dos dispositivos mais discutíveis da nova lei britânica.

É em relação a esta última infração penal que concentraremos nossos estudos neste trabalho, seja pelo rompimento com o paradigma anterior, seja pelos importantes reflexos nas relações comerciais internacionais, o que acabou trazendo um cenário de incerteza quanto à nova política criminal britânica contra a corrupção, tornando, por isso, necessária uma análise detalhada dos seus aspectos de maior relevância.

2. O CRIME DE FALHA DA EMPRESA NA PREVENÇÃO DO *BRIBERY* E SUAS IMPLICAÇÕES

O crime tratado na seção 7 do *Act*, sob a denominação de *failure commercial organisations to prevent bribery*, consiste numa nova incriminação voltada à responsabilidade penal da pessoa jurídica, em razão da sua falha na prevenção da prática de corrupção por algum de seus associados,[7] desde que a conduta criminosa se destinasse a trazer alguma vantagem nos negócios desenvolvidos pela empresa ou que pretendesse desenvolver.

O *bribery* cometido pela pessoa associada à empresa deve se enquadrar nas hipóteses das seções 1 ou 6 do *Act*, que tratam dos crimes de *bribing another person* e corrupção de servidor público estrangeiro. Para a empresa responder por esse crime não é exigido, porém, que o empregado pagador de suborno seja condenado ou, sequer, processado criminalmente; tampouco que tenha o empregado alguma conexão[8] com o Reino Unido, nos termos

6. Podemos perceber bastante semelhança desta disposição legal com o projeto de reforma do Código Penal espanhol de 2009 (LO 5/2010), em cuja exposição de motivos deixa claro o dever corporativo de prevenir a corrupção no sector privado e em transações comerciais internacionais.

7. Pessoa associada à sociedade comercial é aquela que presta serviços para ou em favor empresa, podendo ser, por exemplo, um empregado, agente, subsidiária, empreiteiro, fornecedor etc.

8. O'SHEA, 2011, p. 134.

exigidos pela seção 12(2) (c) e (4)[9] para as demais infrações disciplinadas pelo *Act*.

A análise desse crime revela, além de uma série de questões penais e processuais penais importantes, a noção da existência de uma "dimensão normativa do risco empresarial",[10] que obriga as empresas a atuarem na prevenção da responsabilidade penal por descumprimento do seu dever legal, dentre os quais estão o controle e prevenção de práticas corruptas por empregados e outras pessoas associadas à sociedade comercial.

O novo cenário trazido pelo *Act* mostra-se ainda mais relevante em razão da sua repercussão nas empresas de todo o mundo e que mantenham alguma relação comercial com empresas britânicas. Além disso, o próprio texto legal, ao definir essa postura preventiva por meio da exigência do emprego de procedimentos adequados de prevenção da corrupção, criou sérias dificuldades às empresas em se adaptarem a essa nova realidade. Não obstante, a utilização de uma expressão tão ambígua, somada à ausência de uma definição concreta das posturas a serem adotadas pelas empresas, revelam uma clara imprecisão desse tipo penal, gerando, assim, uma dificuldade ainda maior na adaptação das organizações às novas exigências trazidas pelo *Act*.

A falha preventiva da empresa não foi uma novidade no direito penal anglo-saxônico, pois nos Estados Unidos já havia previsão semelhante em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica quanto aos atos de seus agentes e empregados,[11] como também é possível observarmos a existência de legislação com alguma semelhança na Suíça[12] e Itália.[13] O cenário trazido pelo *Act*, todavia, diferencia-se daquele existente no sistema norte-americano, uma vez que as empresas serão responsabilizadas criminalmente pelo ato de

9. Estabelece as condições desta conexão: ser cidadão britânico, cidadão naturalizado, estrangeiro residente legalmente no Reino Unido e empresa incorporada sob a lei de qualquer parte do Reino Unido.

10. BACIGALUPO, Enrique, 2011, p. 18-23.

11. *United States vs. Bank of New England; R. vs. Duke of Leinster* 1924; *State vs. Beaudry*, 123, Wis. 2d 40, 365, N.W.2d 593 (1985); *Regina vs. Prince*, L.R. 2 Cr. Cas. Res. 154 (1875); KADISH, Sanford; SCHULHOFER, Stephen, 2001, p. 246; FLETCHER, George, 2000, p. 647; STEWART, S. W., 1969, p. 61; posição contrária ao *Prince case*: FLETCHER, George, 2000, p. 723-730; em CLARKSON, C. M. V. (2001, p. 144) podemos ver a relação entre *strict liability* e *vicarious liability*.

12. Código Penal suíço, art. 102.2, disponível em: [www.admin.ch/ch/e/rs/3/311.0.en.pdf]. Acesso em: 07.07.2013.

13. Decreto legislativo italiano 231/2001.

corrupção de um agente ou empregado, mesmo quando não for comprovado que a sua prática era conhecida por algum de seus diretores ou funcionários do escalão superior.

É importante alertarmos, entretanto, que tal entendimento não se aplica aos crimes das seções 1, 2 e 6 do *Act*, já que nessas hipóteses a empresa somente será responsabilizada caso um diretor ou gerente tenha conhecimento do ato, demonstrando serem coniventes com a corrupção.

Ao desvincular a necessidade da conivência dos órgãos de direção da empresa para que esta pudesse responder criminalmente, amparou-se o legislador britânico no fato de que nem sempre os atos ilegais são praticados pelos agentes do alto escalão da empresa, de modo que uma exigência dessa envergadura poderia fazer com que o crime da seção 7 contasse com pouca ou nenhuma aplicabilidade prática, resultado claramente oposto àquele desejado pelo legislador.[14]

A primeira grande dúvida que emerge desse crime refere-se ao alcance da expressão *carries on a business ou part of a business*[15] em qualquer parte do Reino Unido. Tomando-se por base uma interpretação mais elástica, praticamente todas as organizações comerciais relevantes do planeta estariam submetidas ao *Act* e à jurisdição penal do Reino Unido. Isso porque, como não foi restringido o significado de "cuidar de parte ou totalidade de negócios no Reino Unido", uma multidão de conexões entre uma empresa e aquele país podem vir a ocorrer, como no caso de uma empresa que esteja listada na bolsa de valores britânica, que possua escritório ou filial no território britânico, que incorpore ou se funda com alguma empresa britânica, que venda seus produtos no Reino Unido, ou, até mesmo, que no território britânico realize reuniões do seu conselho de diretores.[16]

Se, por outro lado, quisermos conferir uma interpretação mais restritiva ao referido dispositivo, diremos que a expressão *carrie on* conduz-nos a um sentido de continuidade e permanência, de modo que um só negócio ou algumas reuniões realizadas no Reino Unido, de caráter eventual e sem que da atuação corporativa se possa deduzir uma prática contínua, estariam fora do alcance do *Act*. Isso não significa dizer, entretanto, que um grande negócio, ainda que

14. Em *Tesco Supermarkets Ltd. vs. Nattrass* reconheceu-se que apenas a ação dos diretores, gerentes ou outros administradores superiores de uma empresa poderia gerar sua responsabilidade criminal.

15. Seção 7(5)(b), do *Act*.

16. O'SHEA, 2011, p. 137-144.

eventual, não possa ser submetido ao crivo do *Act*, pois tanto a frequência, quanto a relevância do negócio constituem requisitos para afirmar a jurisdição penal do Reino Unido.

Entendemos ser esta última interpretação a mais adequada, parecendo-nos que foi esse o sentido pretendido pelo Governo britânico.[17] Contudo, há que se aguardar o pronunciamento dos tribunais sobre o tema,[18] a fim de que se firme um *case-law* em relação à extensão do significado da seção 7(5) (b) do *Act*.

Para a compreensão do crime da seção 7, há, ainda, que se identificar, também com precisão, o significado da expressão *relevant commercial organisation*.[19] Primeiramente, *commercial organisation* é uma sociedade comercial com fins lucrativos, de natureza pública ou privada, estando de fora, portanto, todas as entidades que não atuem com o fim de lucro. Além disso, estão também de fora todos aqueles negócios realizados por firmas individuais e também aqueles desempenhados pela própria pessoa física na gestão de suas atividades comerciais. Assim, uma *relevant commercial organisation* é aquela sociedade comercial incorporada sob o modelo de sociedade anônima ou sociedade limitada,[20] cuja incorporação seja efetivada em território britânico ou que nele executem, total ou parcialmente, seus negócios.

2.1 *O significado de* associated person *e a problemática na sua interpretação*

O *Bribery Act* estabeleceu na seção 7(1) a conexão que deveria existir entre o pagador de suborno e a empresa, para que esta pudesse ser responsabilizada pelo cometimento do delito de falha quanto à prevenção da corrupção. Nessa conexão, o legislador exigiu que o ato de corrupção fosse praticado por alguma pessoa associada à empresa, estabelecendo, ainda, alguns requisitos não muito claros sobre a forma dessa associação.

---

17. *Guidance* do Ministério da Justiça do Reino Unido, 2011:15-16; sobre a interpretação do *Act*, conferir entrevista do *Serious Fraud Office Chief*, Richard Alderman, concedida ao *Daily Telegraph*, em 20.01.2011, disponível em: [www.telegraph.co.uk/finance/yourbusiness/bribery-act/8269766/Bribery-Act-SFO-chief-Richard-Alderman-sees-UK-courts-as-a-stumbling-block.html]. Acesso em: 19.04.2013.
18. A primeira condenação sob a égide do *UK Bribery Act 2010* ocorreu em novembro de 2011, disponível em: [www.judiciary.gov.uk/media/judgements/2011/munir-patel-sentencing-remarks-18112011]. Acesso em: 31.01.2013; em maio de 2012, em sede de apelação, a sentença de seis anos de prisão foi reduzida para quatro anos.
19. Seção 7 do *Act*.
20. O'SHEA, 2011, p. 136; seção 7(5)(a)(b) do *Act*.

Pessoa associada, em primeiro lugar, é aquela que desempenha uma atividade por ou em favor da empresa.[21] A princípio, qualquer pessoa física ou jurídica que mantenha alguma conexão com a sociedade comercial pode se enquadrar nesse conceito. Não obstante, o *Act* também estabelece que não importa a capacidade da pessoa associada em relação à gestão da empresa, quer seja um simples empregado, quer seja um alto executivo. Assim, diretores, empregados, agentes, empresas parceiras, *joint-venture*, fornecedores e contratados[22] poderão ser enquadrados como pessoa associada[23] para fins do *Bribery Act*.

Em linhas gerais, portanto, a lei exige dois requisitos básicos para enquadrar alguém como pessoa associada à empresa: a existência de alguma relação entre a pessoa, física ou jurídica, e a companhia; e que esta pessoa esteja atuando por ou em favor da sociedade comercial.[24]

Mesmo após termos definido o significado de pessoa associada, resta-nos, ainda, analisar detalhadamente o elemento mental dessa conexão entre o pagador de suborno e a empresa, desvendando, assim, o real sentido da expressão *obtain or retain business or business advantage* em favor da empresa.

Primeiramente, parece-nos indubitável que tal consiste numa atitude do agente em satisfazer ou pretender satisfazer interesses da sociedade comercial, não tendo sido exigido, à empresa, nenhum elemento mental – *mens rea*[25] – neste sentido. Em seguida, a responsabilidade da empresa em relação ao crime da seção 7 depende da prática do crime de corrupção ativa (seção 1) ou do delito de corrupção de servidor público estrangeiro (seção 6) por algum associado à empresa, o que já não ocorrerá em relação ao crime de recebimento de suborno[26](seção 2).

21. A expressão utilizada pela lei é *for or on behalf*, conforme seção 8(1) do *Act*.
22. Os subcontratados poderão ficar de fora da categoria de pessoa associada, conforme *Guidance* do Ministro da Justiça do Reino Unido, 2011, p. 16.
23. Os acionistas que não possuam algum outro vínculo com a empresa estariam de fora do enquadramento legal.
24. Sobre este assunto, O'SHEA (2011, p. 146), que assinala haver uma questão de fato e outra substantiva, relacionando-se a primeira à simples conexão entre o pagador de *bribery* e a empresa, e a segunda ao fato de a pessoa associada estar ou não representando os interesses da empresa quando da prática da corrupção.
25. Sobre a necessidade do *actus reus* e *mens rea*, cf. STEWART, S. W., 1969, p. 43; sobre *strict liability*, veja-se o *leading case US vs. Dotterweich*, 320 U.S. 277, 284 (1943); FLETCHER, George, 2000, p. 718; CLARKSON, C. M. V., 2001, p.135; HERRING, Jonathan, 2011, p. 67.
26. O'SHEA, 2011, p. 157; MONTY, Raphael, 2010, p. 59.

Importa, agora, alertamos para o fato de que essa lei não exige que a pessoa pagadora de suborno associada à empresa seja condenada ou acusada formalmente pela prática desse crime. Em tese, bastaria a existência de elementos mínimos que evidenciassem a prática de corrupção por algum empregado ou agente da empresa para já ser possível supor a configuração do delito da seção 7. Para chegarmos a essa conclusão, basta direcionarmos nosso olhar à expressão legal *would be guilty*, que significa suposição ou possibilidade[27] de ser o pagador do suborno culpado, para que possa a sociedade comercial responder pelo crime de falha na sua prevenção.

Melhor seria que o *Act* tivesse estabelecido a previsão de condenação ou, no mínimo, de acusação formal do empregado ou agente corruptor, para que se imputasse à empresa a responsabilidade pela falha na prevenção da corrupção. Porém, o propósito do legislador foi exatamente o contrário, ou seja, pretendeu que a responsabilidade empresarial fosse a mais ampla possível, de modo a absorver as inúmeras situações de *bribery* ocorridas em território estrangeiro, onde a impunidade em relação à pessoa associada acabaria se convertendo na inviabilidade de punição da sociedade comercial.

Por último, não foi exigida, a essa infração, nenhuma conexão entre a pessoa associada e o Reino Unido para que a sociedade comercial pudesse responder pelo crime da seção 7. Diferentemente do que ocorre em relação aos crimes das seções 1, 2 e 6, que quando realizado o ato de corrupção fora do território britânico, este somente seria submetido à jurisdição do Reino Unido, caso houvesse alguma conexão entre o agente pagador ou recebedor do suborno e o Reino Unido. Em relação ao delito da seção 7, todavia, não há uma tal exigência.

2.2 *O critério legal do* adequate procedures *e suas consequências práticas*

No tópico anterior, aprofundamos a análise das questões interpretativas que reputamos de maior complexidade e, por isso, também de grande repercussão na responsabilidade criminal da empresa. Agora, enfrentaremos outro problema, ainda mais complexo, que é a análise da *defence* estabelecida pela seção 7(2) do *Act*.

27. O *modal verb* "would" possui vários significados, dentre os quais, destacamos: "*consequence of na imagined event or situation*", "*desire or inclination*", "*conjecture, opinion or hope*", de acordo com Oxford Dictionaries, disponível em: [www.oxforddictionaries.com/definition/would?q=would]. Acesso em: 20.04.2013.

Primeiramente, uma *defence*, em linhas gerais, consiste no instrumento empregado pelo réu para refutar os elementos do crime.[28] Até aqui, não vislumbramos nenhum problema que mereça maior atenção. É, contudo, a questão que vem a seguir que nos interessa, quando o *Act* acaba limitando a possibilidade de defesa da empresa, ao estabelecer como *defence* a demonstração de que a sociedade comercial empregou procedimentos adequados à prevenção da prática de corrupção por seus associados.

A primeira grande dificuldade que enfrentaremos reside no próprio significado da expressão *adequate procedures*, que, pelo seu alto grau de subjetividade, somado à inexistência de regras objetivas claras quanto à sua interpretação, produzem, talvez, o maior desafio à adaptação das empresas ao *Act*.[29] A palavra *adequate*, que significa suficiente, adequado, satisfatório ou aceitável,[30] não exige da empresa uma eficácia na prevenção do *bribery*, de modo que somente lhe é exigida a prática de procedimentos anticorrupção que se mostrem satisfatórios ou adequados, ainda que não evitem a sua ocorrência.

Além da dificuldade de se aferir o real significado da palavra *adequate*, outro problema que surge é o de se saber como deverá proceder a empresa para colocar em prática procedimentos preventivos que se mostrem adequados a esta exigência legal. Como falamos anteriormente, não foram estabelecidas regras gerais ou alguma espécie de *check list*, mas apenas uma orientação explicativa, não vinculante, apresentada pelo Ministro da Justiça do Reino Unido.[31]

O que se percebe da seção 7(2) do *Act* é que o legislador britânico exigiu um comportamento ativo das empresas na prevenção da corrupção pelos seus associados, devendo, portanto, a partir dessa política corporativa de prevenção, colocar em prática todos os procedimentos que se revelem adequados a evitar a ocorrência da corrupção. Portanto, exige-se não apenas que a empresa execute políticas de prevenção, pois, se assim o fizesse, o mero emprego de qualquer procedimento preventivo levaria à ausência do crime. O que de fato exige o

28. HERRING, Jonathan, 2011, p. 255.

29. Crítica acerca das expressões duvidosas em GRIEW, Edward (1978, p. 57); também neste sentido: COFFEE, John, 1999, p. 18.

30. *Oxford Dictionaries*, disponível em: [www.oxforddictionaries.com/definition/adequate?q=adequate]. Acesso em: 20.04.2012; O'SHEA, 2011, p. 160.

31. Para O'SHEA (2011, p. 168), o *guidance* do Ministro da Justiça não passou de um trabalho de relações públicas destinado a acalmar o mercado, que temia pelas perdas financeiras suportadas pelas empresas.

Act é que estas políticas preventivas mostrem-se adequadas, ou seja, que sejam potencialmente capazes de evitar a corrupção.

Mais uma vez voltamos ao mesmo problema com o qual nos deparamos no início desta análise, que é o da duvidosa expressão *adequate procedures*, que não traz qualquer confiabilidade às empresas na decisão quanto aos procedimentos preventivos que deverão seguir, a fim de evitar a responsabilização pelo cometimento do delito da seção 7. Assim, muito embora possa a empresa, agindo de boa-fé, empregar procedimentos que repute necessários à prevenção da corrupção, pode ser que tais procedimentos não sejam interpretados como adequados pelo *Serious Fraud Office* (SFO) ou pelo Poder Judiciário, gerando a punição da empresa, mesmo na hipótese em que esta pensou estar cumprindo com as medidas exigidas pela lei.

A polêmica em torno da expressão *adequate procedure* já era prevista pelo Parlamento britânico, tanto que no próprio *Act* já continha a necessidade da expedição de uma orientação pelo Ministério da Justiça.[32] Este *guidance* governamental, ao ser editado, estabeleceu seis princípios a serem levados em consideração pelas empresas na definição dos procedimentos internos de prevenção ao *bribery*. O primeiro e mais importante princípio é o da proporcionalidade (*proportionate procedures*), seguido dos princípios do *top level commitment*, *risk assessment*, *due diligence*, *communication* e, finalmente, *monitoring and review*. Centralizaremos nossa análise no *proportionate procedures*, pela sua implicação direta na compreensão do termo *adequate*, que é o foco do nosso estudo neste momento.

A sociedade comercial deve empregar, na sua política preventiva, procedimentos que sejam proporcionais ao risco de corrupção enfrentado,[33] tendo em vista a natureza, escala e complexidade das atividades desenvolvidas. Exige-se, também, que essas políticas preventivas sejam claras, práticas, acessíveis e efetivamente implementadas.[34] Assim, a primeira providência a ser seguida pela empresa seria a de analisar a atividade empresarial que desempenha, e, a partir daí, delinear as políticas internas que mais se ajustem aos riscos envolvidos. Após essa primeira etapa, devem pôr em prática essas políticas, inclusive com a participação dos diretores e ampla divulgação entre os seus empregados, agentes, contratados e demais pessoas, físicas ou jurídicas, com quem a empresa possua alguma relação.

32. Seção 9, do *Act*.

33. Por exemplo, uma empresa que atue num país em que a percepção da corrupção seja bastante elevada.

34. *Guidance*, 2011, p. 20.

Apesar dessa tentativa do governo britânico de esclarecer algumas questões duvidosas que pendem sobre o *Act*, pensamos que essa orientação não teve o êxito de superar tais dúvidas, pois não tornou possível, objetivamente, a identificação precisa do que seria uma atividade de grande ou pequena escala, tampouco a definição da complexidade ou natureza da atividade pode ser deduzida dentro de padrões objetivos e claros. Além disso, o somatório das duas perspectivas do princípio da proporcionalidade, ou seja, a referente aos riscos enfrentados pela empresa e aquela dirigida à natureza, complexidade e escala da atividade desempenhada, criam ainda mais problemas à interpretação do que seriam estes procedimentos adequados.

Diante disso, quais seriam, então, aqueles procedimentos adequados que deveriam ser adotados por uma pequena empresa que suporta grandes riscos e, ao contrário, por uma grande empresa que enfrentaria pequenos riscos? Leva-se em consideração os riscos ou a complexidade da atividade?

Além da proporcionalidade, as empresas deverão fazer com que seus proprietários e diretores estejam comprometidos com a política de prevenção, inclusive no tocante à punição daqueles associados que se envolvam com atos de corrupção.[35] Cabe à sociedade comercial, ainda, o dever de avaliar periodicamente os riscos,[36] registrar todas as práticas preventivas, rever com frequência as suas políticas de prevenção, permitindo, assim, uma atualização constante dos procedimentos destinados a evitar a corrupção.[37] Tais exigências constituem um verdadeiro dever de diligência diante das novas atividades ou novos negócios que extrapolem aquelas atividades rotineiras e para as quais já foi estabelecida a política anticorrupção.

A sociedade comercial há de conceder, ainda, ampla publicidade a esses procedimentos, interna e externamente, inclusive com as subsidiárias e os agentes sediados no exterior,[38] fornecendo um adequado treinamento[39] aos seus empregados e agentes, incentivando as empresas parceiras a adotarem políticas preventivas semelhantes[40] e promovendo a revisão desses procedimentos sempre que se mostrar necessário.[41]

35. *Top level commitment.*
36. *Risk assessment.*
37. *Duediligence.*
38. *Communication.*
39. *Training.*
40. Aqui estamos falando de uma empresa contratada, que poderá ser encorajada pela contratante a também desenvolver políticas de prevenção à corrupção.
41. *Monitoring and review.*

Percebemos, nesse novo cenário, a importância de uma reorganização corporativa no sentido de incrementar os programas de *compliance* das empresas, criando um rígido e exaustivo código de condutas,[42] em que estejam claras as medidas preventivas destinadas a impedir a prática de corrupção, exercendo, nessa tarefa, um controle sério dos atos dos parceiros, subordinados e colaboradores.[43]

3. O PROBLEMA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CRIME DE FALHA DA EMPRESA NA PREVENÇÃO DO *BRIBERY*

3.1 Análise crítica da inversão do ônus da prova no direito penal anglo-saxônico e sua repercussão no Bribery Act

O direito penal anglo-saxônico utiliza-se, com certa frequência, de uma construção criminal puramente formal, em que a subjetividade que dirige qualquer ação criminosa é absolutamente ignorada, consistindo este modelo de incriminação numa espécie de responsabilidade penal objetiva, em que se exige, em sede processual penal, a inversão do ônus da prova. Esses tipos penais são denominados de *strict liability*,[44] como é o caso do crime de falha da empresa na prevenção da corrupção (seção 7).

Este crime tem por base a presunção de uma situação de fato que não precisa ser demonstrada pela acusação, mas, ao contrário, necessita ser refutada, de maneira eficaz, pela defesa, sob pena de prosperar o argumento acusatório da configuração do crime de falha da empresa em prevenir a prática de atos de corrupção, constituindo tal hipótese numa flagrante inversão do ônus da prova.

Não obstante, o ônus da prova no sistema anglo-saxônico possui uma configuração bastante peculiar, sendo, portanto, imprescindível à compreen-

42. Sobre o conteúdo dos códigos de conduta, BACIGALUPO, 2011, p. 115.

43. BACIGALUPO, 2011, p. 95-110.

44. Posição intermediária enxergamos em BASEL, Mark Pieth (1999, p. 117), ao admitir a possibilidade de incriminações do tipo *strict liability* somente quando for possível atribuir à empresa, em razão de má-administração (*mismanagement*), a ocorrência de um crime cometido por algum de seus empregados ou agentes; em CLARKSON (2001, p. 135) constatamos que mais da metade das 8000 infrações penais existentes na Inglaterra seguem o modelo de *strict liability*; para GLANVILLE WILLIAMS (1961, p. 257), o argumento de justificação das incriminações do tipo *strict liability* em razão da dificuldade de demonstração do elemento mental e da probabilidade de que o arguido seja culpado, não seriam argumentos convincentes; sentido crítico em: SIMESTER, Andrew; SULLIVAN, George; SPENCER, John; VIRGO, Graham, 2010, p. 62-63.

são de nossos argumentos, estabelecermos algumas breves notas conceituais a esse respeito.

Em primeiro lugar, o ônus da prova (*burden of proof*) subdivide-se em *persuasive burden (burden of persuasion)* e *evidential burden (burden of production)*, sendo que somente o *burden of persuasion* é considerado como verdadeiro ônus da prova (ônus da prova em sentido estrito).[45]

O *persuasive burden* (ônus de persuasão) consiste no ônus que recai sobre as partes de demonstrarem a veracidade dos seus argumentos, atingindo o nível de exigência necessário para tentar persuadir o julgador acerca das afirmações, fatos e teses desenvolvidas em juízo.[46] Consiste este, portanto, no dever de provar sua tese durante o processo, o que, caso não seja suficientemente satisfeito, torna possível à parte oposta de sair vitoriosa na demanda.[47] Podemos citar como exemplo do *persuasive burden* aquele ônus que recai sobre a acusação de provar a culpa do réu sob o *standard* de prova "para além de qualquer dúvida razoável".[48]

Já o *evidential burden* (ônus de produção), ao contrário, consiste no ônus das partes de apresentarem prova(s) que tenha(m) relação com o(s) fato(s) que desejam demonstrar. No caso da acusação, recai sobre ela, por exemplo, o ônus de produção de prova suficiente para justificar o encaminhamento do caso ao Judiciário.[49] Já em relação à defesa, sobre ela recai o ônus de produção consistente no dever de apresentar provas capazes de sustentar seus argumentos defensivos, tentando, com isso, refutar alguma prova apresentada pela acusação ou, até mesmo, demonstrar algum argumento de defesa, na tentativa de enfraquecer o(s) argumento(s) da acusação[50] ou de fortalecer seus próprios argumentos.

Há, ainda, o *tactical burden*, que consiste numa verdadeira percepção táctica da necessidade ou não de se apresentar uma contraprova, a fim de evitar o su-

45. TAPPER, Colin; CROSS, Rupert, 2010, p. 120.

46. Idem, p. 121; PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni, 2008, p. 4.

47. MACAGNO, Fabrizio; WALTON, Douglas, 2010, p. 6.

48. Conferir o caso Winship, 397 U.S. 358, 364 (1970); em KADISH, Sanford; SCHULHOFER, Stephen (2001, p. 36), podemos verificar uma posição crítica ao *reasonable doubt standard*.

49. HERRING, Jonathan 2011, p. 29.

50. Este *standard* de prova da defesa (*on the balance of probabilities*) é menos rigoroso do que o da acusação.

cesso da parte adversária ou, ainda, com o escopo de tentar garantir a própria vitória na causa. Há autores, entretanto, que optam por fundir o *evidential burden* com o *tactical burden*, enquanto outros, ao contrário, traçam uma linha divisória entre ambos.[51]

Superada essa fase introdutória, faz-se necessário ingressarmos no cerne da questão, a fim de sabermos se, de fato, o crime da seção 7 representaria ou não uma hipótese de inversão do ônus da prova e quais seriam as consequências desta constatação.

Começaremos por dizer que a regra geral das incriminações no sistema anglo-saxônico é a da exigência do elemento típico subjetivo denominado *mens rea*.[52] Contudo, não é isso que constatamos no crime da seção 7, quando não se exige tal elemento mental para a configuração do crime de falha da empresa na prevenção da corrupção, exigindo-se, tão-somente, que uma pessoa associada à sociedade comercial venha a praticar, em seu favor, o ato de corrupção, sendo, assim, absolutamente irrelevante a participação, direta ou indireta, da empresa, na tomada da decisão criminosa,[53] quer incentivando, quer concordando[54] com a prática da corrupção.

Não obstante, em que pese não ser exigida a participação direta ou indireta da empresa na corrupção, exige-se da sociedade comercial a tomada de medidas destinadas a evitar o cometimento de atos de corrupção por funcionários e empresas que com ela possuam algum vínculo. Esse dever de prevenção acaba por gerar, à empresa, o ônus de afastar a presunção de não ter posto em prática

51. TAPPER, Colin; CROSS, Rupert, 2010, p. 120; sobre o *tactical burden*, entendem PRAKKEN; Henry, SARTOR, Giovanni (2008, p. 4) que este consiste numa avaliação táctica da parte quanto aos riscos de perder uma determinada causa, caso não apresentem nenhuma outra nova prova sobre o fato.

52. SMITH, A. T. H., 1978, p. 103-106; em STEWART, S. W. (1969, p. 46) podemos constatar uma posição crítica sobre a perda de importância do *mens rea* nos *statutes-created offences*, ou seja, nos crimes criados por leis penais escritas; sobre a definição de *mens rea*, cf. KADISH, Sanford; SCHULHOFER, Stephen, 2001, p. 203.

53. Para O'SHEA (2011, p. 131), ao proceder dessa maneira, o legislador britânico acabou por não aplicar na construção do delito da seção 7 o *identification principle*, através do qual se permitiria identificar, dentro dos quadros da empresa, quais os funcionários e diretores que, em vista da importância de suas decisões, reputar-se-iam como decisões da própria companhia, trazendo à tona o elemento intelectual necessário à configuração da *mens rea* e, a partir dele, a responsabilização criminal da empresa por tais decisões.

54. STEWART, S. W., 1969, p. 61; Sobre o assunto, FLETCHER (2000, p. 722-733) entende que o modelo de *strict liability* deve ser utilizado com muito cuidado.

os procedimentos adequados à prevenção da corrupção, restando à acusação, por outro lado, apenas o ônus de demonstrar a ocorrência do suborno cometido por alguma pessoa associada à empresa e em seu favor.

O que interessa sabermos, portanto, é se ao presumir a falha da empresa quanto à prevenção do *bribery*, em razão da sua prática por algum de seus empregados ou agentes, estaremos diante de uma hipótese de verdadeira inversão do ônus da prova (*burden of persuasion*)[55] ou, ao contrário, tratar-se-ia de um mero ônus de produção, em que não haveria, de fato, inversão do ônus da prova.

Neste crime de falha preventiva da empresa, constatamos, assim, que o fato provado pela acusação é a prática de corrupção em favor dos interesses da empresa, realizado por algum de seus associados. Já o fato presumido, por outro lado, implica numa presunção de falha da empresa quanto ao seu dever legal de diligência, por não ter empregado os procedimentos adequados à prevenção do *bribery*.[56] A moldura penal do crime da seção 7, portanto, traz nos seus elementos típicos a presunção de um fato – a empresa não empregou procedimentos adequados à prevenção da corrupção –, presunção esta que gera à empresa, em consequência, o ônus de demonstrar a não ocorrência desse fato presumido.

Ocorre, todavia, que não se trata, apenas, de um mero ônus de produção. Trata-se, ao contrário, de verdadeiro ônus de persuasão, através da utilização, pela empresa, em sua defesa, de uma apropriada prova em contrário,[57] ao ser obrigada a demonstrar que empregou os procedimentos adequados a prevenir a corrupção pelos seus associados.

Não basta, portanto, a produção de *counter-evidence* em relação à presunção decorrente da prova da corrupção fornecida pela acusação, como ocorreria, por exemplo, caso fosse suficiente à empresa comprovar que empregou algum procedimento preventivo e, por isso, não se manteve omissa quanto ao seu dever normativo de diligência. Ao contrário, é preciso ir além desse *burden of production*, exigindo-se à defesa o ônus de provar não apenas que empregou

55. Em TAPPER, Colin; CROSS, Rupert (2010, p. 129-130), podemos extrair que a imposição de um *evidential burden* que venha a recair sobre a defesa numa ação penal é considerada compatível com o art. 6.º da CEDH, desde que não se trate mesmo de ônus da prova, mas tão somente de ônus de produzir prova.

56. Sobre o assunto, KADISH, Sanford; SCHULHOFER, Stephen (2001, p. 51) defendem que há um fato atualmente provado (*the basic fact*) e algum outro presumido (*critical fact*).

57. TAPPER, Colin; CROSS, Rupert, 2010, p. 134.

um ou vários procedimentos de prevenção ao *bribery*, mas sim, e, sobretudo, que tais procedimentos foram adequados, ou seja, proporcionais aos riscos, à complexidade das suas atividades e ao próprio tamanho da empresa, para atingir, assim, o nível de exigência compatível com os princípios a que nos referimos no capítulo anterior. A partir daí, a defesa irá construir uma argumentação persuasiva para convencer o julgador acerca do emprego de adequados procedimentos *anti-bribery*, única prova suficientemente capaz de afastar a presunção da sua falha em dar cumprimento a este dever de prevenção.

O *Act*, portanto, ao onerar a defesa com essa carga probatória, acaba por promover uma inadmissível inversão do ônus da prova, o que não apenas se mostra ilegítimo diante do sistema processual penal anglo-saxônico, como também agride as próprias garantias processuais do sistema constitucional europeu.

No crime de falha na prevenção da corrupção é suficiente, portanto, que o órgão de *prosecution* demonstre que o *bribery* foi praticado por alguma pessoa associada à *relevant commercial organisation* para que possa a empresa ser responsável pela falha no seu dever de prevenção, e, assim, ser acusada pelo cometimento do crime da seção 7.[58] Cabe, todavia, à sociedade comercial, somente a possibilidade de apresentar a defesa nos moldes da seção 7(2), demonstrando que havia empregado os procedimentos adequados à prevenção da corrupção, para tornar possível, assim, o afastamento da sua responsabilidade penal.

A lógica que deduzimos desse dispositivo é a de que, primeiramente, caberá à acusação demonstrar apenas a ocorrência do ato de corrupção, que este ato fora praticado por alguém vinculado à empresa e que o suborno foi realizado com o fim de gerar algum benefício à empresa, presumindo-se, em consequência, a omissão da sociedade comercial quanto a este dever adequado de prevenção. Em segundo lugar, a empresa assume o ônus de demonstrar sua diligência, provando que mesmo empregando os procedimentos adequados à prevenção da corrupção, esta veio a ocorrer. Portanto, somente a demonstração, pela empresa, de que agiu dessa maneira, poderá constituir argumento suficientemente capaz de afastar a presunção de ter falhado no seu dever de prevenção.[59]

Somado a isso, a empresa ainda tem, contra si, sua clara situação de impotência quanto ao controle dos atos de seus associados, os quais, movidos por interesses puramente individuais ou, até mesmo, conflitantes com aqueles da

58. Seção 7(1) do *Act*.

59. Em GLANVILLE WILLIAMS (1961, p. 896-897), interessante sentido crítico acerca da inversão do ônus da prova estabelecido por incriminações construídas através de *statutory law*.

empresa, podem cometer atos de corrupção e, com isso, acabarem por punir injustamente a sociedade comercial, que se submeterá a sanções penais extremamente graves,[60] caso não consiga demonstrar que utilizou as práticas preventivas adequadas. Essa situação constitui-se, portanto, numa inadmissível exigência legal de inversão do ônus da prova, que haverá de ser suportada pela empresa na sua defesa.

3.2 A inversão do ônus da prova nas construções penais que seguem o modelo de strict liability *e a interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*

Seguindo nossa crítica ao crime da seção 7, por se tratar de uma hipótese de *strict liability*, há o rompimento da unidade objetivo-subjetiva do delito e, em que pese à ausência de um comportamento intencional culpável da empresa, contenta-se o legislador com a mera ocorrência de uma determinada situação concreta – a corrupção – que, pela sua importância para o interesse público, acaba servindo de argumento de legitimação da intervenção penal, punindo-se a empresa, simplesmente, pelo descumprimento do seu dever de prevenção da corrupção praticada por alguma pessoa ou empresa que com ela mantenha conexão.

Assim, apesar de o direito penal anglo-saxônico exigir, em regra, a conjugação dos dois elementos constitutivos do delito – *actus reus* e *mens rea* –, nas incriminações do tipo *strict liability*, conforme já nos referimos, tal exigência não se faz necessária. Em que pese, todavia, serem os delitos do tipo *strict liability*[61] já de longa tradição do direito penal anglo-saxônico, permitindo-se, através deles, a previsão de uma espécie de responsabilidade penal sem culpa, a problemática envolvendo estas incriminações, sobretudo no que tange à inversão do ônus da prova, conforme delineamos acima, assume contornos ainda mais complexos quando nos debruçamos sobre o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) acerca do tema.

Primeiramente, o TEDH reconhece a legitimidade de incriminações do tipo *strict liability*, em que há presunções de fato, desde que se limite ao campo meramente processual, isto é, quando somente se refira à inversão do ônus da prova e que sejam assegurados ao réu o contraditório e ampla defesa, não resultando tal presunção, portanto, numa violação ao princípio

60. Como o pagamento de multas de valor máximo ilimitado.

61. BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, 2011, p. 99-100.

da presunção de inocência, gerando, assim, uma compatibilidade destas incriminações com o art. 6.º, n. 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).[62]

O que se pode deduzir dessa posição do TEDH é a sua inclinação em aceitar a criação de tipos penais meramente formais, desde que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, condições que seriam compreendidas como suficientes e necessárias ao afastamento da violação da presunção de inocência. Não obstante, não podemos crer que a inversão do ônus da prova que verificamos no crime da seção 7 deixe incólume a presunção de inocência, sendo exatamente essa objeção que procuraremos desenvolver neste momento.

No crime de falha da empresa na prevenção da corrupção há uma verdadeira presunção de culpa, tendo como consequência a inversão do ônus da prova, quando, mesmo sem ter a acusação o ônus de demonstrar a falha da empresa quanto ao seu dever de empregar procedimentos adequados de prevenção, já se presume a sua responsabilidade penal pela suposta falta no cumprimento desse dever.

A prova em contrário, todavia, ainda que seja admitida na seção 7(2), consiste na abertura de oportunidade à empresa de demonstrar ter colocado em prática procedimentos preventivos adequados. Como vimos, consistiria tal hipótese numa verdadeira inversão do ônus da prova, a partir do qual a empresa deverá apresentar elementos e argumentos capazes de demonstrar a sua inocência, ou seja, que não apenas não foi omissa, mas, sobretudo, que os procedimentos preventivos empregados foram adequados à prevenção da corrupção, segundo as exigências do *Act*.

A despeito da posição do TEDH ao legitimar a inversão do ônus da prova que envolve as incriminações do tipo *strict liability*, a nós não nos parece ser essa a solução mais adequada, pois se olharmos atentamente para o crime de falha da empresa em prevenir o *bribery*, veremos que a exigência defensiva que recai sobre a sociedade comercial constitui uma verdadeira medida de violação da presunção de inocência.[63]

---

62. Sobre a ausência de violação do art. 6.º da CEDH, conferir o caso *Salabiaku vs. France*, julgado pelo TEDH, em que ficou decidido que a presunção contida no art. 392, 1, do *Customs Code* francês, de que o detentor da mercadoria produto de contrabando é responsável pelo contrabando, não fere o princípio da presunção de inocência; para análise detalhada sobre o caso *Salabiaku vs. France*, cf. SIMESTER, Andrew; SULLIVAN, George; SPENCER, John; VIRGO, Graham, 2010, p. 60.

63. Sobre o assunto, SIMESTER, Andrew; SULLIVAN, George; SPENCER, John; VIRGO, Graham (2010, p. 60) apresentam sérias críticas à posição do TEDH no caso *Lingers vs. Aus-*

Dizer que a presença do contraditório e ampla defesa consistiria num *fair trial* e, portanto, não haveria contradição entre os tipos penais construídos nos moldes de *strict liability* e o art. 6.°, n. 2, da CEDH é descartar, em absoluto, o princípio da presunção de inocência, um dos mais importantes fundamentos do Estado de Direito democrático.

Nas incriminações que seguem o modelo de *strict liability*, muito embora o agente tenha realizado os elementos componentes do *actus reus*,[64] dispensa-se a presença de *mens rea*. Por essa razão, a doutrina chega mesmo a defender que não se poderia dizer, com firmeza, que tal forma de incriminação consistiria propriamente em delito,[65] mas sim que configuraria simples ação ou omissão proibida em razão do interesse público.[66]

É importante salientarmos, neste momento, que o Reino Unido, desde o ano de 1998, através do *Human Rights Act*,[67] incorporou a CEDH, sendo, portanto, obrigado a submeter-se aos princípios gerais nela consagrados, sobretudo àqueles que se relacionam com a intervenção penal, como o são os princípios da culpabilidade e da presunção de inocência, os quais, diga-se, mais uma vez, constituem fundamentos de legitimação do direito penal e processual penal estabelecidos pela CEDH.[68]

A análise da compatibilidade ou não do crime da seção 7 com as garantias estabelecidas pela CEDH, passa, necessariamente, pela própria absorção interna desses princípios. Para isso, reputamos de grande interesse trazer a lume os requisitos necessários à verificação dessa compatibilidade, tomando-se, como base neste nosso estudo, o *leading case R vs. DPP*.[69]

Nesse precedente, além da própria discussão acerca da necessidade de verificação da compatibilidade entre a lei penal inglesa e a CEDH, o que mais nos

tria, em que foi reconhecido que a inversão do ônus da prova e presunções de fato não violariam o art. 6.°, 2, da CEDH, o que somente ocorreria em situações extremas.

64. Sobre *actus reus*, STEWART, S. W. (1969, p. 44) define ação ou omissão dirigida a um resultado prejudicial à sociedade e, por isso, proibido pelo direito penal.

65. CARD, Richard; JONES, Philip; CROSS, Rupert, 1980, p. 123 ss.

66. Idem, p. 133.

67. Em 1998, o Reino Unido incorporou a CEDH, reconhecendo os princípios estabelecidos na referida convenção, inclusive os de natureza penal.

68. O art. 6.°, 2, da CEDH estabelece que: "qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada".

69. *R vs. DPP, ex p. Kebilene [2000] 2 AC 326*. Disponível em: [www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/43.html]. Acesso em: 07.06. 2013; TAPPER, Colin; CROSS, Rupert, 2010, p. 137; HERRING, 2011, p. 31.

interessa são os requisitos apresentados no voto do *Lord Hope of Craighead*, que definiram em quais hipóteses a inversão do ônus da prova seria ou não compatível com a CEDH. A partir da análise dos requisitos estabelecidos pelo precedente *R vs. DPP*, percebemos que, apesar da absorção pelo Reino Unido da CEDH, manteve-se o entendimento de que a inversão do ônus da prova não violaria a presunção de inocência, desde que essa inversão se mostrasse razoável e necessária.

O que de fato nos interessa, com esta análise, é verificar se o crime de falha da empresa na prevenção do *bribery* é efetivamente compatível com o art. 6.º, n. 2, da CEDH, mesmo levando-se em consideração os requisitos apresentados no *leading case* a que nos referimos, quais sejam: o que teria de provar a acusação para transferir o ônus da prova para a defesa; a dificuldade da acusação em provar um determinado fato; e, finalmente, a natureza da ameaça encarada pela sociedade, através de um determinado delito e que, por esta razão, justificaria a inversão do ônus da prova.[70]

Em primeiro lugar, não constatamos no crime de corrupção a gravidade que deveria ser exigida para ensejar um tratamento processual e penal mais rigoroso. O argumento para esta conclusão decorre do próprio confronto entre este *leading case* e o *Bribery Act*, uma vez que naquele precedente discutia-se a prevenção do terrorismo, enquanto que no *Act* estamos diante da prevenção da corrupção. Assim, mesmo reconhecendo a gravidade dos atos de corrupção, esse crime está longe de poder ser comparável com o terrorismo, tornando, portanto, injustificável, o maior rigor conferido ao crime de corrupção.

Em segundo lugar, não haveria uma dificuldade além do normal, para a acusação, em demonstrar a falha da empresa em não empregar os procedimentos adequados à prevenção da corrupção. A acusação, portanto, dispõe de muitos meios para demonstrar que a empresa manteve-se omissa ou que seus procedimentos de prevenção, efetivamente praticados, não se ajustariam aos riscos enfrentados na atividade empresarial. A inversão do ônus da prova, então, não constituiria na única forma possível de se superar alguma dificuldade probatória que poderia recair sobre a acusação, o que deveria ter sido levado em consideração pelo legislador quando decidiu exigir da empresa o ônus de demonstrar que não falhou no exercício do seu dever de colocar em prática os procedimentos preventivos adequados.[71]

---

70. Trecho extraído do voto do Lord Hope of Craighead, proferido no *leading case R vs. DPP, ex p. Kebilene [2000] 2 AC 326*.

71. Sobre este assunto, recomendamos a leitura do precedente *R. vs. Lambert* [2001] 3 WLR 206, disponível em: [www.publications.parliament.uk/pa/id200102/idjudgmt/

Percebemos, portanto, que neste crime de falha da empresa quanto ao seu dever de prevenção, ao exigir-se uma inadmissível inversão do ônus da prova, carregando demasiadamente a defesa com a obrigação de demonstrar que a empresa empregou procedimentos adequados de prevenção ao *bribery*, mesmo em se tratando de um *standard* de prova menos rigoroso que o da acusação, ainda assim nos parece indiscutível, ao contrário do que entende o TEDH, que tal inversão violaria a presunção de inocência estabelecida no art. 6.°, n. 2, da CEDH.

4. A AMPLIAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL DO REINO UNIDO E SUA REPERCUSSÃO NO COMBATE INTERNACIONAL DA CORRUPÇÃO

A seção 12 do *Act* trouxe uma séria e importante mudança relacionada à jurisdição penal do Reino Unido em relação ao julgamento dos crimes de corrupção ocorridos no exterior. Em primeiro lugar, consta do *Act* a previsão da jurisdição territorial, regra geral que abrange todos os crimes, cuja ação ou omissão ocorreu dentro do seu território.[72] Em seguida, estabelece a regra da jurisdição nacional, em que independentemente do lugar em que foi praticado o ato, quer dizer, mesmo que a ação ou omissão vier a ser realizada fora do território britânico, ainda assim será o crime submetido à jurisdição do Reino Unido, desde que seja demonstrada a existência de alguma conexão entre o agente que praticou a corrupção e o Reino Unido.

Em relação a essa segunda hipótese, reputamos importante destacar alguns aspectos. O primeiro deles consiste nas regras da nacionalidade dispostas na seção 12 do *Act*, através das quais todos os cidadãos britânicos, os cidadãos dos territórios britânicos, o residente no Reino Unido, o estrangeiro vinculado à Grã-Bretanha através do *British Nacionality Act* 1981 e qualquer empresa incorporada sob a lei britânica, independentemente do país em que vierem a cometer a corrupção, estarão sujeitos ao *Act* e serão julgados pelo Reino Unido.[73]

---

jd010705/regina-2.htm]. Acesso em: 07.06.2013; sobre esta questão, TAPPER, Colin; CROSS, Rupert (2010, p. 146) afirmam a necessidade de se constatar qual o nível de extensão do *persuasive burden* que pode ser imposto à defesa, defendendo que não se trata, esta análise, puramente de uma matéria de natureza linguística, já que envolveria também considerações a respeito da proporcionalidade.

72. Seção 12(1) do *Act*.

73. Contatamos em O'SHEA (2011, p. 254) que, ao se estender a jurisdição britânica para alcançar os fatos ocorridos fora do seu território, o *Act* acabou por instituir algo incomum no tocante à jurisdição penal do Reino Unido.

A despeito dessa ampliação da jurisdição penal do Reino Unido, há uma outra situação ainda mais extrema, quando sequer se exige essa conexão com o Reino Unido para que o crime seja julgado pela lei britânica. Este é o caso do crime da seção 7,[74] onde não é preciso que a sociedade comercial tenha sido incorporada no Reino Unido, nem que a pessoa associada que cometeu a corrupção tenha alguma conexão com a Grã-Bretanha ou Irlanda do Norte.[75] Ao contrário, faz-se necessário, tão-somente, que a empresa realize negócios ou parte de seus negócios em território britânico.

Assim, após a vigência do *Act*, ficou clara a absorção pela jurisdição penal do Reino Unido de todos os crimes referidos nas suas seções 1, 2, 6 e 7, quer dizer, a corrupção comum (ativa e passiva), a corrupção de servidor público estrangeiro e o crime de falha da empresa em estabelecer os procedimentos adequados à prevenção da corrupção, mesmo quando o ato de corrupção seja cometido fora do seu território. É bem verdade que há restrições à aplicação dessa extensão da jurisdição britânica, exigindo-se a conexão a que nos referimos. Porém, essas restrições, ao que parece, não são capazes de impedir a aplicação em massa do *Act* às mais distintas sociedades comerciais estrangeiras, algo absolutamente sem precedentes dentro das relações comerciais internacionais.

Talvez seja por isso que tenha sido deixado de fora o servidor público estrangeiro corrupto, em que pese ter cometido o crime de corrupção passiva previsto na seção 2 do Act.[76] Pois, ao excluir o agente público estrangeiro do alcance punitivo, certamente acabou-se por evitar maiores problemas no cenário internacional, além de desestimular outros países a fazerem o mesmo, a partir da aplicação do princípio da reciprocidade.

A maneira empregada pelo Reino Unido no enfrentamento à corrupção cometida no exterior acabou acarretando sérios transtornos às empresas, sobretudo às grandes corporações multinacionais, que normalmente atuam em diversos países e, por isso, possuem parcerias multilaterais com outras empresas ou grupos de empresas, também de nacionalidades diversas.

Essa postura britânica, claramente unilateral, acaba se distanciando da posição que reputamos mais adequada no enfrentamento da corrupção, a qual consistiria, justamente, no aumento da aproximação entre os Estados,[77] bus-

74. Seção 12(5) do *Act*.

75. MONTH, 2010, p. 59.

76. Seção 2 do *Act*.

77. BASEL, 1999, p. 113 e ss.

cando, desse modo, traçar uma política criminal anticorrupção transnacional e uma maior harmonização entre sistemas penais e processuais penais divergentes,[78] tornando-se, então, uma forma mais eficiente no combate não apenas da corrupção, como também da lavagem de dinheiro e outros crimes com contornos transnacionais.

Esse novo paradigma no enfrentamento da corrupção, como já enfatizamos, acabou por trazer sérios problemas às empresas, além de muitas dúvidas quanto à própria definição legal de certas práticas e atividades empresariais. Esse quadro desafiador parece assumir contornos ainda mais complexos quando verificamos os seus reflexos no cenário internacional, onde empresas estrangeiras encontram-se obrigadas, até mesmo quando estiverem atuando nos seus próprios países, a se ajustar à nova política anticorrupção imposta pelo Reino Unido.

Ao lado disso, ampliou-se demasiadamente um quadro de incertezas também entre as empresas britânicas que operam em todo o mundo, sobretudo quando estiverem atuando em parceria com outras sociedades comerciais ou quando participarem de *joint-venture*. A preocupação justifica-se, uma vez que a prática de corrupção por um simples fornecedor ou empregado, ainda que não exerça função de chefia ou direção, poderá fazer com que a empresa britânica venha a ser processada, criminalmente, pela falha na prevenção da corrupção.

Os problemas, contudo, não se restringem à corrupção propriamente dita, mas sim à própria essência das relações comerciais internacionais, como nos casos da vedação às *facilitation payments* e *corporate hospitality*, cuja disciplina trazida pelo *Act* merece uma análise mais detalhada.

Começaremos, por ora, tratando dos *facilitation payments*, que constituem uma espécie de prática corporativa bastante comum mundo afora, principalmente nos países subdesenvolvidos e emergentes, cujo objetivo é o de acelerar ou simplificar rotinas governamentais. Essa nova política britânica é o resultado de um alinhamento à política anticorrupção delineada pela *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), que é absolutamente contrária às práticas comerciais sob os moldes de *facilitation payments*. Como o *Act* não estabeleceu exceção a esses pagamentos facilitadores, à luz da nova legislação tais pagamentos, independentemente do seu valor, podem ser enquadrados como *bribery*.

78. Para melhor compreensão das perspectivas de aproximação do direito penal e processual penal dos dois sistemas: TIEDEMANN, 1999, p. 76; BERNAL DEL CASTILLO, 2011, p. 30-31.

A questão apresenta-se de maneira tão complexa que o *guidance* do Ministério da Justiça do Reino Unido, o qual, inclusive, faz referência à recomendação da OECD, firmou posição no sentido de que o *Act* não fez nenhuma exceção aos *facilitation payments*, os quais seriam, desta forma, ilegais. A justificativa para manter-se tal política de *tolerância zero* quanto a esta espécie de pagamentos, a despeito da sua permissão por países tradicionalmente parceiros do Reino Unido, como é o caso dos Estados Unidos,[79] foi a sua nocividade ao próprio desenvolvimento econômico e à democracia, além do fato dessas exceções poderem trazer dúvidas quanto à compreensão precisa do significado de *bribery*, atrapalhando, assim, a eficácia das políticas *anti-bribery* desenvolvidas pelas empresas.

Não obstante, a orientação do Ministério da Justiça foi no sentido de que as questões relacionadas aos pagamentos facilitadores seriam de competência dos diretores do *Serious Fraud Office* e do *Public Prosecution*, os quais deveriam publicar, conjuntamente, um guia de orientação sobre o tema. O *Joint Prosecution Guidance*, então, foi publicado em 30.03.2011, estabelecendo, dentre outros fatores, a interpretação dos órgãos acusadores quanto aos *facilitation payments*.

Nessa orientação conjunta,[80] os chefes desses órgãos de acusação reconheceram que, apesar de terem tais pagamentos a finalidade de agilizar determinadas rotinas governamentais, cuja natureza, em tese, não configuraria um indevido exercício de funções pelo funcionário público recebedor do pagamento, por não ter sido feita nenhuma exceção pelo *Act*, seriam, a princípio, ilegais. Não obstante, entendem também que alguns fatores podem ser considerados, tanto a favor, como contrários à instauração da persecução criminal, descrevendo, assim, uma lista desses fatores e de sua repercussão.[81]

---

79. O *US Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), contrariamente à atual política britânica *anti-bribery*, permite os *facilitation payments*, conforme transcrevemos a seguir: "*There is an exception to the anti-bribery prohibition for payments to facilitate or expedite performance of a 'routine governmental action'. The statute lists the following examples: obtaining permits, licenses, or other official documents; processing governmental papers, such as visas and work orders; providing police protection, mail pick-up and delivery; providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products; and scheduling inspections associated with contract performance or transit of goods across country*".

80. *Joint guidance*, do *Serious Fraud Office* e *Public Prosecutions*, 2011, p. 9.

81. Um desses fatores contrários à acusação por *bribery* é o pequeno valor do pagamento, o que provavelmente implicará tão somente uma *nominal penalty*. Já aqueles pagamentos de grande valor, bem como os pagamentos frequentes e repetitivos, estes sim devem ser interpretados como *bribery*. É esta a interpretação que deduzimos do *joint*

Muito embora a orientação dos órgãos de acusação tenha vindo em boa hora, não reputamos que o *Joint Prosecution Guidance* auxilie muito às empresas em suas práticas corporativas. Isso porque a interpretação do *Serious Fraud Office* (SFO) e do *Crown Prosecution Service* (CPS) não chegou bem a estabelecer uma permissão quanto aos *facilitation payments*, mas sim que a atuação desses órgãos seria fundada na análise do interesse público e da existência ou não de má-fé por parte das empresas e indivíduos que utilizem tais práticas.

A situação fica ainda mais complexa ao analisarmos as empresas que se veem praticamente obrigadas a ceder a pressões de autoridades estrangeiras para fazerem uso desses pagamentos facilitadores, como, por exemplo, o pagamento para conseguir liberação mais rápida de uma carga que esteja em algum porto estrangeiro a aguardar autorização dos fiscais aduaneiros. Assim, diante de tal situação concreta, como deverá então comportar-se a empresa? Caso venha a ceder e faça o pagamento poderá sujeitar-se a um processo por *bribery*, caso não ceda ao apelo do servidor público estrangeiro, por outro lado, poderá ter sérios prejuízos, materiais e contratuais, com o atraso na liberação da carga. Esse dilema não foi efetivamente esclarecido através do *guidance* do SFO e CPS, recaindo, mais uma vez, às empresas, o ônus de suportarem os riscos e os prejuízos do exercício da atividade empresarial, mesmo quando não haja má-fé no uso dos *facilitation payments*.

No que tange à denominada *corporate hospitality*, que é também uma prática bastante comum nas relações comerciais, através da qual os vendedores procuram fornecer alguns benefícios aos seus reais ou potenciais consumidores, tem por objetivo assegurar uma maior aproximação com seus clientes e, ainda, a manutenção ou ampliação das vendas. Um bom exemplo de *corporate hospitality* é o fornecimento de *tickets* para eventos desportivos e espetáculos aos consumidores ou possíveis consumidores. Como o *Act* não faz nenhuma exceção, isso se torna um grande problema, que a depender da interpretação que seja feita pela acusação, poderá implicar, inclusive, num processo por *bribery*.

A cautela das organizações comerciais em relação ao *corporate hospitality* deve ser redobrada, sobretudo quando o destinatário do benefício for um funcionário público, pois no caso do servidor público britânico este tem a obrigação legal de declarar todo e qualquer valor que receber no exercício de suas funções, podendo sua conduta configurar, inclusive, prática do crime da seção 2, eis que o próprio recebimento de qualquer vantagem por este servidor já é

guidance do *Serious Fraud Office* e *Public Prosecutions*, disponível em: [www.sfo.gov.uk/media/167348/bribery act joint prosecution guidance.pdf.]. Acesso em: 10.03.2013.

presumido pelo *Act* como hipótese de desempenho ilegal da função.[82] Em se tratando de servidor público estrangeiro, por outro lado, o cuidado deve ser ainda maior, pois para a existência desse crime basta comprovar-se a intenção de influenciar o servidor público estrangeiro, sem que seja necessário pretender que o servidor público estrangeiro venha a praticar algum ato ilegal ou indevido.

Não obstante, a orientação do Ministério da Justiça foi no sentido de flexibilizar a ilegalidade da *corporate hospitality*, de modo que não deveria ser considerado *bribery* aqueles benefícios que se encontrassem dentro de certos padrões de normalidade.[83] Nesse mesmo sentido é a orientação conjunta do *SFO* e do *Crown Prosecution Service*, ao entenderem que o *Act* não procurou punir as condutas corporativas denominadas de *hospitality* ou *promotional expenditure*, desde que sejam feitas de boa-fé, bem como dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Porém, advertem, sempre que tais promoções ou hospitalidades corporativas destinarem-se a provocar ou recompensar a atividade indevida do recebedor, constituirão nesses casos, sem dúvida, uma hipótese de corrupção.[84]

Assim, tanto os pagamentos facilitadores, como as hospitalidades corporativas não foram excepcionados pelo *Act*, cabendo, assim, aos órgãos de *prosecution*, analisarem cada caso concreto, a fim de verificar, em primeiro lugar, se está ou não presente o interesse público necessário à persecução penal, e, em seguida, se tais atos foram ou não praticados de má-fé.

Desse modo, segundo o que podemos perceber, os problemas gerados pelo *Act* às empresas mundo afora transcendem a própria órbita penal e processual penal, atingindo, diretamente, a essência das relações comerciais internacionais, que certamente deverão passar por uma profunda mudança, a fim de se promover uma adaptação efetiva ao novo cenário trazido pelo *Bribery Act*, na tentativa de minimizar os prováveis prejuízos suportados pelas empresas diante deste novo paradigma no enfrentamento da corrupção.

5. CONCLUSÃO

A análise a que nos propusemos fazer neste estudo teve por objetivo esmiuçar os aspectos que reputamos mais controversos do *Bribery Act*, e sobre os quais identificamos as questões mais problemáticas. Procuramos centralizar

82. Seções 1(3)(b) e 2(3)(b) do *Act*.

83. *Guidance* do Ministério da Justiça do Reino Unido, 2011, p. 13-14.

84. *Joint guidance* do *Serious Fraud Office* e *Public Prosecutions*, 2011, p. 10.

nossa análise na responsabilidade penal da sociedade comercial, que se transformou na grande prejudicada com a nova política criminal de combate à corrupção instituído pelo *Bribery Act*, a partir do ano de 2011. Procuramos desenvolver, em detalhes, o delito da seção 7, sem perder de vista, logicamente, os demais dispositivos legais que com essa incriminação possuíam alguma relação.

No decorrer desta análise, procuramos delinear nossa impressão sobre o *Act*, tomando por base os princípios, precedentes e a construção doutrinária do sistema penal anglo-saxônico. Tentamos, todavia, não nos distanciarmos dos fundamentos do sistema europeu-continental, sempre fazendo, quando possível, uma aproximação integrativa entre ambos.

O estudo do *Act* levantou-nos, ainda, uma importante reflexão acerca dos limites da intervenção penal, fazendo-nos questionar até que ponto a construção de incriminações caracterizadas pelas restrições de garantias processuais pode ser utilizada no sentido de alcançar fins louváveis, como o que ocorreu no caso da lei britânica anticorrupção.

Diante dessa constatação, dois aspectos ficaram bastante claros. O primeiro deles é o de que mesmo em se tratando do enfrentamento da corrupção é preciso fazê-lo com limites, respeitando-se os direitos e garantias fundamentais, numa lógica de que os fins não justificam os meios. O segundo é o de que o combate internacional da corrupção não deve ser desenvolvido unilateralmente, mas sim envolver uma participação transnacional, com o escopo de unir esforços na produção de um enfrentamento à corrupção coerente e eficaz.

Finalmente, em que pese a louvável tentativa britânica de chamar para si a responsabilidade de elevar o nível ético das relações comerciais, ao enfrentar com maior rigor a corrupção, o emprego de medidas processuais intolerantes, a construção de tipos penais puramente objetivos e a tentativa de consolidação de uma jurisdição penal planetária não lhes dão certeza de trazer os resultados esperados, sendo certos, entretanto, os custos dessa intolerante investida na autonomia das empresas e no pleno exercício de suas garantias processuais.

6. REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011.

BASEL, Mark Pieth. Criminal responsibility of legal and collective entities: international developments. *Criminal Responsibility of Legal and CollectiveEntities*. Freiburg: Max-Planck-Institut, 1999.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. *Derecho penal comparado – La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2011.

BIEGELMANN, Marty; BIEGELMANN, Daniel R. *Foreign Corrupt Practices Act – Compliance guidebook*. Hoboken: John Willey & Sons, 2010.

CARD, Richard; JONES, Philip A.; CROSS, Rupert. *Introduction in criminal law*. London: Butterworths, 1980.

CLARKSON, C. M. V. *Understanding criminal law*. London: Sweet & Maxwell, 2001.

COFFEE, John C. Corporate criminal liability – An introduction and comparative survey. *Criminal responsibility of legal and collective entities*. Freiburg: Max-Planck-Institut, 1999.

FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

GLANVILLE, Williams. *Criminal Law – The general part*. London: Stevens & Sons Limited, 1961.

GRIEW, Edward. Consistency, communication and codification: reflections on two mensrea words. *Reshaping the criminal law*. London: Stevens & Sons, 1978.

HALL, Livingston; KAMISAR, Yale. *Modern Criminal Procedure: cases, comments and questions*. St. Paul: West Publishing Co, 1969.

HERRING, Jonathan. *Criminal Law*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011.

KADISH, Sanford H.; SCHULHOFER, Stephen J. *Criminal law and its processes: cases and materials*. New York: Aspen Law & Business, 2001.

MACAGNO, Fabrizio; WALTON, Douglas. Burdens of persuasion and proof in Everyday argumentation. In: *7th Conference on Argumentation of the International Society for the Study of Argumentation*. Amsterdam, 2010. Disponível em: [www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751682]. Acesso em: 15.06.2012.

MIR PUIG, Santiago. El sistema del derecho penal en la Europa actual. In: AA.VV., *Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1995.

O'SHEA, Eoin. *The bribery act 2010: a practical guide*. Bristol: Jordans, 2011.

PADFIELD, Nicola. Actualités du droit de l'Anglaterre et du Pays de Galles en 2010. Trad. Amanda Cabrejo e Sabrina Delttre. *Revue de Science Criminalle et de Droit Pénal Comparé*, n. 4, 2011.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. More on presumptions and burdens of proof. *EUI Working Papers LAW*, n. 30. San Domenico di Fiesole, 2008.

RAPHAEL, Monty. *The bribery act 2010*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ROBINSON, Paul H. *The modern general part: principles of criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SIMESTER, Andrew P., SULLIVAN, George R., SPENCER, John R.; VIRGO, Graham J. *Simester and Sullivan's criminal law – theory and doctrine*. Portland: Hart Publishing, 2010.

SMITH, John C.; HOGAN, Brian. *Criminal Law*. London: Butterworth & Co, 1988.

SMITH, A. T. H. On actus reus and mens rea. *Reshaping the criminal law*. London: Stevens & Sons, 1978.

STEWART, S. W. *A modern view of the criminal law*. Oxford: Pergamon Press, 1969.

TAPPER, Colin; CROSS, Rupert. *Evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

TIEDEMANN, Klaus. Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo. Trad. Adán Nieto Martin. *Revista Penal* 3/76-86. Madrid, 1999.

WILKINSON, Peter. *The 2010 UK Bribery Act: adequate procedures*, London: Transparency International, 2010. Disponível em: [www.transparency.org.uk/component/content/article/10-publications/95-adequate-procedures-guidance-to-the-uk-bribery-act-2010]. Acesso em: 11.02.2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A corrupção em uma perspectiva internacional, de Carlos Eduardo Adriano Japiassú – *RBCCrim* 64/29, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/321 (DTR\2007\831);
- A Lei Anticorrupção e a administração pública estrangeira, de Miguel Pereira Neto – *RT* 947/331 (DTR\2014\9958);
- Instrumentos internacionais no combate à corrupção. Transformações e harmonização do direito penal brasileiro considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, de Beatriz Corrêa Camargo – *RBCCrim* 89/95, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/285 (DTR\2011\1330);
- O combate à corrupção no mundo: a experiência inglesa, de Rossana Brum Leques – *RT* 947/385 (DTR\2014\9961); e
- The U.S. Foreign Corrupt Practices Act: eradicating corruption in U.S. and non-U.S. companies, de Hillary Rosenberg – *RT* 947/399 (DTR\2014\9962).

MANDADO MERCOSUL DE CAPTURA: NOVO INSTRUMENTO, VELHO PENSAMENTO

ORDEN MERCOSUR DE DETENCIÓN: NUEVO INSTRUMENTO, VIEJO PENSAMIENTO

ARTHUR LEVY BRANDÃO KULLOK
Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual; Internacional

RESUMO: O Mercado Comum do Sul (Mercosul) atendendo a um novo momento da cooperação judiciária internacional em matéria penal elaborou no ano de 2010 um novo procedimento para a entrega de pessoas no âmbito dos Estados-membros e Associados do bloco. Este procedimento, denominado Mandado Mercosul de Captura e procedimentos de entrega, foi idealizado pelo governo brasileiro com a finalidade de agilizar a entrega de pessoas processadas ou condenadas criminalmente da mesma forma que a União Europeia instaurou o mandado de detenção europeu substituindo o regime da extradição entre os Estados-membros.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação judiciária internacional em matéria penal – Mercosul – Mandado Mercosul de Captura – Princípio do reconhecimento mútuo – Causas de denegação do cumprimento – Direitos e garantias da pessoa procurada – Vigência.

RESUMEN: El Mercado Común del Sur (Mercosur) en el marco de una nueva era de cooperación judicial internacional en materia penal ha desarrollado en el año de 2010 un nuevo procedimiento para la entrega de las personas dentro de los Estados Partes y Asociados al bloque. Este procedimiento se llama Orden Mercosur de Detención y procedimientos de entrega, fue diseñado por el gobierno de Brasil con el fin de agilizar la entrega de personas procesadas o condenadas penalmente de la misma manera en que la Unión Europea estableció la Orden de Detención Europea que sustituyó el sistema de extradición entre los Estados Partes.

PALABRAS-CLAVE: Cooperación judicial en materia penal – Mercosur – Orden Mercosur de Detención – Principio de reconocimiento mutuo – Causas de denegación del cumplimiento – Derechos y garantías de la persona requerida – Vigencia.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Mercosul e sua atuação em matéria de cooperação judiciária em matéria penal – 3. Estrutura organizacional do Mercosul – 4. Extradição no Mercosul – 5. Mandado Mercosul de Captura e procedimentos de entrega – 6. Âmbito de aplicação – 7. Causas de denegação do cumprimento – 8. Tramitação do procedimento – 9. Direitos da

KULLOK, Arthur Levy Brandão. Mandado Mercosul de captura: novo instrumento, velho pensamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 441-475. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

pessoa procurada – 10. Transposição para os ordenamentos jurídicos internos e vigência – 11. Conclusão – 12. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar os aspectos jurídicos do novo instrumento internacional de cooperação judicial em matéria penal no Mercado Comum do Sul (Mercosul), o denominado Mandado Mercosul de Captura (MMC).[1] Esta análise pretende estudar os principais aspectos jurídicos trazidos por este novo procedimento. As comparações com o anterior regime de entrega de pessoas no âmbito do Mercosul são inevitáveis, afinal este novo instrumento derrogou o anterior regime de extradição entre países signatários do Acordo sobre extradição no Mercosul. Além desta comparação, a confrontação com o mandado de detenção europeu (MDE)[2] – exemplo e ideal – é inevitável e necessária.

Em razão da recente publicação do Acordo celebrado pelo Mercosul, existe uma lacuna em relação as referências bibliográficas para o estudo do tema. Por isso, uma breve análise acerca da organização e das finalidades do Mercosul, bem como sobre a forma de elaboração de seus tratados e a questão da supranacionalidade, serão temas de elementar relevância para a compreensão do presente estudo.

Para tanto, o estudo é dividido, basicamente em duas partes. Na primeira aborda-se o Mercado comum do Sul, analisando os seus aspectos e a sua evolução em matéria de cooperação judiciária internacional penal. Na segunda parte serão analisados os principais institutos do Mandado Mercosul de Captura.

Este novo procedimento de entrega de pessoas foi idealizado para substituir o anterior regime de extradição, os ordenamentos jurídicos nacionais ainda não estão completamente preparados para a assimilação deste novo instituto. No entanto, caso os Estados realmente pretendam cooperar em matéria penal, garantindo os direitos dos cidadãos, mas não olvidando da perseguição criminal, devem se adaptar a esta nova forma de cooperação judicial em matéria penal. O Mercosul atentou para isto, entretanto como veremos no decorrer do estudo, não se desgarrou completamente do passado, deixando marcas de indefinição e insegurança para o futuro.

1. O Mandado Mercosul de Captura foi instituído pela Mercosul/CMC/DEC. 48/10 do Conselho do Mercado Comum em 16.12.2010.
2. O mandado de detenção europeu foi instituído pela DQ (2002/584/JAI) do Conselho da União Europeia de 13.02.2002.

2. MERCOSUL E SUA ATUAÇÃO EM MATÉRIA DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL

O mundo atual está dividido, não estamos em guerra mundial, não mais estamos na guerra fria, no entanto tais acontecimentos marcaram de tal forma os governos mundiais que, principalmente após a segunda guerra mundial, os Estados começaram a se unir em blocos a fim de obter maior segurança interna e externa, maior solidez econômica e melhores relações internacionais. O advento da globalização impulsionou de tal forma o estreitamento das relações intergovernamentais que se fez necessário a adoção de medidas para garantir também a segurança da mobilidade de pessoas entre países e continentes. O direito penal como garantidor dos direitos, liberdades e garantias individuais e coletivas não pode ficar alheio as novas situações que surgiram a partir da elevada mobilidade de pessoas entre Estados-nações.

Atualmente existem aproximadamente duas dezenas de blocos comerciais no mundo, cada um deles devido a sua habilidade de integração possui a vantagem de harmonização de decisões para a concretização de suas finalidades. O direito como regulador das instituições sociais, faz-se presente na formação destes blocos, assegurando os direitos humanos e disciplinando as relações entre os Estados.

Para um enquadramento do Acordo realizado entre os Estados integrantes do Mercosul que instituiu o Mandado Mercosul de Captura, ver-se-á em breve análise, a criação do Mercosul, suas finalidades, sua estrutura orgânica e os instrumentos que o antecederam e o inspiraram.

O Mercado Comum do Sul foi criado em 1991 com a elaboração do Tratado de Assunção no Paraguai. Os Estados participantes do Tratado foram Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Quatro finalidades foram desenhadas, enquanto três finalidades abordaram apenas o aspecto econômico a última finalidade desenhada apontava para a harmonização das legislações nas áreas pertinentes ao bloco.[3] Foi chegado o tempo de uma intervenção comunitária na área criminal, isto se deu primeiramente com o Protocolo de Assistência Mútua em Matéria Penal, assinado em São Luís no ano de 1996.[4] Este Protocolo visava, sobretudo, a cooperação judicial em matéria de provas nos processos penais. Somente com a assinatura da Convenção de Extradição dos Estados-partes e a República da Bolívia e a República do Chile em 1998,[5] foi que o Mercosul

3. Cf. art. 1.º do Tratado de Assunção.

4. Incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Dec. 3.468, de 17.05.2000.

5. Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Dec. 5.867, de 03.08.2006.

começou a tratar da entrega de pessoas. Em 2010 ocorre a criação do Mandado Mercosul de Captura por parte dos quatro Estados-partes mais um, dois ou três[6] Estados associados. Para uma melhor compreensão do funcionamento do Mercosul ver-se-á de forma breve quais são os órgãos que integram o bloco, quem pode aprovar as normas e qual é o órgão máximo.

3. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO MERCOSUL

O Mercosul[7] está dividido em sete instituições, o Conselho do Mercado Comum (CMC), o Grupo Mercado Comum (GMC), a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), o Tribunal Permanente de Revisão e o Parlamento do Mercosul, o Foro Consultivo Econômico-Social e a Secretaria Administrativa do Mercosul. Os três primeiros são considerados órgãos decisórios. O Tribunal Permanente de Revisão é o responsável pela solução de controvérsias.[8] O Parlamento é o órgão de representação parlamentária.[9] O Foro

6. Este é um problema de fundamental importância, pois durante as pesquisas para este estudo foram encontrados dois textos. Um texto publicado pelo Ministério das Relações Exteriores do Paraguai, o qual inclui apenas dois Estados Associados (Bolívia e Peru), sendo que ao final do texto só há a assinatura do Estado Peruano, além dos quatro Estados-Partes. Disponível em: [www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/Acuerdos/2010/portugues/ACUERDO%20SOBRE%20LA%20ORDEN%20MERCOSUR%20DE%20DETENCI%C3%93N%20Y%20PROCEDIMIENTOS.pdf]. Acesso em: 06.05.2012. Verifica-se por outro lado, após consulta ao site do Mercosul, outro texto, igual em conteúdo, diverso apenas no cabeçalho, onde consta além dos seis Estados acima citados, o Estado do Equador. Neste documento, o qual também se trata de um documento digitalizado, não há assinaturas, só rubricas de quatro pessoas, dando a entender que apenas os representantes dos Estados-partes é que o assinaram. Disponível em: [http://gd.mercosur.int/SAM%5CGestDoc%5Cpubweb.nsf/7058EE59B9A906CF03257A19007708D5/$File/DEC_048-2010_PT_Acordo%20Mandado%20Captura%20MCS-EA.pdf]. Acesso em: 06.05.2012. Infelizmente esta é uma questão, ainda, sem solução.
7. Segundo Cervini o Mercosul não é um mercado comum, mas "em essência, *um projeto de um percurso institucional rumo ao Mercado Comum*" (itálicos do autor). É na verdade "uma União Aduaneira de nível relativamente avançado" (CERVINI; TAVARES. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 30).
8. Para uma visão mais completa sobre esta instituição, sobre a sua composição, funções e iniciativa v., Protocolo de Olivos.
9. Para uma visão mais completa sobre a instituição, sobre a sua composição, competências e objetivos v., Protocolo constitutivo do Parlamento do Mercosul.

Consultivo Econômico-Social é um órgão consultivo[10] e a Secretaria é um órgão de apoio técnico.[11]

Apenas três órgãos produzem normas. O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior, responsável pela condução política do processo de integração,[12] funciona como a cúpula do Mercosul,[13] emite as *decisões*. O Grupo Mercado Comum é o órgão executivo do Mercosul,[14] emite as *resoluções* e a Comissão de Comércio do Mercosul é um órgão que está encarregado de prestar assistência ao Grupo Mercado Comum,[15] também possui atribuições executivas,[16] este órgão, é o terceiro a produzir normas, manifestando-se por *diretivas*. A norma utilizada para a criação do Mandado Mercosul de Captura foi uma decisão do Conselho do Mercado Comum.

Embora o Mercosul pareça um *filho menor* ou um *irmão mais novo*[17] da – atual[18] – União Europeia, buscando seguir este modelo econômico, orgânico e jurídico ou pelo menos se inspirando nesta experiência, não atingiu – até o momento – os mesmos níveis de integração alcançados pela União Europeia. Na verdade, em relação ao modelo de integração adotado pelo Mercosul há uma diferença substancial em relação ao modelo adotado pela União Europeia, enquanto neste há a adoção do princípio da integração com notas de supranacionalidade,[19] naquele há a adoção do modelo clássico de intergoverna-

10. Arts. 28 a 30 do Protocolo de Ouro Preto.
11. Arts. 31 a 33 do Protocolo de Ouro Preto.
12. Art. 3.º do Protocolo de Ouro Preto. Para a visualização da composição do Conselho do Mercado Comum e das suas funções e atribuições, v., arts. 4.º e 8.º, respectivamente.
13. Neste sentido, REIS. *Mercosul, União Europeia e Constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 235.
14. Art. 10 do Protocolo de Ouro Preto. Para a visualização da composição, funções e atribuições, v., arts. 11 e 14, respectivamente.
15. Art. 16 do Protocolo de Ouro Preto. Para a visualização da composição, funções e atribuições, v., arts. 17 e 19, respectivamente.
16. REIS. Op. cit., p. 238.
17. Neste sentido, MOURA RAMOS. *Das comunidades à União Europeia – Estudos de direito comunitário*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. p. 361.
18. Atualmente a comunidade Europeia foi fundida à União Europeia atarvés do Tratado de Lisboa, em vigor desde 2009.
19. Cf. MOURA RAMOS. Op. cit., p. 365. Jônatas Machado afirma que a União Europeia possui traços dos dois modelos de integração. Tanto do modelo de cooperação intergovernamental e funcionalismo, quanto do supranacionalismo e federalismo. Cf. MACHADO. *Direito internacional – Do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed.

bilidade.[20] Portanto, não existe no Mercosul nem um caráter supranacional,[21] nem um direito comunitário.[22] Em suma, o Mercosul apresenta características próprias, decididas segundo a vontade dos países que o criaram e o integram.

4. EXTRADIÇÃO NO MERCOSUL

A extradição, forma de cooperação jurídica internacional,[23] tradicionalmente era realizada entre Estados por meio de pedido. Este tipo de coope-

---

Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 701-704. Decerto vale afirmar que estas duas obras são anteriores ao Tratado de Lisboa, portanto o entendimento pode ter se alterado devido as diversas modificações que foram realizadas acerca da estrutura organizacional da União Europeia. Também Russowsky sustenta que a União Europeia possui caráter supranacional, afirma ainda que a supranacionalidade é essencial para um bloco regional e que a supranacionalidade é o caminho para a efetiva aplicação do Mandado Mercosul de Captura. RUSSOWSKY. *O mandado de detenção na União Europeia: um modelo para o Mercosul*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012, p. 114. Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/39528/000821652.pdf?sequence=1]). Acesso em: 28.05.2012. Discordamos desta posição, em virtude de não ser necessário um caráter supranacional do Mercosul para que sejam cumpridos com regularidade os objetivos iniciais do Mercosul em concordância com os objetivos propostos pelo Mandado Mercosul de Captura.

20. Cf. MOURA RAMOS. Op. cit., p. 365. Neste mesmo sentido, REIS. Op. cit., p. 230. Assim também o art. 2.º do Protocolo de Ouro Preto.

21. Segundo Russowsky, "[a] supranacionalidade foi citada pela primeira vez no Tratado de Paris de 1951, art. 9.º, que instituiu a CECA. A supranacionalidade é o reconhecimento da existência de um poder que está acima das autoridades nacionais dos Estados-Membros, que nesse momento (1951) era representado pela Alta autoridade. Assim, essa autoridade passa a ter poderes para criar decisões obrigatórias aos Estados-Membros, sendo uma entidade com posição hierárquica superior às nacionais" (RUSSOWSKY. Op. cit., p. 114). Para Reis o conceito de supranacionalidade é controvertido, entretanto, segundo Moura Ramos *apud* Reis três aspectos podem ser enumerados para caracterizar a supranacionalidade: (a) existência de instâncias de decisão independentes do poder estatal, as quais não estão submetidas ao seu controle; (b) superação da regra da unanimidade e do mecanismo de consenso, já que as decisões – no âmbito das competências estabelecidas pelo tratado instituidor – podem ser tomadas por maioria (ponderada ou não) e (c) primado do direito comunitário: as normas originadas das instituições supranacionais têm aplicabilidade imediata nos ordenamentos jurídicos internos e não necessitam de nenhuma medida de recepção dos Estados. REIS. Op. cit., p. 65.

22. Cf. REIS. Op. cit., p. 235.

23. Segundo Accioly *apud* Lisboa "extradição é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso, à justiça de

ração judicial internacional baseia-se no princípio do pedido, em regras de reciprocidade e com a exigência de dupla incriminação. Por causa destas características essa modalidade de cooperação jurídica internacional denomina-se como horizontal.[24]

Entretanto, devido ao combate à criminalidade organizada em âmbito mundial, inclusive o temor de novos ataques terroristas, o fortalecimento de instituições supraestatais e a criação de tribunais penais internacionais,[25] o instituto da extradição se tornou, embora consolidado, um instrumento moroso e demasiadamente burocrático.[26] Mesmo assim, praticamente todos os países ocidentais firmaram tratados bilaterais ou multilaterais no sentido de favorecer a extradição. Os blocos econômicos também atentaram à promoção de harmonização dos procedimentos de extradição entre os seus Estados membros. O Conselho da Europa já no ano de 1957 celebrou em Paris a Convenção Europeia de extradição. Em 1996 a União europeia celebrou uma Convenção relativa à extradição entre os seus Estados membros.

Em 1998 os Estados membros do Mercosul assinaram um Acordo dispondo sobre o regime de extradição entre os Estados membros. O Acordo seguiu os tradicionais institutos extradicionais. Dentre os principais aspectos do Acordo, destacam-se os seguintes institutos: o princípio da reciprocidade, a exigência de dupla incriminação, a não entrega facultativa de nacionais do Estado requerido em casos de proibição constitucional, necessidade do pedido de extradição ser realizado por via diplomática, voluntariedade do extraditando e a falta de prazo para a prisão preventiva após o recebimento de denúncia formal.

Dentre as causas de denegação facultativa, destacam-se a possibilidade subjetiva de incumprimento do pedido por motivos de segurança, ordem pública

---

outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo" (LISBOA. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 22).

24. Neste sentido, CASSESE. *International Criminal Law*. 2. ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2008. p. 346-347. O autor menciona a existência de uma cooperação horizontal entre Estados-nações em comparação com uma cooperação vertical realizada entre um Estado-nação e o Tribunal Penal Internacional Permanente.

25. Principalmente os tribunais penais internacionais *ad hoc* para a ex-Iuguslávia e para Ruanda e a criação do Tribunal Penal Internacional permanente.

26. Segundo o ex-Ministro da Justiça do Brasil, o processo extradicional dura entre um a três anos. Notícia disponível em: [http://extra.globo.com/noticias/brasil/mandado-de-busca-vai-acabar-com-processos-de-extradicao-no-mercosul-diz-ministro-27267.html]. Acesso em: 10.05.2012.

ou outros interesses essenciais do Estado Parte requerido.[27] Frisa-se que devido ao disposto no art. 3.4 do Acordo sobre o Mandado Mercosul de Captura e procedimentos de entrega todos os crimes que não estiverem previstos no anexo deste instrumento serão regidos pelo Acordo sobre extradição. Verifica-se, portanto, que o regime de extradição no Mercosul não foi ab-rogado, pois cada vez que o crime cometido não se submeter ao regime de entrega previsto pelo Mandado Mercosul de Captura, haverá o regresso ao regime extradicional.

Ocorre que em razão de novas necessidades na ordem jurídica internacional em matéria penal, o instituto da extradição começou a ser superado. O primeiro exemplo disto foi o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional permanente (ERTPI) assinado no ano de 1998. Este Estatuto internacional, impulsionado pela Organização das Nações Unidas (ONU) previu no art. 102 a diferença entre extradição e entrega.[28] Depois disto, a União Europeia no ano de 2003 através do Conselho da União Europeia elabora a decisão-quadro (2002/584/JAI) referente à criação do MDE, iniciando um processo de transformação e de substituição do consagrado regime de extradição. Esta iniciativa influenciou outros blocos regionais a adotarem o instituto da entrega como, talvez, a melhor maneira de cooperação judicial internacional, pois torna-se mais rápida e menos burocrática. Neste sentido, o *Sistema de la Integración Centroamericana* – Sica em dezembro de 2005 aprovou o Tratado Centroamericano relativo a la orden de detención y extradición simplificada (TCODES). Semelhantemente a *Caribbean Community* em julho de 2008 aprovou o Caricom Arrest Warrent Treaty (CAWT). Por fim, o Mercosul através do seu órgão máximo, o Conselho do Mercado Comum, celebra em dezembro de 2010 o Mandado Mercosul de Captura. Todos estes tratados passam a prever a entrega como forma de cooperação judiciária internacional em matéria penal.

5. MANDADO MERCOSUL DE CAPTURA E PROCEDIMENTOS DE ENTREGA

Visto que alguns blocos haviam tratado da entrega de pessoas de maneira simplificada, o Mercosul voltou-se para a criação de um procedimento de en-

27. Art. 30 do Acordo de Extradição entre os Estados partes do Mercosul (Decisão do CMC 14/98).

28. Art. 102. Termos usados. Para os fins do presente Estatuto:
a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.
b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

trega para substituir – em alguns casos – os processos de extradição entre os países integrantes do bloco. A ideia surgiu após proposta do Ministro da Justiça do Brasil na XXXVIII reunião dos Ministros da Justiça do Mercosul no ano de 2007 com o intuito de simplificar e agilizar o processo de entrega de pessoas e substituir o regime da extradição, de forma semelhante à adotada na União Europeia.[29] Em seguida durante mais dois encontros dos Ministros das Supremas cortes dos países do Mercosul houve respectivamente a recomendação[30] e a reiteração[31] do pedido, culminando na criação do Mandado Mercosul de Captura, a qual foi celebrada em dois momentos. No primeiro o Acordo foi assinado por dez Ministros da Justiça e do Interior, na XXXIV reunião dos Ministros da Justiça e XXVIII reunião dos Ministros do Interior na cidade de Brasília, em novembro de 2010. Os Ministros que assinaram o Acordo pertenciam aos seguintes países: Brasil Argentina, Uruguai, Paraguai, Bolívia, Equador, Peru, Venezuela, Chile e Colômbia.[32] Um mês depois na XL reunião do Conselho do Mercado Comum, na Cidade de Foz do Iguaçu, o Conselho do Mercado Comum oficializa a Decisão 48/10 criando o Mandado Mercosul de Captura e procedimentos de entrega. Entretanto, duas observações podem ser feitas a partir do resultado final do Acordo criador do Mandado Mercosul de Captura e procedimentos de entrega. A primeira possui um caráter político, haja vista, que dos dez países que assinaram o Acordo na reunião dos Ministros da Justiça e do Interior um mês antes, apenas sete[33] assinaram a Decisão do Conselho do Mercado Comum. Faltaram, Venezuela, Chile e Colômbia. Como já dito *supra* este Acordo internacional não revoga a convenção de extradição já existente, antes estabelece um novo procedimento de entrega de pessoas para aqueles crimes previstos no catálogo de convenções internacionais elencados no anexo

29. Notícia disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=21773]. Acesso em: 05.05.2012. A informação também pode ser consultada através da Carta de Montevidéu 3/2007. Disponível em: [www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/publicacoeseeventos/carta-de-montevideu/carta-de-monteideu-03]. Acesso em: 05.05.2012.

30. Documento disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/DeclaracaodoVIEncontro.PDF]. Acesso em: 05.05.2012.

31. Documento disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudoTextual/anexo/Declaracion_VII_Encuentro_firmada.pdf]. Acesso em: 05.05.2012.

32. Notícia disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B57BB9237-A2FA-412B-ACA3-73603FC6DDF1%7D&params=itemID=%7B97CCA846-2349-4258-ACC3-D38CB286732C%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3--E780D3E67DFE%7D]. Acesso em: 05.05.2012.

33. V., nota de rodapé n. 6.

I. A criação do Mandado Mercosul de Captura segundo Luiz Paulo Barreto possui uma clara finalidade: "os tempos modernos clamam por procedimentos mais ágeis e simplificados".[34]

O Mandado Mercosul de Captura e procedimentos de entrega entre os Estados-partes do Mercosul e Estados associados é um Acordo protagonizado pelo Conselho do Mercado Comum manifestado exteriormente na forma de Decisão. A Decisão do CMC relativa ao Mandado Mercosul de Captura possui apenas quatro artigos. O corpo do texto que dispõe sobre o Mandado Mercosul de Captura está anexo a esta Decisão e contêm vinte e dois artigos. A seguir a estes vinte e dois artigos que disciplinam o Mandado Mercosul de Captura existem mais três anexos relativos a sua operacionalidade e aplicação. O primeiro anexo versa sobre a lista de convenções internacionais de criminalidades específicas que delimitam o âmbito de aplicação do MMC. O segundo anexo trata do modelo de formulário que deverá ser utilizado pela Parte emissora para realizar o pedido da pessoa procurada à Parte executora. Por último, o terceiro anexo versa sobre o formulário de armazenamento e consulta da informação referida no Mandado Mercosul de Captura para os casos de utilização por algum Estado Parte ou Associado do Sistema de Intercâmbio de Informações de Segurança do Mercosul (Sisme).

O art. 2.º do MMC fixa as definições sobre a terminologia empregada durante o Acordo. Desde logo, vemos o tratamento dos Estados envolvidos como Parte emissora e Parte executora.[35] Em razão da escolha destas nomenclaturas juntamente com o nome escolhido para o Acordo, além da anterior existência e ainda vigência do regime de extradição, fica a ideia de que o MMC se estrutura na forma de uma cooperação vertical, abandonando o princípio do pedido e da reciprocidade, baseando-se no princípio da disponibilidade, de forma que o Estado de execução possui o dever de entregar a pessoa procurada.

Outra diferença importante em relação ao regime extradicional é a ausência da intervenção do chefe do Executivo. Diferença esta que só será mais sentida no Brasil, pois somente este dentre os quatro Estados-membros do Mercosul adota a fase administrativa da extradição com a intervenção do chefe do Exe-

34. A *extradição no Mercosul e o Mandado de Detenção Europeu*. p. 3. Comunicação apresentada no VI encontro de Cortes Supremas do Mercosul. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Exposiotres/A_EXTRADICAO_NO_MERCOSUL_E_O_MANDADO_DE_DETENCAO_EUROPEU___Luiz_Paulo_Teles_Ferreira_Barreto.pdf]. Acesso em: 08.05.2012.

35. No Acordo de extradição o tratamento dado aos intervenientes é Estado-parte requerente e Estado Parte requerido.

cutivo. Neste ponto, o Supremo Tribunal Federal (STF) e a doutrina majoritária tem entendido que após a decisão definitiva favorável a extradição emanada pelo STF o Presidente da República pode agir de forma discricionária, não estando vinculado à decisão favorável de extradição. No entanto, como exceções existem os casos de obrigação advinda de tratado internacional ou a observância aos dispositivos da Lei 6.815/1980. Por outro lado, o Presidente da República está vinculado a não extraditar nos casos em que o pedido de extradição for denegado pelo STF.[36]

6. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Logo no art. 1.º do anexo da Mercosul/CMC/DEC. 48/10 há o conceito e o âmbito de aplicação do MMC: "O Mandado Mercosul de Captura é uma decisão judicial emitida por uma das Partes (Parte emissora) deste Acordo, com vistas à prisão e entrega por outra Parte (Parte executora), de uma pessoa procurada para ser processada pelo suposto cometimento de crime, para que responda a um processo em curso ou para execução de uma pena privativa de liberdade".[37] A Decisão criou uma obrigação de executar para os Estados-partes e Associados do Mercosul. O MMC não será cumprido caso a execução da pena privativa de liberdade for inferior a 6 meses.[38] Quando o pedido se destinar para fins de perseguição criminal, as penas mínimas previstas *in abstrato* não poderão ser inferiores a 2 anos.[39] Em nossa opinião as penas poderiam ser mais elevadas. Em primeiro lugar ao privilegiar crimes com penas

36. Voto do relator na Rcl 11.243/República Italiana, Pleno, j. 08.06.2011, rel. Min. Gilmar Mendes.

37. Esta definição é bastante semelhante à definição adotada no art. 1.º pela DQ (2002/584/JAI). No entanto, vislumbramos uma diferença quanto ao MMC. No âmbito do MDE será possível cooperar tanto para cumprimento de pena quanto para cumprimento de medida de segurança privativa de liberdade, enquanto no MMC, apenas haverá entrega para cumprimento de pena privativa de liberdade.

38. Art. 3.º, n. 3, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10. A DQ (2002/584/JAI) estabeleceu no art. 2.º, n.1, a pena mínima de 4 meses para o mesmo caso. O CAWT em seu art. II firmou que a entrega poderá decorrer para a realização do processo penal ou para os casos em que a pessoa fugiu da execução de uma sentença condenatória a pena privativa de liberdade, entretanto em nenhum dos dois casos foi determinado nenhum limite de pena para a realização da cooperação. Por outro lado, o TCODES estabeleceu no art. 3.º a pena mínima de 1 ano para poder proceder a cooperação em qualquer dos casos.

39. Art. 3.º, n. 2, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10. A DQ (2002/584/JAI) estabeleceu no art. 2.º, n.1 a pena mínima de 12 meses para o mesmo caso.

muito baixas pode haver ofensa ao princípio da intervenção mínima no plano jurídico-internacional, gerando uma movimentação desnecessária do aparelho jurídico e administrativo estatal ao perseguir crimes com pouca dignidade penal. Em segundo lugar, a possibilidade de cumprimento por penas tão baixas – geralmente – gozam de benefícios penais como a substituição da pena[40] e a suspensão condicional da pena.[41] Significa que ao término do processo penal, a pessoa procurada poderá ser condenada a *penas não privativas de liberdade* ou mesmo a não chegar sequer a cumprir pena (*pena suspensa*).

Lugar de destaque possui a exigência da dupla incriminação[42] para os crimes previstos no anexo I do MMC. Algumas observações devem ser feitas. Primeira, ao manter o princípio da dupla incriminação, mantém-se também o pensamento do regime extradicional.[43] Segunda, a lista de crimes previstos no Acordo que possibilitam o pedido não é uma lista de crimes "cotidianos" previstos em códigos penais ou em leis penais especiais, mas sim uma lista de dezenove convenções internacionais destinadas para o combate a criminalidades específicas, convenções estas que devem estar ratificadas tanto pelo Estado emissor, quanto pelo Estado executor no momento do cometimento do crime para que possam fundamentar o pedido de entrega.

40. No Brasil existe a possibilidade de substituição por uma pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos. Cf. art. 44 do CP (condenação até 4 anos).

41. No Brasil, v. art. 77 do CP (condenação até 2 anos), na Argentina v. art. 26 do CP (condenação até 3 anos), no Paraguai v. art. 44 do CP (condenação até 2 anos).

42. Segundo Ricardo Jorge Bragança de Matos, "para haver extradição, os factos imputados à pessoa visada devem ser incriminados, quer pelo direito do Estado requerente, quer pelo direito do Estado requerido" (BRAGANÇA DE MATOS. O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, ano 14, , p. 349. jul.-set. 2004). Desenvolvidamente sobre o princípio da dupla incriminação no âmbito do mandado de detenção europeu v., Idem, p. 348-356; RODRIGUES. O mandado de detenção europeu – Na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 1, ano 13, p. 39-46. jan.-mar. 2003; SOLTOSKI JÚNIOR. O controlo da dupla incriminação e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, ano 16, p. 488-494. jul.-set. 2006.

43. Neste sentido, Mário Serrano afirma que "[o] princípio da *dupla incriminação* é uma regra clássica da cooperação internacional em matéria penal, nomeadamente do instituto da extradição" (MENDES SERRANO *apud* BRAGANÇA DE MATOS. Op. cit., p. 348-349). Para uma visão de materialização do princípio da dupla incriminação no regime extradicional no Mercosul, v. art. 2.°, n. 1, do Acordo de Extradição entre os Estados partes do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile (Decisão do CMC 14/98).

No direito comparado pode-se observar diferentes soluções em comparação com a postura adorada pelo MMC. O *Caricom Arrest Warrent Treaty* optou por abolir o controle de dupla incriminação, pois não estabeleceu exigência nenhuma acerca do crime ser punido ou não no Estado Parte de execução. O *Tratado Centroamericano relativo a la Orden de Detención y Extradición Simplificada* também aboliu o princípio da dupla incriminação ao estabelecer no art. 3.° que basta que o crime que fundamenta o pedido de entrega seja definido no direito interno do Estado Parte requerente. O mandado de detenção europeu adotou uma solução híbrida,[44] pois estabeleceu no art. 2.°, n. 2 a possibilidade de entrega sem o controle da dupla incriminação do fato para os crimes previstos na lista de infrações prevista neste artigo, desde que estas infrações sejam punidas pelo Estado Membro de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos. Por outro lado, nos casos de pedidos de entrega fundados em crimes que não estão previstos naquele rol de infrações, a decisão-quadro deixou ao alvedrio do legislador nacional a escolha ou não do controle de dupla incriminação a ser determinado no momento de transposição da decisão-quadro para o direito interno.[45] Ressalva-se que mesmo que algum Estado Membro da União Europeia adote o controle de dupla incriminação para os crimes não previstos na lista de infrações do art. 2. n. 2 em sua legislação interna, deverá se utilizar do regime jurídico estabelecido pelo MDE, pois a utilização do regime extradicional foi completamente revogada.

Se por um lado o MDE adotou uma solução híbrida, pode-se definir o sistema adotado pelo Mercosul como *sui generis*, pois elegeu-se no âmbito do sistema de entrega proposto pelo MMC a necessidade do crime estar previsto no catálogo de convenções do anexo I mais a exigência da dupla incriminação dos fatos para a efetivação da cooperação. Por outra parte, caso o pedido não seja fundado em crimes previstos nas convenções internacionais arroladas no MMC, haverá o regresso ao regime da extradição o qual também exige o controle sobre a dupla incriminação.

Definir se houve erro ou acerto do Mercosul ao adotar esta opção é um tanto difícil,[46] no entanto pensamos que elaborar uma lista de crimes segun-

44. Cf. SOLTOSKI JÚNIOR. Op. cit., p. 488.

45. O Estado português, por exemplo, decidiu por manter a exigência da dupla incriminação nos casos dos crimes não arrolados no MDE. V., art. 129 da Lei 144/1999, de 31 de agosto.

46. A doutrina europeia se apresenta dividida quanto a eficácia da abolição geral do controle sobre a dupla incriminação. De um lado a abolição se apresenta como um passo

do convenções internacionais traz insegurança e incerteza jurídica. Além do mais, o juiz da Parte emissora terá que fundamentar o pedido indicando tanto a convenção internacional prevista no catálogo do anexo I, quanto o crime específico na legislação esparsa de seu país, bem como saber se o outro Estado também subscreveu a convenção internacional em questão e identificar onde se encontra o crime na legislação da Parte executora, tudo em atenção ao princípio da dupla incriminação. No mínimo, seria mais prudente e evitar-se-ia lesão ao princípio da legalidade criminal estabelecer apenas os tipos penais que poderiam ser objeto do cumprimento do MMC, haja vista que as convenções não estabelecem crimes sujeitos à aplicação direta pelos ordenamentos jurídicos nacionais, mas, tão somente, estabelecem condutas que os Estados devem internalizar, para apenas após a positivação, exigir-se o combate àquele crime.

Por conta desta opção do Mercosul, crimes como estupro, homicídio doloso,[47] extorsão mediante sequestro[48] e tráfico de armas[49] não foram consagrados

---

para a concretização de um espaço penal comum baseado no reconhecimento mútuo das decisões judiciais. Por outro, a abolição da dupla incriminação traz o problema da diferença de valoração de cada ordenamento jurídico penal em relação as mesmas condutas, incorrendo em violação do princípio da legalidade, além de representar uma limitação a soberania. Desenvolvidamente, v. a doutrina apontada na nota de rodapé n. 42.

47. Com as exceções dos seguintes casos: homicídio como crime contra a humanidade (art. 7.°, n. 1, *a*, do ERTPI); assassinato contra membros de grupo (art. II, (a) da Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio), quando ocorrer a bordo de aeronaves (art. I, 1, da Convenção relativa às infrações e a certos outros atos cometidos a bordo de aeronaves) e contra pessoa que goza de proteção internacional (art. 2.°, n. 1, *a*, da Convenção sobre prevenção e repressão de crimes contra pessoas gozando de proteção internacional, incluindo os agentes diplomáticos).

48. A convenção internacional arrolada no catálogo do anexo I do Acordo sobre Mandado Mercosul de Captura e procedimentos de entrega que poderia tratar deste crime poderia ser a Convenção Internacional Contra a Tomada de Reféns, internalizada no Brasil pelo Dec. 3.517/2000, entretanto no preâmbulo da Convenção fica clara a delimitação dos seus fins: "adoção de medidas eficazes para a prevenção, a repressão e a punição de quaisquer atos de tomada de reféns, enquanto manifestações de terrorismo internacional". Quer dizer que quando o crime for cometido no âmbito da criminalidade doméstica não estará sujeito à Convenção.

49. Este era um dos crimes em que o ex-Ministro da Justiça do Brasil à época da proposição do MMC gostaria de ter incluído. Notícia disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={7CBDB5BE-654D-4BA8-8A49-8FC8AA654ECE}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7BEB680689-0078-4F7D-BABF-8B5404AC1F2B%7D%3B&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D]. Acesso em: 10.05.2012.

por esta lista de convenções internacionais. Por outro lado, uma lesão corporal poderá ser fundamento de um MMC.[50] Outro problema existirá no caso de haver alguma vicissitude em um dos tratados internacionais[51] previstos no catálogo do anexo I do MMC e entretanto, o crime permaneça em vigor na legislação interna. *Quid iuris*? Para nós, caso haja alguma vicissitude num dos tratados descritos no anexo I, não poderá haver a entrega da pessoa procurada em virtude de ofensa ao princípio da legalidade, pois a fundamentação para a cooperação restaria somente com base no direito interno, faltando justamente a reciprocidade entre os ordenamentos jurídicos internos e o próprio Acordo que sustenta a possibilidade de cooperação judiciária. Portanto, deve ser denegada a entrega quando só houver base no direito interno, bem como suspendido o procedimento quando a vicissitude no tratado internacional ocorrer durante o trâmite do processo de entrega.

Sempre que se pretenda realizar a cooperação internacional por crimes não previstos na lista do anexo I, haverá o regresso ao regime da extradição.[52] Quer dizer, diferentemente da União Europeia,[53] o Mercosul não aboliu o processo de extradição.[54] Em síntese, erros substanciais deveriam ser evitados, talvez este instrumento seja apenas um passo rumo a um melhor sistema de entrega de pessoas no Mercosul, mesmo assim o âmbito de aplicação foi limitado, as penas impostas para cooperar foram demasiadamente baixas e, a não erradicação da extradição não trouxe grandes avanços para a consecução de uma cooperação jurídica internacional plena e célere em matéria penal.

7. CAUSAS DE DENEGAÇÃO DO CUMPRIMENTO

Os arts. 4.º e 5.º cuidaram, respectivamente, das causas de denegação facultativa e obrigatória de cumprimento do MMC. As causas denegatórias fa-

50. No caso de ser praticada a bordo de aeronave (art. I, 1, da Convenção relativa às infrações e a certos outros atos cometidos a bordo de aeronaves).

51. V.g. denúncia, revogação, suspensão de vigência, alteração convencional ou alteração das circunstâncias.

52. Cf. art. 3.º, n. 4, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10.

53. Pontos 1, 5, 7 e 11, além do art. 31 da DQ (2002/584/JAI).

54. Mais uma vez, não logrou êxito o objetivo inicial. V., [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={7CBDB5BE-654D-4BA8-8A49-8FC8AA654ECE}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7BEB680689-0078-4F7D-BABF-8B5404AC1F2B%7D%3B&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D]. Acesso em: 07.05.2012.

cultativas se fundamentam em quatro hipóteses: *nacionalidade*; *territorialidade*; *curso de processo penal* e, *razões especiais de soberania nacional, segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais*. A primeira delas se concretiza em caso de pedido de entrega de nacionais da Parte executora, desde que a proibição esteja prevista em disposição constitucional.[55] De outra forma, mesmo que algum país não disponha de tal cláusula proibitória poderá denegar a entrega fundada na ideia de reciprocidade, na prática significa que o Brasil, a Venezuela e o Equador não entregam os seus nacionais em virtude de mandamento constitucional, entretanto de forma reciproca, também não poderão (há facultatividade da Parte executora) ver cumpridos os seus pedidos de entrega nos casos em que figurarem no polo ativo da cooperação. Mesmo assim, os países que não entregaram os seus nacionais deverão, desde que a pedido da outra parte, julgar os seus nacionais[56] pelos crimes supostamente cometidos, diminuindo a via da impunidade.[57] Quanto às causas denegatórias

55. Houve uma abolição em parte da nacionalidade como causa de denegação da entrega, no entanto, as proibições constitucionais não foram confrontadas, as proibições meramente legais sim. Somente o Brasil (art. 5.°, LI), a Venezuela (art. 69) e o Equador (art. 79) possuem esta cláusula proibitiva de entrega (extradição) na constituição nacional. Neste ponto, há que se enfrentar o debate sobre a diferença entre entrega e extradição, ponto que, embora de fundamental relevância, não será abordado neste trabalho.

56. Art. 4.°, 1, *a*), da Mercosul/CMC/DEC. 48/10. Diante do texto do Acordo, vê-se a omissão no tocante a cooperação em casos de *cumprimento de pena*. Quer dizer, a Parte executora só pode *julgar* os seus nacionais, não podendo – respeitando o principio da legalidade – *executar* a pena anteriormente imposta pela Parte emissora. Desta forma, é melhor é o suspeito aguardar o término do julgamento para só depois da condenação fugir de volta para o seu país.

57. O MDE estatuiu que será possível a entrega de nacional do Estado Membro de execução para Estado Membro de emissão. No entanto, estabeleceu algumas exigências e garantias. Caso a pessoa já tenha sido condenada, será possível não executar a entrega se o Estado Membro de execução se comprometer a executar a pena (cf. art. 4.°, n. 6). Caso o pedido de cooperação seja para efeitos de procedimento criminal, existe a possibilidade de um acordo entre os Estados-membros em que o Estado Membro de emissão se compromete a devolver a pessoa após a decisão condenatória transitada em julgado para que essa venha cumprir a pena no Estado Membro de execução (cf. art. 5.°, n. 3). O TCODES prevê um regime semelhante, dispõe o art. 5.°, *d*) que o Estado Parte requerido poderá negar o cumprimento do pedido, mas foi assegurado ao Estado Parte requerente o direito a solicitação ao Estado Parte requerido de que este prossiga ao processo penal ou a execução da pena contra a pessoa procurada. O CAWT no art. XII que trata das causas de denegação do cumprimento não expressou a impossibilidade de entrega de nacionais, no entanto o art.

da territorialidade e do processo em curso, há respeito pela jurisdição da Parte executora.[58] Por fim, a última causa nos causa perplexidade. Esta cláusula é idêntica à prevista no art. 30 do Regime de Extradição no Mercosul de 1998. No entanto, por ser uma causa subjetiva,[59] não poderia estar prevista neste tipo de instrumento de cooperação, pois incompatível com o princípio da disponibilidade. Na cooperação vertical, somente existem verificações mínimas para a concessão da entrega. O contexto internacional atual necessita de atos jurídicos objetivos que estabeleçam o rigor necessário, a fim de não admitir motivos para impunidade.

As causas de denegação obrigatórias são as seguintes: *falta de dupla incriminação*; *prescrição*; non bis in idem, *indulto, anistia ou graça obtidos na Parte executora ou por outro Estado*; *crimes de cunho político (com exceções)*; *crimes exclusivamente militares*; *julgamento a ser realizado por tribunal de exceção*; *menor de 18 anos ou inimputável a data da conduta criminosa* ou quando o pedido se fundar em *perseguição ou castigo por razões de gênero, religião, raça, nacionalidade, convicção política, outras convicções ou agravamento da situação da pessoa por alguma destas situações* e a *pessoa detenha a condição de refugiada.*

Aqui não há surpresas, pois praticamente todas as causas de denegação obrigatórias não são estranhas aos ordenamentos jurídicos internos. Devido a grande quantidade de causas, não será possível analisar todas detidamente. Fica a comparação com o MDE, o qual não apresenta algumas destas causas. Ainda aqui uma causa de denegação obrigatória causa estranheza, é a do julgamento por tribunal de exceção. Será que ainda em pleno século XXI os Estados submetidos as mais diversas declarações e convenções internacionais de direitos humanos ainda tenham que prever a ressalva de um tribunal de exceção? Talvez o temor de ditaduras, das revoluções ou o não firmamento do Estado democrático de direito ainda esteja presente nesta região já tão assolada por desigualdades sociais e intempéries políticas.

III, n. 3, (*a*) declara que nada no tratado deve ser interpretado como modificação de direitos fundamentais ou de princípios jurídicos fundamentais. A questão de saber se a entrega de nacionais é tratada como direito fundamental pelos Estados-partes da Caribbean Community é assunto que excede o objeto do presente estudo, portanto não poderá ser aqui desenvolvido.

58. De forma semelhante preveem o art. 4.°, n. 2 e 7, *a*), da DQ (2002/584/JAI); o art. XII, n. 2, (*b*) e n. 2, (*d*), (i) do CAWT e o art. 5.°, *h*), do TCODES.

59. Neste sentido, com o mesmo tom crítico, VENANCIO. O mandado de detenção europeu vs. o mandado de captura do Mercosul: uma análise comparativa. *Revista do Programa de Direito da União Europeia*, FGV Direito Rio, n. 2, 2012, p. 43.

8. TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Este é um dos principais aspectos que justificam a diferenciação entre o regime de entrega e o regime da extradição. O regime criado pelo acordo de entrega de pessoas no Mercosul substituiu apenas parcialmente o regime de extradição no Mercosul. Este é um sinalizador de que a tramitação do procedimento de entrega trazido pelo MMC ficou aquém do que poderia ser estabelecido. A União Europeia, por sua vez, substituiu totalmente o regime de extradição, permanecendo apenas o regime do MDE, não restando dúvidas quanto qual espécie de cooperação judicial internacional deve ser adotada. O procedimento de entrega no MDE dispensou a intervenção do executivo,[60] ressaltou a judicialização do procedimento e afastou a necessidade de intervenção de autoridade central.[61] Impôs-se, assim, uma maior celeridade no cumprimento do pedido.[62] Outro ponto a se destacar, advém da opção facultativa do recurso às autoridades centrais já no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional no ano de 1998.[63]

O Mandado Mercosul de Captura foi criado com um pensamento análogo ao regime de extradição anteriormente estabelecido pelo Mercosul.[64] Desta forma, não afastou a necessidade de constituição pelos Estados de autoridades centrais responsáveis pela transmissão dos pedidos.[65] Esta opção do Mercosul

60. Exceto casos em que os Estados-membros designaram órgãos executivos como autoridades judiciárias competentes para tudo (Dinamarca) ou parcialmente (Estônia, Letônia, Lituânia, Finlândia, Suécia), p. 3. Relatório da Comissão (2005) 63 final. Este relatório é de 2005, por isto estas informações podem estar desatualizadas.

61. Ressalte-se que segundo o MDE, as autoridades centrais possuem um papel limitado a um apoio prático e administrativo, v. Ponto (9) do preâmbulo e art. 7.º da DQ (2002/584/JAI). Poucos países optaram pelo monopólio de autoridades centrais como ponte exclusiva de transmissão dos pedidos. Alguns países, ainda confiaram poderes os quais excedem o papel simplificado das autoridades centrais Relatório da Comissão (2005) 63 final, p. 3. Frise-se, novamente, que este relatório é de 2005, por isto estas informações podem estar desatualizadas.

62. As entregas de pessoas passaram a ser cumpridas no prazo médio de 43 dias, enquanto o período anterior era de 9 meses. Relatório da Comissão (2005) 63 final, p. 5.

63. Cf. art. 87, 1, *a*) do ERTPI.

64. Como comumente utilizado, no regime de extradição o pedido é feito pela via diplomática. Assim prevê, o art. 18 do Acordo de extradição entre os Estados-partes do Mercosul de 10.12.1998. V.g. no Brasil a autoridade central para os pedidos de extradição é a Secretaria Nacional de Justiça, por meio do Departamento de recuperação de ativos e cooperação judiciária (DRCI) do Ministério da Justiça.

65. Arts. 6.º e 8.º, 1, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10. Da mesma forma o *Caricom Arrest Warrent Treaty* (art. 1.º) e o Tratado Centroamericano relativo a la orden de detención

é um obstáculo ao rápido cumprimento do pedido de entrega, pois é criada uma fase ainda anterior à apreciação judicial, a burocracia é frequentemente fundamento para atrasos. No mandado de detenção europeu evidencia-se que o afastamento da figura da autoridade central foi essencial para a presteza do procedimento. A judicialização do procedimento de entrega deveria ser totalmente aplicada no âmbito de aplicação do Mandado Mercosul de Captura. O então Secretário Nacional de Justiça do Brasil, ao pronunciar-se a favor da criação do MMC, citou um exemplo em que haveria apenas a intervenção judiciária.[66] Vê-se que esta opção não prosperou. O Mandado Mercosul de Captura andou por um caminho diverso do proposto, permaneceu exigindo a intervenção das autoridades centrais, permaneceu exigindo a dupla-incriminação, permaneceu sem extinguir o regime de extradição entre os países signatários do MMC. Pode-se dizer que concretizou apenas em parte o princípio do reconhecimento mútuo,[67] pois ao menos já não serão necessárias as homologações das sentenças penais estrangeiras, o uso de cartas rogatórias, nem o recurso ao auxílio direto.

O pedido e a decisão sobre o MMC serão processados segundo as normas impostas pela Mercosul/CMC/Dec. 48/10 de acordo com a legislação interna da Parte executora.[68] As despesas ocorridas no território da Parte executora em consequência da execução do MMC correrão por conta da Parte executora, no

---

y extradición simplificada (art. 2.º) não abdicaram da necessidade de constituição de autoridades centrais como entes responsáveis pela transmissão dos pedidos de cooperação.

66. A *extradição no Mercosul e o Mandado de Detenção Europeu*, p. 2-3. Comunicação apresentada no VI encontro de Cortes Supremas do Mercosul. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Exposiotres/A_EXTRADICAO_NO_MERCOSUL_E_O_MANDADO_DE_DETENCAO_EUROPEU___Luiz_Paulo_Teles_Ferreira_Barreto.pdf]. Acesso em: 08.05.2012.

67. Segundo BRAGANÇA DE MATOS apud VALENTE "O princípio do *reconhecimento mútuo* – que consigna, *prima facie*, o reconhecimento de uma decisão tomada por autoridade competente em um Estado-Membro por outra autoridade competente de outro Estado-Membro, cujos efeitos, no Estado do reconhecimento, se esperam que sejam equivalentes ao produzidos por uma autoridade competente nacional – (...)" (*O Mandado de Detenção Europeu*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010. p. 40-41). Não há indícios no MMC que demonstrem que o objetivo das Partes executoras é apenas cumprir com o pedido, mas, antes agir com extrema cautela quanto ao reconhecimento de decisões judicias de outros Estados-partes.

68. Cf. art. 13, n. 2, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10. Da mesma forma prevê o MDE conforme os arts. 5.º, 11 e 12 da DQ (2002/584/JAI).

entanto as despesas com o traslado e com o trânsito da pessoa procurada até o país da Parte emissora correrão por conta desta. Semelhantemente as despesas com o traslado de retorno da pessoa para o país da Parte executora em virtude de absolvição ficarão por conta da Parte emissora.[69] O pedido será feito pela Parte emissora e poderá ser transmitido de três formas: diretamente à autoridade central do país em que se encontrar a pessoa procurada;[70] através do Sistema de Intercâmbio de Informações de Segurança do Mercosul (Sisme)[71] ou através da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol).[72] Assim como no mandado de detenção europeu, o Mandado Mercosul de Captura adotou um formulário como forma de transmissão do pedido de entrega a ser entregue à Parte executora juntamente com a cópia ou a descrição autêntica da decisão judicial que motivou o pedido.[73]

Uma grave omissão é observada no MMC, a falta de prazo para a decisão definitiva.[74] Na verdade, sem a imposição deste prazo a garantia de uma prestação jurisdicional célere, rápida e segura deixa de ser assegurada, dessa maneira é dada uma margem enorme para a impunidade, para a insegurança jurídica, para a insegurança da comunidade e para as relações internacionais entre os Estados-partes e Associados do Mercosul. A nosso ver, a não regulamentação do prazo para a decisão definitiva, a não previsão de liberdade a qualquer momento,[75] a não possibilidade de liberdade após o prazo estipulado

69. Cf. art. 19 da Mercosul/CMC/DEC. 48/10. Da mesma forma preveem o art. 30 da DQ (2002/584/JAI), o art. XVII da CAWT e o art. 13 da TCODES.

70. Cf. art. 8.°, n. 1, da MERCOSUL/CMC/DEC. 48/10.

71. Cf. art. 8.°, n. 2, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10.

72. Cf. art. 8.°, n. 2, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10.

73. Cf. art. 7.° da Mercosul/CMC/DEC. 48/10.

74. A DQ (2002/584/JAI) no artigo 17, n. 3 previu o prazo de 60 dias prorrogáveis por mais 30 (Cf. artigo 17, n. 4). O TCODES optou por determinar a apreciação imediata pelo juiz do pedido de entrega (Cf. art. 8.°, n. 4). O CAWT estabeleceu o prazo de 7 dias após a prisão da pessoa para a tomada da decisão definitiva (Cf. art. XX, n. 3).

75. A DQ (2002/584/JAI) no art. 12 estabeleceu a possibilidade de soltura da pessoa a qualquer momento segundo o direito nacional do Estado Membro de execução. O TCODES agiu da mesma forma que o MDE, estabelecendo a possibilidade de soltura da pessoa a qualquer momento de acordo com o direito nacional do Estado Membro de execução (Cf. art. 7.°, n. 2). O CAWT não determinou se a pessoa pode ser solta a qualquer momento, no entanto deixou a possibilidade de prisão da pessoa a cargo do direito interno do Estado Parte de execução, caso esta medida se torne necessária (Cf. art. XX, n. 4).

para a decisão definitiva (caso houvesse),[76] nem a possibilidade de soltura após o prazo determinado para a entrega da pessoa[77] são omissões indesculpáveis e graves ofensas aos direitos fundamentais da pessoa. Simplesmente retira a razão da elaboração deste acordo para procedimento de entrega de pessoas, haja vista que poucas alterações foram trazidas em relação ao regime de extradição. Este por sua vez, também consagrava a dupla-incriminação, também consagrava a tramitação por autoridades centrais, também não consagrava prazos para a decisão definitiva, nem prazos para a soltura do procurado em caso de demora da execução da decisão definitiva.[78] Ao final, a essência do *ancien régime* não lhe foi retirada.

A inobservância de prazos para o procedimento e para a soltura do procurado é muito grave, a título de exemplo no regime de extradição, a legislação brasileira prevê que a partir da captura do extraditando este deverá permanecer preso até a decisão definitiva,[79] isto é com certeza uma grande ofensa ao direito à liberdade, ao princípio da proporcionalidade e ao principio da presunção de inocência. É impraticável com o Estado de direito a não previsão de prazos para o fim do processo penal, no Brasil o Código de Processo Penal prevê prazos para determinadas ações no caso de réu preso. Não poderia a Mercosul/CMC/Dec. 48/10 estabelecer prazos para a decisão definitiva e para a soltura da pessoa procurada como fez a DQ (2002/584/JAI)[80]?

76. O CAWT estabeleceu que caso a decisão definitiva não seja tomada no prazo de 7 dias após a prisão da pessoa, esta deverá ser imediatamente posta em liberdade (Cf. art. XX, n. 5, (*b*)).

77. No caso do TCODES, caso o Estado Parte requerente não proceda a gestão de entrega da pessoa procurada no prazo de dez dias após a pessoa estiver a sua disposição, esta deverá ser posta em liberdade sem que se possa realizar novo pedido de entrega (Cf. art. 8.°, n. 6). A DQ (2002/584/JAI) determinou no art. 23, n. 5 que caso a pessoa não seja entregue ao Estado Membro de emissão findo o prazo de entrega estabelecido no mesmo artigo, esta – caso ainda se encontre presa – deverá ser posta em liberdade.

78. O art. 29, n. 4, da Mercosul/CMC/DEC. 14/98 fala que no caso de depois de 40 dias da data de notificação da prisão da pessoa procurada não houver a oficialização do pedido de extradição perante o Ministério das Relações Exteriores do Estado Parte requerido deverá ocorrer a soltura da pessoa procurada. No entanto, segundo o n. 5 do mesmo artigo a prisão poderá ser requerida novamente em caso de formalização do pedido de extradição. Ratifica-se que a omissão no Acordo sobre extradição versa sobre a ausência de prazo para a soltura da pessoa em caso de demora da decisão definitiva. Nestes casos, segundo as normas do processo de extradição no Brasil, a pessoa deverá permanecer presa até o término do julgamento.

79. Cf. os arts. 208 e 213 do RI do STF e arts. 81 e 84, parágrafo único, da Lei 6.085/1980.

80. Arts. 17 e 23, n. 5, da DQ (2002/584/JAI).

Outra diferença, embora meramente nominal, indica a não atenção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão pela Mercosul/CMC/Dec. 48/10. No MMC a tramitação do procedimento deve ter caráter *prioritário*, enquanto no MDE a tramitação tem caráter de *urgência*.[81] A comunicação da decisão denegatória do MMC deve ser feita *sem demora*, enquanto no MDE qualquer decisão deve ser comunicada *imediatamente*.[82]

A pessoa procurada possui o direito de consentir, desde que assistida por um defensor, a se entregar voluntariamente. Neste caso, sem mais trâmites, a autoridade judicial competente deverá decidir sobre a entrega.[83] Por outro lado, a DQ (2002/584/JAI) mais uma vez disciplinou a situação de uma forma mais bem elaborada processualmente, pois fez constar expressamente no texto a possibilidade do consentimento de entrega envolver também a recusa ao princípio da especialidade. Dessa forma, por opção da pessoa procurada, a pessoa além de consentir em responder o processo crime ou se submeter a execução da pena criminal que originou o pedido, também poderá se submeter a julgamento ou a execução criminal por outros fatos anteriores ao pedido inicial do MDE.[84] A DQ (2002/584/JAI) também previu a regra da irrevogabilidade do consentimento.[85] Por fim, determinou o prazo de até 10 dias para a decisão final da autoridade judicial competente em casos de consentimento,[86] impondo celeridade para o término do procedimento.

Após a decisão definitiva – ressalta-se que a Mercosul/CMC/DEC. 48/10 não assegurou o princípio do duplo grau de jurisdição[87] – a Parte executora

81. Cf. art. 13, n. 1, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10 e art. 17 da DQ (2002/584/JAI).

82. Cf. art. 13, n. 3, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10 e art. 22 da DQ (2002/584/JAI).

83. Cf. art. 9.° da Mercosul/CMC/DEC. 48/10.

84. Cf. art. 13, n. 1, da DQ (2002/584/JAI).

85. Cf. art. 13, n. 4, da DQ (2002/584/JAI).

86. Cf. art. 17, n. 2, da DQ (2002/584/JAI). O CAWT previu que o Estado Parte de execução terá 48 horas para tomar a decisão definitiva em caso de consentimento da pessoa procurada.

87. Como já dito *supra*, o Mercosul possuía uma posição privilegiada, pois poderia analisar os erros cometidos pela União Europeia quando da criação da DQ (2002/584/JAI) e evitá-los, mas ainda assim não o fez. Esqueceram-se de um dos princípios básicos do processo penal. Princípio este que foi lembrado pelo *Bundesverfassungsgericht* quando do julgamento de inconstitucionalidade da lei que transpôs o MDE para o ordenamento jurídico interno alemão. A decisão alemã, bem como as decisões dos tribunais constitucionais da Polônia e da Bélgica contrárias às leis de transposição do MDE para o ordenamento interno poderão ser consultada em: DUARTE; ALVES. *União*

comunicará a decisão à autoridade central da Parte emissora, esta terá o prazo de quinze dias para realizar o traslado da pessoa procurada.[88] É ainda possível a suspensão do traslado por até dez dias em caso de força maior.[89] Também foi prevista a suspensão em caso de doença que impossibilite a entrega da pessoa procurada. Logo após a superação da doença, a entrega deverá ser efetuada em até 10 dias.[90]

O art. 14 da Mercosul/CMC/DEC. 48/10 trata da possibilidade da entrega ser diferida ou condicionada em virtude da pessoa procurada por um MMC já se encontrar respondendo processo crime ou já estar cumprindo pena em decorrência de processo criminal no país da Parte executora, desde que as acusações que fundamentam o pedido do MMC sejam provenientes de fatos distintos da condenação criminal no país de execução.[91] Nestes casos a autoridade judicial competente da Parte executora poderá adiar a entrega da pessoa condenada ou processada criminalmente no país da Parte executora para

Europeia e Jurisprudência constitucional dos Estados-Membros. Lisboa: AAFDL. p. 517-649. O TCODES no art. 8.º, n. 4, assegurou a possibilidade de interposição de recurso da decisão judicial favorável ou desfavorável a entrega.

88. Art. 11, n. 3, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10. Aqui há uma pequena, mas importante diferença temporal, entre a DQ (2002/584/JAI) e a Mercosul/CMC/DEC. 48/10, aquela prevê o prazo de entrega em no máximo 10 dias (art. 23, n. 2).

89. À primeira vista o art. 23, n. 3, da DQ (2002/584/JAI), possui uma redação semelhante ao art. 11, n. 4, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10. No entanto, existem duas diferenças relevantes. Primeiramente, está definido o sujeito que padecerá da influência da força maior: os Estados-membros, pois por outro lado, a pessoa procurada também poderá ser objeto de força maior. Secundariamente, será acordada uma nova data para a entrega, somente após esta data é que se contará o prazo de até 10 dias para a entrega da pessoa. Na Mercosul/CMC/DEC. 48/10 o prazo é prorrogado a partir da força maior por até 10 dias. Este é um erro elementar, pois, v.g. no caso de um terremoto que destrua um dos Estados-partes, o outro em situação de calamidade ainda assim terá que cumprir com o traslado da pessoa procurada nos 10 dias subsequentes ao fato de força maior.

90. Cf. art. 11, n. 4, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10. O art. 23, n. 4, da DQ (2002/584/JAI) também prevê situação semelhante, no entanto, dispõe de uma *cláusula humanitária* mais abrangente, não especifica apenas a impossibilidade de cumprimento em virtude de doenças, mas também a impossibilidade por outros motivos igualmente válidos. O art. 23, n. 4, também prevê a possibilidade de marcação de uma nova data para a entrega, logo após cessarem os motivos que impossibilitavam a efetivação da entrega da pessoa procurada. Assim, o traslado deve ser efetivado em até 10 dias a partir da data acordada.

91. Esta ressalva que está prevista tanto na Mercosul/CMC/DEC. 48/10 quanto na DQ (2002/584/JAI) existe para assegurar o princípio do *non bis in idem*.

somente ser entregue após o término do cumprimento de pena ou do fim do processo criminal. Esta mesma situação foi prevista pela DQ (2002/584/JAI). No entanto, o art. 24 possui dois números, prevendo além do caso acima referido mais uma possível situação jurídica. O n. 2 do citado artigo acrescentou a possibilidade de realização de um acordo entre os Estados-membros para que em lugar de diferir a entrega da pessoa a autoridade judiciária de execução envie a pessoa procurada de forma temporária para o estado membro de emissão em termos a serem definidos mutuamente entre os Estados.

Em caso de pedidos concorrentes entre mais de um Estado Parte ou Associado do Mercosul de um MMC contra a mesma pessoa, será a autoridade judicial da Parte executora que tomará a decisão notificando a decisão a todas as Partes Emissoras.[92] Os critérios para a decisão sobre qual pedido deve prevalecer ocorrem em duas situações. Caso os pedidos sejam fundados sobre o mesmo crime há de se respeitar os seguintes critérios por ordem de preferência: *ao Estado em cujo território tenha sido cometido o crime, ao Estado em cujo território a pessoa procurada tenha a sua residência habitual, ao Estado que primeiro tenha apresentado a solicitação.*[93] No caso de pedido por crimes diversos, a decisão deverá dar preferência em primeiro lugar ao crime mais grave e, em segundo lugar à Parte que primeiro formulou o pedido.[94] Em caso de concorrência entre um pedido de MMC e um pedido de extradição dever-se-á obedecer os mesmos critérios do caso de pedidos por crimes diversos, ou seja, terá preferência o pedido fundado pelo crime mais grave, mas se ambos os crimes possuírem gravidade semelhante, dever-se-á conceder o pedido àquele que primeiro o apresentou.[95]

Em suma, a tramitação do MMC deveria ter sido melhor elaborada com o intuito de atender os reclames de diversos princípios constitucionais. Poderiam prever de forma mais aguçada as possíveis combinações hipotéticas resultantes da *praxis* jurídica, buscado um mais acabado rigor processual, a fim de apresentar ao mundo um salto qualitativo da cooperação judiciária inter-

92. Cf. art. 12, n. 1, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10. Da mesma forma, sendo a autoridade do Estado de execução a decidir sobre os múltiplos pedidos, estabeleceu a DQ (2002/584/JAI) no art. 19, n. 1 e o CAWT no art. XIV, n. 1.

93. Cf. art. 12, n. 2, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10. Para uma visão dos critérios adotados pelo MDE sobre pedidos concorrentes, v. art. 16 da DQ (2002/584/JAI). Para conhecer os critérios adotados pelo CAWT, v. artigo XIV. O TCODES não estabeleceu critérios para a tomada de decisão em caso de pedidos concorrentes de uma ordem de detenção e extradição simplificada.

94. Cf. art. 12, n. 3, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10.

95. Cf. art. 12, n. 4, da Mercosul/CMC/DEC. 48/10.

nacional em matéria penal no Mercosul. Deveriam ter sido consagrados mais princípios, mais direitos, mais possibilidades aos Estados e às pessoas procuradas, mais garantias aos individuos e aos Estados com a finalidade de fomentar a necessária celeridade processual sem olvidar dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

9. DIREITOS DA PESSOA PROCURADA

Alguns direitos e garantias foram reservados à pessoa que for objeto de um MMC. O art. 10 da Mercosul/CMC/DEC. 48/10 concede o direito a informação sobre a existência e o conteúdo do MMC, o direito a defensor e a intérprete.[96] Há ainda a proibição de aplicação de pena de morte, prisão perpétua e pena de trabalhos forçados pela Parte emissora.[97]

Nos casos de cooperação judicial em virtude de pedido de entrega por cometimento de crime previsto com pena de morte ou de prisão perpétua *in*

96. Semelhantemente o art. 11 da DQ (2002/584/JAI) e o art. VII, n. 5, da CAWT. O TCODES, por sua vez no art. 13 estabeleceu para o Estado de Execução o dever de informação sobre todos os direitos e as mínimas garantias processuais segundo o respectivo direito interno, todavia o TCODES não especificou nenhum direito ou garantia em especial.

97. Nestes casos houve uma adição expressa de proibições de pena em comparação com o regime estabelecido pela Convenção Americana de Direitos Humanos. A Mercosul/CMC/DEC. 48/10 ao prever proibições de execução de penas perpétuas e de trabalhos forçados favoreceu e fortaleceu os direitos fundamentais da pessoa procurada. Isso porque a Convenção Americana de Direitos Humanos previu apenas a proibição da pena de morte em países que ainda não a instituíram, restringindo a sua aplicação apenas a crimes graves, proibindo a execução de pena de morte em casos de delitos políticos ou conexos a estes e vedou o restabelecimento da pena de morte aos países que já a houvessem abolido. Portanto, o MMC além de atender a Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme o preâmbulo do Acordo, acrescentou mais garantias fundamentais à pessoa procurada. Por sua parte, o TCODES elegeu como causa denegatória à execução da ordem de detenção os casos de pedido de cooperação para a execução de pena de morte ou de prisão perpétua ou nos casos de cooperação para o prosseguimento de um processo criminal em virtude do crime ser apenado *in abstrato* com tais espécies de penas. Nestes casos, conforme o art. 5.°, o Estado Parte requerente poderá receber a pessoa caso se comprometa a aplicar a pena imediatamente inferior (caso já houver condenação criminal) ou a não aplicar as penas de morte ou de prisão perpétua. Por sua vez, a DQ (2002/584/JAI) estabeleceu no ponto (13) do preâmbulo a impossibilidade de afastamento, expulsão ou extradição para outro Estado de uma pessoa que corra o sério risco de ser sujeita a pena de morte, *não impedindo portanto a cooperação em caso de sujeição a prisão perpétua.*

abstrato ou ainda em casos de pedido de cooperação para a execução de uma destas penas, a cooperação poderá avançar caso a Parte emissora concordar em comutar a pena em até o limite máximo estabelecido pelo ordenamento jurídico interno da Parte executora.[98]

Foi assegurado à pessoa procurada por um MMC o direito a detração da pena privativa de liberdade cumprida na Parte executora enquanto aguardava pela decisão definitiva sobre a entrega.[99] Este período de prisão na Parte executora deverá ser computado pela Parte emissora como cumprimento de pena.

10. TRANSPOSIÇÃO PARA OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS INTERNOS E VIGÊNCIA

Em relação a aplicabilidade das normas do Mercosul e a necessidade ou não da transposição destas normas jurídicas para os ordenamentos jurídicos internos, recorda-se que este órgão intergovernamental pode elaborar quatro espécies distintas de normas, todas consideradas como fontes jurídicas do Mercosul: os acordos, as decisões, as resoluções e as diretivas.[100] Segundo o Protocolo de Ouro Preto (POP) todas as normas emanadas dos órgãos do Mercosul têm *caráter obrigatório* e *devem ser incorporadas aos respectivos ordenamentos jurídicos internos* dos Estados-partes para poder entrar em vigor.[101] A esta regra de incorporação da norma intergovernamental para o ordenamento jurídico interno existem três exceções. A primeira está prevista no próprio Protocolo de Ouro Preto ao prever no art. 42 a expressão "quando necessário". Haverá casos em que as normas tratarão, tão somente de aspectos administrativos.[102] Segundo Márcio Reis "Na verdade, existem, sim, algumas decisões que não necessitam ser introduzidas nos ordenamentos jurídicos internos. São aquelas

98. Este é o nosso entendimento do art. 10, n.3, *b*), da Mercosul/CMC/Dec. 48/10. Ou seja, é possível a comutação da pena de morte ou de prisão perpétua por outra pena privativa de liberdade tanto por pedido de pessoa que responde a processo criminal quanto de pessoa já condenada que aguarda o cumprimento da pena. Isso porque a referida alínea não esclarece de maneira clarificada quais são as possíveis modalidades de cooperação.

99. Cf. art. 15 da Mercosul/CMC/Dec. 48/10. Da mesma forma preveem o art. 26 da DQ (2002/584/JAI), o art. XI da CAWT e o art. 11 da TCODES.

100. Art. 41 do Protocolo de Ouro Preto. O referido artigo em seu inc. I cita ainda o Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares como fontes jurídicas.

101. Art. 40, *i*) e 42 do Protocolo de Ouro Preto.

102. V.g. as resoluções que criem um novo subgrupo de trabalho ou alterem as suas atribuições. Cf. REIS. Op. cit., p. 245.

desprovidas de efeito direto, ou seja, que não produzem nem direitos nem deveres aos particulares, não afetando diretamente os indivíduos".[103] As outras duas exceções encontram-se previstas na Decisão 23/00 do CMC, a qual trata da incorporação das normas do Mercosul para os ordenamentos jurídicos dos Estados-partes. Esta decisão consagrou a necessidade de incorporação das normativas para os ordenamentos jurídicos internos, excepcionando três casos, sendo duas dispostas no art. 5.º e mais uma no art. 1.º (a qual é reprodução da exceção prevista no art. 42 do Protocolo de Ouro Preto). A primeira exceção prevista no art. 5.º, *a*) ocorrerá quando os Estados-partes entendam que o conteúdo da norma verse sobre temas de *funcionamento interno do Mercosul*, devendo estar expressamente prevista a seguinte expressão "Esta norma (diretiva, resolução ou decisão) não necessita ser incorporada ao ordenamento jurídico dos Estados-partes, por regulamentar aspectos da organização ou do funcionamento do Mercosul". Significa que tais normas entrarão em vigor a partir da respectiva aprovação.[104] A segunda exceção do art. 5.º ocorrerá quando o conteúdo da norma *já houver sido contemplado na legislação nacional* do Estado Parte.[105]

Ao analisar os dispositivos da Decisão 48/10 do Conselho do Mercado Comum, observa-se que desde a sua aprovação em 16.12.2010 a decisão se encontra em pleno vigor, pois segundo o texto atende a cláusula de exceção à regra da transposição[106] inserida em seu art. 4.º sobre a desnecessidade de transposição para os ordenamentos jurídicos internos em virtude de regulamentar aspectos de organização ou funcionamento do Mercosul.

Por outro lado, o anexo da decisão que versa sobre o Mandado Mercosul de Captura é regido pelo seu art. 22, o qual estabelece que a vigência só ocorrrerá após trinta dias do depósito do intrumento de ratificação do Acordo pelo quarto Estado Parte do Mercosul.[107] Conforme consulta ao Mercosul,[108] verifica-se

103. REIS. Op. cit., p. 245. Segundo o autor o *efeito direto* ocorre quando o texto do tratado é copiado integralmente para a norma interna em sistemas dualistas, idem, p. 91.

104. Art. 5.º, *a*), da Mercosul/CMC/DEC. 23/00.

105. Art. 5.º, *b*), da Mercosul/CMC/DEC. 23/00.

106. Precisamente a exceção do art. 5.º, *a*), da Mercosul/CMC/Dec. 23/00.

107. Há de se considerar que à época da elaboração da Decisão 48/10 o Mercosul possuía apenas quatro Estados-partes, no entanto desde 31.07.2012 a República Bolivariana da Venezuela figura como Estado Parte. Neste sentido, infere-se que a vigência só se dará após a ratificação do quinto Estado Parte.

108. Disponível em: [www.mercosur.int/innovaportal/v/2377/1/secretaria/decis%C3%B5es_2010]. Acesso em: 23.12.2014.

que nenhum Estado signatário do acordo sobre Mandado Mercosul de Captura e procedimentos de entrega depositou o instrumento de ratificação. *Portanto, o Mandado Merscosul de Captura ainda não se encontra em vigor.*

A questão agora é saber se o Mandado Mercosul de Captura deve ser transposto ou não ao ordenamento jurídico interno brasileiro. A Mercosul/CMC/DEC. 48/10 afirma no artigo quarto a desnecessidade de transposição da Decisão para os ordenamentos jurídicos internos. No entanto, este artigo quarto não remonta ao Mandado Mercosul de Captura em si, mas tão somente à decisão. O Mandado Mercosul de Captura está disciplinado, precisamente, no anexo da decisão e, deverá seguir o trâmite dos demais atos normativos do Mercosul incorporados ao direito interno brasileiro. Deverá, portanto, passar por aprovação do Congresso Nacional, em seguida o Presidente da República deverá depositar o instrumento de ratificação. Depois desse momento, em virtude do Brasil adotar o sistema dualista moderado, deverá o Presidente da República internalizar o Mandado Mercosul de Captura através de decreto promulgando e conferindo vigência à norma internacional. Esse procedimento se dá em razão de que a mera ratificação, no sitema brasileiro, não opera a vigência do ato normativo internacional. A ratificação comporta apenas a vigência no plano jurídico internacional, sendo necessária a promulgação do decreto para operar a vigência no plano jurídico interno.[109]

A Mercosul/CMC/Dec. 48/10 possui *status* de tratado, sendo equiparado a lei ordinária federal de acordo com a doutrina e a jurisprudência maioritária.[110] A atual problemática que envolve a internalização dos tratados internacionais elaborados no âmbito do Mercosul é saber se o Brasil tem a necessidade de internalizar a Decisão 48/10 para que esta possa gozar de aplicabilidade interna ou, se por outro lado segundo o atual estágio do Mercosul e, de acordo com as suas normas – nomeadamente a Decisão 23/00 – não haverá mais a necessidade de transposição para o direito interno, bastando tão somente a ratificação como medida suficiente de vigência no plano jurídico interno.

A tradição brasileira fundada no costume constitucional da internalização dos atos jurídicos internacionais mediante a promulgação de Decreto do Presidente da República a seguir a ratificação parece uma atitude prudente e democrática, adotando-se, portanto, o sistema dualista moderado. Por outro lado, o Brasil pode abandonar esta modalidade de sistema e adotar – nos casos específicos previstos nas normas mercosulinas – o *sistema de recepção automática*, no

109. Para uma visão do sistema brasileiro v. REIS. Op. cit., p. 92-102.

110. Neste sentido, idem, p. 92.

sentido de que tais normas de exceção do Mercosul passariam a possuir efeito imediato após a ratificação pelos Estados-partes e Associados. Neste caso, o Brasil adotaria um sistema misto, a regra permaneceria com o sistema dualista moderado, entretanto, em relação àquelas normas previstas nos arts. 1.º e 5.º da Mercosul/CMC/Dec. 23/00, passaria-se a adotar o sistema monista.

Posto isso, caso o Brasil após a futura ratificação, optar pela promulgação da Mercosul/CMC/Dec. 48/10, provavelmente deverá repetir na íntegra o texto da Mercosul/CMC/Dec. 48/10,[111] não sanando as deficiências apontadas, nem modificando o texto do MMC, nem harmonizando a legislação interna segundo o novo regime. Quanto a efetivação do novo regime e a sua utilização pelos Estados do Mercosul, o MMC, embora acordado entre todos os quatro Estados-partes e por mais três[112] Estados Associados, não se encontra, após *quatro anos de celebração*, sequer ratificado, quiçá em vigor.

11. CONCLUSÃO

O Mercado Comum do Sul buscou, mais uma vez, melhorar o sistema de cooperação judiciária internacional em matéria penal. Reuniu-se buscando celeridade e a efetividade do sistema de entrega de pessoas, tentando não esquecer os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. Para isso tinha no horizonte o mandado de detenção europeu criado em 2002. Possuía a base necessária para pesquisar e analisar as vantagens e desvantagens do sistema europeu de cooperação judiciária em matéria penal para a partir de uma posição privilegiada eleger o melhor sistema de entrega de pessoas, garantindo os direitos fundamentais das pessoas procuradas sem deixar de lado a celeridade e a eficácia do procedimento. No entanto, o Mercosul não conseguiu celebrar um bom Acordo, pois poderia ter elegido questões fundamentais com um pouco mais de sensibilidade a fim de garantir um melhor, mais ágil e mais garantístico procedimento.

Essas questões deixaram o Mandado Mercosul de Captura por desejar, principalmente porque o mandado de detenção europeu já havia disciplinado anteriormente a maioria desses aspectos. Questões que determinarão a qualidade e a operacionalidade prática do instrumento celebrado e que irão se refletir na prestação jurisdicional dos Estados integrantes do Mercosul, pois estarão vinculados às disposições do Acordo. Alguns dos problemas apontados no presen-

111. Assim como fez com o Acordo sobre extradição de 1998.

112. Ou um ou dois, v. nota de rodapé n. 6.

te trabalho são: a não possibilidade de cooperação em virtude de condenação a pena privativa de liberdade convertida por medida de segurança, os baixos limites de pena *in concreto* e *in abstrato* dos crimes para que a cooperação possa ocorrer, a falta de um específico catálogo de crimes ao invés de um catálogo de convenções internacionais, a não extinção do regime de extradição, a não supressão da fase administrativa ao manter a exigência das autoridades centrais funcionando como necessárias agentes de transmissão dos pedidos, a permanência da cláusula de nacionalidade como causa de denegação do cumprimento do pedido causando a impossibilidade de execução de penas contra condenados nacionais da Parte executora, a manutenção de uma imprecisa, subjetiva e insegura causa denegatória de cumprimento herdada ainda do regime de extradição acerca de motivos especiais de soberania nacional, segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais, a falta de prazo para a decisão definitiva da Parte executora acerca do pedido de entrega, a ausência de prazo para a soltura da pessoa em caso de demora da decisão, a não previsibilidade de um reexame judicial da decisão, ofendendo, dessa forma, o princípio do duplo grau de jurisdição, além de outras omissões processuais e inobservâncias a direitos consagrados constitucionalmente, podendo acarretar, desde que um dia haja o Decreto promulgando o Acordo, a *inconstitucionalidade da norma.*

Devido aos problemas elencados, a norma em análise aparenta prosseguir pelo caminho de uma condenação sumária antes mesmo de entrar em vigor. Tendo em vista que o Acordo não está sequer ratificado pelos Estados integrantes do Mercosul, não é possível analisar os aspectos pragmáticos nem a efetividade do instrumento. O pior não foi elaborar um instrumento jurídico internacional de forma impensada, o pior foi fazê-lo em dissonância com aquilo que parecia bem idealizado.

Além do mais, parece que o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal ainda não impera no Mercosul, impedindo que o sistema de entrega seja estabelecido de forma completa e eficaz. Não cremos que um salto foi dado rumo a uma cooperação internacional plena e atenta aos direitos e garantias individuais e coletivas dos cidadãos. O poder – e as condições – atribuído aos Estados para cooperar e alcançar a perseguição dos crimes que tanto afetam esta região mundial não foi completamente assegurado.

Portanto, um novo instrumento foi criado, um velho pensamento, ainda, permanece implantado.

KULLOK, Arthur Levy Brandão. Mandado Mercosul de captura: novo instrumento, velho pensamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* ano 23. vol. 113. p. 441-475. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

12. REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. Existem condições para um direito penal europeu? *Julgar*, n. 6. set.-dez., 2008. p. 23-33.

BARRETO, Luiz Paulo. *A extradição no Mercosul e o mandado de detenção europeu.* Comunicação apresentada no VI encontro de Cortes Supremas do Mercosul. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Exposiotres/A_EXTRADICAO_NO_MERCOSUL_E_O_MANDADO_DE_DETENCAO_EUROPEU___Luiz_Paulo_Teles_Ferreira_Barreto.pdf]. Acesso em: 08.05.2012.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior.* Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-101628/fr.php]. Acesso em: 10.05.2012.

BRAGANÇA DE MATOS, Ricardo Jorge. O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, p. 325-367, ano 14. jul.-set. 2004.

CABRAL, Pedro. Bitter Swett Symphony: Em torno da validade da Decisão-Quadro 2002/584/JAI relativa ao mandato de detenção europeu. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 1-2, ano 69, p. 245-265. jan.-jun. 2009.

CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: COSTA, José Francisco de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2/189-208, ano 6. abr.-jun. 1996.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law.* 2. ed. Oxford New York: Oxford University Press, 2008.

Caribbean Community – Caricom. *Caricom Arrest Warrent Treaty, 2008.*

CARVALHO, Flávia Nunes de. *A entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional à luz da Constituição Federal e das alterações advindas da EC 45/2004.* Monografia de conclusão de Pós-graduação em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2009. Disponível em: [www.fesmpdft.org.br/arquivos/FLAVIA_NUNES_CARVALHO.pdf]. Acesso em: 10.05.2012.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul.* São Paulo: Ed. RT, 2000.

CICCO FILHO, Alceu José. Tribunal Permanente de Revisão como mecanismo edificador de novas tendências e paradigmas no Mercosul. *Revista do TRF-1.ª Reg.*, dez. 2009/ jan. 2010. p. 35-48.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Relatório da Comissão (2005) 63 final*, com base no art. 34.º da Decisão-Quadro do Conselho de 13.06.2002 relativa ao

mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. Bruxelas, 23.02.2005, {SEC(2005) 267}.

_____. *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho (2011) 175 final*, sobre a aplicação desde 2007 da Decisão-Quadro do Conselho, de 13.06.2002,

relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. Bruxelas, 11.04.2011, {SEC(2011) 430 final}.

COSTA, Miguel João de Almeida. *Dedere aut judicare? a decisão de extraditar ou não extraditar e delimitação do âmbito da decisão entre extraditar e julgar na lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal e no mandado de detenção europeu*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010.

DUARTE, Maria Luísa; ALVES, Pedro Delgado. *União Europeia e Jurisprudência constitucional dos Estados-Membros*. Lisboa: AAFDL, 2006.

GODINHO, Inês. O mandado de detenção europeu e a nova criminalidade: a definição da definição ou o pleonasmo do sentido. *Politeia – Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna*, n. 2, p. 103-46, ano II. jul.-dez. 2005.

GODOY, Bruna Mozini. *A supranacionalidade na União Europeia e sua possibilidade de adesão ao Mercosul*. Disponível em: [http://gedi.objectis.net/eventos-1/ilsabrasil2008/artigos/reor/mozini.pdf]. Acesso em: 28.05.2012.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público – Introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*. 3. ed., reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

KIRMSER, José Raúl Torres. *La Orden de captura en el Mercosur perspectivas*. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Exposiotres/LA_ORDEN_DE_CAPTURA_EN_EL_MERCOSUR__Ministro_Torres_Kirmser.pdf]. Acesso em: 27.04.2012.

LISBOA, Carolina. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LOPES DA MOTA, José Luiz. A cooperação Europeia em matéria penal e o futuro Procurador Europeu. *Viver a Europa – Uma Constituição para os europeus*. Grupo II. Disponível em: [www.ieei.pt/files/GT2.pdf. Acesso em: 05.05.2012].

_____. A Eurojust e a emergência de um sistema de justiça penal europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 2, p. 177-205, ano 13, abr.-jun. 2003.

_____. *O mandado de detenção europeu*, comunicação apresentada no VI encontro de Cortes Supremas dos Estados-Partes do Mercosul e associados, 2008. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Exposiotres/O_mandado_de_detencao_europeo__Mota.pdf]. Acesso em: 05.05.2012.

MACHADO, Jônatas. *Direito Internacional – Do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

MERCADO COMUM DO SUL – MERCOSUL. *Acordo sobre Mandado Mercosul de Captura e procedimentos de entrega entre os Estados partes do Mercosul e Estados associados – Mercosul/CMC/DEC. 48/10.*

_____. *Declaração do VI encontro de Cortes Supremas dos Estados-Partes do Mercosul e Associados*, 2008.

_____. *Declaración del VII encuentro de Cortes Supremas de los Estados Parte del Mercosur y Asociados*, 2009.

_____. *Proposta Mercosul de regime de solução de controvérsias para os Acordos celebrados entre o Mercosul e os Estados Membros e os Estados Associados no âmbito do Mercosul – Mercosul/CMC/DEC. 49/10.*

_____. *Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul*, 2005.

_____. *Protocolo de Olivos*, 2002.

_____. *Protocolo de Ouro Preto*, 1994.

_____. *Regulamento do Protocolo de Olivos para a solução de controvérsias no Mercosul – Mercosul/CMC/DEC. 37/03.*

_____. *Tratado de Assunção*, 1991.

MOURA RAMOS, Rui. *Das comunidades europeias à União Europeia – Estudos de direito comunitário*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

NASCIMENTO, Claudia Lyra. O dilema da incorporação das normas do Mercosul no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de informação legislativa*, vol. 43, n. 172, p. 175-184. out.-dez. 2006.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE SÃO PAULO. *Proposta de criação do Tribunal Penal do Mercosul*, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção interamericana sobre extradição dos Estados membros.*

REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Europeia e constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda. O mandado de detenção europeu – Na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 1, p. 27-63, ano 13, jan.-mar. 2003.

RUSSOWSKY, Íris. *O mandado de detenção na União Europeia: um modelo para o Mercosul*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/39528/000821652.pdf?sequence=1]. Acesso em: 28.05.2012.

SAMTLEBEN, Jürgen. A solução de controvérsias na União Europeia e no Mercosul. *Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos*, vol. 24, n. 46, p. 141-156.

2003. Disponível em: [www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15295/13898]. Acesso em: 13.05.2012.

SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA – SICA. *Tratado Centroamericano relativo a la Orden de Detención y Extradición Simplificada, 2005.*

_____. *Declaración XXXI Reunion Ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los Paises del Sistema de la Integración Centroamericana (Sica)*, 2007.

SOLTOSKI JÚNIOR, Mário Elias. O controlo da dupla incriminação e o mandado de detenção europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, p. 475-495, ano 16. jul.-set., 2006.

SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

STF. Rcl 11.243/República Italiana, Pleno, j. 08.06.2011, rel. Min. Gilmar Mendes.

_____. *Regimento interno*, atual. até abr. 2012.

REPÚBLICA ARGENTINA. *Código Penal de la Nación Argentina.*

_____. *Constitución de la Nacion Argentina.*

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Constituición de la República Bolivariana de Venezuela.*

REPÚBLICA DEL ECUADOR. *Código Penal.*

_____. *Constitución de la República del Ecuador.*

REPÚBLICA DEL PARAGUAY. *Código Penal de la República del Paraguay.*

_____. *Constitución de la Republica de Paraguay.*

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Código Penal.*

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil.*

_____. Dec. 4.975/2004, *Promulga o acordo de extradição entre os Estados-partes do Mercosul.*

_____. Dec. 3.468/2000, Protocolo de assistência mútua em matéria penal.

_____. Dec. 5.867/2006, Convenção de Extradição dos Estados-partes e a República da Bolívia e a República do Chile.

_____. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: Cooperação em matéria penal.* Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008.

_____. *Manual de extradição.* Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2012.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. *Codigo Penal.*

_____. *Constitución de la República.*

REPÚBLICA PORTUGUESA. *Lei 144/1999, de 31 de agosto.*

UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS – UNASUL. *Tratado constitutivo*, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos direitos fundamentais*, 2007.

_____. DQ (2002/584/JAI) – *Decisão-Quadro do Conselho de 13.07.2002 relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros.*

_____. *Tratado da União Europeia.*

_____. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*

VALENTE, Manuel Gomes. *O mandado de detenção europeu.* Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010.

VENANCIO, Daiana Seabra. O mandado de detenção europeu vs. o mandado de captura do Mercosul: uma análise comparativa. *Revista do Programa de Direito da União Europeia*, FGV Direito Rio, n. 2, p. 27-54, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Harmonização, no âmbito do Mercosul, das garantias constitucionais e processuais dos direitos fundamentais e o acesso à Justiça, de Silvio Dobrowolski – *RT* 759/76, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 5/1067 (DTR\1999\107);
- Instituições supranacionais no Mercosul, de Luiz Roberto Sabbato – *RTrib* 20/166, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 2/1049 (DTR\1997\652);
- Os juízes do Mercosul e a extraterritorialidade dos atos jurisdicionais, de Maria do Carmo Puccini Caminha – *RDCI* 45/34 (DTR\2003\536); e
- Prisão do extraditando no ordenamento jurídico brasileiro: novas perspectivas, de Victor Roberto Corrêa de Souza – *RDCI* 83/335-352 (DTR\2013\3055).

La mediación penal en España: tránsito de la legalidad a la normatividad

Criminal mediation in Spain: from extralegal to legislation

Nicolás Rodríguez García

Profesor Titular - Catedrático acreditado - de Derecho Procesal. Director, en la Universidad de Salamanca, del "Grupo de Estudio sobre la Corrupción" y de la "Escuela de Posgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno".

Área do Direito: Penal

Resumen: El proceso penal del siglo XXI tiene que ser un instrumento de política criminal que coadyuve a crear una nueva Justicia penal que proporcione una reparación integral del delito, siendo la mediación uno de los bastiones fundamentales.

Palabras clave: Mediación penal - Principio de oportunidad - Proceso penal - Justicia restaurativa.

Abstract: The criminal process of the 21st century must be an instrument of criminal policy that contributes to the creation of a new criminal justice that provides full compensation of the crime, with mediation being one of the principal bastions.

Keywords: Criminal mediation - Opportunity principle - Criminal proceedings - Restorative justice.

Sumario: 1. Introducción: La mediación penal en un contexto general de crisis de la Administración de Justicia - 2. Base jurídica - 3. Concepto y elementos esenciales - 4. Clases - 5. Principios - 6. Ámbito de aplicación - 7. Sujetos intervinientes - 8. Procedimiento - 9. Reflexión final - 10. Bibliografía citada.

1. Introducción: La mediación penal en un contexto general de crisis de la Administración de Justicia

El anudar* el término *crisis* a la situación jurídica y fáctica que vive la Administración de Justicia desde hace treinta años viene lastrando el quehacer

(*) Este trabajo se enmarca en la investigación desarrollada en el marco del Proyecto de Investigación DER2012-32638 del Ministerio de Educación.

del legislador español – e internacional – en los ámbitos orgánico, sustantivo y procesal, lo que ha derivado en multitud de reformas no exentas de fundadas críticas por su incoherencia, su falta de justificación, sus defectos técnicos o la ausencia de recursos humanos y técnicos para poderlas implementar. Por tanto, se trata de un condicionante fáctico y jurídico de la máxima relevancia, sobre todo cuando esa situación se hace más aguda e insostenible – como sucede en nuestros días –, momentos en los cuales se produce siempre el repunte de planteamientos en los que se aboga por incorporar alternativas complementarias al proceso judicial como el arbitraje, la mediación y la conciliación, unas tendencias desjudicializadoras[1] que en última instancia reflejan en muchos casos la incapacidad o la falta de voluntad respecto a la consecución de la efectividad de la tutela que procuran los órganos jurisdiccionales.[2]

Ya en la "Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia" de 2000 se ponía de manifiesto como en el siglo XXI la sociedad española demanda *una Justicia más abierta que sea capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia*, tratando con ello de paliar la situación descrita dos años antes en el *Libro Blanco de la Justicia.*[3] Por tanto, sin ambages, se reconoce la relación directa existente entre el grado de insatisfacción ciudadana con el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional y las demandas prioritarias de resolución de los conflictos que les plantean en tiempos más breves, aunque sea a costa de ver flexibilizados – que no eliminados – algunos de los principios y garantías que tradicionalmente vienen informado el ejercicio de la función jurisdiccional por los tribunales ordinarios, muchos de ellos de rango constitucional.

---

1. Hace más de medio siglo CALAMANDREI, P. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Trad. E. J. Couture, Buenos Aires, p. 159, calificó a la conciliación como un *infanticidio procesal* que provoca la muerte prematura del proceso.
2. Cf. CALVO SÁNCHEZ, M. C. "El proceso y sus alternativas: el procedimiento arbitral". VV.AA., *Arbitraje, mediación y conciliación*. Madrid, 1995. p. 220.
3. En la *Introducción* al mismo, el propio Consejo General del Poder Judicial reconoce sin ambages que según los datos de los que dispone, a partir de estudios promovidos por él mismo o por otras instituciones, muchos de ellos ampliamente divulgados y comentados por los medios de comunicación social, conducen a estimar que "se está desarrollando en la sociedad española una creciente y generalizada desconfianza en la Justicia y en la capacidad de Jueces y Tribunales para resolver adecuadamente los conflictos ante ellos planteados, y para garantizar, en suma, la correcta aplicación de la ley". Vid. además TOHARÍA CORTÉS, J. J.; GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J. *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*. Madrid, 2005.

Esta situación, predicable de todos los órdenes jurisdiccionales como ameritan los datos que anualmente se recogen en la Memoria que elabora el Consejo General del Poder Judicial, se evidencia con más virulencia en los ámbitos contencioso-administrativo y penal. Y es en este último donde la situación se torna más delicada en atención a los derechos e intereses que se trasladan a los órganos jurisdiccionales buscando una solución a las situaciones conflictuales que se le someten. Siendo así, no nos ha de extrañar cómo ya en 1987 el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó una Recomendación sobre *simplificación de la Justicia penal* en la que se listaban paquetes de medidas conocidas por todos y aplicadas en mayor o menor medida por diferentes ordenamientos jurídicos:

a) Aumento de la inversión pública en los órganos jurisdiccionales, proporcionándoles más medios personales y materiales. Una opción nunca seguida, sino todo lo contrario: no sólo no hay correspondencia entre la partida de los Presupuestos Generales del Estado dedicados a la Administración de Justicia y los incrementos de litigiosidad experimentados en los últimos años, sino que además los ciudadanos sufren en primera persona las limitaciones del acceso y disfrute de una eventual concesión del derecho a asistencia jurídica gratuita o la necesidad de tener que pagar determinadas tasas judiciales para ejercitar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

b) Con el fin de reducir el número de asuntos que llegan a conocimiento de los órganos jurisdiccionales,[4] medidas en el campo sustantivo, las cuales debieran pasar por generosos movimientos descriminalizadores y despenalizadores, visto además que el sistema penológico se muestra desafortunado en la difícil tarea de resocialización y rehabilitación del infractor.[5] Así, tenemos ahora mismo en el Parlamento la propuesta legislativa de eliminar el reproche penal a las faltas dando entrada a una nueva categoría de *delitos leves*, cuyo enjuiciamiento el legislador remite al juicio de faltas. De nuevo, esta recomendación

4. DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ, C. "La crisis actual del sistema de justicia penal: la necesaria modernización del sistema". *Cuadernos Digitales de Formación*, 2013, n. 5, p. 4, denuncia como hoy en día "el Derecho Penal ha pasado de ser complemento a fundamento del sistema preventivo-sancionador en demasiadas materias, alejándose así del carácter fragmentario y de última respuesta que tradicionalmente lo ha caracterizado.

5. CANO SOLÉ, M. A. "La mediación penal como método de resolución de conflictos. Posibilidades de aplicación a los delitos de violencia de género y doméstica". *La Ley Penal*, n. 109, 2014, p. 91. Por este motivo MEJÍAS GÓMEZ, J. F. *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Madrid, 2009. p. 24, al definir la mediación penal, arguye que la misma es un "mecanismo de rehabilitación social del delincuente".

choca con el *populismo punitivo* que estamos viviendo y que se traduce en un incremento de delitos y de penas, en especial con relación a aquellas conductas que general mayor alarma social – corrupción, crimen organizado, blanqueo de capitales, terrorismo, atentados contra el medio ambiente etc. – .[6]

c) Cambios sustanciales en el modelo procesal penal actual, existiendo el consenso generalizado de que ya es la hora definitiva de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que, acorde con el Código Penal y la legislación penitenciaria, lleve a la práctica una *política criminal de Estado* – y no de Gobierno – acorde con la realidad criminológica de la segunda década del siglo XXI. Así, de manera acorde a las experiencias habidas en países europeos y latinoamericanos, en los dos textos de nuevo Código presentados en 2011 (Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal[7]) y 2013 (Borrador de Código de Proceso Penal[8]) parece que hay consenso en apostar por el cambio hacia un sistema acusatorio[9] en el que el rol protagonista lo tenga el Ministerio Fiscal, en el que la fase principal del proceso penal sea el juicio oral, en el que existan procedimientos simplificados y alternativos al ordinario para hacer frente a la pequeña y mediana criminalidad, en el que se potencien los órganos judiciales unipersonales, en el que se generalice el uso del principio de oportunidad y en el que la víctima tenga una adecuada protección.[10]

---

6. Vid. CUERDA ARNAU, M. L. "La expansión del Derecho penal versus la eficacia del modelo de justicia". *Cuadernos Digitales de Formación*, 2013, n. 5, p. 2 y ss., quien estudia como la modernización y la expansión del Derecho Penal no son conceptos necesariamente equivalentes.
7. En adelante A_LECR.
8. En adelante B_CPP.
9. MARTÍN OSTOS, J. S. "Reflexiones sobre la justicia penal en España". *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2012, n. 2, p. 28, considera que se está produciendo una "desenfrenada carrera hacia el modelo acusatorio puro (en cuyo interior, cual Caballo de Troya, pueden esconderse inconfesables objetivos, más próximos a un control estatal que al verdadero sentimiento liberal, aunque las apariencias parezcan mostrar otro panorama)", de manera tal que para sus partidarios "el proceso inquisitivo (con el que, sin paliativos, identifican a cuanto se opone a sus pretensiones) representa el pasado, la decadencia, el oscurantismo, unido al autoritarismo más trasnochado, mientras que el acusatorio constituye el futuro, la libertad y el progreso (todo ello, sin cortapisas)".
10. En desarrollo de esta idea, no sólo para cumplir los compromisos supranacionales e internacionales adquiridos en esta materia – en especial de la Unión Europea –, sino para salvar una vez más la más que probable no aprobación de un nuevo Código de Proceso Penal, el Ministerio de Justicia español ha registrado en el Parlamento el 01.08.2014 el "Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito", en el que se in-

Tomando como referente fundamental esa preocupación por la víctima del delito, y al igual que se ha venido haciendo en otros órdenes jurisdiccionales con los denominados *métodos alternativos de resolución de los conflictos* (ADR),[11] cuya proliferación ha llevado incluso a plantear mutar la denominación disciplinar de 'derecho procesal' por 'derecho de los medios de tutela del ciudadano',[12] en el campo penal se pretende abandonar las tradicionales fórmulas jurisdiccionales por ineficaces, injustas y poco garantistas: la pena es ineficaz como elemento disuasorio, el penado se ve estigmatizado y su condena está lejos de alcanzar efectos resocializadores, y la víctima, neutralizada,[13] sufre importantes padecimientos procesales – la llamada *victimización secundaria* – y pocos efectos reparadores.[14] En esencia, que tenemos un sistema de Justicia penal lleno de carencias e incoherencias y que genera un enorme coste social para alcanzar unos limitados resultados,[15] siendo éste el caldo de

cluyen disposiciones concretas con relación a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa, un plus de protección y tutela especializada para la víctima que va más allá de las referencias normativas a la existencia de un trámite de mediación en el ámbito penal. Sobre el mismo vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L. "Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal". *Diario La Ley*, n. 8351, 2014, p. 1 y ss.

11. Pese a las notables diferencias que puede presentar la justicia penal con los conflictos que se resuelven en otros órdenes jurisdiccionales, la doctrina concibe la mediación penal como una manifestación de las ADR, pese a su carácter *complementario* y no *alternativo*. Vid. MAGRO SERVET, V.; HERNÁNDEZ RAMOS, C.; CUÉLLAR OTÓN, J. P. *Mediación penal. Una visión práctica desde dentro hacia fuera*. Alicante, 2011. p. 34 y ss.; GORDILLO SANTANA, L. F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid, 2007. p. 133 y ss.

12. BARONA VILAR, S. "De cómo la incorporación de las ADR convierte el derecho procesal en derecho de los medios de tutela de los ciudadanos". GÓMEZ COLOMER, J.; BARONA VILAR, S.; CALDERÓN CUADRADO, P. (coords.). *Juan Montero Aroca. El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango*. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños. Valencia, 2012. p. 193 y ss.

13. Así vienen calificando su situación general en el sistema penal HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia, 1989. p. 29.

14. Vid. GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. "La conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho penal reparador", VV.AA. *La mediación penal*. Barcelona, 1999. p. 69 y ss., quien enmarca la mediación penal y los objetivos que trata de satisfacer dentro del movimiento general de *redescubrimiento* de las víctimas y de diseño del papel que puede jugar en el sistema penal.

15. Seguramente porque como señala NIEVA FENOLL, J. "La mediación: ¿una 'alternativa' razonable al proceso judicial?". *La Ley. Práctica de Tribunales*, n. 98-99, 2012, p. 48, al proceso jurisdiccional se le valora simplemente en términos económicos y temporales, y además porque se ve al proceso como una especie de *guerra* o de *batalla* al menos.

cultivo en el que cada día más son los partidarios de fomentar el que con base en la autonomía de la voluntad se puedan resolver – y prevenir – conflictos penales más allá de la actuación exclusiva de los Juzgados y Tribunales ordinarios. En definitiva, desde la normatividad se busca abrir una nueva *vía* para dar respuesta desde el Estado de Derecho a los ilícitos penales,[16] devolviendo el protagonismo y la capacidad para resolver conflictos a la sociedad[17] y en particular a los directamente afectados por el mismo, es decir, a la víctima[18] y al presunto delincuente,[19] lo cual, de manera indirecta, supondrá limitar las zonas de *discrecionalidad implícita*[20] en las que el actor dominante es el Ministerio Fiscal.

A nuestro juicio, el plantearse la virtualidad práctica que pueda tener en el ámbito penal la mediación requiere tener presente en todo momento:

a) Las funciones del Derecho Penal: por un lado, proteger los bienes jurídicos tutelados y reconocidos en el Código Penal, y además, de la forma en que en el mismo se recoge; y por otro, la motivación de los ciudadanos en la protección de esos bienes jurídicos, de manera tal que se haga frente a la indiferencia social frente a determinados ilícitos, lo que en última instancia no hace nada más que provocar alarma social y sentimientos de impunidad.

b) Las funciones de la pena: junto a la clásica retribución, que atiende al pasado de los hechos y que hunde sus raíces en la ética y la moral, hay que dar mucha más cancha a la prevención, signo de la modernidad y de la consolidación del Estado de Derecho, que piensa en el futuro de la conducta de los sujetos con una clara finalidad utilitarista en sus dos dimensiones especial – dirigida al infractor – y general – frente a la sociedad –.

---

16. Cf. MARTÍNEZ ARRIETA, A. "La mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal", VV.AA. *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*. Madrid, 2010. p. 57 y ss.
17. Cf. RÍOS MARTÍN, J. C. "Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia". *Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, n. 3, p. 53 y ss.
18. Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P. *La víctima en el Derecho penal español*. Valencia, 2014. p. 31 y ss. quien se manera sumaria expone los peligros del *retorno* a la víctima.
19. CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. "La mediación penal en España". MARTÍN DIZ, F. (coord.). *La mediación en materia de familia y Derecho Penal. Estudios y análisis*. Santiago de Compostela, 2011. p. 233.
20. Así calificados por MORENO CATENA, V. M. "La resolución jurídica de conflictos". SOLETO MUÑOZ, H. (dir.). *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. 2. ed. Madrid, 2013. p. 54.

c) Las funciones del Derecho Procesal penal: además de la tradicional aplicación del *ius puniendi* del Estado, proteger el derecho a la libertad de los imputados, procurar su rehabilitación y tutelar los derechos e intereses de la víctima.

Todas estas funciones enumeradas no son excluyentes las unas de las otras dentro de una misma dimensión, sino que desde la Constitución el legislador en los últimos años está tratando de atemperar el rigor de los sistemas penales retributivos con las bonanzas de un modelo de justicia restaurativa o reparadora, en el que la mediación se erige como uno – no el único – de los principales baluartes[21] por cuanto favorece el protagonismo de la víctima, la solución y pacificación material del conflicto, la reparación del daño, y todo ello a partir de una actuación dialogada de los intervinientes. Siendo así, no estamos ante un par alternativo o excluyente sino ante un *complemento*[22] en pro de un sistema de Justicia penal, acorde con los principios del Estado de Derecho, que no altera la garantía jurisdiccional en la aplicación del Derecho Penal,[23] pero que sí necesita que muchos de sus derechos y garantías sean reformulados.[24]

Plantearse si en el ámbito penal cabe o no hacer uso de la mediación como mecanismo complementario de resolución de los conflictos penales es un tema actual y de la máxima relevancia científica, al cuestionar los principios e instituciones tradicionales del Derecho Penal y del Derecho Procesal penal. Y tam-

21. Por ello nos parece muy acertada la última afirmación que sobre la mediación penal realiza en legislador en la Exposición de Motivos del B_CPP: "La mediación no es un fin, sino un instrumento para alcanzar ciertos fines en los que ocupan un primer lugar los intereses de la víctima".

22. Con relación a esta concepción *vid.* por todos MARTÍN DIZ, F. *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia.* Madrid, 2010.

23. Cfr. BARONA VILAR, S., *Mediación penal: Fundamento, fines y régimen jurídico.* Valencia, 2011. p. 237 y ss. Sin embargo, en sentido más crítico, *vid.* GALAIN PALERMO, P. "Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces". *Revista Penal*, n. 24, 2009, p. 71 y ss.; ÁLVAREZ SACRISTÁN, I. "¿Por qué la mediación penal?". *Diario La Ley*, n. 7699, 2011. p. 14; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. "El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal". *La Ley Penal*, n. 86, 2011, p. 74 y ss.; MUERZA ESPARZA, J. "La autonomía de la voluntad en el proceso penal: perspectivas de futuro". *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n. 9, 2011, p. 196 y ss.

24. *Vid.* VARONA MARTÍNEZ, G. "El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: avanzado más allá de la mediación penal en la construcción de un derecho restaurativo interdisciplinar". ETXEBERRÍA GURIDI, J. F. (dir.), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación*: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?. Cizur Menor, 2012, p. 353 y ss.

bién nada pacífico en su análisis dogmático, quizá porque su planteamiento denota un cierto planteamiento ideológico.[25] Ahora bien, todo se torna más *fácil* cuando el legislador nacional toma partido en el debate y decide implementar en el ordenamiento jurídico-penal la mediación, desplazándose los argumentos hacia todos y cada uno de los puntos que debieran vertebrar su regulación positiva por ser controvertidos y requerir de una toma de posición por parte de los estudiosos: los principios reguladores, su coste, el ámbito material de aplicación, los sujetos intervinientes, el estatuto jurídico del mediador, los efectos de un eventual acuerdo para el proceso penal etc.

En conclusión, que aunque en línea de principios el posicionamiento individual pueda ser crítico con relación a la mediación penal, como es nuestro caso, la tozudez de los preceptos legales obliga a tratar de explicar el ser y el deber ser de esta institución, aventurando si en su promoción y defensa en un país y en un concreto momento pesa más la esencia del modelo restaurativo o las *mutuas ventajas* que todos los operadores jurídicos – y la sociedad – pueden recibir de un uso generalizado, porque nunca se puede olvidar que con su realización efectiva se descarga al Estado y a los Tribunales del trabajo que supone el proceso penal.[26]

2. BASE JURÍDICA

En la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 no encontramos ningún precepto en el que se haga alusión a la mediación como mecanismo complementario de resolución de los conflictos penales. Sin embargo, si encontramos menciones en otros dos cuerpos legales, una en positivo y otra en negativo:

a) En el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores[27] se posibilita el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, limitado a que el hecho imputado al menor constituya un delito menos grave o falta.[28]

25. MANZANARES SAMANIEGO, J. L. "La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español". *Diario La Ley*, n. 7232, 2009, p. 1.

26. Cfr. HEREDIA PUENTE, M. "Perspectivas de futuro de la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal". *Diario La Ley*, n. 7257, 2009, p. 2.

27. Y en el art. 51.3, el cual es objeto de desarrollo por el art. 15 del Real Decreto 1.774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

28. Más ampliamente *vid.* CUCARELLA GALIANA, L. A. "Justicia restaurativa y menores infractores de la ley penal". GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M.; SOLETO MUÑOZ, H. (dir.). *Sobre*

b) En los arts. 87.ter.5 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, y 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género, se veda la mediación en el orden penal cuando sean competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.[29]

Como se puede constatar, la mediación penal en la justicia penal de adultos a día de hoy no debiera tener virtualidad práctica. Y lo planteamos en términos condicionales por cuanto en los últimos diez años se puede constatar como a pesar de que Justicia es una materia de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6.° Constitución) en algunas demarcaciones judiciales, con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial, de la Fiscalía General del Estado y de Colegios de Abogados, se vienen realizando prácticas de mediación penal *de facto*,[30]

---

la mediación penal (Posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español). Cizur Menor, 2012, p. 547 y ss.; FRANCÉS LECUMBERRI, P. "El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, n. 4, p. 3 y ss.; GONZÁLEZ PILLADO, E.; GRANDE SEARA, P. "La mediación en la justicia penal de menores: posibilidades, presupuestos y efectos", GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M.; SOLETO MUÑOZ, H. (dir.). *Sobre la mediación penal...*, cit., p. 571 y ss.; FERNÁNDEZ FUSTES, M. D. "La mediación en el proceso penal de menores". SOLETO MUÑOZ, H. (dir.). *Mediación y...*, cit., p. 575 y ss.; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. "La mediación en el proceso penal de menores: Una perspectiva procesal". CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.). *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*. Madrid, 2013. p. 397 y ss.; SANZ HERMIDA, A. M. "La mediación penal: El sistema de justicia de menores y posibles propuestas de futuro". IGLESIAS CANLE, I. C. (coord.). *Mediación, Justicia y Unión Europea*. Valencia, 2014. p. 187 y ss.

29. Sobre esta controvertida prohibición, su alcance y límites, *vid.* DEL POZO PÉREZ, M. "¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?". MARTÍN DIZ, F. (coord.). *La mediación en materia de familia y Derecho Penal. Estudios y análisis*. Santiago de Compostela, 2011. p. 283 y ss.; DOMINGO DE LA FUENTE, V. "Justicia Restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto...". *Diario La Ley*, n. 7701, 2011, p. 1 y ss.; OUBIÑA BARBOLLA, S., "La distancia que les separa, la distancia que nos separa: Mediación en casos de violencia doméstica en España y en otros sistemas". GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M.; SOLETO MUÑOZ, H. (dir.). *Sobre la mediación penal...*, cit., p. 179 y ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, E. "El proceso penal, mediación y violencia de género: ¿Hacia un nuevo modelo de Justicia penal?". ETXEBERRÍA GURIDI, J. F. (dir.). *Estudios sobre el significado...*, cit., p. 391 y ss.; CANO SOLÉ, M. A. "La mediación penal...", cit., p. 96 y ss.

30. Con relación al papel que vienen desempeñando las Comunidades Autónomas en España en el desarrollo de la mediación en todos los ámbitos, incluido el penal, *vid.* ORTIZ PRADILLO, J. C. "La mediación como método de solución de conflictos en el Estado de las Autonomías". IGLESIAS CANLE, I. C. (coord.). *Mediación, Justicia...*, cit., p. 69 y ss.

sin cobertura legal.[31] Así acontece en Cataluña, País Vasco, Madrid, La Rioja, Comunidad Valenciana, Castilla y León etc.[32]

Dejando a un lado este dislate forense, cuya experiencia es calificada por el legislador como *alentadora* y *fructífera,*[33] un hecho cierto es que cuando el legislador procesal español se viene planteado regular la mediación penal ha tenido que plantearse dos cuestiones:

a) Por un lado, el cuerpo legal en el que regular – de manera autónoma, como en materia civil y mercantil – o incluir las previsiones necesarias sobre la mediación penal, habiendo optado por hacerlo en el texto procesal penal básico de referencia. Así lo ha hecho en los recientes Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (arts. 157-161) y, de forma más sucinta y *querida*,[34] el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (arts. 143-147).[35] Ello no obsta para que si algún día – parece que no cercano – llega a cuajar parlamentariamente un nuevo Código de Proceso Penal haya que realizar modificaciones oportunas, al menos, en el Código Penal, en la legislación penitenciaria y en la de menores, así como desarrollar reglamentariamente muchos de los aspectos básicos de la mediación penal (estatuto del mediador penal, ámbito

31. Incluso, no puede argüirse como base jurídica supletoria la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por la que España implementa la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21.05.2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, puesto que de manera expresa en su art. 2 excluyen de su ámbito de aplicación la mediación penal.

32. En la web del Consejo General del Poder Judicial se encuentran mapeados y actualizados todos los órganos judiciales que en España ofrecen mediación penal: [www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion_Penal]. *Vid.* Además SÁEZ RODRÍGUEZ, C. "Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España, 1998-2010". *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 37, 2011, p. 147 y ss., quien realiza un análisis cuantitativo y cualitativo del impacto de la mediación penal en España.

33. Así se pronuncia en la Exposición de Motivos del B_CPP, a la vez que enmarca esas experiencias en un contexto de "anomia normativa".

34. De hecho, en la Exposición de Motivos del B_CPP el propio legislador defiende que presenta una legislación sobre mediación penal "escasa en preceptos – no es necesario más detalle – pero rica en lo que comporta de introducción de una nueva perspectiva en el Derecho procesal penal".

35. Puesto que somos conscientes y críticos con la regulación tan *básica* y llena de *lagunas* de la mediación penal que se presentan en ambos textos, utilizaremos los mismos a lo largo de los distintos epígrafes en un intento de aprovechar las bonanzas de ambos textos, y también sus deficiencias, para ir pergeñando un *modelo* de mediación penal.

de aplicación, salvaguardas a la confidencialidad, implicaciones de la gratuidad de la mediación, rol a desempeñar por el Ministerio Fiscal y por los órganos judiciales, canalización de los efectos del acuerdo de mediación y alcance de los mismos), sin que a nuestro juicio baste con efectuar remisiones a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.[36-37]

b) Por otro lado, el *modelo* de mediación penal a adoptar, acorde con los principios e instituciones procesales nacionales, por cuanto ni en las iniciativas internacionales que vienen propugnando su regulación ni en las experiencias de Derecho comparado encontramos un posicionamiento unánime respecto a los elementos basilares de esta forma de resolución de las controversias. Veamos por qué.

En la generación de una *cultura* internacional favorable a la mediación penal ha contribuido en primer término Naciones Unidas, que desde comienzos de los ochenta del siglo pasado aprobó diferentes Declaraciones y Resoluciones proclives al uso de mecanismos oficiosos de solución de las controversias en las que los delincuentes no sólo reconocieran su responsabilidad por los hechos cometidos ante las víctimas y la sociedad en general, sino que además se comprometieran a repararlas.

A nivel supranacional de nuevo el Consejo de Europa, por medio de numerosas Recomendaciones, ha liderado el diseño de una política criminal orientada, en general, a definir el rol de la víctima en los sistemas de justicia penal y a prever mecanismos para su asistencia y prevención de la victimización, y en particular a definir la mediación penal, así como su fundamento y principios generales. Así, constituye un hito fundamental la Recomendación No. R (99) 19 del Comité de Ministros de los Estados miembros relativa a la mediación en materia penal.

No les ha ido muy a la zaga la Unión Europea, que pese a que su ámbito de actuación está limitado a veintiocho países su producción normativa, si bien *de mínimos*, destaca por ser vinculante para los Estados, que en los plazos marcados están obligados a implementar sus disposiciones. En este orden de cosas destaca la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15.03.2001,

36. En adelante LMCM.

37. Eso es lo que precisamente hace el art. 144.1 B_CPP para determinar algunos de los principios informadores de la mediación – voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad – y no otros – confidencialidad –, el régimen jurídico aplicable al mediador y a las instituciones de mediación, algunas cuestiones sobre el procedimiento de mediación y la ejecución de los acuerdos.

relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, en la que se determina que los Estados miembros tienen que procurar impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones penales que a su juicio se presten a este tipo de medidas, debiendo los Estados velar por que en las causas penales puedan tenerse en cuenta los acuerdos que hayan alcanzado las víctimas y los imputados en el procedimiento de mediación (art. 10). Estas obligaciones legislativas, por mor del art. 17, deberían ser cumplidas por los países miembros antes del 22.03.2006, cosa que hasta la fecha España no ha hecho. Más recientemente, en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25.10.2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos, y que deroga la citada Decisión Marco de 2001, se alude a la mediación entre víctima e infractor como una manifestación de justicia reparadora (art. 2.1.d), la cual se desarrollará a partir de unos servicios rodeados de medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias (art. 12.1).[38]

Tratando de hacer suyos estas recomendaciones, principios y obligaciones, según los casos, muchos países europeos – Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Suiza... – y latinoamericanos – Chile, Colombia, Ecuador, México, Uruguay... – han modificado sus normativas penales y procesales penales introduciendo modalidades de conciliación o mediación en el ámbito penal, en las que no encontramos un patrón o denominador común.[39] Una variedad legislativa similar a la que podemos encontrar cuando estudiamos la implantación en el sistema penal de manifestaciones del principio de oportunidad, con el que la mediación penal guarda un vínculo especial,[40] como va a quedar reflejado en los siguientes apartados.

---

38. Con relación a la misma *vid.* BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. "La Directiva 2012/29/UE. ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 46, 2013, p. 897 y ss.; CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M. "La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos". *Revista Aranzadi Unión Europea*, n. 12, 2013, p. 37 y ss.

39. *Vid.* GORDILLO SANTANA, L. F. *La justicia restaurativa...*, cit., p. 261 y ss.; BARONA VILAR, S. (coord.). *La mediación penal para adultos: Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Valencia, 2009.

40. Si bien, como acertadamente se destaca en la Exposición de Motivos del B_CPP, "ni toda mediación ha de acabar en la aplicación del principio de oportunidad o una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa". Sobre esta relación *vid.* DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. "El reto de la mediación penal: el

3. CONCEPTO Y ELEMENTOS ESENCIALES

Con la finalidad de dejar fijados los elementos esenciales a cualquier modelo de mediación penal, creemos oportuno tomar el concepto recogido en el art. 2.1.d) de la Directiva de 2012, según la cual es "cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con ayuda de un tercero imparcial".[41]

Como podemos comprobar, esta definición la integran distintos elementos:

a) Es un trámite, o un conjunto de actuaciones, o incluso un procedimiento, pero lo que de ninguna forma puede ser es catalogarlo como un *proceso*, término reservado en exclusiva para el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial.

b) Los esenciales protagonistas son la víctima – el ofendido y el perjudicado[42] – y el infractor, puesto que no en vano estamos ante una solución autocompositiva de la disputa penal.

c) Se requiere de estos dos sujetos una participación activa, puesto que sin la voluntad e interés de ambos en zanjar el conflicto de una forma mutuamente satisfactoria, cuando menos al inicio del procedimiento de mediación, la misma carece de sentido.

---

principio de oportunidad". *Diario La Ley*, n. 6520, 2006, p. 1 y ss.; BORJA JIMÉNEZ, E. "Conformidad y mediación penal. Conformidad con o sin mediación". *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 5, 2008, p. 1 y ss.; DURBÁN SICILIA, L. "Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal". *La Ley Penal*, n. 73, 2010, p. 44 y ss.; MARTÍNEZ SOTO, T. "Le mediación penal y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El principio de oportunidad como instrumento de simplificación procesal". GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M.; SOLETO MUÑOZ, H. (dir.). *Sobre la mediación penal...*, cit., p. 359 y ss.; ARMENTA DEU, T. "Colaborando a superar la crisis (proceso penal)". *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 5, 2013, p. 1 y ss.

41. De manera similar el art. 143 B_CPP señala que "se entiende por mediación penal, a los efectos previstos en este Título – y en todo el Código y en todo el sistema de justicia penal español, añadimos nosotros –, al procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo".

42. *Vid.* MANZANARES SAMANIEGO, J. L. "Estatuto de la víctima..., cit., p. 4 y ss., quien acertadamente a nuestro juicio critica como en el "Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito" – y en el Proyecto posterior que ha ingresado en las Cortes Generales – se utilice un concepto de víctima restrictivo que no alcanza al perjudicado por el delito.

d) La finalidad principal de la mediación es solucionar el conflicto, lo cual puede producirse previa negociación entre víctima e infractor, o también por la aceptación de uno de ellos por la postura expresada por el otro;[43] y lo que es igualmente importante, la solución no tiene que pasar siempre por una reparación económica, o al menos no siempre a cargo del infractor.[44]

e) La intervención de un tercero ajeno a esos dos sujetos, y por ende imparcial, es necesaria, y sobre él pivota la responsabilidad de orientar, asistir, informar... a los intervinientes, pero dejando que ellos por sí mismos pongan fin a la mediación, con o sin acuerdo, sin que en ningún caso ese mediador tenga que ser el que dé la solución al conflicto, ya que no estamos ante una solución heterocompositiva del mismo como sí sucede en el proceso judicial y en el arbitraje.

4. CLASES

Para clasificar las principales modalidades de mediación penal con las que nos podemos encontrar dos criterios nos pueden servir de utilidad: el ámbito subjetivo de aplicación en atención a la edad del imputado, y el ámbito temporal en el que pueda realizarse la mediación.

Si atendemos en primer término a la edad del imputado, de forma paralela a la diferenciación del enjuiciamiento por Juzgados y Tribunales del orden penal nos encontramos con la mediación *de menores* – entre 14 y 18 años –, que en España como hemos ya referenciado si es objeto de regulación en la Ley Orgánica 5/2000 con base en los principios de intervención mínima y tutela del interés superior del menor; y la mediación *de adultos*, la cual más allá de las iniciativas aisladas comentadas está pendiente de ser regulada con carácter general para todo el país.

Centrándonos ahora en el momento en el cuál víctima e imputado pueden solucionar los problemas resultantes de la infracción penal tenemos: la mediación *preprocesal*, que tiene lugar antes del inicio del proceso penal, y cuyo eventual resultado positivo evita la realización del mismo, con el consiguiente beneficio jurídico y económico particular – de los implicados y del resto de

43. *Vid.* AGUILERA MORALES, M. "La mediación penal: ¿Quimera o realidad?". *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n. 9, 2011, p. 131, quien destaca como no se puede equiparar mediación con conciliación y reparación, pese a que entre ellos exista una relación medio-fin.

44. *Vid.* CASTILLEJO MANZANARES, R. "El nuevo proceso penal. La mediación". *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 23, 2010, p. 81, quien pone de manifiesto el peligro de que la mediación penal provoque una *justicia de clase*.

operadores jurídicos – y general – de la sociedad en su conjunto –; la mediación *procesal*, a realizar pendiente la terminación del proceso penal, el cual puede tener lugar en la investigación, en el juicio oral y en los recursos; y la mediación *penitenciaria*, legalizada[45] y justificada para hacer frente con base en los mismos principios, garantías e incentivos tanto a la forma y contenido de cumplimiento de la condena como a los conflictos interpersonales que aparezcan durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad y que han dado lugar a la incoación de un procedimiento disciplinario.

Como se puede observar, deliberadamente rehusamos la utilización del término *extrajudicial* por cuanto en todas las modalidades expuestas, incluidas las dos últimas, se realizan sin la intervención de un órgano judicial en la consecución – o no – del acuerdo, lo que no obsta para que en función del desarrollo del procedimiento ese acuerdo pueda tener efectos sobre el proceso y sobre las consecuencias jurídicas derivadas del ilícito penal, lo que requerirá la actuación – matizada como veremos – del órgano judicial competente.

Nosotros vamos centramos este análisis en la mediación penal de adultos y que además no se plantee en la fase de ejecución de la pena, esto es, excluyendo también la mediación penitenciaria.[46]

5. PRINCIPIOS

Como no puede ser de otra forma, cuando el legislador plasme de manera definitiva en una norma la mediación penal tendrá que aplicar los principios propios a la mediación en cualquier materia, dándoles los matices y revistiéndolos de las cautelas acordes con la naturaleza penal del conflicto que se trata de solucionar con la misma. De manera sucinta, relacionamos los más importantes:

45. Así la prevé el art. 158.5 A_LECR, por resolución del órgano judicial competente – Juez de Vigilancia Penitenciaria o Juez Central de Vigilancia Penitenciaria –, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

46. Sobre la misma *vid.* GONZÁLEZ, I.; RÍOS, J.; SÁEZ, C.; SÁEZ, R. Z. J. "La mediación penal y penitenciar. Un programa para su regulación". SÁEZ RODRÍGUEZ, C. (coord.). *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*. Cizur Menor, 2008, p. 311 y ss.; LOZANO ESPINA, F. "Mediación penitenciaria", VV.AA.: *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, Madrid, 2010, p. 103 y ss.; SEGOVIA BERNABÉ, J. L. "Experiencia de la mediación penitenciaria". GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M.; SOLETO MUÑOZ, H. (dir.). *Sobre la mediación penal...*, cit., p. 289 y ss.; VV.AA., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. 3. ed. Madrid, 2012. p. 169 y ss.

a) Voluntariedad: este principio general, predicable tanto de la víctima como del infractor,[47] tiene que estar presente:[48]

– en el momento que tomen la decisión de someter el conflicto a mediación,[49] por lo cual, somos contrarios a que la misma sea impuesta por la Policía, la Fiscalía o un órgano judicial, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, ni a que una negativa a someterse a la misma por cualquiera de ellos pueda tener consecuencias desfavorables en la defensa de sus derechos e intereses en el proceso judicial;

– en el desarrollo de la mediación, lo que supone que en cualquier momento el infractor o la víctima pueden dar por terminada su participación en la misma, enviándose el conocimiento del asunto a la autoridad judicial competente;

– en la terminación de la misma, ya sea sin acuerdo, opción no descartable pese a la voluntad inicial de ambos litigantes a dialogar y arreglar el conflicto, o con él, en cuyo caso el contenido tiene que ser querido por ambos tanto en las prestaciones como en el tiempo a ser realizadas.

Para que esta voluntariedad sea real y efectiva una de las primeras actuaciones a realizar es informar a los partícipes, con anterioridad a que consideren la posibilidad de someter el conflicto a mediación, de sus derechos con o sin la mediación, el procedimiento a seguirse y las consecuencias derivadas de su sometimiento al mismo.

b) Bilateralidad: principio inherente a la autocomposición como mecanismo de solución de los conflictos, que hace que a nuestro juicio salvo el mediador

47. Ambas van a ser reputadas como *partes*, término que no debe ser entendido en sentido procesal – no estamos ante un proceso, como hemos señalado –, sino, como indica BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*. Valencia, 2013. p. 212-213, ante la existencia de diferencias entre al menos dos personas que acuden a la mediación para alcanzar un acuerdo.

48. El art. 6.1 LMCM, que coloca el carácter voluntario de la mediación como el primero de sus principios informadores, reconoce su vigencia *tan sólo* en dos momentos: en el mantenimiento de las partes en el procedimiento de mediación, y en el momento de conclusión de un acuerdo (art. 6.3 LMCM). Este hecho es ensalzado por TORRES LANA, J. Á. "Principios rectores de la mediación". LÓPEZ SIMÓ, F.; GARAU SOBRINO, F. F. (coords.). *Mediación en materia civil y mercantil*. Valencia, 2014. p. 125-126, por alejarse de la tendencia legislativa por la que en determinados supuestos el legislador establece con carácter obligatorio – o sugerido – el acudir a la mediación civil.

49. VARONA MARTÍNEZ, G. "El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: avanzado más allá de la mediación penal en la construcción de un derecho restaurativo interdisciplinar". ETXEBERRÍA GURIDI, J. F. (dir.). *Estudios sobre el significado...*, cit., p. 362 y ss., habla de la posible existencia de un *derecho de acceso a la justicia restaurativa* que debe entenderse como social o prestacional.

haya que excluir la participación de otros sujetos, incluidos los abogados, por mucho que se trate de argumentar que serían terceros que están para auxiliar a las partes en orden a alcanzar una solución pactada y pacífica del conflicto.

c) Carácter personalísimo: que significa que cada parte debe actuar de manera personal y con plena capacidad, por lo que se excluyen los casos en los casos de representación legal – de menores e incapaces –, necesaria – de personas jurídicas – o voluntaria.

d) Contradicción: se tiene que garantizar que en el trámite de mediación ambos sujetos partícipes vayan a ser escuchados, en presencia del mediador, puesto que no en vano lo que se busca es una solución dialogada del conflicto, lo que no obsta para que la actitud más colaborativa de uno de los sujetos – en especial el infractor – pueda allanar y aligerar el desarrollo de la actuaciones.

e) Igualdad: exigencia que debe regir dentro de la mediación como complemento necesario a la contradicción entre los dos partícipes,[50] teniendo al mediador como garante de que la misma es efectiva.

f) Imparcialidad y neutralidad: garantías exigibles de manera absoluta al mediador,[51] tanto cuando acepta el encargo de actuar en un concreto asunto por no tener ningún interés objetivo o subjetivo, como cuando desarrolla su función, ya que está obligado a mantener una actuación neutral con relación a la defensa de sus intereses por las partes.[52]

50. Por ello el art. 7 LMCM dispone que en el desarrollo del procedimiento de mediación hay que garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio de sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista que vayan a mantener.

51. Previstas de manera expresa en los arts. 7 *in fine* ("(...) sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas" – las partes –) y 8 ("Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación") LMCM, al igual que el art. 14 LMCM al que se remiten, el cual establece el régimen de responsabilidad de los mediadores: "La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben".

52. De forma expresa y tajante abordan esta cuestión los apartados 4 y 5 del art. 13 LMCM, que también deberá regir en la mediación penal según el B_CPPP:
a) por un lado, se señala que el mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurran circunstancias que afecten a su imparcialidad;

g) Inmediación: determina que las actuaciones se tienen que desarrollar con la presencia física de las partes ante el mediador, las cuales se comunicarán de manera oral.

h) Concentración: supone que el procedimiento de mediación tendrá la duración más breve posible, por lo que sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.[53]

i) Confidencialidad: configurada como presupuesto básico de la mediación[54] para evitar los recelos de acudir a la misma, en especial por parte del infractor, la cual tiene un doble alcance: una en el interior del trámite de mediación con relación al contenido del diálogo establecido entre la víctima y el infractor, en presencia del mediador, y otra exterior referido a que lo afirmado, alegado, aportado, admitido o acreditado por las partes en la tramitación de la mediación no debe afectar de ninguna forma a las actuaciones judiciales posteriores que tengan que realizarse, tanto para resolver el conflicto cuando la mediación no haya terminado con acuerdo como cuando haya que dar efectos al acuerdo convenido por el infractor y la víctima. En este punto, mostramos nuestras reservas a que las propias partes puedan renunciar a esta confidencialidad,[55]

---

b) por otro, obliga a que el mediador, antes de iniciar o continuar con su tarea, deba revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad, o bien generar un conflicto de intereses. Estas circunstancias están referidas, al menos, a las siguientes situaciones personales y jurídicas: todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; y que el mediador, o el miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En estos casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad, y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente. Además, el deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

53. Así previsto en el art. 20 LMCM, de aplicación también a los conflictos penales sometidos a mediación, según el B_CPP.

54. Con esta dimensión es regulada en el art. 9 LMCM, si bien inexplicablemente su regulación, según el B_CPP, no es aplicable a la mediación a desarrollar en materia penal, y ello pese a que en el apartado 2.b) se establece la posibilidad de que en ese ámbito una resolución judicial motivada de un Juzgado o Tribunal puede acabar con la confidencialidad de la mediación civil y mercantil, y de su contenido, obligando a que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación tengan que declarar o aportar documentación sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo.

55. Lo cual sí está previsto en el caso de la mediación en conflictos civiles y mercantiles, según establece el art. 9.2.a) LMCM.

ni tan siquiera de forma expresa, reiterada y controlada su voluntariedad, y menos a que una resolución judicial pueda terminar con la misma a los efectos de obtener información a aplicar en el proceso penal. Incluso más allá de las simples aseveraciones relativas a la vigencia de la confidencialidad se nos antoja complicado determinar legalmente la extensión de este deber – deslindar en cada actuación si la misma es consecuencia o no de lo actuado en la mediación –, los efectos de su incumplimiento en el proceso judicial[56] y las consecuencias jurídicas negativas para su responsable, y todo ello sin lesionar el derecho de defensa del infractor[57] y de la víctima, a quienes también alcanza la confidencialidad.[58]

j) Antiformalismo: principio que hay que referir al lugar de realización de la mediación, a la forma de relacionarse la víctima y el infractor[59] – y ambos con el mediador[60] –, y también al mismo devenir de la mediación.[61]

56. En el campo civil y mercantil el art. 9.3 LMCM se limita a señalar que "la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico".

57. Como muy bien destaca GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M. "La regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos". GÓMEZ COLOMER, J. L.; BARONA VILAR, S.; CALDERÓN CUADRADO, P. (coords.), *Juan Montero...*, cit., p. 1024-1025, en este punto se suele olvidar que aunque suponga limitar el alcance que en el proceso penal tiene el derecho de defensa del imputado, el principio de confidencialidad debe impedir que se reconozca efectos probatorios a los argumentos procedentes del procedimiento de mediación que puedan servir de descargo de la responsabilidad penal del imputado.

58. En esta cuestión nos parece más adecuado utilizar expresamente el término *confidencialidad*, exigible a todos los intervinientes en la mediación, que reconducirlo al deber de *secreto profesional*, predicable sólo del mediador. Así lo hace erradamente a nuestro juicio el art. 144.4 B_CPP, que se centra únicamente en el sometimiento a secreto profesional del mediador, a consecuencia de lo cual no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento.

59. No estaría de más que el B_CPP hubiera previsto que a las partes sujetas a la mediación penal les rigen también los principios fijados en el art. 10.2.I LMCM: lealtad, buena fe y respeto mutuo. Con relación a los mismos *vid.* LÓPEZ SIMÓ, F. "Las partes en la mediación". LÓPEZ SIMÓ, F.; GARAU SOBRINO, F. F. (coords.). *Mediación en materia civil...*, cit., p. 171 y ss.

60. Y ello porque el art. 10.3 LMCM, con vigencia también en la mediación penal, fija la obligación para las partes de "prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad".

61. Según el art. 10.1 LMCM, aplicable a la que se vaya a desarrollar en el campo penal, la mediación se va a organizar "del modo que las partes tengan por conveniente".

k) Gratuidad para los dos intervinientes, un incentivo más para que acepten al menos participar en esta vía que si termina con acuerdo redunda en un ahorro de costes no sólo para ellos sino para la propia Administración de Justicia. Acorde con ello, y con el carácter público del Derecho Penal y del conflicto que se somete a mediación, que sea el propio Estado el que asuma todos los costes de la mediación, empezando por la infraestructura y por la remuneración del mediador.

6. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El determinar dentro de los ilícitos recogidos en el Código Penal qué delitos y/o faltas se pueden someter a mediación es uno de los puntos en los que más variaciones se producen en los regímenes jurídicos de otros países, pudiendo encontrar ejemplos en los que todos los conflictos penales son mediables a otros en los que aparece reducido a las conductas bagatelarias, dándose en ambos escenarios exclusiones legales en atención a determinados bienes jurídicos, a caracteres personales del infractor y de la víctima, a las relaciones previas entre esos dos mismos sujetos, a los antecedentes penales del infractor, a los efectos del delito, a las circunstancias en las cuales se han producido los hechos etc. Con ello, partimos del hecho de que cada ordenamiento jurídico va a efectuar libremente una selección de conductas en atención a su concepción de la mediación penal y su inserción en el sistema de justicia penal, puesto que además ninguno de los acuerdos internacionales que en esta materia pudieran condicionarle en su actividad legislativa marca ni tan siquiera unos mínimos a respetar por cada Estado.[62]

Abogamos porque sea la legislación reguladora de la mediación penal la que determine expresamente su ámbito de aplicación, siguiendo la manera de proceder que por ejemplo hace meses ha determinado la configuración legal en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo tanto, razones de seguridad jurídica, de previsibilidad, de igualdad... aconsejan a nuestro juicio que la selección de las conductas redirigibles a la mediación no se deje a criterio del propio mediador, del Ministerio Fiscal o de un órgano judicial, lo que no obsta para que primero el mediador, y posteriormente el Fiscal y el Juez o Tribunal competente, tengan que realizar un control de legalidad de las infracciones delictivas y de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en cada caso.

62. De hecho, en el art. 10.1 de la Decisión Marco de 2001 se disponía que los Estados miembros "procurarán" impulsar la mediación en las causas penales "para las infracciones que a su juicio *se presten* a este tipo de medidas".

Sin que lleguemos a esbozar una propuesta cerrada en este punto, aportamos varios datos cuya intelección en conjunto pueden ayudar en la tarea de fijar expresamente el ámbito de aplicación de la mediación penal:

– Debido a una mayor vigencia del principio dispositivo, es indudable que la mediación sí debe servir para tratar de resolver conflictos derivados de faltas o de delitos privados.

– En la normativa reguladora de la violencia de género, como hemos señalado, se excluye expresamente la mediación. E incluso, aunque no se estableciera así, nos encontraríamos con el obstáculo de que de manera obligatoria el art. 57.2 CP establece como pena accesoria la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

– También para no dar cobertura jurídica a una teórica desigualdad entre las partes la mediación penal no debería ser posible en los delitos de atentado, resistencia, los cometidos por los funcionarios públicos y los que tengan como víctima a los trabajadores.

– Si la mediación penal requiere una actividad personalísima del infractor y de la víctima, no debiera tener cabida cuando cualquiera de ellos fuera menor o incapaz, ya que obligaría a que tuvieran que actuar por ellos sus representantes. O cuando sea una persona jurídica o un ente sin personalidad jurídica pero que sea responsable penal por sus actos,[63] quien para actuar en el proceso necesita de un representante necesario,[64] tanto sea infractor como cuando sea víctima – situación comúnmente olvidada –.

63. Sin embargo, a favor de esta posibilidad se manifiestan DÍAZ LÓPEZ, J. A. "Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, n. 3, p. 29 y ss.; BARONA VILAR, S. "La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España". ONTIVEROS ALONSO, M. (coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia, 2013. p. 104 y ss.

64. Destacar que no sólo son dificultades de personación las que a nuestro juicio se oponen a que en la mediación penal pueda tener participación activa o pasiva una persona jurídica, sino también porque carecería de virtualidad práctica la reparación o compensación simbólica a la víctima que pudiera acordarse, quedando por tanto reducida a un uso utilitarista en la que sólo se esperara la obtención de una reducción

– De igual forma deberían estar excluidos los denominados "delitos sin víctima", en los que no es posible individualizar a una víctima concreta y además, debido a su carácter pluriofensivo, su presencia en la mediación debería canalizarse a través de mecanismos de representación alterando el principio de la intervención individualizada y personal de la víctima.

– Por la misma razón deberían excluirse también los delitos – y las faltas – contra el interés público.

– Para evitar situaciones de abuso de derecho, tampoco debiera permitirse acudir a la mediación a infractores con antecedentes penales,[65] ya sea en la misma categoría de delitos o en otra diferente, y sobre todo cuando los hechos sean especialmente graves por el bien jurídico afectado o porque los mismos se hayan llevado a cabo con violencia o intimidación.

– Si la regulación de la mediación penal aparece anudada, directa o indirectamente, con la vigencia del principio de oportunidad en el proceso penal, sus manifestaciones aparecen limitadas a aquellos hechos que tengan señalada una pena privativa de libertad inferior a cinco años. Y además, al igual que se hace con los reincidentes, no cabría permitirse la mediación con infractores que se hayan beneficiado anteriormente de la aplicación por razón del delito de uno de los supuestos de oportunidad.[66]

– En la justicia de menores es factible la mediación cuando el hecho imputado al menor constituya un delito menos grave o una falta.

En conclusión, que las faltas y los delitos que puedan ser resueltos a través de la mediación son una parte más del modelo de mediación y de sus principios rectores por los que apueste el legislador, debiendo ser coherente con ambos, en especial cuando los ilícitos penales tienen naturaleza jurídica pública.

7. SUJETOS INTERVINIENTES

Al haber hecho la relación de los principios inherentes a la mediación en el ámbito penal hemos dejado clara nuestra postura de que la misma se va a de-

---

de la pena, fin que por otro lado la persona jurídica puede obtener colaborando con la justicia por medio de la utilización del principio de oportunidad y la conformidad.

65. Este punto tampoco es pacífico en la doctrina, como se puede constatar en GONZÁLEZ CANO, M. I. "La mediación en el proceso penal. Especial consideración de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15.03.2001 (2001/220/JAI)". ETXEBERRÍA GURIDI, J. F. (dir.). *Estudios sobre el significado...*, cit., p. 323 y ss.

66. Así se establece en el art. 149.2.c) A_LECR.

sarrollar de manera contradictoria entre dos partes, el infractor y la víctima, en presencia de un tercero imparcial, el mediador, figura clave en todo el sistema y sobre la cual el legislador tendrá que determinar:

a) Su individualización y composición, es decir, si va a ser un órgano colegiado –propiamente el mediador, y además un equipo de apoyo con asistentes sociales, psicólogos, médicos... – o un sujeto individual – aunque forme parte de una persona jurídica –, opción por la que nos decantamos[67] y que como consecuencia deriva en unos mayores niveles de profesionalidad y formación en el mediador, en especial en materia jurídica.

b) Su número, que a nuestro juicio debe ser uno por procedimiento de mediación, no entendiendo que pueda haber supuestos en los cuales haya que admitir una pluralidad de mediadores, máxime si somos consecuentes con el ámbito de aplicación señalado en el punto anterior.[68]

c) Su naturaleza jurídica pública – mejor que privada –, en atención al carácter indisponible de los derechos e intereses que hay en juego y cuya solución consensuada para ser eficaz necesita canalizarse a través de un proceso judicial. Así, lo lógico es pensar en la creación de un servicio oficial de mediación en la órbita del Ministerio de Justicia, obligado por ende a financiarlo.[69]

d) Los niveles de vinculación que tenga con los operadores del sistema judicial, con quien necesita estar debidamente coordinado y conectado, termine la mediación con o sin acuerdo.

---

67. En este mismo sentido se ha expresado el legislador con relación a la mediación civil y mercantil en el art. 11.1 LMCM, de aplicación extensiva al ámbito penal: por un lado, "pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión"; y por otro se deja la posibilidad abierta para que las personas jurídicas se puedan dedicar a la mediación – sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico –, si bien en este caso "deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley".

68. Por tanto, no nos parece correcto aplicar en el ámbito penal, como hace el B_CPP, el art. 18 LMCM, que permite que la mediación pueda ser llevada a cabo por un mediador, o por varios en atención a la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes, situación en la cual todos los que intervengan deberán actuar de forma coordinada.

69. En este sentido el art. 12 LMCM responsabiliza al Ministerio de Justicia y a las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, el fomentar y exigir la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

e) Su estatuto jurídico, siendo necesario concretar para un profesional de esta clase al que se le encomiendan funciones tan relevantes al menos:

– el tipo y nivel de formación que se le va a exigir, tanto jurídica como en otras disciplinas;[70]

– las facultades de actuación (recabar toda la documentación sobre el asunto a mediar que considere necesaria y que esté en poder de la policía, de la fiscalía o de un órgano judicial; convocar a las partes a la mediación en el lugar, día y hora que determine – o no hacerlo, de manera motivada, si a la vista de la documentación considera que la misma no es apta para cumplir su fin, o que hay una posición de desequilibrio entre los intervinientes que es insalvable –; facilitar la comunicación entre las partes y velar porque las mismas dispongan de la información y el asesoramiento suficientes;[71] dirigir la mediación desarrollando una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes;[72] controlar el contenido del acuerdo y la forma en la que se ha llegado al mismo – pudiendo incluso rechazarlo –; etc.);

– los derechos (como su remuneración con cargo al Ministerio de Justicia o las Administraciones públicas competentes; o el poder renunciar a llevar a cabo la mediación encomendada[73]);

– las obligaciones (abstenerse cuando concurra una circunstancia objetiva o subjetiva que cuestione su imparcialidad; aceptar y cumplir con diligencia en el desempeño de la función mediadora asignada en cada caso; guardar y hacer guardar en todo el trámite la confidencialidad de las actuaciones);

– las prohibiciones;

– las incompatibilidades; y

---

70. El art. 11.2 LMCM señala que el mediador tiene que estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior, no necesariamente de perfil y contenido jurídico, y contar con una formación específica para ejercer la mediación la cual se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. Más ampliamente *vid.* CAVANILLAS MÚGICA, S. "El mediador y las instituciones de mediación". LÓPEZ SIMÓ, F.; GARAU SOBRINO, F. F. (coords.). *Mediación en materia civil...*, cit., p. 219 y ss.

71. Así recogido en el art. 13.1 LMCM.

72. Previsto de esta forma en el art. 13.2 LMCM.

73. En estas situaciones, según el art. 13.3 LMCM, obliga a que el mediador entregue un acta a las partes en la que conste su renuncia, si bien no establece, como sería deseable a nuestro juicio, que la misma sea motivada.

– el régimen de responsabilidad derivado de sus actuaciones[74] (cuando injustificadamente no acepta el cargo, o cuando de la misma forma renuncia al mismo sin haber terminado la mediación, o si en el desarrollo de la mediación no garantiza de manera efectiva los principios expuestos con anterioridad etc.).

Hasta aquí, defendemos entonces una mediación con una actuación individual y personalísima de tres sujetos: el infractor, la víctima y el mediador. Por ello, teniendo presente la simplificación, celeridad y efectividad que se busca con la mediación, la misma no debería ser posible cuando como infractor figurara más de una persona, ya quisieran todas someterse a la mediación – obligaría a replicar tantos trámites de mediación como personas, sin tener que hacerse ante el mismo mediador, con la eventualidad que unos terminaran con acuerdo y otros no, o con acuerdos de contenido distinto – o no, supuesto en el cual, y ello si hay acuerdo como si no se llega al mismo, podría comprometer el derecho de defensa y la presunción de inocencia de los demás imputados.

En este punto volvemos a posicionarnos en contra de la posibilidad de que el infractor y la víctima no sólo que *deban* sino que *puedan* hacerse asistir y defender en los trámites de mediación por un abogado. Y lo hacemos por razones de simplificación, economía procesal y coherencia con el espíritu y finalidad de la mediación, en la cual, si verdaderamente se quiere provocar la terminación con acuerdo, se tiene que generar un diálogo sin formalismos, tecnicismos y estrategias jurídicas que anticipen el contenido de los posicionamientos a esgrimir en sede judicial. En caso contrario, habría que despejar cuestiones relevantes tales como quién puede ser ese abogado – de confianza de cada parte o de oficio –, y si obligatoriamente tiene que ser el mismo que defiende a la parte en el proceso judicial; el carácter obligatorio o voluntario de su intervención, supuesto último en el cual la lógica determina que ante la ausencia de designación por parte de una de las partes – en especial el infractor – el mediador debiera recabar del Colegio de Abogados el nombramiento de un abogado del turno de oficio;[75] quien tiene que remunerar a ese abogado, puesto que el pago de sus honorarios es contrario al carácter gratuito de la

74. Ya señalado el contenido del art. 14 LMCM, el art. 11.3 LMCM establece para el mediador la obligación de suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

75. Incluso otra opción sería, en caso de que la mediación se llevara a cabo por un *equipo* o una *institución* de mediación, que la misma tuviera adscritos letrados para actuar de manera neutral en el asesoramiento jurídico del infractor y la víctima, y también del mediador.

mediación, e incluso si en caso de terminar la mediación sin acuerdo si cabe aplicar la regulación de las costas judiciales del proceso judicial posterior; si el litigante del derecho a la asistencia jurídica gratuita puede ser extendido el alcance de las prestaciones a este asesoramiento legal en la mediación; si ese o esos abogados están alcanzados por el deber de secreto profesional y guardar la confidencialidad de las actuaciones en las que hayan tomado parte; si para que el acuerdo derivado de la mediación es necesario que los abogados de la víctima y el infractor suscriban el mismo; etc. Más allá de todo ello, el obligar – o permitir – contar con un abogado afecta al nivel de cualificación profesional de quien vaya a actuar como mediador, puesto que lo que siempre será necesario es que *alguien* tenga conocimientos jurídicos para tratar de garantizar no sólo el desarrollo de los trámites de mediación conforme a parámetros legales sino que el acuerdo que suscriban los intervinientes pueda producir efectos en el posterior proceso judicial. Por último, si interviene, sobre él también se extenderá el deber de confidencialidad que afecta al infractor, a la víctima y al mediador.

8. PROCEDIMIENTO

De nuevo el legislador, bien en la regulación principal de la mediación penal, bien en el desarrollo reglamentario de la misma, tendrá que marcar los puntos básicos con base en los cuales se tienen que desarrollar los trámites de la mediación y que se refieren a:

1. Lugar: en la sede donde desempeñe sus funciones el mediador, no debiendo ser una dependencia perteneciente a los órganos jurisdiccionales si se quiere aislar el procedimiento de mediación del entorno judicial.

2. Tiempo: aspecto esencial a determinar en su máximo, de forma explícita o implícita – como expresiones como *plazo razonable*, *tiempo necesario* y similares, a concretar por el mediador –, así como las razones de una o más eventuales prórrogas y la necesidad o no de que para su adopción tengan que estar de acuerdo los dos intervinientes, puesto que no podemos perder de vista el hecho de que mientras se desarrolla la mediación el proceso judicial principal se va a paralizar, debiendo vigilar el mediador por frenar actitudes dilatorias por parte del infractor o de la víctima que a la postre pudiera incidir en el derecho a no sufrir dilaciones indebidas, o en diera cabida a una prescripción.

3. Forma: flexible, a determinar en cada caso por el propio mediador y en cualquier caso distinta a las exigencias con las que se tiene que desarrollar la actuación jurisdiccional y que al menor para la víctima en muchas ocasiones se convierte en un factor de victimización secundaria. Y además, actividad desar-

rollada de forma oral, siendo la esencia de la misma la comunicación directa y dialogada entre la víctima y el infractor.

4. Contenido: teniendo como fin primordial que el trámite de mediación termine con un acuerdo, la regulación *vertical* que se haga del procedimiento a seguir por el mediador y los dos participantes tiene que ser muy de mínimos, y será éste quien conforme vaya acumulando experiencia en su trabajo vaya acuñando pautas de actuación en cuanto a horarios y duración de cada sesión, manera de relacionarse con y entre los intervinientes, forma y contenido del acta, comunicación con las autoridades judiciales de la terminación de la mediación etc. Más allá de ello, consideramos que al menos se deberán dar las siguientes cuatro fases:

a) Inicio de la mediación con una sesión constitutiva,[76] que consideramos que siempre tiene que producirse a iniciativa de ambas partes, quienes libre y voluntariamente deciden hacer uso de este mecanismo complementario de resolver su conflicto; o de una de ellas –normalmente la víctima – con la aquiescencia posterior de la otra.[77] Esta postura permite ser mantenida en cualquiera de las modalidades de mediación comentadas, y además evita las dudas acerca de qué valor dar a la negativa de uno o ambos intervinientes a participar en la mediación cuando la misma se activa a propuesta del Ministerio Fiscal o del órgano judicial competente en la fase del proceso judicial en la que la planteen. Cuando mucho, cabría dejar como posibilidad la opción de que o bien el Fiscal o bien el juez o tribunal encargado del proceso judicial sean quienes canalicen

76. Así es denominada por el art. 19 LMCM, en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos: (a) la identificación de las partes; (b) la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes; (c) el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación; (d) el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación; (e) la información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos; (f) la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas; (g) el lugar de celebración y la lengua del procedimiento. De esta sesión constitutiva habrá que levantar un acta en la que consten estos aspectos, la cual será firmada tanto por las partes como por el mediador – o mediadores –. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

77. Se plantearán problemas cuando la mediación tenga lugar en el juicio oral y en el proceso estén personadas como partes acusadoras acusaciones particulares y/o populares, a quienes no se les va a dar participación en los trámites de mediación y a quienes no se les debería dar opción para oponerse a la remisión del conflicto a la mediación, por lo que no compartimos el tenor del art. 160.I A_LECR que condiciona el sometimiento del proceso a mediación cuando "todas las partes" lo soliciten.

la voluntad originaria de la víctima y el infractor, supeditando la remisión del asunto a mediación solamente[78] a que la misma cumpla con todos los presupuestos previstos legalmente relacionados con los hechos y con los sujetos.

b) Información a los participantes de sus derechos, deberes, la naturaleza del procedimiento, la forma de desarrollarse las sesiones y los efectos de la conclusión de la mediación con o sin acuerdo.[79]

c) Desarrollo de la mediación, en tantas sesiones como sea necesario mientras se sigan manteniendo opciones de que la misma puede terminar con un acuerdo, y siempre dentro del plazo temporal fijado legalmente o acordado por las partes con el mediador.[80] El inicio de la mediación también tiene efectos directos sobre los actos procesales que componen el proceso penal, puesto que quedarán suspendidos hasta la conclusión de la mediación, si bien cuando la misma se produzca en la en la fase de investigación no eximirá de la práctica de las diligencias indispensables para la comprobación del delito.[81]

d) Terminación de la mediación,[82] siendo reflejada en un acta las dos opciones con sus implicaciones:

---

78. Con ello estamos defendiendo la idea de que el acudir a la mediación como mecanismo complementario para resolver conflictos penales es un *derecho* del infractor y de la víctima, que no puede ser tamizado o negado ni por la policía, ni por el Ministerio Fiscal ni por el órgano judicial competente cuando concurran los presupuestos previstos legalmente. Siendo así, el legislador tiene que dejar claro qué valor hay que darle a ese acuerdo inter partes cuando se alcanza de manera espontánea entre ellas y cómo canalizarlo jurisdiccionalmente para que tenga efectos judiciales y jurídicos.

79. Este deber de información, sin especificar a quien incumbe, estaba previsto en el art. 157.3 A_LECR.

80. Algunos otros aspectos puntuales de este desarrollo de las actuaciones de mediación están previstos en el art. 21 LMCM, extensible en su aplicación al ámbito penal por mor del B_CPP:
a) El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.
b) Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas.
c) El mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta.

81. Así se establece en el art. 158.1.II A_LECR.

82. Con independencia del resultado final de la mediación, con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los

– sin acuerdo,[83] y las circunstancias que lo han motivado, supuesto en el cual se retoman – o inician, en el caso de la mediación preprocesal – las actuaciones en sede judicial como si la mediación no se hubiera producido; o

– con acuerdo, situación en la cual además de tenerse que documentar el mismo[84] de manera clara y comprensible,[85] y con la participación material – en su elaboración – y formal – con su firma[86] – del infractor, la víctima y el mediador, todos los cuales recibirán una copia del mismo y serán informados de su carácter vinculante[87] y de las causas que se podrían oponer para negarse a

documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses (art. 22.1.II LMCM de aplicación en la mediación penal según el B_CPP).

83. A consecuencia de una variedad de situaciones, como las que pone de relieve el art. 22.1 LMCM: que alguna de las partes haya abandonado la mediación; o por transcurso del tiempo máximo fijado para el desarrollo del procedimiento, sin que sea razonable la prórroga del mismo; o cuando el mediador aprecie de una manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión. Incluso también, según el art. 22.2 LMCM, cuando no haya sido posible nombrar un nuevo mediador en los casos en los que el previamente designado haya renunciado a continuar el procedimiento o cuando las partes hayan rechazado al mismo.

84. Según el art. 23 LMCM, el acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación, y en el mismo hay que hacerse constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes, quienes recibirán una copia del mismo, reservándose otra el mediador para su conservación.

85. Así es exigido por el art. 22.3 LMCM.

86. Sorprende en este punto como el art. 22.3.II PMCM no supedita la producción de efectos jurídicos de la mediación a que el acta sea firmada por todos los intervinientes, ya que abre la opción para que alguna de las partes no quiera firmar el acta – o recibir una copia de la misma, no cual es menos relevante –, circunstancia – y su motivación, si es expresada – que deberá quedar reflejada en la misma.

87. Además, según el art. 23.3.II LMCM, el mediador tiene también que informar a las partes de que pueden instar la elevación del acuerdo a escritura pública al objeto de configurarlo como un título ejecutivo. Cuando opten por ello, el art. 25 LMCM señala que el acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin

cumplir su contenido,[88] hay que determinar los efectos jurídicos que se despliegan para la resolución final del conflicto a consecuencia del mismo, y con intervención de qué sujetos y haciendo uso de qué facultades.

La concreción de estos efectos sobre el proceso y/o sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la asunción de responsabilidad por el infractor, resultantes de una mediación que haya terminado de forma exitosa, va a depender del momento procedimental en el que se haya realizado la mediación.

Cuando la mediación se produce antes de iniciarse el proceso penal implícitamente el alcanzarse un acuerdo, y cumplirse en el tiempo y la forma pactada, va a suponer la renuncia a que el mismo comience, lo que nos conduce a limitar estos supuestos a cuando los hechos ilícitos estén catalogados como faltas o delitos privados o semiprivados en los cuales el principio dispositivo permite a la víctima del delito renunciar a su persecución por el hecho de no formular querella o denuncia – en el caso de los delitos semipúblicos, al ser una condición de procedibilidad –; y en caso de que la hubieran presentado en los delitos privados podrán abandonarla con posterioridad produciéndose los mismos efectos, al ser una causa de extinción de la responsabilidad criminal.[89]

---

que sea necesaria la presencia del mediador. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho. Además, cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. Y si el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación. En este punto, coincidimos con MAGRO SERVET, V. "La nueva regulación de la mediación penal en el nuevo Código Procesal Penal". *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 5, 2013, p. 215, en la poca virtualidad práctica que en el campo penal tiene esta genérica previsión, por cuando la mediación habitualmente incluirá un pacto indemnizatorio que se ejecutará voluntariamente por el infractor y cuando así no sea a través del proceso de ejecución penal ante el órganos judicial competente.

88. Reducidas, como indica el art. 23.4 LMCM, a las causas que invalidan los contratos, aducibles ejercitando una acción de nulidad frente al acuerdo.

89. En este caso, como se refleja en el contenido del art. 701 A_LECR, todo el protagonismo lo tiene el órgano judicial, encargado de suspender el procedimiento y someter el conflicto al sistema de mediación, de reanudar el procedimiento si transcurre el plazo otorgado para el desarrollo de la mediación y las partes no alcanzan un acuerdo – o por el mismo motivo deciden abandonarlo –, y de archivar el procedimiento sin más trámites cuando la mediación termine con acuerdo o avenencia.

En caso de que el proceso se esté desarrollando, aunque sea de manera incipiente en la fase de investigación, por mor del principio de legalidad procesal[90] ni la Fiscalía ni los órganos judiciales tendrán margen para *ofrecer*[91] beneficios al infractor por el hecho de resolver el conflicto en un procedimiento de mediación al margen de la normativa penal, procesal y penitenciaria. Siendo así, pareciera que al menos en la fase de investigación y en el juicio oral el acuerdo de mediación debería ser judicializado a través o de la atenuante de reparación del art. 21.5.ª CP,[92] o de la atenuante genérica del art. 21.7.ª CP,[93] o de la institución de la conformidad en cualquiera de sus versiones,[94] provocando, por una parte, una terminación abreviada del procedimiento, con un auto de sobreseimiento o con una sentencia de conformidad, y por otra, la concesión de un *premio* al

90. Entendemos que éste debe de ser el fundamento de la limitación contenida en el art. 146 B_CPP, en el que más allá de la incorrección de señalar que la "ventaja" no puede derivarse del hecho de "someterse" a un procedimiento de mediación y no de alcanzarse en él un acuerdo, que deriva cualquier efecto procesal o material a que el mismo esté previsto en la Ley; esto es, que en la mediación *intraprocesal* por un delito público – o semipúblico – los efectos beneficiosos para el infractor generados a partir del acuerdo de mediación tienen que estar previstos en el Código Penal – márgenes punitivos, atenuantes y sustitución de la pena o suspensión de la ejecución – o en las normas procesales a partir de la vigencia de las manifestaciones del principio de oportunidad – principalmente la conformidad –. De hecho, en la Exposición de Motivos del B_CPP se establece que "el modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional".

91. No compartimos que ellos tengan que realizar ese ofrecimiento, al no tomar parte en el desarrollo de la mediación. Pero tampoco que no se vayan a dar alicientes jurídico-penales al infractor, explícitos o implícitos, para mostrarse proclive a explicar a la víctima lo sucedido, a pedirle perdón y a repararla de manera pronta y adecuada, puesto que de no ser así, y si todo al final termina en la aplicación de las opciones legales en los campos penales, procesales y penitencias señaladas, al menos en los delitos públicos las posibilidades de generalizar como mecanismo complementario en la resolución de los conflictos penales la mediación se nos antoja complicada. De hecho, en el Preámbulo del B_CPP la situación no se presenta tan cerrada: "Para el infractor la mediación sólo tendrá las consecuencias favorables procesales o materiales que del acuerdo se deriven, en su caso".

92. En concreto, que el culpable haya procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad de la celebración del acto del juicio oral. Curiosamente ésta es la única de las opciones que ha manejado el legislador en el art. 160.III A_LECR.

93. Útil para superar las limitaciones de la atenuante de reparación, cuando menos en cuanto al momento temporal en el que puede llevarse a efecto el acuerdo de reparación, ya que como hemos señalado también puede tener lugar en fase de juicio oral.

94. *Vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona, 1997.

infractor por su colaboración pero siempre dentro de los márgenes legales,[95] condicionando su aprobación a que la víctima sea debidamente reparada.[96]

Procediéndose así, el informe del mediador sobre el resultado positivo alcanzado en la mediación y el acta de reparación con los acuerdos a que hubieran llegado el infractor y la víctima condicionará[97] la actuación de los principales actores institucionales del proceso penal: del Ministerio Fiscal a la hora de elaborar su escrito de acusación, unilateral o redactado de manera conjunta con la defensa, o en su caso las calificaciones definitivas; del Juez o Tribunal competente para el enjuiciamiento, cuando tenga que dictar sentencia; y del órgano judicial de vigilancia penitencia en la ejecución de la condena cuando se haya acordado algún beneficio penitenciario, la sustitución de la pena o la suspensión de la ejecución.

9. REFLEXIÓN FINAL

A día de hoy, el sistema penal español está ayuno de una regulación jurídica *en positivo* de la mediación, lo que no ha impedido que determinadas Comuni-

95. *Vid.* PERULERO GARCÍA, D. "Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal". SOLETO MUÑOZ, H. (dir.). *Mediación y...*, cit., p. 560 y ss., quien organiza en ocho grupos los supuestos legales con contenido restaurativo de los que se puede beneficiar el infractor por la terminación exitosa del procedimiento de mediación. Y también *vid.* CERVELLÓ DONDERIS, V. "Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico", *Revista Penal*, n. 31, 2013, p. 22 y ss.

96. De hecho, a día de hoy en la normativa procesal vigente y en la regulación más actualizada que se hace de una de las modalidades de la conformidad, esto es, la que se puede producir en los juicios rápidos, además de que la prestación de la conformidad ante el Juzgado de Guardia cumpliéndose con los requisitos del art. 801.1 LECR supone para el acusado una reducción en un tercio de la pena solicitada por la acusación pública, y ello aunque suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal, para acordar la suspensión de la pena privativa de libertad basta con el "compromiso" del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado de Guardia fije, en el entendido de que en caso de incumplir el mismo se alzaría automáticamente la suspensión.

97. Aunque no *obligará*, tal y como ya se puso de manifiesto en la Decisión Marco de 2001 ya referenciada, en la que sólo se hablar de "tomar en consideración" el acuerdo al que hayan llegado el inculpado y la víctima con ocasión de la mediación, hecho que reduce sensiblemente los alicientes a acudir a la mediación penal y que *complica* fundamentalmente el actuar del Ministerio Fiscal, por mucho que pueda hacer uso del principio de oportunidad, tal y como destaca ARMENGOT VILAPLANA, A. "La incorporación de la mediación en el proceso penal español". *La Ley Penal*, n. 106, 2014, p. 94 y ss.

dades Autónomas, y algunos partidos judiciales en otras Autonomías, vengan haciendo uso de la *filosofía mediadora* para resolver algunos conflictos penales. Una situación fáctica que a pesar de las bondades con las que se nos trata de *vender* a nuestro juicio es de todo punto errática, desequilibrada, desigual, desproporcionada, ambigua... Por ello, nos felicitamos por la existencia de las sucesivas propuestas legislativas que abogan por su incorporación sin ambages, pero desde la legalidad; en caso de producirse, deberá llevarse a cabo tomando en consideración las líneas directrices que desde Europa se han marcado en 2001 y 2012 con unos instrumentos normativos que no son *soft law* y en los que su letra – y su espíritu – piensan en la necesidad general de que mejore la calidad de la Justicia penal – no sólo en términos de eficacia y eficiencia – y, en particular, la situación de la víctima que pasa por ella.

En este nuevo escenario, la mediación – e incluso las manifestaciones del principio de oportunidad – tienen que ser sólo una parte del ideal general de Justicia penal restaurativa en el Estado de Derecho, que para que cale, para que se convierta en una *cultura social* generalizada, requiere de años, de educación pedagógica, de inversión y, sobre todo, de una adecuada regulación jurídica.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Justicia consensual penal en Argentina, de Ángela Ester Ledesma – *RePro* 202/143-169 (DTR\2011\4980);
- Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal penal sem juízes, de Pablo Galain Palermo – *RBCCrim* 91/161-197 (DTR\2011\2338);
- Mediação penal e finalidades do sancionamento – Esboço de uma relatio, de André Lamas Leite – *RCP* 11/49-96 (DTR\2009\364);
- Origen y fundamentos criminológicos de la mediación, de Miguel Ángel Núñez Paz – *RBCCrim* 80/370-406 (DTR\2009\515);
- O Brasil e a mediação penal, de José Renato Nalini – *RT* 750/472-487, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 4/977-997, *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* 6/731-752 (DTR\1998\217); e
- Tendencias actuales de la justicia restauradora, de Elena Larrauri – *RBCCrim* 51/67 (DTR\2004\848).

GARCIA, Nicolás Rodríguez. La mediación penal en España: tránsito de la legalidad a la normatividad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 23. vol. 113. p. 477-509. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.